

TESIS DE LA UNIVERSIDAD
DE ZARAGOZA

2020 112

Javier Martínez Calvo

La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español

Departamento
Derecho Privado

Director/es
Mayor del Hoyo, María Victoria
Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>

ISSN 2254-7606



Premsas de la Universidad
Universidad Zaragoza



Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.

© Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606

Tesis Doctoral

LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ESPAÑOL

Autor

Javier Martínez Calvo

Director/es

Mayor del Hoyo, María Victoria
Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Derecho Privado

2018



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral
con mención internacional

La guarda y custodia
en el ordenamiento jurídico español

Autor

Javier Martínez Calvo

Directores

María Victoria Mayor del Hoyo
Carlos Martínez de Aguirre Aldaz

Facultad de Derecho
2018

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS	1
INTRODUCCIÓN	3
RIASSUNTO	7
CAPÍTULO I: CONCEPTO Y REGÍMENES DE GUARDA Y CUSTODIA	9
1. LA GUARDA Y CUSTODIA: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y RELACIÓN CON LA PATRIA POTESTAD	9
1.1. La patria potestad como presupuesto de la guarda y custodia	9
1.2. Distinción entre guarda y custodia y ejercicio de la patria potestad	15
1.3. Concepto de guarda y custodia	20
A) Origen y fundamento	20
B) Concepto	25
2. REGÍMENES DE ORGANIZACIÓN ESTRUCTURAL.....	32
2.1. Guarda y custodia exclusiva	34
2.2. Guarda y custodia compartida	36
A) Origen de la guarda y custodia compartida e introducción en nuestro ordenamiento jurídico.....	36
B) Fundamento de la guarda y custodia compartida: los principios de coparentalidad y de corresponsabilidad parental	40
a) Principio de corresponsabilidad parental.....	42
b) Principio de coparentalidad	47
C) Denominación y concepto de guarda y custodia compartida	51
3. GUARDA ENCOMENDADA A UN TERCERO	56
CAPÍTULO II: MARCO LEGAL Y EVOLUCIÓN NORMATIVA	67
1. MARCO INTERNACIONAL Y EUROPEO.....	67

2. NORMATIVA ESTATAL	70
2.1. Marco constitucional	70
2.2. Marco estatal	72
A) Evolución.....	72
a) Periodo anterior a las reformas de 1981	72
b) Periodo posterior a 1981.....	78
B) Marco jurídico actual.....	86
a) Regulación en el Código Civil	87
b) Otras leyes que conforman el marco legal de la guarda y custodia	90
C) Referencia al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia	91
3. DERECHOS AUTONÓMICOS.....	93
3.1. Leyes autonómicas sobre guarda y custodia	94
A) Aragón	95
B) Cataluña	95
C) Valencia.....	96
D) Navarra	97
E) País Vasco.....	97
3.2. Competencia de las comunidades autónomas en materia de guarda y custodia	98
3.3. Ámbito de aplicación de las leyes autonómicas.....	108
A) Ámbito objetivo	109
B) Ámbito subjetivo.....	113
C) Ámbito temporal	118
a) Aplicación de la nueva ley a los procedimientos en marcha	119
b) Aplicación de la nueva ley a los supuestos de modificación de las medidas adoptadas de acuerdo a la legislación anterior	121
c) La entrada en vigor de la nueva ley como fundamento para instar un proceso de modificación de medidas	123
4. DERECHO COMPARADO	126
4.1. El Derecho italiano	127
A) Affidamento	127
B) Collocazione	131
4.2. Referencia a otros ordenamientos de nuestro entorno	134
A) Francia.....	134
B) Inglaterra.....	134

C) Bélgica	135
D) Alemania.....	135
E) República Checa.....	136

CAPÍTULO III: DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA..... 137

1. TRIBUNAL COMPETENTE PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA 137

2. ITER TEMPORAL EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA 145

2.1. Régimen de guarda y custodia como medida previa o provisional en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio 146

2.2. Régimen de guarda y custodia como medida definitiva..... 152

3. FORMAS DE DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA 154

3.1. Régimen de guarda y custodia establecido por acuerdo de los progenitores..... 154

A) Régimen de guarda y custodia adoptado en convenio regulador 157

B) Régimen de guarda y custodia adoptado mediante acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura del matrimonio 171

C) La mediación familiar como herramienta para la consecución de acuerdos 177

3.2. Régimen de guarda y custodia establecido por el juez..... 184

CAPÍTULO IV: RÉGIMEN LEGAL 187

1. RÉGIMEN SUPLETORIO..... 187

1.1. Preferencia legal por la custodia individual: la opción seguida por nuestro Código Civil 188

A) Los requisitos previstos para la guarda y custodia compartida 190

a) Petición de parte 191

b) Informe “favorable” del ministerio fiscal 201

c) Que sea la única forma de proteger adecuadamente el interés superior del menor 210

B) Avance de la custodia compartida 213

a) Evolución jurisprudencial en la preferencia por uno u otro sistema .213

i) *Periodo anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005* 214

ii) <i>Periodo posterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005</i>	216
b) El Anteproyecto de Ley de 2013: hacia la custodia compartida	221
1.2. Preferencia legal por la custodia compartida: Derechos aragonés, valenciano y vasco	224
1.3. Equiparación de los regímenes de custodia compartida y exclusiva: Derechos catalán y navarro	232
1.4. Régimen legal supletorio en el Derecho comparado.....	236
A) Régimen legal supletorio en el Derecho italiano	237
B) Referencia al régimen legal supletorio en otros ordenamientos de nuestro entorno	239
a) Francia.....	239
b) Inglaterra	240
c) Bélgica	241
d) Alemania.....	242
e) República Checa.....	245
2. CONFIGURACIÓN CONCRETA DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA	246
2.1. Configuración del régimen de custodia exclusiva.....	246
2.2. Configuración del régimen de custodia compartida.....	248
A) Organización física.....	249
B) Reparto de tiempo entre los progenitores	253
3. CRITERIOS Y ELEMENTOS DE DETERMINACIÓN Y CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR.....	259
3.1. Elementos de valoración para la determinación del régimen de guarda y custodia	276
A) La opinión del menor	276
a) El derecho del menor a ser oído.....	277
i) <i>El derecho del menor a ser oído tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.</i>	282
ii) <i>El derecho del menor a ser oído tras la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.</i>	285
b) Modo en el que debe llevarse a cabo la audiencia del menor	292
c) Valor que debe darse a la opinión del menor	297
B) Resultado de los informes exigidos legalmente	301

C) Posibles acuerdos entre las partes.....	312
D) Las alegaciones de las partes y otras pruebas practicadas en la comparecencia.....	313
3.2. Criterios para la determinación del régimen de guarda y custodia.....	315
A) La recomendación de no separar a los hermanos.....	315
B) La aptitud de los progenitores.....	321
a) Enfermedades, adicciones y estilos de vida poco adecuados.....	323
b) Carencia de medios materiales.....	328
c) Convivencia con un tercero.....	330
d) Sexo.....	331
C) Cumplimiento de sus obligaciones por parte de los progenitores y contribución de cada uno al cuidado de los menores.....	334
a) Contribución de cada progenitor al cuidado de los menores constante la convivencia conyugal.....	335
b) Contribución de cada progenitor al cuidado de los menores una vez que se ha puesto fin a la convivencia.....	339
D) Disponibilidad temporal de cada progenitor y posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar.....	341
E) Relaciones de las partes entre sí y con sus hijos.....	345
a) Relación existente entre las partes.....	346
b) Existencia de violencia doméstica.....	353
i) <i>Estar 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 convivían con ambos.</i>	357
ii) <i>Existencia de indicios fundados de violencia doméstica.</i>	368
c) Vinculación de cada progenitor con los hijos.....	370
F) Edad de los hijos.....	372
G) Estabilidad del menor y lugar de residencia de los progenitores.....	378
H) Posibles riesgos para la salud y formación del menor.....	387
a) Posibles riesgos para la salud del menor: especial referencia a alienación parental.....	387
b) Posibles riesgos para la formación del menor.....	399
I) Número de hijos.....	400

CAPÍTULO V: INCIDENCIA DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA EN OTRAS MEDIDAS.....	403
--	------------

1. RÉGIMEN DE VISITAS	404
1.1. Régimen de visitas de los progenitores.....	404
A) Cuestiones generales en torno al derecho de visitas de los progenitores	405
B) Establecimiento del régimen de visitas	412
a) Procedimiento de mutuo acuerdo	412
b) Determinación judicial de las visitas	413
C) Configuración concreta del régimen de visitas.....	416
1.2. Régimen de visitas de los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados	421
A) Fundamento y régimen jurídico.....	421
B) Ámbito de aplicación.....	426
C) Determinación del régimen de relación entre nietos y abuelos en el seno de procedimiento de separación o divorcio.....	427
D) Elementos subjetivos	431
E) Legitimación	433
F) Requisitos	434
G) Contenido y configuración concreta.....	436
2. CONTRIBUCIÓN AL MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS MENORES.....	439
2.1. Fundamento y régimen jurídico de la obligación de prestar alimentos a los hijos menores.....	439
2.2. Elementos subjetivos.....	443
2.3. Contenido de la obligación de alimentos	445
A) Gastos ordinarios	447
B) Gastos extraordinarios	448
C) Gastos voluntarios.....	450
2.4. Determinación de la cuantía y modo de contribución de cada progenitor a la obligación de alimentos	451
A) Gastos ordinarios	453
a) Custodia exclusiva	456
b) Custodia compartida	457
B) Gastos extraordinarios	462
C) Gastos voluntarios.....	464
2.5. Incumplimiento de la obligación de prestar alimentos a los hijos menores	465
3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	466
3.1. Reglas para la atribución del uso de la vivienda familiar	467

A) Atribución del derecho de uso por acuerdo de las partes.....	467
B) Atribución judicial del derecho de uso.....	469
a) Presencia de hijos menores en el matrimonio e incidencia del régimen de guarda y custodia en la atribución del uso de la vivienda familiar ..	470
i) <i>Guarda y custodia exclusiva sin separación de hermanos</i>	470
ii) <i>Guarda y custodia exclusiva con separación de hermanos</i>	478
iii) <i>Guarda y custodia compartida</i>	479
b) Título o derecho en virtud del cual se ocupa la vivienda familiar y titularidad del mismo	483
3.2. El objeto del derecho de uso: la vivienda familiar	489
3.3. Elementos subjetivos.....	490
3.4. Naturaleza jurídica del derecho de uso.....	492
3.5. Posible compensación económica por la pérdida del derecho de uso....	494
3.6. Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar	498
A) Extinción del régimen de guarda y custodia y expiración del plazo por el que se ha asignado el uso de la vivienda	498
B) Mejora de la situación económica del beneficiario del derecho de uso	505
C) Convivencia con un tercero.....	507
D) Venta de la vivienda o disolución de la comunidad.....	510

CAPÍTULO VI: MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA 515

1. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA	515
1.1. Competencia.....	517
1.2. Procedimiento	523
A) Modificación por nuevo convenio de las partes.....	523
B) Modificación por decisión del juez a instancia de una de las partes o del ministerio fiscal.....	524
1.3. Requisitos.....	525
1.4. Algunos supuestos concretos.....	529
A) Por circunstancias previstas en el propio convenio o sentencia	530
B) Por modificaciones legislativas o por la aparición de una nueva doctrina jurisprudencial	531
C) Por deseo del menor.....	532
D) Por el cumplimiento de determinada edad por parte del hijo	534
E) Por privación, suspensión o extinción de la patria potestad por parte del progenitor custodio	535

F) Por incumplimiento del progenitor custodio	536
G) Por cambio del lugar de residencia por parte de alguno de los progenitores.....	544
H) Por alteración de la situación laboral de los progenitores	546
I) Por la convivencia de uno de los progenitores con un tercero.....	547
2. SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA	547
2.1. Extinción del régimen de guarda y custodia	547
2.2 Suspensión del régimen de guarda y custodia.....	549
3. RESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA.....	551
CONCLUSIONES	553
CONCLUSIONI	569
BIBLIOGRAFÍA	585
JURISPRUDENCIA CITADA	645

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AEFA: Asociación Española de Abogados de Familia.

AP: Audiencia Provincial.

BGB: Burgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán).

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales del Estado.

Cc.: Código Civil.

CCAA: Comunidad Autónoma.

Cc.Cat.: Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia).

C DFA: Código de Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas).

CIDN: Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989.

CE: Constitución Española de 1978.

CEDN: Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

CP: Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

DA: Disposición adicional.

DD: Disposición derogatoria.

DF: Disposición final.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

DS: Diario de Sesiones.

DT: Disposición transitoria.

FD: Fundamento de Derecho.

IPL: Iniciativa Legislativa Popular

Lec.: Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero).

Lecrim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real decreto de 14 de septiembre de 1882).

LJV: Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LOPJM: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

LOPIVG: Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

LOIMH: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

S: Sentencia.

S.A.P.: Síndrome de Alienación Parental.

S.F.M.: Síndrome de la Falsa Memoria.

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que más repercusión tiene actualmente en nuestra sociedad tanto en extensión como intensidad es el de la quiebra del matrimonio por separación, divorcio y nulidad, sobre todo cuando existen hijos menores. Los supuestos de ruptura de la convivencia familiar han crecido notablemente en las últimas décadas. Si atendemos a los últimos datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, en España tuvieron lugar, en 2016, 101.294 nuevas rupturas y en el 52,4% de los casos existían hijos menores¹.

La ruptura genera importantes consecuencias, no sólo en el ámbito patrimonial sino también en el personal, lo que hace necesaria la intervención del Derecho para reorganizar las relaciones entre los miembros de la familia, que obviamente serán distintas de las existentes durante la situación de convivencia.

Algunos de los problemas que se plantean son: la liquidación del régimen económico del matrimonio, la guarda y custodia de los hijos menores, el régimen de visitas con los hijos, la determinación del uso del hogar conyugal, la prestación por alimentos y la pensión por desequilibrio económico. Se trata de cuestiones íntimamente ligadas entre sí; pero, sin duda, la más importante es la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos, que a su vez es la más delicada y difícil de resolver. Además, en no pocas ocasiones, condiciona otras medidas de gran trascendencia y que suelen dar lugar a una importante conflictividad, como la contribución a los gastos de los hijos menores o la atribución del uso de la vivienda familiar.

En materia de guarda y custodia nos hallamos inmersos en la actualidad en un proceso de cambio social del que se ha comenzado a hacer eco el Derecho. Los llamados nuevos modelos de familia, la nueva situación social y

¹ Fuente: www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf, fecha última consulta: 06/04/2018.

laboral de la mujer, la mayor implicación del hombre en el ámbito familiar, la promoción del principio de igualdad en la relación hombre-mujer y las nuevas concepciones de la afectividad de los menores, llevan a un replanteamiento de los postulados jurídicos tradicionales en materia de guarda y custodia.

Sin embargo, pese a la importancia sociológica de la guarda y custodia, su regulación en nuestro Código civil es muy parca, por lo que se plantea la duda de si resulta suficiente y si está convenientemente adaptada a la realidad social. Puede decirse que los tribunales van por delante: hay una nueva orientación jurisprudencial marcada por el progresivo abandono del modelo clásico de preferencia por la custodia exclusiva y por un notable avance del régimen de custodia compartida. Si atendemos a los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2009 –en el que comienza esta nueva tendencia jurisprudencial– se estableció la custodia compartida en un 9,7% de los casos ²; mientras que en los últimos datos disponibles, correspondientes al año 2016, el porcentaje se eleva a un 28,3%³: sin ser todavía mayoritario, se ha multiplicado por tres.

El objeto de la investigación es analizar la regulación de la guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español, tanto estatal como autonómico. Además, también se hacen las oportunas menciones a los ordenamientos de nuestro entorno, con especial referencia al Derecho italiano, que, como veremos, regula las medidas relativas al cuidado y atención de los hijos menores tras la ruptura matrimonial de sus progenitores de un modo que dista notablemente al que se recoge en nuestro ordenamiento.

La investigación se centra en el estudio de la guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, por lo que quedan al margen aquellos supuestos en los que la guarda y custodia se dirime fuera de un proceso matrimonial –sin perjuicio de que pueda hacerse alguna

² Fuente: www.ine.es/prensa/np613.pdf, fecha última consulta: 06/04/2018.

³ Fuente: www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf, fecha última consulta: 06/04/2018.

referencia con fines comparativos – y aquellos otros en los que se discute sobre la guarda de los hijos mayores de edad con la capacidad judicialmente modificada⁴.

Por otro lado, aunque la guarda y custodia de los menores abarca numerosas disciplinas – derecho, psicología, sociología, etc. –, la investigación se ciñe al estudio de los aspectos estrictamente jurídicos, dejando de lado otros que, aunque también son dignos de atención, trascienden del ámbito jurídico.

El trabajo se estructura en seis capítulos, en los que se aborda un estudio completo de la figura de la guarda y custodia desde todas sus perspectivas.

El primer capítulo tiene por objeto la delimitación jurídica de la guarda y custodia y su relación con la figura de la patria potestad. En él se analizan los diferentes regímenes de organización que puede adoptar la guarda y custodia – exclusiva y compartida –, así como aquellos supuestos excepcionales en los que la guarda de los menores es atribuida a un tercero distinto de los progenitores.

En el segundo capítulo se presentan las normas jurídicas que configuran el marco legal de la guarda y custodia, para lo que se lleva a cabo un estudio escalonado: se comienza por la normativa internacional y europea, para continuar con la legislación estatal y hacer referencia posteriormente a los ordenamientos jurídicos autonómicos que han legislado en materia de guarda y custodia. Además, se traen a colación las normas que regulan la guarda y custodia en algunos países de nuestro entorno.

En el tercer capítulo se atiende a la competencia –objetiva y territorial– de nuestros tribunales civiles, abordando también aquellos supuestos en los que los Juzgados del orden civil pierden su competencia en

⁴ Esta guarda tiene unas características propias que la harían merecedora de un estudio específico, y, además, está actualmente prevista una reforma legal que puede incidir en esta cuestión.

favor de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Además, se analizan los diferentes momentos en los que puede adoptarse el régimen de guarda y custodia –en fase de medidas previas, provisionales o definitivas– y sus formas de determinación –acuerdo o sentencia –.

El cuarto capítulo se centra en el régimen legal previsto en las diferentes normas para los supuestos en los que los progenitores no alcancen un acuerdo respecto al régimen de guarda y custodia de sus hijos menores. A tal efecto, se comienza abordando el régimen supletorio, dividiendo las normas existentes en tres apartados, en función de si conceden preferencia legal a la custodia exclusiva, a la custodia compartida, o bien equiparan ambos regímenes de guarda y custodia. Una vez más, se hace una breve referencia a la situación existente en los países de nuestro entorno. Así mismo, se aborda la configuración concreta que pueden adoptar cada uno de los regímenes de guarda y custodia. Finalmente, se analizan los criterios y elementos de valoración que vienen utilizándose para la determinación del régimen de guarda y custodia, entre los que juega un papel primordial el interés superior del menor.

El quinto capítulo se destina a estudiar la incidencia que tiene el régimen de guarda y custodia en la adopción de otras medidas en el proceso de ruptura matrimonial, concretamente en tres: el régimen de visitas, la contribución al mantenimiento de los hijos y la atribución del uso de la vivienda familiar.

Finalmente, en el sexto capítulo se analizan las causas de modificación, extinción y suspensión del régimen de guarda y custodia.

RIASSUNTO

La rottura del matrimonio per separazione, divorzio e annullamento, quando vi sono figli minori, è uno dei problemi che attualmente ha più ripercussioni nella nostra società sia in termini di estensione che in termini di intensità. Secondo gli ultimi dati di cui disponiamo dall'Istituto Nazionale di Statistica, in Spagna nel 2016 hanno avuto luogo 101.294 nuove rotture e nel 52,4% dei casi erano presenti figli minori. La Tesi di dottorato studia la "guarda y custodia" di tali figli minori dopo la rottura del matrimonio dei loro genitori. Sebbene le questioni da risolvere in seguito a una crisi matrimoniale siano diverse, questa è la più importante e, in molti casi, condiziona le altre. In relazione a questa misura, stiamo affrontando oggi un processo di cambiamento sociale a cui ha cominciato a fare eco il Diritto e che si osserva nel corso della Tesi. Lo studio si realizza attraverso sei capitoli:

Il primo capitolo ha per oggetto la delimitazione legale della "guarda y custodia" e la sua relazione con la figura dell'autorità parentale. Al suo interno si analizzano i vari regimi di organizzazione che può adottare la "guarda y custodia" – "exclusiva" (esclusiva) e "compartida" (condivisa) –, così come quei casi eccezionali in cui la custodia dei minori si attribuisce a terzi diversi dai genitori.

Nel secondo capitolo si presentano le norme giuridiche che configurano il quadro legale della "guarda y custodia" per il quale si realizza uno studio graduale: partendo dalla normativa internazionale ed europea, per continuare con la legislazione statale e facendo riferimento successivamente agli ordinamenti giuridici autonomi che hanno legiferato in materia di "guarda y custodia". Inoltre, si prendono in esame le norme che regolano la "guarda y custodia" in alcuni dei a noi paesi vicini.

Nel terzo capitolo si prende in considerazione la competenza – per materia e per territorio – dei nostri tribunali civili, toccando anche quei casi in cui

i Tribunali dell'ordine civile perdono la loro competenza in favore dei Tribunali in materia di violenza contro le donne. Si analizzano inoltre i diversi momenti in cui è possibile adottare il regime di "guarda y custodia" – in fase di misure preventive, precauzionali o definitive – e le sue forme di determinazione – accordo o sentenza –.

Il quarto capitolo si focalizza sul regime legale previsto nelle varie norme per i casi in cui i genitori non raggiungono un accordo relativamente al regime di "guarda y custodia" dei figli minori. A tal proposito, si comincia affrontando il regime suppletivo, dividendo le norme esistenti in tre sezioni, in funzione del fatto che accordino o meno la preferenza giuridica alla "guarda y custodia esclusiva", alla "guarda y custodia compartida" o che equiparino entrambi di regimi di "guarda y custodia". Anche in questo caso, si fa riferimento alla situazione esistente nei paesi vicini. Inoltre, si analizza la configurazione effettiva che può adottare ognuno dei regimi di "guarda y custodia". Infine, si esaminano i criteri e gli elementi di valutazione che vengono utilizzati per la determinazione del regime di "guarda y custodia", tra i quali gioca un ruolo fondamentale l'interesse superiore del minore.

Il quinto capitolo è destinato allo studio dell'incidenza del regime di "guarda y custodia" nell'adozione di altre misure nel procedimento di rottura del matrimonio, soprattutto per quanto riguarda tre misure: il regime di visite, il contributo dei genitori al mantenimento dei figli minori e l'assegnazione della casa familiare.

Infine, nel sesto capitolo, si analizzano le cause di modifica, estinzione e sospensione del regime di "guarda y custodia".

CAPÍTULO I: CONCEPTO Y REGÍMENES DE GUARDA Y CUSTODIA

1. LA GUARDA Y CUSTODIA: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y RELACIÓN CON LA PATRIA POTESTAD

1.1. La patria potestad como presupuesto de la guarda y custodia

Antes de abordar el concepto de guarda y custodia conviene referirse brevemente a la patria potestad, por tratarse de la institución básica en materia de relaciones paterno-filiales. Además, como enseguida veremos, la figura de la guarda y custodia de los menores guarda una estrecha relación con la patria potestad⁵.

⁵ Cabe advertir que la expresión "patria potestad" está comenzando a ser sustituida por otras expresiones más adaptadas a nuestro tiempo, como "autoridad parental" —*vid.* LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, p. 362— o "responsabilidad parental". Esta última acepción ha sido incluida de forma expresa en nuestro Código Civil como sinónimo de patria potestad —art. 154—, con ocasión de la reforma introducida a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En cualquier caso, y pese a las nuevas terminologías que van apareciendo para designar a esta figura, a lo largo de estas páginas mantendré el uso del término patria potestad, por ser el que continúa utilizando con carácter general nuestro Código Civil.

En el caso de Aragón, se viene utilizando desde largo tiempo atrás la expresión "autoridad familiar". No obstante, si bien es cierto que la autoridad familiar viene a ser en el Derecho aragonés el equivalente a la patria potestad del Derecho común, también lo es que ambas figuras presentan diferencias en cuanto a su titularidad (a diferencia de la patria potestad, cuya titularidad puede corresponder exclusivamente a los progenitores, la autoridad familiar puede extenderse a otras personas —arts. 85-87 del Código del Derecho Foral de Aragón—) y contenido (el de la autoridad familiar aragonesa es estrictamente personal —art. 65 del Código del Derecho Foral de Aragón—) —*vid.* en este sentido: DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "Capítulo primero: De las relaciones personales", en: *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* —dir. LACRUZ BERDEJO, José Luis—, Diputación General de Aragón, 1988, pp. 416-418; y PARRA LUCÁN, M^a Ángeles y LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Relaciones

El vínculo existente entre los padres y sus hijos recibe el nombre de filiación. Con carácter general presenta una dimensión biológica —que tiene su origen en la procreación— y otra jurídica, siendo la primera el fundamento de la segunda. No obstante, como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, no hay una correspondencia absoluta entre ambas relaciones⁶, por lo que en ocasiones pueden no coincidir⁷. Por ende, la relación jurídica de filiación no deriva necesariamente de un hecho biológico⁸, aunque en la mayoría de supuestos ocurra así.

La patria potestad se basa precisamente en la existencia de un vínculo de filiación —bien por naturaleza o bien por adopción— entre los progenitores y sus hijos menores no emancipados⁹, y puede definirse como el conjunto de deberes que tienen los padres con respecto a sus hijos, unido a una serie de derechos que se les atribuyen para cumplir con dichos deberes¹⁰. Encuentra su fundamento en el deber natural que tienen los progenitores de un menor de

entre ascendientes y descendientes", en: Manual de Derecho civil aragonés —dir. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; coord. PARRA LUCÁN, M^a Ángeles—, El Justicia de Aragón, 2012, 4^a ed., pp. 170-174.

⁶ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La filiación", en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* —coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos—, Edisofer, 2016, 5^a ed., p. 322: «Puede ocurrir que la filiación biológica sea desconocida, y que por tanto no exista filiación jurídica (hijo de padres desconocidos); o bien que la relación jurídica sea atribuida por error a quien biológicamente no es progenitor. También puede crearse conscientemente una relación jurídica de filiación entre quienes se sabe que no están unidos por vínculos biológicos, como ocurre en la adopción».

⁷ En este mismo sentido se pronuncia LACRUZ BERDEJO al señalar que «aunque pueda sorprender, con frecuencia no coinciden la relación jurídica con la relación biológica de filiación» (LACRUZ BERDEJO, José Luis (et. al.), *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, 4^a ed. revisada por RAMS ALBESA, Joaquín, Dykinson, Madrid, 2010, p. 299).

⁸ Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia*, 12^a ed., Tecnos, Madrid, 2018, p. 236.

⁹ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad", en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* —coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos—, Edisofer, 2016, 5^a ed., p. 377; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013, p. 36. Vid. también STS de 17 de junio de 1995: «Es un efecto legal propio de toda relación paterna o materna filial, de tal modo que, una vez que queda determinada la filiación, la patria potestad, salvo el supuesto excepcional al que se refiere el artículo 111 del Código Civil, corresponde automáticamente, ex lege, al progenitor ya anteriormente determinado».

¹⁰ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "La protección de los menores e incapacitados..." , cit., pp. 382 y 385.

velar por éste tanto en el orden personal como patrimonial¹¹. Ello incluye todos los deberes relativos a su cuidado, alimentación, formación, educación, representación y administración de bienes¹².

El contenido de la patria potestad se prevé expresamente en el artículo 154 de nuestro Código Civil –en adelante Cc.–, que recoge los deberes de los padres con respecto a sus hijos no emancipados. En el punto primero de su tercer párrafo incluye el de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; y en el punto segundo el de representarlos y administrar sus bienes.

En cuanto a las obligaciones de los padres de velar por los hijos y alimentarlos, cabe señalar que aun cuando son un contenido propio de la patria potestad, derivan directamente de la existencia de un vínculo de filiación¹³ y, por ende, siguen existiendo incluso en supuestos en los que los progenitores no ostenten la patria potestad¹⁴.

De acuerdo a lo visto, podemos considerar que la patria potestad engloba tres grandes ámbitos: el aspecto personal, que incluye velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y darles una formación; el patrimonial: la administración de los bienes de los hijos; y en tercer lugar, la representación de los mismos. Precisamente la figura de la guarda y custodia –objeto del presente estudio– se integra en el ámbito personal de la patria

¹¹ Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis (et. al.), *Elementos de Derecho Civil IV...*, cit., pp. 387 y ss.

¹² Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia...*, cit., p. 269.

¹³ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", en: *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio : (Ley 15/2005, de 8 de julio)* —dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente—, Lex Nova, 2005, pp. 128 y 129; y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", en: *Comentarios al Código Civil* —coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo—, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, 3ª ed., p. 211.

¹⁴ El art. 110 Cc. establece expresamente que «*el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, está obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos*».

potestad, pues está estrechamente ligada con el deber de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía¹⁵.

Como señalan DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, «la expresión "velar" comprende la dispensación de toda clase de cuidados, materiales y morales», mientras que «"tenerlos en su compañía" significa la necesidad de una relación interpersonal continuada, que presume la comunidad de vivienda»¹⁶. A la vista de ello, en realidad es posible velar por los hijos aunque no se ostente la custodia de los mismos, e incluso es una obligación que mantiene el progenitor no custodio¹⁷, por lo que aun siendo un deber muy vinculado al ejercicio de la guarda y custodia, no es exclusivo de ésta¹⁸.

¹⁵ Vid. STS de 19 de octubre de 1983. Vid también: BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Custodia compartida: una alternativa legal en los futuros procesos de separación y divorcio", en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* —coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos—, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Nº 27-29, junio 2005, El Derecho, Madrid, 2005, p. 701; TENA PIAZUELO, Isaac, "La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 18, 2006, p. 32 y "La ruptura de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida", en: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008, p. 48; LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, "Leyes de familia y Constitución: ley 13/2005, de 1 de julio y ley 15/2005, de 8 de julio", *Revista de Derecho privado*, año Nº 90, mes 2, 2006, p. 57; MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, "El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor", en: *Custodia compartida y protección de menores* —TAPIA PARREÑO, José Jaime—, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 79-80; HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia. Especial referencia a la guarda y custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, Nº 2010, 2010, p. 3; ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián, "Custodia Compartida", *La Toga*, nº 181, enero-marzo, 2011, pp. 13-15; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, "La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de las cosas", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año Nº 89, Nº 736, 2013, p. 1139; ESPARZA OLCINA, Carlos, "La guarda compartida en el Código Civil español y en la Ley autonómica valenciana", *Revista Boliviana de Derecho*, Nº 17, 2014, p. 192; y GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", en: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres* —GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SOLÉ RESINA, JUDITH—, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, 1ª ed., p. 47.

¹⁶ Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia...*, cit., p. 269.

¹⁷ Así ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia —vid. STS de 2 de julio de 2004— y doctrina —vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 63; MONTERROSO CASADO, Esther y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María "Análisis de la regulación legal de la custodia compartida tras la separación y el divorcio: una propuesta de *lege ferenda*", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, núm. 131, 2011, p. 17, p. 14; y UREÑA CARAZO, Belén, "Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia", *Revista de derecho de familia*, Nº 69, 2015, p. 59—.

¹⁸ Esta obligación de velar por los menores y mantenerlos en su compañía es también un contenido propio del acogimiento, por medio del cual se ejerce la tutela y guarda administrativa. De hecho, El art.

De acuerdo a todo lo que vengo exponiendo, cuando los progenitores viven juntos, la guarda y custodia de los hijos menores queda subsumida dentro del ejercicio cotidiano de la patria potestad¹⁹ —forma parte del ámbito personal de la misma—. Por ende, en estos casos no es necesario delimitar ambas figuras, ya que el ejercicio conjunto diario de la patria potestad implicará también la guarda y custodia de los menores, que por tanto corresponderá conjuntamente a ambos progenitores.

173.1 Cc. recoge expresamente la obligación de los acogedores de velar por él menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. En cambio, plantea serias dudas que en el caso de la tutela ordinaria también exista dicho deber del tutor de mantener al pupilo en su compañía. A este respecto, encontramos en nuestra doctrina posiciones encontradas. Existe una primera postura que niega que el tutor este obligado a tener al menor en su compañía, por considerar que entre los deberes del tutor que recoge el artículo 269 Cc. no figura el de tener al tutelado en su compañía —*vid.* RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia de los hijos", *Derecho Privado y Constitución*, Nº 15, 2001, p. 295; TENA PIAZUELO, Isaac, "Comentario al art. 269 Cc", en: *Código Civil comentado* —dir. DE PABLO CONTRERAS, Pedro y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario—, Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 1231; y ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos*, Editorial de la Universidad de Granada, 2011, p. 12. Tesis Doctoral inédita. goo.gl/w6QCv4 (fecha última consulta: 06/04/2018); y MAYOR DEL HOYO, María Victoria, *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad (Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar)*, Aranzadi Thomson Reuters, 2013, 1ª ed., p. 121—. Sin embargo, otros autores, como por ejemplo PRATS ALBENTOSA, consideran que la obligación de mantener al tutelado en su compañía forma parte del contenido de dicha institución —*vid.* PRATS ALBENTOSA, L., "Las instituciones tutelares (II). Los oficios tutelares. La tutela", en: *Derecho de Familia* —MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis y ROCA TRÍAS, Encarnación—, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed. p. 548-549—. El principal argumento esgrimido por éstos últimos es que, si bien es cierto que el artículo 269 Cc. —que recoge el contenido de la tutela— no menciona expresamente la obligación de los tutores de tener al tutelado en su compañía, consideran que dicho deber está implícito en las obligaciones de alimentar, educar y proporcionar una formación integral al menor.

¹⁹ *Vid.* RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia...", cit., p. 284; ROGEL VIDE, Carlos, "En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados —Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio—", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Nº 1, 2005, p. 77; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit. p. 261; ROMERO NAVARRO, Fermín, "Coparentalidad y género", *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social*, Nº 2, 2009, p. 18; PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos. Comentarios a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, Facultad de Ciencias Sociales, Universitat Abat Oliba CEU, 2011, p. 46; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida en España y en Cataluña: Entre deseos y realidades", en: *La Custodia Compartida a Debate* —ed. PICONTÓ NOVALES, Teresa—, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Nº 56, Dykinson, 2012, Madrid, p. 81; ESCALONA LARA, José María, "La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias prácticas", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 1, 2014, p. 4; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "Las reglas de custodia...", cit., p. 63; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 4, 2015, p. 586 y "Estudio comparativo de la normativa estatal y autonómica en materia de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 11, 2016, p. 2.

La distinción entre ambas figuras cobra sentido cuando se rompe la convivencia de los padres o no ha habido convivencia, por cuanto resulta complicado que los hijos vivan con ambos progenitores simultáneamente²⁰, siendo necesario confiar la compañía, atención y cuidado directo de los mismos a uno de ellos –o a ambos, pero de forma ordenada en el tiempo–²¹. Es precisamente en estos supuestos de falta de convivencia de los progenitores cuando hay que individualizar el aspecto concreto del ejercicio de la patria potestad relativo al cuidado personal diario del menor²², por cuanto ya no es posible que ambos progenitores convivan con los hijos y puedan ejercer conjuntamente dicho deber de cuidado. A este aspecto concreto del ejercicio de la patria potestad es a lo que denominamos guarda y custodia. De acuerdo a ello, cabe decir que el supuesto en el que entra en juego la guarda y custodia es aquél en el que existiendo hijos menores sujetos a patria potestad, los progenitores que la ejercen no viven juntos²³, pues en otro caso carece de sentido su tratamiento con carácter autónomo.

²⁰ Por ello, cuando la convivencia de una pareja con hijos menores se rompe, una de las cuestiones más importantes que deben decidirse, y que más controversias genera, es con cuál de los progenitores van a convivir los hijos, sobre todo si tenemos en cuenta los efectos colindantes que acompañan a esta medida (atribución del uso de la vivienda familiar, abono de pensiones de alimentos, etc.) —*vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en: La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar, *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010 pp. 135 y 143; HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida", *Actualidad Civil*, Nº 10, 2011, p. 1133; y PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Modificación de medidas y exploración judicial del menor", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García* —coord. JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo—, Aranzadi, Universidad de Jaén, 2012, p. 1327—.

²¹ *Vid.* VIVAS TESÓN, Inmaculada, "La guarda y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial más reciente", en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* —coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos—, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Nº 27-29, junio 2005, El Derecho, Madrid, 2005, p. 754; TENA PIAZUELO, Isaac, "La guarda compartida...", *cit.*, pp. 30-31; y PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Nº 9, junio-diciembre, 2015, p. 145.

²² *Vid.* MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "De los efectos comunes...", *cit.*, p. 212.

²³ *Vid.* TENA PIAZUELO, Isaac, "La ruptura de pareja con hijos...", *cit.*, p. 47; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, "Mediación y guarda y custodia de menores", en: *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis* —coord. MARTÍN DIZ, Fernando—, Dykinson, 2011, p. 108; y SEISDEDOS MUIÑO, Ana, "La custodia compartida en el Código Civil y en la legislación autonómica", en: *Justicia en Tiempos de Crisis*:

1.2. Distinción entre guarda y custodia y ejercicio de la patria potestad

Interesa en primer lugar exponer la diferencia entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, así como la repercusión de la ruptura matrimonial sobre ambas categorías, que anticipo que con carácter general permanecerán intactas. Posteriormente pasaré a analizar la distinción entre éstas y el concepto de guarda y custodia, que, como veremos, en el caso del ejercicio de la patria potestad ha planteado algunos problemas de delimitación.

Salvo en supuestos muy excepcionales²⁴, la titularidad de la patria potestad sobre los hijos menores no emancipados corresponde conjuntamente a ambos progenitores —art. 154.1 Cc.—. Esta situación permanece inalterable una vez tenga lugar la disolución del matrimonio por causa distinta de muerte de uno o ambos progenitores, lo que es consecuente con lo dispuesto en el artículo 92.1 Cc. —de acuerdo al cual la ruptura del matrimonio no exime a los padres de las obligaciones para con sus hijos— y en el artículo 169 Cc. —que no recoge la disolución del matrimonio entre las causas que ponen fin a la patria potestad—.

En cuanto al ejercicio de la patria potestad, de acuerdo al artículo 156 Cc. la regla general será también el ejercicio conjunto²⁵, y nuevamente esta situación permanecerá normalmente inalterable una vez disuelto el vínculo

publicación resultante de las Jornadas Justicia en Tiempos de Crisis: primer Encuentro Poder Judicial-Universidad, celebrado en Bilbao los días 14 y 15 de septiembre de 2015 —coord. ORDEÑANA GUEZURAGA, Ixusko y URIARTE RICOTE, Maite—, Consejo General del Poder Judicial, 2016, p. 484.

²⁴ Cuando un progenitor haya sido condenado en sentencia penal firme a causa de las relaciones a que obedezca la generación —art. 111.1 Cc.—, cuando la filiación se haya determinado por Sentencia firme contra la oposición de uno de los progenitores —art. 111.2 Cc.—, o cuando uno de los progenitores haya sido privado de su potestad sobre los hijos por Sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma —art. 170 Cc.—.

²⁵ No obstante, con el fin de evitar los problemas que pudiera generar la necesidad de concurrencia de ambos progenitores en relación con cada uno de los actos relativos a la patria potestad, se prevé la posibilidad de que la patria potestad pueda ejercerse por uno solo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 156.1 Cc.).

matrimonial, salvo que los padres o el propio juez establezcan otra cosa —art. 92.4 Cc.—²⁶.

Por tanto, en los supuestos de nulidad, separación o divorcio, ambos cónyuges mantendrán como regla general tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad, con independencia de a cuál de ellos se otorgue la guarda y custodia del menor²⁷. Y es que, aun cuando no es posible ostentar la guarda y custodia si no se cuenta con la titularidad y ejercicio de la patria potestad —pues como he señalado, la primera forma parte del ámbito personal de la segunda—, sí que cabe en cambio mantener la titularidad y ejercicio de la patria potestad pese a no ejercer la guarda y custodia. De hecho, las únicas facultades que el progenitor no custodio tiene limitadas son las relativas a tener a los menores en su compañía, que se reduce a los periodos de comunicación establecidos²⁸; y la participación en la adopción de determinadas decisiones de escasa importancia pertenecientes al día a día, que corresponderá adoptar al que en cada momento se encuentre en compañía del menor, como veremos unas líneas más adelante.

Hay quien se opone a la postura que acabo de exponer, por entender que el ejercicio de la patria potestad es inherente a la guarda y custodia y que, por tanto, el ejercicio de la patria potestad corresponde en exclusiva al progenitor custodio²⁹. No obstante, la doctrina mayoritaria considera que no

²⁶ La Asociación de Profesores de Derecho Civil ha realizado en fechas recientes una propuesta de Código Civil, cuyo artículo 219-6.4 aboga por modificar esta regla y establecer que el ejercicio de la patria potestad tras la ruptura matrimonial se atribuya en exclusiva al progenitor que ejerce la guarda y custodia —*vid.* CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, "Capítulo IX: Los efectos de la nulidad, separación y divorcio", *Propuesta de Código Civil* —coord. MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús—, 2017, p. 39. <http://www.derechocivil.net/esp/libros.php> (fecha última consulta: 12/04/2018)—.

²⁷ Esta regla es la que prevén también la mayoría de países de nuestro entorno —*vid.* a modo de ejemplo: art. 373.2 del *Code Civil* francés, art. 316 del *Codice Civile* italiano, art. 374.1 del *Code Civile* belga, § 1671 del *Burgerliches Gesetzbuch* alemán y art. 34 del *Zákon o Rodině* checo—.

²⁸ *Vid.* DE LA OLIVA VÁZQUEZ, Antonio, "Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: Problemas y alternativas", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 251; y Cordero Cutillas, Iciar, "Algunas consideraciones de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", *Actualidad civil*, N° 3, 2013, p. 342.

²⁹ *Vid.* JIMÉNEZ LINARES, Mª Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial", en: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*

cabe identificar guarda y custodia con ejercicio de la patria potestad y que, con carácter general, esta última se mantiene de forma conjunta en ambos progenitores tras el divorcio³⁰.

—coord. HERRERA CAMPOS, Ramón—, Vol. 24, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000, pp. 878-879; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, "El menor en las situaciones de crisis familiar: la atribución de su guarda y custodia", en: *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad* —coord. MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María—, Fundación Diagrama: Colección Estudios Sociales, Murcia, 2004, p. 121; PASTOR VITA, Francisco Javier, "Una primera aproximación al Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", *La Ley*, Nº6235, 2005, tomo 2, p. 1846; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Cuestiones de Derecho de Familia ante la violencia de género", *Revista de derecho de familia*, Nº 47, 2010, p. 68 y "El ejercicio de la patria potestad en igualdad de condiciones. Valoración de la custodia compartida", en: *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género* —coord. MESA MARRERO, Carolina y GRAU PINEDA, María del Carmen—, Tirant lo Blanch, 2014, p. 461; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores", *Revista de derecho de familia*, Nº 53, 2011, p. 295; CASTAÑOS CASTRO, Paula y GARCÍA ALGUACIL, María José, "La guarda y custodia compartida: Nuevo modelo de corresponsabilidad parental ¿en interés del menor?", *Boletín. Servicio de Estudios Registrales de Catalunya*, Nº 156, 2011, p. 65; ALCÁZAR RUIZ, Rafael, "Diseño de una escala para la evaluación de la custodia compartida en el ámbito judicial. Estrategia para la validación científica de la escala (ICC)", *AZARBE: Revista internacional de trabajo social y bienestar*, Nº 3, 2014, p. 272; CORDERO CUTILLAS, Iciar y FAYOS GARDÓ, Antonio, "La custodia compartida en las distintas legislaciones españolas. La nueva lista de bienestar del menor en el anteproyecto de reforma del código", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 1, 2014, p. 4; y CAMPUZANO TORNÉ, Herminia, "La responsabilidad parental y su ejercicio en supuestos de falta de convivencia de los progenitores: regulación actual del Código civil y perspectivas de futuro", *Revista de Derecho privado*, año Nº 101, mes 1-2, 2017, pp. 12-13.

³⁰ Vid. RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil", *Cuadernos de trabajo social*, Nº 18, 2005, p. 142; LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, "Leyes de familia y Constitución...", cit., p. 57; ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida: pautas para su correcta aplicación", *Economist & Jurist*, Vol. 14, Nº 104, 2006, pp. 60-61; ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 3, 2007, p. 3; LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, Laura, "La novedosa figura de la custodia compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de julio y el interés superior del menor", *Scio*, Nº 1, 2007, p. 82; DEL POZO, Ana Belén, "Custodia compartida: un lento camino", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, Nº 132, 2008, p. 8; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 2, 2008, p. 4; PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio. Su incidencia en la relación abuelos-nietos", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 355; DE LA OLIVA VÁZQUEZ, Antonio, "Derechos y obligaciones del progenitor no custodio...", cit., p. 252; MORENO VELASCO, Víctor, "Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad", *La Ley*, Nº 7267, 2009, tomo 4, p. 1958; FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, "El derecho a decidir el lugar de residencia del menor: guarda y custodia, patria potestad y sustracción de menores", *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, Nº 86, 2009, p. 16; HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "Sobre la necesidad de una nueva regulación...", cit., p. 1134; VALLESPÍN PÉREZ, David, "El ejercicio conjunto de la patria potestad en los casos de divorcio contencioso en los que la custodia es atribuida en exclusiva a uno de los progenitores: ¿realidad o ficción?", *Práctica de Tribunales*, Nº 100, 2013, p.2; HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, "Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: novedades en torno a la futura ley de corresponsabilidad parental", *Revista de Derecho UNED*, Nº 14, 2014, p. 299; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental", *XIII Jornadas IDADFE: Crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, UNED de Calatayud, 2014, p. 3; NAVARRO MICHEL, Mónica, "Cambio de domicilio del progenitor custodio. Procedencia y efectos. Sentencia de 11 de diciembre de 2014", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 98, 2015, p. 424; UREÑA CARAZO, Belén, "Hacia una corresponsabilidad parental...", cit., p. 59; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Estudio comparativo...", cit., p. 2.

Lo cierto es que el artículo 156 de nuestro Código Civil puede parecer contradictorio con la postura que acabo de exponer. Y es que, mientras del artículo 92.4 Cc. se deduce que la regla general es el ejercicio común de la patria potestad tras la ruptura matrimonial³¹ –con independencia del régimen de guarda y custodia que se establezca–, el artículo 156.5 Cc. señala que en los supuestos de falta convivencia de los progenitores el ejercicio de la patria potestad corresponderá a aquél con el que conviva el menor, pudiendo el otro, eso sí, pedir el ejercicio conjunto. No obstante, considero que el supuesto de hecho de una y otra norma no es el mismo. Así, mientras que el artículo 92.4 Cc. se aplicaría en aquellos casos en los que exista una previa situación de convivencia de la pareja, el artículo 156.5 Cc. tendría por objeto regular el ejercicio de la patria potestad cuando no ha existido dicha convivencia³². En este sentido, el artículo 156.5 Cc. parece partir de una convivencia previa del hijo con uno de los progenitores –porque así lo han decidido o porque el otro no se haya opuesto³³–, al que correspondería el ejercicio de la patria potestad, pudiendo el otro pedir el ejercicio conjunto.

Por lo tanto, con base en el artículo 92.4 Cc., los supuestos de nulidad, separación y divorcio no alteran el ejercicio conjunto de la patria potestad, salvo que excepcionalmente las partes hayan acordado o el juez haya decidido establecer el ejercicio individual en favor de uno de los progenitores –art. 92.4 Cc.–. Es decir, ambos padres mantienen intactos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, independientemente de quién

³¹ El art. 92.4 Cc. prevé la posibilidad de que los padres acuerden, o el juez decida, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de ellos, dando a entender con ello que en defecto de acuerdo o imposición judicial de ejercicio individual, regirá el ejercicio conjunto de la patria potestad, configurando por tanto esta última opción como la regla general.

³² Vid. GUZMÁN PÉREZ, Cristina, "La patria potestad y custodia de los hijos, en los casos de separación y divorcio, según la legislación y jurisprudencia española. Notas desde el Derecho Canónico", *Estudios Eclesiásticos*, Vol. 86, Nº 339, 2011, p. 776: «Este supuesto se refiere a los casos en los que los padres nunca han vivido juntos(...)»; AGUILERA RODERO, Juan, "El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad", *La Ley*, Nº7826, 2012, tomo 2, p. 1044; y CORDERO CUTILLAS, Iciar, "Algunas consideraciones de la Ley 5/2011...", cit., p. 342.

³³ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "La protección de los menores e incapacitados...", cit., p. 390.

habe con él o quién tenga asignada la guarda y custodia³⁴, al que como he expuesto, le corresponde únicamente la adopción de las decisiones cotidianas de escasa importancia que derivan de la convivencia con el menor³⁵.

De acuerdo a todo lo anterior, aun cuando en ocasiones el progenitor custodio ejerce de hecho —que no de Derecho— en exclusiva determinadas facultades relativas a la patria potestad³⁶, en puridad el ejercicio de la misma es siempre compartido³⁷, a menos que se haya atribuido formalmente el ejercicio de la patria potestad a uno solo de ellos.

En cualquier caso, con objeto de poner fin a la controversia generada, sería conveniente de *lege ferenda* —como defienden varios autores³⁸— que el Código Civil delimitara claramente el concepto de ejercicio de la patria potestad y el de guarda y custodia, tal y como han hecho las leyes existentes en el ámbito autonómico, que distinguen nítidamente entre el ejercicio de la guarda y custodia —que podrá corresponder a ambos progenitores o a uno de ellos— y

³⁴ Vid. HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "Sobre la necesidad de una nueva regulación...", cit., p. 1134.

³⁵ Vid. VIÑAS MAESTRE, Dolors, "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 3, 2012, p. 5: «El contenido de la guarda o custodia debe quedar limitado a la tenencia del menor y debe desaparecer la creencia errónea de que el progenitor custodio es el que ostenta el poder sobre el menor. La guarda y custodia no otorga al progenitor al que se le atribuye mayores facultades que las que se derivan de la guarda y que corresponden igualmente al progenitor no custodio en los periodos que tiene a su hijo en virtud del régimen de comunicación o permanencias que se hayan establecido».

³⁶ No cabe duda de que el progenitor que no tenga atribuida la guarda y custodia ejercerá la patria potestad con menor intensidad —vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 144; y LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa", *Revista de derecho civil aragonés*, Nº 20, 2014, p. 132—, lo que ha llevado a algún autor a calificarlo de "ejercicio impropio" de la patria potestad —vid. ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M^a Mercedes, "Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 3, 2014, p. 73— o de "ejercicio *capiti diminuido*" de la patria potestad —vid. CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, 1^a ed., p. 234. Vid. también: SAP de A Coruña de 10 de septiembre de 2008—.

³⁷ Vid. PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio...", cit., p. 348; y SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón", en: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* —coords. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y Serrano García, José Antonio—, Institución Fernando el Católico, 2013, p. 25.

³⁸ Vid. DIEZ GARCÍA, Helena, *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2004 p. 44; y BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu, "Propuesta de lege ferenda. El artículo 156.5 CC", *Revista de derecho de familia*, Nº 59, 2013, p. 59.

el ejercicio de la patria potestad –que, salvo excepciones, corresponderá a ambos padres—³⁹.

1.3. Concepto de guarda y custodia

Una vez delimitada la patria potestad y analizadas las vicisitudes en torno a su titularidad y ejercicio en los supuestos de ruptura matrimonial, así como su distinción con la guarda y custodia, estamos en condiciones de centrarnos ya en esta última figura. Comenzaré analizando su origen y fundamento, para pasar posteriormente a detenerme en su concepto.

A) Origen y fundamento

Para estudiar el origen de la guarda y custodia debemos analizar dos aspectos por separado: el primero, cuándo comienza a plantearse la situación a la que esta figura hace referencia; y el segundo, en qué momento comienza a utilizarse la expresión "guarda y custodia".

En cuanto a la primera cuestión, siguiendo a RAGEL SÁNCHEZ⁴⁰, considero que el origen legal de la guarda y custodia se encuentra en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio 1870⁴¹. Incluso ya llegó a estar prevista en los Proyectos de Código Civil anteriores a la citada norma⁴², pero no llegaron a prosperar.

³⁹ Vid. arts. 75.2, 76.3 a) y 80.1 CDFA, arts. 231-4.1 y 233-8.1 Cc.Cat. y arts. 7.2 a) y 8.1 Ley vasca 7/2015. Vid. también: Exposición de Motivos de la Ley valenciana 5/2011, declarada inconstitucional por el TC en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre.

⁴⁰ Vid. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia...", cit., p. 291.

⁴¹ Vid. arts. 87.2, 88.2, 97 y 98 de la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870. En los citados preceptos no se hablaba expresamente de guarda y custodia, sino del «*depósito de los hijos*» y de «*quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección*», en clara alusión a esta figura.

⁴² Vid. Proyectos de Código Civil de 1821 —art. 348—, de 1836 —arts. 251 y 189—, de 1851 —arts. 81.3, 82, 84.2 y 94—, y de 1869 —arts. 107.2, 108, 110 y 125—. En los referidos textos se utilizaban para referirse a la figura que nos ocupa expresiones tales como «*quedar bajo la potestad*», «*ser puestos bajo el poder y protección*» o «*quedar al cuidado*».

Continuando la senda iniciada por la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio 1870, la cuestión del cuidado de los hijos menores en los supuestos en que sus progenitores no conviven también fue abordada por la redacción originaria del Código Civil⁴³, así como por la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932⁴⁴ y por la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modificaron determinados artículos del Código Civil⁴⁵. Por tanto, cabe considerar todas estas leyes civiles como precursoras de la guarda y custodia, que se consolidó definitivamente con las importantes reformas que acontecieron en nuestro Derecho de familia en 1981 a través de dos normas fundamentales: la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Respecto a la segunda cuestión que planteaba, es decir, el momento en el que comienza a utilizarse la expresión guarda y custodia, puede decirse que el término "custodia" se acuñó legalmente hace apenas medio siglo con la reforma introducida por la Ley de 24 de abril de 1958, que lo utilizó por primera vez en su artículo 67 bajo la expresión «*persona bajo cuya custodia haya de quedar*»; y respecto al término guarda, no fue hasta la Ley 11/1981 cuando se introdujo por primera vez⁴⁶ en algunos preceptos de nuestro Código Civil –

⁴³ Vid. arts. 68.3, 71, 70 y 73. Las expresiones utilizadas en la redacción originaria del Código para referirse a esta figura fueron las siguientes: «*quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección*», «*tener a su cuidado*» o «*quedar al cuidado*».

⁴⁴ Vid. arts. 16 y 17. En este caso se utilizaban expresiones tales como «*quedar en poder*» y «*tener a su cuidado*».

⁴⁵ Vid. arts. 67, 68.3 y 73. Los citados preceptos hablaban de «*quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección*», «*tener a su cuidado*» y «*quedar a su cuidado*».

⁴⁶ Aunque las Partidas ya se referían a la obligación de "criar é aver en guarda", no sería hasta la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, cuando se hablará por primera vez de la guarda tal y como hoy la entendemos (Para más información, vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor", *I curso de experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad de Internacional de Andalucía en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga*, (Trabajo de investigación), 2009, pp. 25-26).

artículos 158, 174 y 1903—, aunque fue muy tímidamente⁴⁷. Finalmente, la locución conjunta "guarda y custodia" apareció por vez primera en nuestro ordenamiento con ocasión de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) —en adelante Lec.—, que en sus artículos 748.4, 769.3 y 770.6 se refiere a «*la guarda y custodia de hijos menores*». En cuanto al Código Civil, comenzó a utilizar dicha locución tras la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en concreto en su artículo 92.5: «*Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia(...)*».

Sin embargo, la locución conjunta "guarda y custodia" tiene un origen claramente jurisprudencial ⁴⁸, ya que con anterioridad a la Ley de Enjuiciamiento Civil tanto el Tribunal Supremo ⁴⁹ como las Audiencias Provinciales⁵⁰ venían empleando esta expresión. Incluso el alto Tribunal ya la utilizó en su Sentencia de 28 de febrero de 1947, en la que probablemente sea

⁴⁷ Vid. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia...", cit., p. 282.

⁴⁸ Vid. MORAGA GARCÍA, M^a Ángeles, "Igualdad y custodia compartida", en: *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*, Corts Valencianes, 2014, p. 486.

⁴⁹ Vid. STS de 16 de noviembre de 1978, STS de 19 de octubre de 1983, STS de 28 de octubre de 1983, STS de 23 de junio de 1994, STS de 25 de junio de 1994, STS de 6 de julio de 1996, STS de 20 de mayo de 1997, STS de 22 de mayo de 1999, etc.

⁵⁰ Vid. SAP de Barcelona de 5 de enero de 1998, SAP de Badajoz de 23 de enero de 1998, SAP de Castellón de 12 de febrero de 1998, SAP de León de 7 de mayo de 1998, SAP de Guipúzcoa de 30 de mayo de 1998, SAP de Vizcaya de 23 de junio de 1998, SAP de Baleares de 29 de junio de 1998, SAP de Palencia de 1 de julio de 1998, SAP de Vizcaya de 2 de julio de 1998, SAP de Castellón de 14 de julio de 1998, SAP de Guipúzcoa de 27 de julio de 1998, SAP de Toledo de 17 de septiembre de 1998, SAP de Ciudad Real de 17 de noviembre de 1998, SAP de Pontevedra de 2 de diciembre de 1998, SAP de Guipúzcoa de 14 de diciembre de 1998, SAP de Cuenca de 17 de diciembre de 1998, SAP de Zamora de 15 de enero de 1999, SAP de A Coruña de 9 de febrero de 1999, SAP de Castellón de 17 de marzo de 1999, SAP de Guipúzcoa de 14 de abril de 1999, SAP de Badajoz de 19 de abril de 1999, SAP de Guipúzcoa de 30 de abril de 1999, SAP de Ourense de 3 de mayo de 1999, SAP de Guipúzcoa de 20 de mayo de 1999, SAP de Almería de 14 de junio de 1999, SAP de Guipúzcoa de 29 de julio de 1999, SAP de Barcelona de 13 de septiembre de 1999, SAP de Murcia de 21 de septiembre de 1999, SAP de Toledo de 11 de noviembre de 1999, SAP de Barcelona de 15 de noviembre de 1999, SAP de Cáceres de 1 de febrero del 2000, SAP de Girona de 9 de febrero del 2000, SAP de Castellón de 20 de diciembre de 1999, SAP de Ourense de 20 de marzo del 2000, SAP de Castellón de 20 de abril del 2000, SAP de Toledo de 8 de mayo del 2000, SAP de Badajoz de 18 de mayo del 2000, SAP de Córdoba de 26 de junio del 2000, SAP de Málaga de 20 de julio del 2000, SAP de Castellón de 20 de septiembre del 2000, etc.

una de las primeras resoluciones en emplear la locución conjunta "guarda y custodia".

Centrándonos ya en el fundamento de la guarda y custodia, como no podría ser de otra manera, tiene estrecha similitud con el de la patria potestad —no debemos olvidar que se enmarca dentro de esta—. Obviamente, y como ya hemos visto, el contenido de la patria potestad es más amplio que el de la guarda y custodia, pues incluye el deber de los progenitores de velar por sus hijos menores tanto en el orden personal como patrimonial⁵¹ —que se materializa en las facultades de representación y administración de los bienes del menor—, mientras que la guarda y custodia se circunscribe al ámbito personal. No obstante, la patria potestad y la guarda y custodia tienen un fundamento común: el interés superior del menor⁵² —que será objeto de un estudio más detallado cuando me refiera a los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el régimen de guarda y custodia⁵³—.

En este caso, el interés superior del menor se concreta en el derecho a tener una familia⁵⁴ y a ser cuidado y educado por sus padres⁵⁵, pues como

⁵¹ Vid. SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación: repercusiones en los hijos", en: *Custodia compartida y protección de menores* —TAPIA PARREÑO, José Jaime—, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 128-129.

⁵² Además, es habitual en la doctrina reconducir el fundamento de la patria potestad a la esfera del Derecho natural —vid. LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, *La Patria Potestad: Voluntad del Titular*, Universidad de Valladolid, 1982, p. 33: «El fundamento de la patria potestad, como el del Derecho de familia, también se encuentra en la naturaleza, por las necesidades de los hijos menores de edad que requieren la protección de sus padres y por ese llamamiento natural»; CASTÁN TOBEÑAS, José —revisada por GARCÍA CANTERO, Gabriel y CASTÁN VÁZQUEZ, Jose M^a—, *Derecho Civil Español, Común y Foral, tomo quinto, Derecho de familia, volumen segundo: relaciones paterno-filiales y tutelares*, REUS S.A., Madrid, 1995, p. 273: «El fundamento de la patria potestad es de Derecho natural. Radica el poder paterno, ciertamente, en la naturaleza humana, que confiere a los padres la misión, entrañante de derechos y deberes, de asistir y formar a los hijos»; MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, Luis, *Apuntes y Anotaciones para un Curso de Derecho Civil*, Librería General, S.A., 2001, p. 219; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV: Derecho de Familia*, EDESA, Madrid, 2006, 6ª ed., p. 272; y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil IV: Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2014, 13ª ed., p. 332—.

⁵³ Vid. Epígrafe 3 del Capítulo IV.

⁵⁴ Vid. Preámbulo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989: «reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia(...)».

sabemos, desde que el ser humano adquiere plena personalidad jurídica – con el nacimiento– hasta que puede valerse por sí mismo tanto física como jurídicamente – con carácter general, con la mayoría de edad– requiere de una serie de cuidados, que deberán ser prestados por sus progenitores⁵⁶. Por tanto, la existencia de un vínculo de filiación entre dos sujetos implica una serie de derechos y obligaciones entre ellos y lo que hace nuestro Derecho es regular el ejercicio de los citados derechos/deberes, para lo que ha creado la figura de la patria potestad.

Pero la existencia de la patria potestad, que actualmente presupone que ambos padres desempeñan conjuntamente los derechos y deberes que la engloban, no da respuesta a la pregunta de qué ocurre con el deber de cuidado diario del menor cuando los progenitores no viven juntos – bien porque nunca lo han hecho, o bien porque han cesado en su convivencia–. Por ello se hizo necesario establecer un mecanismo que organizara dicha situación y regulara cuál de los padres ejercerá en cada momento dicha función de cuidado, ya que no debemos olvidar que ambos padres tienen la obligación, tanto natural como legal, de cuidar de su descendencia por el hecho de la filiación con independencia de que vivan juntos o no⁵⁷. Dicha obligación encuentra su base legal en el artículo 39.3 de la Constitución Española de 1978 – en adelante CE – , que recoge el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad, y en el artículo 92.1 del Código Civil, que prevé que la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus

⁵⁵ Como no puede ser de otra manera, el referido derecho del niño va acompañado del correlativo deber que tienen los padres, por el mero hecho de serlo, de cuidar y proteger a su prole –*vid.* art. 18 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989–.

⁵⁶ Como señala SANAHUJA BUENAVENTURA: «los hijos son individuos de la especie humana extremadamente dependientes, necesitando para su subsistencia de los adultos durante muchos años» –*vid.* SANAHUJA BUENAVENTURA, María, "La custodia compartida como modelo proferente", *Estudios Jurídicos*, Nº 2010, 2010, p. 7–. *Vid.* también: GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "Las reglas de custodia...", *cit.*, p. 24.

⁵⁷ *Vid.* PICONTÓ NOVALES, Teresa, "Relaciones entre padres e hijos en el siglo XXI", en: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* –coords. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio–, Institución Fernando el Católico, 2013, p. 304.

obligaciones para con sus hijos⁵⁸. A esta cuestión responde precisamente la figura de la guarda y custodia.

B) Concepto

Antes de centrarnos de lleno en el concepto de la figura de la guarda y custodia, es preciso diferenciarla de lo que es la guarda de menores en general. Y es que, la posibilidad de que un tercero —ya sea un tutor, un guardador de hecho o una entidad pública— asuma la guarda de un menor puede plantearse en diversas circunstancias⁵⁹, pero a mi juicio sólo cabe hablar de guarda y custodia cuanto dicha guarda se ejerce por uno o ambos padres del menor⁶⁰. En el resto de supuestos cabe entender que, si bien existe una figura genérica de

⁵⁸ Hay quien ha llegado a considerar que el artículo 92.1 es innecesario, pues la obligación de los padres para con sus hijos tiene su fundamento y origen en la relación de filiación y no en el matrimonio o en la patria potestad —*vid.* MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "De los efectos comunes...", cit., p. 211—.

⁵⁹ Con carácter general, los padres, como titulares de la patria potestad, asumen conjuntamente la guarda del menor. No obstante hay ocasiones en las que el ejercicio de dicha guarda por parte de los progenitores no es posible, bien porque éstos hayan fallecido o hayan sido privados de la patria potestad (en cuyo caso la guarda corresponde al tutor), bien porque exista una guarda de hecho (que será ejercida fácticamente por un tercero), bien porque ante una situación —actual o futura— de desamparo de un menor se constituya una tutela o guarda administrativa (en cuyo caso la guarda del menor será ejercida por los acogedores), o bien porque en el seno de un procedimiento de ruptura matrimonial se atribuya la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores en virtud de lo dispuesto en el art. 103.1 Cc. (*vid.* Epígrafe 3 del Capítulo I). En todos los mencionados casos existe una guarda de un menor, pero no cabe hablar de guarda y custodia como tal, ya que dicha expresión viene reservándose para aquellos casos en los que dicha guarda es ejercida por los progenitores del menor.

⁶⁰ Esta postura es compartida por RAGEL SÁNCHEZ, que señala que «(...) la expresión conjunta "guarda y custodia" queda circunscrita exclusivamente a la que ejercen a la que ejercen uno o ambos progenitores. Por el contrario, se habla simplemente de "guarda" cuando la ejerce un tercero, ya sea un tutor, un guardador de hecho o una entidad pública. Esa diferencia semántica explica que la guarda ejercida por los padres sea más reforzada, más cuidadosa y diligente que la llevada a cabo por terceros» —*vid.* RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia...", cit., p. 289—. En los mismos términos se pronuncia ECHEVERRÍA GUEVARA —*vid.* ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 29—.

No obstante también encontramos opiniones en sentido contrario —*vid.* JIMÉNEZ LINARES, M^a Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución...", cit., p. 880; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho: procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007, pp. 82-83; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., pp. 51 y 231; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación...", cit., pp. 138-139; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Custodia compartida de los hijos", *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N^o 2, 2012, p. 443, y ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M^a Mercedes, "Atribución de la guarda y custodia del menor...", cit., p. 73—.

guarda, no puede englobarse dentro de la guarda y custodia, que como iremos viendo a lo largo de estas páginas, presenta unos caracteres propios que a mi juicio la hacen merecedora de ser configurada como una categoría específica.

Además, si partimos de considerar la guarda y custodia como un elemento integrante de la patria potestad –como vengo manteniendo–, sería incongruente utilizar dicha expresión para referirse a los supuestos en los que la guarda del menor se atribuye a un tercero que no ostenta la titularidad y ejercicio de la patria potestad –y que además, en ocasiones, resulta incompatible con ella–. Esta tesis que distingue la guarda y custodia –que es exclusivamente la que ejercen los padres– del resto de situaciones de guarda, queda corroborada además por nuestro Código Civil, que otorga a la guarda y custodia de los hijos un régimen jurídico específico, diferenciado del resto de figuras de guarda de menores.

Aun cuando nuestro Código alude en numerosas ocasiones a la figura cuyo estudio nos ocupa –utilizando diferentes términos para referirse a ella⁶¹–, no recoge una definición de la misma.

Desde un punto de vista etimológico, la Real Academia Española define la custodia como «acción y efecto de custodiar» y entiende por custodiar «guardar con cuidado y vigilancia». Respecto a la guarda, la define como «acción de guardar», y por guardar entiende «tener cuidado de algo, vigilarlo y defenderlo». Por tanto, si atendemos al significado gramatical de la guarda y

⁶¹ En el art. 90 a) Cc. se refiere al «*cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos*»; en el art. 92.2 a Cc. a «*la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores*»; en el art. 92.5 Cc. a la «*guarda y custodia*»; en el art. 92.6 Cc. al «*régimen de guarda y custodia*»; en el art. 92.7 Cc. a la «*guarda*»; en el art. 92.8 Cc. a la «*guarda y custodia*»; en el art. 92.9 Cc. al «*régimen de custodia de los menores*»; en el art. 94 Cc. se habla de «*(...) el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores (...)*», para referirse al progenitor que no ejerce la guarda y custodia; en el art. 96.1 se refiere «*(...) al cónyuge en cuya compañía queden*» (los hijos); en el art. 103.1 Cc. a «*(...) con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos (...)*»; en el art. 158.2 se refiere a «*(...) la potestad de guarda*»; y en el art. 159 «*al cuidado de qué progenitor han de quedar los hijos*». Por su parte la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere en sus arts. 748.4, 769.3 y 770.6 a la «*guarda y custodia de los hijos menores*»; y en su art. 774.4 a «*las medidas (...) en relación con los hijos*»; pero tampoco ofrece una definición de dicha figura.

custodia, ésta estará relacionada con la protección, cuidado y vigilancia⁶², que en este caso obviamente se refiere al menor de edad.

En cuanto a la utilización tradicional en nuestro Derecho de dos términos – "guarda" y "custodia" – para referirse a la figura que nos ocupa, aun cuando algún autor ha tratado de diferenciarlos⁶³, considero que hay que entender –siguiendo a otros autores⁶⁴– que ambos se refieren a un mismo objetivo, por lo que a lo largo de estas páginas los trataré como sinónimos y me referiré a ellos indistintamente. En realidad se trata de una locución acuñada por nuestra jurisprudencia –como hemos visto unas líneas más arriba–, cuyo objeto fuera probablemente el de diferenciar esta figura de otros tipos de guarda.

En el Derecho europeo encontramos una definición de “derechos de custodia”, pero, como vamos a ver, no se identifica exactamente con nuestra figura. En concreto, está prevista en el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental⁶⁵. En su artículo segundo define los «*derechos de custodia*» como: «(...) los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y en especial el derecho a decidir sobre su lugar de residencia».

Esta definición no resulta del todo adecuada para nuestra guarda y custodia. Por un lado, podría quedarse corta, ya que si bien es cierto que la

⁶² Vid. DIEZ GARCÍA, Helena, *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2004, p. 14.

⁶³ Vid. LAUROBA LACASA, María Elena, "Sentencia de 8 de octubre de 2009: Custodia compartida. Interés superior del menor. Criterios de delimitación del interés. Falta de motivación de la sentencia", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 84, 2010, p. 1495: «pueden hacerse precisiones conceptuales, pues la "custodia" parece comportar un elemento cosificador de lo custodiado, y la guarda apunta a una mayor flexibilidad, y también una mayor presencia del menor sujeto a guarda (...)».

⁶⁴ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 50; y CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor en la custodia compartida*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009, p. 66. Tesis doctoral inédita. goo.gl/oTyyLu (fecha última consulta: 06/04/2018).

⁶⁵ El mencionado texto es aplicable desde el 1 de marzo de 2005, y derogó el Reglamento (CE) 1347/2000.

custodia implica el cuidado del menor, olvida algunos aspectos fundamentales, como, por ejemplo, la convivencia con el mismo; y por otro resulta excesiva, ya que incluye dentro de su contenido la facultad de decidir la residencia del menor, siendo esta una cuestión perteneciente al ejercicio de la patria potestad —que como vengo manteniendo, corresponde a ambos progenitores— y que por ende excede del contenido de esta figura. Por todo ello, y como ya he anticipado, no cabe equiparar los “derechos de custodia” a los que se refiere el Derecho europeo con nuestra figura de la guarda y custodia⁶⁶.

En el IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, celebrado en 2009, se señaló que «el término custodia hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que nacen para el progenitor de su convivencia con los hijos menores, sin que ello implique para dicho progenitor un estatus jurídico privilegiado frente al otro»⁶⁷. En mi opinión, se trata de una definición que puede llevarnos a error, pues en realidad los referidos derechos y deberes no nacen de la convivencia, sino que más bien nacen de la ley, y la convivencia se configura como uno de esos derechos/deberes⁶⁸. Sí me parece en cambio especialmente oportuna la referencia a la inexistencia de un estatus privilegiado para aquel progenitor que ejerce la guarda y custodia, de lo que se deduce que titularidad y ejercicio de la patria potestad se mantendrá en ambos con independencia de a cuál de ellos se asigne la guarda y custodia, en línea con lo que vengo manteniendo a lo largo de estas páginas.

A mi modo de ver, la guarda y custodia es una figura de Derecho de familia que se integra dentro del contenido personal de la institución de la patria potestad y que entra en juego cuando los progenitores rompen su

⁶⁶ *Vid.* en este mismo sentido: FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, "El derecho a decidir el lugar de residencia del menor...", cit., p. 17; y NAVARRO MICHEL, Mónica, "Cambio de domicilio del progenitor custodio...", cit., p. 429.

⁶⁷ *Vid.* Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

⁶⁸ No obstante, también encontramos en nuestra doctrina opiniones en sentido contrario —*vid.* VALLESPÍN PÉREZ, David, "El ejercicio conjunto de la patria potestad...", cit., p. 8—.

convivencia, siendo necesario precisar cuál de ellos quedará a cargo de los hijos menores. Su ejercicio implica la convivencia diaria con el menor⁶⁹ y el cuidado directo de este⁷⁰; y, en concreto, abarca aspectos tales como la alimentación, la

⁶⁹ Vid. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia...", cit., p. 289; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Comentarios del nuevo artículo 92...", cit., p. 135, "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 4 y *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 23-24; RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, "Breves notas sobre la guarda y su ejercicio", en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* —coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos—, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Nº 27-29, junio 2005, El Derecho, Madrid, 2005, p. 732; DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 17; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año Nº 83, Nº 700, 2007, p. 672; DOMINGO MONFORTE, José, "Custodia compartida disensual: Rara avis", *Revista de derecho de familia*, Nº 37, 2007, p. 283; SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (cuestiones sustantivas)", en: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* —dirs. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María y GARCÍA CRIADO, Juan José—, Estudios de Derecho Judicial, Nº 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 196; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 321; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 68; DE LA OLIVA VÁZQUEZ, Antonio, "Derechos y obligaciones del progenitor no custodio...", cit., p. 252; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación...", cit., p. 138; ROMERO NAVARRO, Fermín, "Coparentalidad...", cit., p. 18; CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "Guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?", *La Ley*, Nº 7206, 2009, tomo 3, p. 2043; LAUROBA LACASA, María Elena, "Sentencia de 8 de octubre de 2009...", cit., p. 1494; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 144; ALASCIO CARRASCO, Laura, "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 2, 2011, p. 4; SUSO ARAICO, Anabel (dir.), "Análisis de los modelos de custodia derivados de situaciones de separación y divorcio en España", *Instituto de la mujer (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad)*, 2012, p. 50; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 586; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 145; y SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 25, "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*, Nº 35, 2014, p. 51 y "Título II: De las relaciones entre ascendientes y descendientes", en: *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia* —dir. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; coords. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio—, Gobierno de Aragón, 2015, p. 197.

⁷⁰ Vid. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia...", cit., p. 289; RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, "Breves notas sobre la guarda...", cit., p. 732; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 672; DOMINGO MONFORTE, José, "Custodia compartida...", cit., p. 283; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 64; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación...", cit., p. 138; ROMERO NAVARRO, Fermín, "Coparentalidad...", cit., p. 18; DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia: Reglas generales y excepciones", *Economist & Jurist*, Nº 135, 2009, p. 17; SORIANO IBÁÑEZ, Benito, "Los procesos de familia y la guarda y custodia en Aragón", *Estudios Jurídicos*, Nº 2010, 2010, p. 25; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 144; LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel, "Interés superior del menor y custodia: Análisis jurisprudencial", *Economist & Jurist*, Vol. 19, Nº 151, 2011, p. 38; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 25; DE LA OLIVA VÁZQUEZ, Antonio, "Derechos y obligaciones del progenitor no custodio...", cit., p. 252; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Custodia compartida...", cit., p. 443; y BARRADA ORELLANA, Reyes, "Modificación de medidas en cuanto a la guarda de los hijos comunes. Valoración de la voluntad del menor. Improcedencia de la modificación. Sentencia de 25 de octubre de 2012", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 93, Septiembre-Diciembre, 2014, p. 209.

educación y formación, la vigilancia y control, etc. También comprende otras funciones inherentes a dicha convivencia, como la adopción de las decisiones cotidianas de menor importancia⁷¹ y de aquellas que tengan carácter urgente o no admitan demora⁷² – todo ello sin perjuicio de que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad continúen siendo comunes a ambos progenitores –.

Por ende, cuando se debate sobre la guarda y custodia, se están planteando dos cuestiones: quién va a convivir con el menor y ejercer el cuidado directo sobre el mismo⁷³, y quién irá adoptando las decisiones diarias de menor importancia que requieran dicho cuidado.

En realidad, el contenido de la guarda y custodia y del régimen de visitas es prácticamente idéntico⁷⁴, ya que en ambos casos comprende el cuidado y residencia junto al menor, así como la adopción de las decisiones cotidianas –que serán tomadas por quien este en compañía del menor en cada momento–⁷⁵. Ello ha llevado a un sector de nuestra doctrina a afirmar que, en la práctica, está ejerciendo la guarda y custodia de un menor aquel progenitor

⁷¹ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Comentarios al primer párrafo y al apartado a) del artículo 90 del Código Civil", en: *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: (Ley 15/2005, de 8 de julio)* –dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente–, Lex Nova, 2005, p. 103; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 321; CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 2043; ROMERO NAVARRO, Fermín, "Coparentalidad...", cit., p. 18; ALASCIO CARRASCO, Laura, "La excepcionalidad de la custodia compartida...", cit., p. 4; y SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 25 y "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 51.

⁷² Vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 51.

⁷³ Vid. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, "Sentencia de 11 de marzo de 2010: Guarda y custodia compartida", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 84, 2010, p. 1837.

⁷⁴ Vid. PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 146; y ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, 2016, p. 67.

⁷⁵ El Código Civil de Cataluña es el que ha plasmado esta realidad de forma más clara, disponiendo en su artículo 236-11.5 que «*las obligaciones de guarda corresponden al progenitor que en cada momento tenga los hijos con él, ya sea porque de hecho o de derecho residan habitualmente con él o porque estén en su compañía a consecuencia del régimen de relaciones personales que se haya establecido*».

que en un momento dado lo tiene en su compañía⁷⁶, lo que incluiría al no custodio durante los periodos de comunicación establecidos⁷⁷.

Sin embargo, aun sin negar que el contenido del derecho de visitas y de la guarda y custodia es muy semejante, considero que ambas figuras no son equiparables, por las razones que expongo a continuación. En primer lugar, porque quien es titular del derecho de visitas sólo asume funciones de guarda durante los periodos de relación y comunicación establecidos, mientras que el titular de la guarda y custodia va a ejercerlas durante la mayor parte del tiempo. En segundo término, porque el ejercicio del régimen de visitas no siempre va a llevar aparejadas funciones idénticas a las que comprende la guarda y custodia. Pensemos por ejemplo en aquellos supuestos en los que las

⁷⁶ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, en: "Posibilidad de cambio a custodia compartida sin que haya alteración sustancial de circunstancias" —PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, José María—, *El Derecho*, Boletín de Derecho de Familia, Nº 108, 2011, p. 7: «(...) un progenitor tiene temporalmente la custodia sobre sus hijos cuando los mismos se encuentran con él o ella, aunque formalmente los tenga consigo en cumplimiento de un llamado régimen de visitas, que de visita no tiene nada. Si los hijos están con un progenitor un fin de semana o un mes en vacaciones, durante ese periodo de tiempo ostentan todos los derechos y tienen todas las obligaciones incluidas en la custodia o cuidado sobre los mismos», "La reforma de la Ley del divorcio: la mal llamada custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, Nº 2005, 2005, p. 15 y *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., pp. 593 y 684; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009, p. 84; CASTILLA BAREA, Margarita, "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la Ley aragonesa de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 7, 2010, p. 114; FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, "La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: Custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores", en: *La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar*, *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, p. 212 y "El derecho a decidir el lugar de residencia del menor...", cit., p. 16; GIRALT PAGÉ, Nuria, "Las modalidades de guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español", en: *Derecho y familia en el siglo XXI* —eds. HERRERA CAMPOS, Ramón y BARRIENTOS RUÍZ, Miguel Ángel —, Volumen II, Editorial Universidad de Almería, 2011, p. 801; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "El régimen de visitas de los progenitores", *European Journal of Social Law*, Nº 16, 2012, p. 85; LANGA MUELA, Adrián, *Custodia compartida en Aragón. Análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, p. 55; CORDERO CUTILLAS, Iciar, "Algunas consideraciones de la Ley 5/2011...", cit., p. 343; ESPARZA OLCINA, Carlos, "La guarda compartida...", cit., p. 193; y SOLÉ RESINA, Judith, "La guarda y custodia tras la ruptura", en: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres* —GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith—, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, 1ª ed., p. 92.

⁷⁷ Ello ha llevado a algún autor a abogar por la supresión de la expresión "guarda y custodia", y utilizar en su lugar la de "sistemas de reparto de tiempo de convivencia de los hijos" —vid. HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...", cit., p. 8—.

visitas se desarrollan en los denominados Puntos de Encuentro Familiar, en los que por tanto no existe convivencia con el menor —que ya hemos visto que es una de las características principales de la guarda y custodia—. En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que, mientras la guarda y custodia presupone en todo caso la titularidad y ejercicio de la patria potestad, es posible gozar del derecho de visitas en los supuestos en los que ni siquiera se es titular de la patria potestad —art. 160.1 Cc.—. Por último, nuestro legislador ha dejado clara su intención de que ambas figuras permanezcan diferenciadas, al establecer un régimen jurídico diverso para una y otra.

2. REGÍMENES DE ORGANIZACIÓN ESTRUCTURAL

Una vez delimitado el concepto de guarda y custodia, analizaré las modalidades que ésta puede adoptar. Al respecto, la doctrina suele distinguir entre tres categorías⁷⁸: la guarda y custodia exclusiva o unilateral, la guarda y custodia partida o distributiva, y la guarda y custodia compartida o alternativa⁷⁹. No obstante, considero discutible que la guarda y custodia partida

⁷⁸ Aunque también existen otras propuestas, como la de ALMEDA SAMARANCH, que establece una clasificación con cuatro modalidades diferentes de guarda: conjunta, exclusiva, compartida simétricamente y compartida asimétricamente —*vid.* ALMEDA SAMARANCH, Elisabet, "Monoparentalidad y responsabilidad parental", en: *La Custodia Compartida a Debate* —ed. PICONTO NOVALES, Teresa—, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Nº 56, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 117-118: «(...) proponemos la siguiente tipología de guarda y custodia: a) conjunta, dónde habría un ejercicio completa y simultáneamente ejecutados por ambos progenitores o adultos (...); exclusiva, con un/a solo/a gestor/a (...); compartida simétricamente, es el caso de progenitores que, conviviendo o no, comparten paritaria y alternativamente todas las gestiones del bienestar de las personas menores de edad en partes iguales (...); y compartida asimétricamente o con uno/a principal y otro/a secundario o de responsabilización aleatoria o circunstancial (...)»—. No obstante, considero que cuando esta clasificación alude a la guarda y custodia conjunta, a la compartida simétricamente y a la compartida asimétricamente, lo que hace en realidad es establecer posibles subcategorías de uno de los regímenes (el de custodia compartida), o lo que es lo mismo, posibles modelos de organización del mismo, que en nuestro caso los estudiaremos cuando nos refiramos a la configuración concreta de cada régimen.

⁷⁹ *Vid.* a modo de ejemplo CATALÁN FRÍAS, M^a José (et. al.), "La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre psicología y derecho", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 17, 2007, p. 133; HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia ..." cit., p. 6; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Cuestiones de Derecho de Familia...", cit., p. 70; SORIANO IBÁÑEZ, Benito, "Los procesos de familia...", cit., p. 11; NAVAS NAVARRO, Susana, "Menores,

o distributiva pueda considerarse una modalidad de guarda y custodia en sentido estricto. Téngase en cuenta que con esta denominación se suele hacer referencia a aquellos supuestos en los que existiendo varios hijos comunes, el cuidado de unos es asignado preponderantemente a uno de los progenitores y el del resto al otro, de modo que los menores no conviven entre sí⁸⁰. Pues bien, en relación con cada hermano, aunque estén separados, la custodia será individual o compartida, por lo que a mi modo de ver, ello no constituye un modo de organizar la guarda y custodia –como ocurre la guarda y custodia exclusiva y con la compartida–, sino un criterio de organización. Por ello, me referiré a la posibilidad de separar a los hermanos como uno de los criterios para la determinación y configuración del régimen de guarda y custodia⁸¹, y no como una categoría específica de la misma.

Por otro lado, hay autores que consideran también una modalidad de guarda y custodia a aquellos supuestos de carácter muy excepcional en los que la guarda se ejerce por un tercero distinto de los progenitores⁸². No obstante, de nuevo me parece dudosa su configuración como un régimen de guarda y

guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al Derecho catalán)", *Revista de derecho de familia*, Nº 54, 2012, p. 52; ESCUDERO BERZAL, Beatriz, "Custodia compartida: atribución vivienda familiar", *Comunitaria: Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, Nº 6, 2013, p. 43; LIÑÁN GARCÍA, Ángeles, "El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, Nº 32, 2013, p. 19; HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, "Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 301; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 51; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 3, 2014, p. 32, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 586, "Estudio comparativo...", cit., p. 2, "Violencia de género y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 12, 2016, p. 1 y "Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guarda y custodia compartida", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 756, 2016, pp. 2205-2206; y CLEMENTE DÍAZ, Miguel, *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos*, Editorial Síntesis, Madrid, 2014, p. 76.

⁸⁰ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 352; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación...", cit., p. 139; GARCÍA BECEDAS, María José, "La custodia compartida en los procesos matrimoniales. Evolución jurisprudencial", *Revista de investigación universitaria*, Nº 11, 2012, p. 91; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, "La vivienda familiar en caso de custodia compartida...", cit., p. 1141; y SOLÉ RESINA, Judith, "La guarda y custodia...", cit., p. 93.

⁸¹ Vid. Epígrafe 3.2.A) del Capítulo IV.

⁸² Vid. por todos: ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 667.

custodia propiamente dicho, ya que, como he señalado al estudiar el concepto de esta figura⁸³, a mi juicio sólo cabe hablar de guarda y custodia cuando ésta es ejercida por los propios padres del menor. Por ello, aun cuando me referiré también a ella, lo haré en un apartado específico al margen de esta clasificación⁸⁴.

En definitiva, considero que son dos los posibles regímenes que puede adoptar la guarda y custodia: exclusiva y compartida. A continuación, paso a analizar ambos supuestos por separado:

2.1. Guarda y custodia exclusiva

La guarda y custodia exclusiva o unilateral – también denominada por algunos custodia monoparental⁸⁵ –, como su propio nombre indica, es aquella que se caracteriza por ser ejercida únicamente por uno de los dos progenitores.

Nuestro Código Civil no define la guarda y custodia exclusiva – ni siquiera utiliza dicha denominación para referirse a ella –. La única norma que recogía un concepto de esta modalidad de custodia era la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven – actualmente anulada por el Tribunal Constitucional⁸⁶ –, que la definía en su artículo 3.b) como «(...) *la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso*».

⁸³ Vid. Epígrafe 1.3.B) del Capítulo I.

⁸⁴ Vid. Epígrafe 3 del Capítulo I.

⁸⁵ Vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales en la legislación valenciana", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* — coords. CUENA CASAS, Matilde, ANGUIA VILLANUEVA, Luis Antonio y ORTEGA DOMÉNECH, Jorge—, Dykinson, Madrid, 2013 p. 1439.

⁸⁶ La Ley valenciana 5/2011 ha perdido su vigencia, dado que fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional —en adelante TC— en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre (vid. Epígrafe 3.2 del Capítulo 2).

En la citada definición se recoge una idea que conviene resaltar: que en los supuestos de custodia exclusiva el progenitor no custodio mantendrá el derecho a relacionarse con sus hijos menores. Este derecho es consecuente con el principio de coparentalidad, que garantiza el mantenimiento de las relaciones entre padres e hijos con independencia de que haya cesado la convivencia de los primeros, y que en su momento analizaremos con mayor detenimiento; y con lo dispuesto en el artículo 92.1 Cc., de acuerdo al cual la separación o el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Desde mi punto de vista, cabe entender la custodia exclusiva como aquel régimen de guarda y custodia de los hijos menores en el que las funciones propias de dicha figura son atribuidas a uno de los progenitores⁸⁷, sin perjuicio de que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores se atribuya conjuntamente a ambos padres⁸⁸, y dejando a salvo el derecho del menor a continuar manteniendo una relación habitual y constante con el progenitor no custodio⁸⁹ —el tradicionalmente llamado derecho de visitas—, así como la obligación de éste último de seguir contribuyendo a su manutención.

Por último, quiero hacer una breve matización en consonancia con una cuestión que he abordado al referirme al concepto de guarda y custodia⁹⁰. En el

⁸⁷ Vid. PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, "Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº 116, 2006, p. 508; PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio...", cit., p. 348; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación...", cit., pp. 138-139; FLAQUER VILARDEBÒ, Lluís, "Liberalización sin protección: Un balance de los resultados de la aplicación de la Ley de divorcio de 2005", en: *La Custodia Compartida a Debate* —ed. Picontó Novales, Teresa—, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Nº 56, Dykinson, Madrid, 2012 p. 35; MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M^a Lourdes, "Estudio sobre la obstaculización y privación del derecho de visita por el progenitor que ostenta la guarda del menor, al otro", *Revista de Derecho Privado*, Nº 3, mayo-junio, 2013, p. 44; GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, Silvana, *La guarda y custodia compartida: una nueva institución de Derecho de Familia en España*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013 (trabajo final de Máster en Derecho de Familia), p. 23; y CANTO COMBARRO, Ainara, "Estado de la cuestión, visiones y posicionamientos en torno a la custodia compartida", *X Foro para la Igualdad de mujeres y hombres*, 2013. (Jornadas), p. 5.

⁸⁸ Vid. MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M^a Lourdes, "Estudio sobre la obstaculización...", cit., p. 44; GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, Silvana, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 23.

⁸⁹ Vid. PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, "Reflexiones en torno a la custodia...", cit., 508; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación...", cit., pp. 138-139; GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, Silvana, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 23; MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M^a Lourdes, "Estudio sobre la obstaculización...", cit., p. 44; y CANTO COMBARRO, Ainara, "Estado de la cuestión...", cit., p. 5.

⁹⁰ Vid. Epígrafe 1.3.B) del Capítulo 1.

citado apartado señalaba que, para un sector de nuestra doctrina, en la práctica está ejerciendo la guarda y custodia de un menor aquel progenitor que en un momento dado lo tiene en su compañía y bajo su cuidado y protección, lo que incluiría al no custodio durante los periodos de comunicación establecidos. De acuerdo a esta postura, en puridad no existiría la guarda y custodia exclusiva, sino que esta sería siempre compartida –o más bien alterna–. Partiendo de ello, ha llegado a señalarse que hubiera sido más acertado usar la expresión custodia principal –en vez de exclusiva– para referirse a la situación de aquel progenitor que permanece durante estancias más prolongadas junto a los hijos tras la separación o el divorcio, ya que la existencia de un derecho de comunicación y estancias para el otro progenitor impediría hablar de exclusividad del custodio⁹¹.

Sin embargo, como ya he expuesto en su momento⁹², disiento de esta postura doctrinal, ya que –a mi modo de ver– guarda y custodia y régimen de visitas son figuras diversas que no pueden equipararse y, por ende, considero que el término custodia exclusiva resulta adecuado para referirse a la situación de aquel progenitor al que se le ha atribuido el ejercicio de la guarda y custodia.

Por lo demás, cabe advertir que el régimen de custodia exclusiva sigue siendo el modelo mayoritario en nuestro Derecho⁹³, aunque como veremos la custodia compartida está ganando terreno poco a poco⁹⁴.

2.2. Guarda y custodia compartida

A) Origen de la guarda y custodia compartida e introducción en nuestro ordenamiento jurídico

⁹¹ Vid. ALMEDA SAMARANCH, Elisabet, "Monoparentalidad y responsabilidad parental...", cit., p. 117.

⁹² Vid. Epígrafe 1.3.b) del Capítulo 1.

⁹³ Vid. Epígrafe 1.1 del Capítulo IV.

⁹⁴ Vid. Epígrafe 1.1.B).a).ii) del Capítulo IV.

La guarda y custodia compartida tiene un origen relativamente reciente, no sólo en nuestro Derecho, sino también en el marco internacional, apareciendo por primera vez en el Estado de California en 1979⁹⁵ con el objeto de promover la participación de ambos progenitores en la crianza y educación de sus hijos⁹⁶.

No obstante, los ordenamientos anglosajones presentan un sistema con diferentes modalidades de custodia compartida que dista mucho del que nosotros conocemos, toda vez que el Derecho anglosajón cuenta con instituciones paterno-filiales muy diferentes a las nuestras, y no existe una delimitación clara entre la figura de la patria potestad y la de la guarda y custodia⁹⁷. Así, se diferencia entre la llamada *shared custody*, que se refiere a un sistema de custodia conjunta física en el que sin embargo lo que nosotros conocemos como ejercicio de la patria potestad corresponde exclusivamente a uno de los progenitores⁹⁸; y la *joint custody*, que encuadra a su vez dos modalidades⁹⁹: la denominada custodia legal conjunta —*joint legal custody*—, en la que los progenitores comparten el ejercicio de la patria potestad pero sólo uno de ellos vive con el menor; y la denominada custodia física conjunta —*joint*

⁹⁵ Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 678; FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della famiglia e diritto alla "bigenitorialità": L'affidamento dei figli dopo la legge n. 54/2006*, eum, 2008, pp. 18-19; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p.291; ROMERO NAVARRO, Fermín, "Coparentalidad...", cit., p. 19; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 136; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 152; y CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 175.

⁹⁶ Vid. IBÁÑEZ VALVERDE, Vicente J., "El laberinto de la custodia compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados", *El Derecho, Boletín de Derecho de Familia*, Nº 40 y 41, noviembre-diciembre, 2004, p. 3; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 678; y DEL POZO, Ana Belén, "Custodia compartida...", cit., p. 6.

⁹⁷ Vid. ZÚÑIGA, Ángeles, "La custodia compartida", *Escritura pública*, Nº 78, 2012, p. 66.

⁹⁸ Vid. ARCH MARÍN, Mila, *La intervención de los psicólogos forenses en las evaluaciones parciales de guarda y custodia de los niños*, Universidad de Barcelona, 2008, p. 30. Tesis Doctoral inédita. goo.gl/r9vtsW (fecha última consulta: 06/04/2018).

⁹⁹ Vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., pp. 10-11; GAFFAL, Margit, "Parental Alienation in Divorce Judgments", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, 2012, p. 9; FLAQUER VILARDEBÒ, Lluís, "Liberalización sin protección...", cit., p. 35; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1487.

physical custody—, en la que el ejercicio de la patria potestad es compartido y además se alterna el tiempo de convivencia del menor con ambos progenitores¹⁰⁰. A modo de ejemplo, esta distinción puede ver de forma muy clara en los artículos 3002, 3003 y 4004 Código de Familia de California — *California Family Code*—¹⁰¹.

Por tanto, en el Derecho anglosajón, con la expresión custodia compartida se puede estar haciendo referencia a distintas situaciones: supuestos en los que ambos progenitores se alternan en el ejercicio de la guarda y custodia pero sólo uno de ellos ejerce la patria potestad —*shared custody*—, supuestos en los que ambos progenitores ejercen la patria potestad pero la custodia se encomienda exclusivamente a uno de ellos —*joint legal custody*—, y supuestos en los que ambos padres comparten tanto el ejercicio de la patria potestad como el de la guarda y custodia —*joint physical custody*—. La *shared custody* se trata de un sistema desconocido en nuestro Derecho, ya que ni siquiera podría ser viable legalmente¹⁰² mientras que con la *joint legal custody* se está haciendo referencia a una modalidad que se asemeja a lo que nosotros conocemos tradicionalmente como guarda y custodia exclusiva, y es la *joint*

¹⁰⁰ Vid. BJARNASON, Thoroddur y ARNARSSON, Arsaell M., "Joint Physical Custody and Communication with Parents: A Cross-National Study of Children in 36 Western Countries", *Journal of Comparative Family Studies*, Vol. 42, Issue 6, 2011, p. 873; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 175; y DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida de los progenitores: casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año Nº 88, Nº 731, 2012, p. 1626.

¹⁰¹ El artículo 3002 del *California Family Code* dispone que «*Joint custody means joint physical custody and joint legal custody*». El artículo 3003 nos proporciona una definición de *joint legal custody*, señalando que «*Joint legal custody means that both parents shall have the right and the responsibility to make the decisions relating the health, education and welfare of a child*». Por su parte, el artículo 3004 recoge una definición de *joint physical custody*, disponiendo que «*Joint physical custody means that each of the parents shall have significant periods of physical custody. Joint physical custody shall be shared by the parents in such a way to assure a child of frequent and continuing contact with both parents*».

¹⁰² Vid. ARCH MARÍN, Mila y JARCE ESPARCIA, Adolfo José, "Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto", *Revista de derecho de familia*, Nº 41, 2008, p. 27.

physical custody la que se corresponde con nuestra figura de guarda y custodia compartida¹⁰³.

En nuestro país, aun cuando la doctrina y la jurisprudencia vienen refiriéndose a la custodia compartida desde largo tiempo atrás¹⁰⁴ —llegando a ser admitida por nuestros tribunales en determinados supuestos¹⁰⁵—, no ha sido hasta hace poco más de una década cuando se ha plasmado por primera vez en una norma. En concreto, fue la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la que introdujo este término en nuestro ordenamiento jurídico por vez primera.

Como tendremos la oportunidad de observar, cuando analicemos el régimen jurídico de la guarda y custodia, la inclusión de la custodia compartida en nuestro Código a través de la citada ley ha sido muy tímida, dotándola en la literalidad del precepto de carácter excepcional en los supuestos de falta de acuerdo de los progenitores.

¹⁰³ Vid ARCH MARÍN, Mila, *La intervención de los psicólogos forenses en las evaluaciones periciales...*, cit., p. 30; PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 82; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida...", cit., p. 82; y GAFFAL, Margit, "Parental Alienation...", cit., p. 9.

¹⁰⁴ Vid. DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 17.

¹⁰⁵ Vid. SAP de Madrid de 31 de octubre de 1995, SAP de Alicante de 7 de julio de 1997, SAP de Barcelona de 15 de febrero de 1999, SAP de Las Palmas de 15 de marzo de 1999, SAP de Baleares de 19 de abril de 1999, SAP de Madrid de 20 de abril de 1999, SAP de Valencia de 22 de abril 1999, SAP de Valencia de 14 de junio de 1999, SAP de Girona de 9 de febrero del 2000, SAP de Granada de 30 de mayo del 2000, SAP de Cádiz de 18 de enero de 2001, SAP de Girona de 25 de febrero de 2001, SAP de Barcelona de 21 de diciembre de 2001, SAP de Madrid de 8 de marzo de 2002, SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002, SAP de Las Palmas de 11 de noviembre de 2002, SAP de Valencia de 13 de febrero de 2003, SAP de Asturias de 2 de abril de 2003, SAP de Castellón de 10 de abril de 2003, SAP de Córdoba de 14 de julio de 2003, SAP de Málaga de 16 de julio de 2003, SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003, SAP de Zaragoza de 15 de octubre de 2003, SAP de Asturias de 7 de noviembre de 2003, SAP de Barcelona de 2 de diciembre de 2003, SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2003, SAP de Córdoba de 1 de marzo de 2004, SAP de Valencia de 31 de marzo de 2004, SAP de Burgos de 31 de marzo de 2004, SAP de Las Palmas de 15 de abril de 2004, SAP de Barcelona de 22 de julio de 2004, SAP de Valencia de 16 de septiembre de 2004, SAP de Baleares de 17 de septiembre de 2004, SAP de Girona de 20 de octubre de 2004, SAP de Barcelona de 10 de febrero de 2005, SAP de Madrid de 22 de febrero de 2005, SAP de Córdoba de 10 de marzo de 2005, SAP de Asturias de 31 de marzo de 2005, SAP de Navarra de 13 de abril de 2005, SAP de Baleares de 29 de junio de 2005, SAP de Valencia de 22 de julio de 2005 y SAP de Madrid de 14 de noviembre de 2005 (dictada tras la entrada en vigor de la nueva ley, pero aplicando la legislación anterior).

En el ámbito autonómico, han sido varios los ordenamientos que han tratado de otorgar un mayor protagonismo a la figura de la guarda y custodia compartida, equiparándola a la custodia exclusiva en el caso de Cataluña¹⁰⁶ y Navarra¹⁰⁷, e incluso dotándola de un carácter preferente en el caso de Aragón¹⁰⁸, País Vasco¹⁰⁹ y Valencia¹¹⁰ —aunque, como ya se ha dicho, la Ley valenciana 5/2011 fue declarada inconstitucional por el TC en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre¹¹¹—.

B) Fundamento de la guarda y custodia compartida: los principios de coparentalidad y de corresponsabilidad parental

A mi juicio, y siguiendo a la doctrina mayoritaria¹¹², la guarda y custodia compartida tiene un doble fundamento¹¹³. Por un lado, se basa en la

¹⁰⁶ Vid. art. 233-10.Cc.Cat.

¹⁰⁷ Vid. art. 3.2 de la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

¹⁰⁸ Vid. art. 80.2 CDFA.

¹⁰⁹ Vid. art. 9.1, 2, 3 y 6 de la Ley del País Vasco 7/2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

¹¹⁰ Vid. art. 5.2 de la Ley valenciana 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

¹¹¹ Vid. Epígrafe 3.2 del Capítulo II.

¹¹² Vid. ROMERO NAVARRO, Fermín, "Coparentalidad...", cit., p. 20: «La custodia compartida se basa en dos principios rectores: el derecho del menor al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y el equilibrado reparto de derechos y deberes respecto a cada uno de ellos»; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales...", cit., p. 76; BETELU SEMINARIO, Virginia, *La guarda y custodia compartida de los hijos*, Universidad Pública de Navarra (Trabajo final de Máster Universitario en Acceso a la Abogacía), 2012, p. 12; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "El ejercicio de la patria potestad en igualdad de condiciones...", cit., pp. 469 y ss.; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., pp. 148 y 149; QUINZÁ ALEGRE, Asunción, "Ley valenciana de custodia compartida. Hitos e impacto social", *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, Nº 60 (1), 2015, p. 151; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Estudio comparativo...", cit., p. 3; y MARTÍN MONTALBÁN, Alicia, "Construyendo la custodia compartida entre todos", en: *La custodia compartida en España —coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego—*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 155.

¹¹³ Hay otros autores que entienden que tiene un triple fundamento, ya que incluyen también el principio de igualdad entre los progenitores —vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p.347; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 589 y "Violencia de género...", cit., p. 2—. Al respecto, considero que el referido principio se

idea de que la separación o el divorcio ponen fin a la convivencia entre los progenitores pero no a las obligaciones de estos para con sus hijos¹¹⁴ — así como en los beneficios que proporciona a los menores la cooperación de ambos progenitores en las obligaciones relativas a su crianza¹¹⁵ —; y por otro lado, en el derecho de los menores a relacionarse por igual con ambos progenitores¹¹⁶ —y el correlativo derecho de éstos a continuar disfrutando de la compañía de sus hijos—. Detrás de estas dos ideas se encuentran dos principios fundamentales: el de corresponsabilidad parental y el coparentalidad, que a continuación paso a analizar, no sin antes advertir que dichos principios no son exclusivos del régimen de custodia compartida¹¹⁷, y que obviamente también deberán ser tenidos en cuenta en el resto de regímenes de guarda y custodia¹¹⁸, aunque en modo e intensidad distintos.

encuentra subsumido dentro de los principios de coparentalidad y corresponsabilidad parental, por lo que no es necesario su tratamiento autónomo.

¹¹⁴ Vid. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 201; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso", *La Ley*, 7105, 2009, tomo 1, p. 1448; DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 17; YÁRNOZ YABEN, Sagrario, "Hacia la coparentalidad post-divorcio: percepción del apoyo de la ex pareja en progenitores divorciados españoles", *International journal of clinical and health psychology*, Vol. 10, Nº 2, 2010, p. 296; HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "Sobre la necesidad de una nueva regulación...", cit., p. 1137; ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián, "Custodia...", cit., p. 13.

¹¹⁵ Vid. YÁRNOZ YABEN, Sagrario, "Hacia la coparentalidad post-divorcio...", cit., p. 303: «La cooperación entre la pareja de progenitores para la crianza de los hijos se considera uno de los factores que más contribuyen al desarrollo armónico de los niños y niñas, aún después de producido el divorcio».

¹¹⁶ Vid. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 211; y MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, "El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia...", cit., p. 94.

¹¹⁷ Vid. MORERA VILLAR, Beatriz, *Guarda y custodia compartida*, Universitat de Valencia, 2014, p. 87. Tesis Doctoral inédita. goo.gl/giqZG2 (fecha última consulta: 06/04/2018); MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., "El tratamiento de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 3, 2014, p. 3; y QUINTANA VILLAR, María Soledad, "La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 43, 2014, p. 253.

¹¹⁸ Los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad deben estar presentes cualquiera que sea el régimen de custodia establecido, y prueba de ello es el mantenimiento de las obligaciones con respecto a los hijos —art. 92.1 Cc.— y la previsión de un régimen de visitas en favor de aquél que no ostenta la guarda y custodia del menor —art. 94 Cc.—. Ello sin perjuicio de que en el resto de regímenes los principios de corresponsabilidad y de coparentalidad no se den con tanta intensidad como en el de custodia compartida.

a) Principio de corresponsabilidad parental

El rasgo fundamental del principio de corresponsabilidad parental, al que VILLAGRASA ALCAIDE ha preferido denominar "responsabilidad coparental"¹¹⁹, se encuentra en la igualdad de derechos y en el reparto equitativo de los deberes de los progenitores en lo referente al cuidado de sus hijos menores¹²⁰, lo que incluye una participación igualitaria de ambos padres no sólo en la adopción de las principales decisiones sobre materias trascendentales como la educación o la salud del menor –que hemos visto que se engloban dentro del ejercicio de la patria potestad, y que por ende corresponde a ambos cualquiera que sea el régimen de custodia–, sino también en la adopción de las decisiones cotidianas y en el cuidado directo de los hijos –facultades estas últimas inherentes a la guarda y custodia–. De acuerdo a ello, la efectividad del principio de corresponsabilidad parental será mayor cuando el menor conviva con ambos progenitores, aunque sea de forma alterna o sucesiva como ocurre en el régimen de guarda y custodia compartida¹²¹.

El principio de corresponsabilidad ha sido recogido por la normativa internacional, principalmente a través de cinco instrumentos: la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de

¹¹⁹ Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida...", cit., p. 83.

¹²⁰ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas", *La Ley*, 7206, 2009, tomo 3, p. 2031 y *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 348; TORIO LÓPEZ, Susana (et.al.), "Hacia la corresponsabilidad familiar: Construir lo cotidiano. Un programa de educación parental", *Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación*, Vol. 28, Nº 1, 2010, p. 94; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 42; y GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, Silvana, *La guarda y custodia compartida: una nueva institución de Derecho de Familia...*, cit., p. 43.

¹²¹ Vid. en este mismo sentido: MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Una visión crítica de la regulación de la guarda y custodia compartida", en: *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín* —coords. ATIENZA NAVARRO, María Luisa, EVANGELIO LLORCA, Beatriz; MAS BADÍA, María Dolores; y MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar—, Universidad De Valencia, 2009, p. 583; QUINZÁ ALEGRE, Asunción, "Ley valenciana de custodia compartida...", cit., p. 151; y MECO TÉBAR, Fabiola, "Drogodependencia y custodia compartida: ¿Un maridaje conveniente?", *Revista española de drogodependencias*, Nº 1, 2015, p. 93.

1979¹²², la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de febrero de 1984¹²³, el Protocolo Adicional nº 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de noviembre de 1984¹²⁴, la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989¹²⁵ – en adelante, CDN – y el Convenio de la Haya 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños¹²⁶.

Así mismo, ha estado presente el Derecho de la Unión Europea desde los años ochenta¹²⁷, destacando especialmente el Reglamento (CE) 2201/2003

¹²² En el artículo 5.b) se refiere al reconocimiento por parte de los Estados de una «(...) *responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos*». Por su parte, el art. 16.d) y f) obliga a los Estados partes a garantizar a ambos progenitores «(...) *los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial*» y «(...) *los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial*».

¹²³ En su principio quinto dispone que «*las responsabilidades de los progenitores respecto de un hijo deben pertenecer conjuntamente a ambos*».

¹²⁴ En el art. 5 prevé que «*los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución*».

¹²⁵ El artículo 18.1 de la CDN señala que «*los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño*».

¹²⁶ En su artículo 1.2 establece que «(...) *la expresión "responsabilidad parental" comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño*».

¹²⁷ Cabe destacar el punto 8.11 de la Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de julio de 1992, que prevé que el padre y la madre «(...) *tienen una responsabilidad conjunta en el desarrollo y educación del menor*». Así mismo, y aun cuando no forman parte del derecho europeo en sentido estricto, cabe hacer referencia tanto a la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de febrero de 1984 como al Protocolo Adicional nº7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 22 de noviembre de 1984. El primero de los citados textos señala en su Principio 5º que «*las responsabilidades de los progenitores respecto a un hijo deben permanecer conjuntamente a ambos*»; mientras que el segundo prevé en su artículo 5 que «*los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y responsabilidades de carácter civil entre ellos y en las*

del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹²⁸.

En España, este principio podría reconducirse a la previsión constitucional del artículo 39.3 CE, que obliga a los progenitores a prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio.

En el Código Civil, la vinculación del principio de corresponsabilidad parental a los supuestos de ruptura matrimonial está recogida implícitamente en el artículo 92.1, que señala que *«la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos¹²⁹»*¹³⁰ —.

Este principio también se menciona en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que en su Exposición de Motivos prevé que los progenitores *«(...) procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad»* en caso de ruptura y que introduce en el artículo 68 Cc., junto a los deberes tradicionales de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, el de *«compartir las responsabilidades*

relaciones con sus hijos, tanto en caso de matrimonio y durante el matrimonio, como después de su disolución».

¹²⁸ En su artículo 2.7 define la responsabilidad parental como *«(...) los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o bienes de un menor; y en particular los derechos de custodia y visita»*.

¹²⁹ MARÍN LÓPEZ considera que *«el artículo 92.1 es innecesario, pues la obligación de los padres para con sus hijos tiene su fundamento y origen en la relación de filiación y no en el matrimonio o en la patria potestad (art. 39.3 CE, y arts. 110 y 111.IV)»* —*vid.* MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "De los efectos comunes...", cit., p. 214—.

¹³⁰ Además, el 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, tenía previsto que el principio de corresponsabilidad cobrara especial protagonismo —el propio título del citado Anteproyecto es una clara muestra de ello—. Lo cierto es que la inclusión del término "corresponsabilidad" en el mencionado Anteproyecto de Ley fue objeto de crítica por parte del Consejo de Estado en su informe nº 438/2014, de 27 de julio de 2014, por considerar que tiene «escasa raigambre jurídica en nuestro ordenamiento» y que, por tanto, «su cita debería limitarse a las que pueden hacerse —a lo sumo— en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, eliminando toda referencia al mismo en el título y en el articulado» —*vid.* Consejo de Estado, *Informe nº 438/2014, sobre el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia*, p. 46. goo.gl/TbczLw (fecha última consulta: 06/04/2018)—.

domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». Aun cuando esta última previsión no se recoge en sede de nulidad, separación y divorcio, no cabe duda de que el principio de corresponsabilidad resulta aplicable también a estos supuestos, máxime si tenemos en cuenta que la propia Exposición de Motivos habla expresamente de corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad.

Así mismo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –en adelante LOIMH–, recoge expresamente el principio de corresponsabilidad parental en su artículo 14.8, al incluir entre los criterios generales de actuación de los poderes públicos *«el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia»*.

Por último, también encontramos referencias al principio de corresponsabilidad parental en la legislación autonómica:

La Exposición de Motivos de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres¹³¹, manifestaba que la custodia compartida es *«(...) un sistema que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar»*, y el 76.1 del Código del Derecho Foral de Aragón –en adelante CDFA– prevé que la ruptura de la convivencia no afecta a los derechos y obligaciones derivados de la autoridad parental, en términos semejantes al artículo 92.1 Cc.

Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, señala que *«(...) se estima en general que la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas, reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores (...)»*.

Finalmente, la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores se refiere a esta cuestión tanto en su Exposición de Motivos, en la que recogen la siguiente

¹³¹ Integrada actualmente en el Código del Derecho Foral de Aragón —Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas—.

definición de corresponsabilidad parental: «*garantiza que ambos miembros de la pareja participen de forma igualitaria en el cuidado y educación de sus hijos e hijas y en la toma de decisiones que afecten a los intereses de estos*»; como en su artículo 3.2, que dispone que «*los procedimientos indicados en el artículo 1 de esta ley no eximirán a los progenitores de sus obligaciones para con los hijos e hijas(...)*»

El principio de corresponsabilidad parental es un reflejo del cambio en los roles sociales que poco a poco ha ido equiparando las figuras paterna y materna en la asunción de las responsabilidades sobre los hijos, como así ha sido puesto de manifiesto por nuestra jurisprudencia menor¹³². Esta situación es consecuencia de diferentes cambios sociales, entre los que destaca la incorporación de la mujer al mercado laboral¹³³ —rompiendo con el rol tradicional caracterizado por su permanencia en el hogar realizando las tareas domésticas y cuidando de los hijos—.

Obviamente dicho principio no se circunscribe únicamente a aquellos supuestos en los que se produzca una ruptura matrimonial¹³⁴, sino que también registrá constante el vínculo, e incluso aunque no exista matrimonio¹³⁵, ya que el principio de corresponsabilidad parental no nace del matrimonio o de la

¹³² Vid. la SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, que señala que el principio de corresponsabilidad viene motivado «(...) porque en la sociedad actual, la dinámica de algunas familias empieza a ser distinta cada vez que, factores como el acceso de la mujer al mercado laboral, y los cambios en determinadas pautas de educación están provocando que cada vez más, los padres tengan una intervención mayor en el cuidado de sus hijos y se produzca en muchos supuestos una coparticipación en el cuidado, asistencia y educación de los hijos menores»; y el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº7 de Sevilla de 21 de febrero de 2007 señala que «Actualmente se ha de superar la caduca concepción del padre como un ser periférico, en su carácter de preñador, protector y proveedor, pues hoy en día la paternidad ha comenzado a asimilar que ha de compartir plenamente papeles de protagonista en el sostenimiento, previsión y educación de los hijos».

¹³³ Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, "La guarda compartida...", cit., pp. 28-29.

¹³⁴ Vid. SARAIVA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 211; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida. Cuestiones procesales", en: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* —dirs. SARAIVA GONZÁLEZ, Ana María y GARCÍA CRIADO, Juan José—, Estudios de Derecho Judicial, Nº 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 263; y VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida...", cit., p. 78.

¹³⁵ Vid. PICONTO NOVALES, Teresa, "Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado", en: *La Custodia Compartida a Debate* —ed. PICONTO NOVALES, Teresa—, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Nº 56, Dykinson, Madrid, 2012 p. 48.

ruptura de éste, sino del vínculo filial¹³⁶. No obstante, nosotros lo tomaremos en consideración especialmente en aquellos casos en los que se produce la disolución del vínculo matrimonial, pues es precisamente en estos supuestos en los que actúa como fundamento de la guarda y custodia compartida.

b) Principio de coparentalidad

Podemos definir el principio de coparentalidad como el derecho que tienen los menores a mantener una relación fluida y estable con sus dos progenitores¹³⁷ con independencia de la ruptura matrimonial de estos¹³⁸. Como pone de manifiesto PÉREZ VEGA, «(...) los cónyuges se encuentran separados pero, esto no significa que a los hijos se les tenga que privar del derecho a convivir con sus padres, con los dos, relación imprescindible para el buen desarrollo de su personalidad»¹³⁹. En este mismo sentido, ZARRALUQUI NAVARRO señala que «(...) la separación o el divorcio del matrimonio nunca pueden conllevar una separación de los hijos, y es absolutamente injusto que por este hecho, los menores tengan que prescindir de tener una relación habitual con uno de sus progenitores, puesto que esto les perjudica enormemente en su desarrollo»¹⁴⁰.

¹³⁶ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia compartida y corresponsabilidad parental...", cit., p. 2035: «Carece de importancia la existencia o no de un matrimonio toda vez que la responsabilidad parental tiene su generación en otro hecho: el vínculo filial. No se trata de efectos residuales del matrimonio disuelto sino de la continuidad de la relación generada como consecuencia de la filiación».

¹³⁷ Vid. YÁRNOZ YABEN, Sagrario, "Hacia la coparentalidad post-divorcio...", cit., pp. 296-297: «Una relación de coparentalidad puede ser definida como aquella en la que los dos progenitores interaccionan positivamente, cooperan entre sí y mantienen una relación de apoyo mutuo centrada fundamentalmente en la crianza de los hijos e hijas(...)». Así lo viene entendiendo también nuestra jurisprudencia menor —vid. a modo de ejemplo la SAP de León de 22 de febrero del 2008 y la SAP de Barcelona de 14 de mayo de 2008—.

¹³⁸ Vid. ARCH MARÍN, Mila y JARCE ESPARCIA, Adolfo José, "Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia...", cit., p. 26; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 381; y GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, Silvana, *La guarda y custodia compartida: una nueva institución de Derecho de Familia...*, cit., p. 45.

¹³⁹ Vid. PÉREZ VEGA, Ángeles, "Guarda y custodia compartida: una medida polémica", *La Toga*, Nº 159, 2006, p. 22.

¹⁴⁰ Vid. ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 65.

No hay duda de que el interés superior del menor requiere el contacto frecuente de éste con ambos padres¹⁴¹ —en el ámbito psicológico ha quedado probado que el contacto continuado de los hijos con ambos progenitores pese a la ruptura matrimonial de éstos favorece el interés del menor¹⁴²—. De ahí la importancia del principio que nos ocupa, que se concreta como un derecho subjetivo del hijo a mantener una relación constante con sus dos progenitores, pues aun sin negar que también cabe reconocer a los progenitores el derecho a mantener una relación estable con sus hijos menores tras la ruptura del matrimonio, el principio de coparentalidad es sobre todo un derecho del propio hijo¹⁴³. Por ello, pese a que el artículo 94 Cc. acierta al recoger el derecho del progenitor que no se encuentre con sus hijos a relacionarse con ellos, se echa de menos una referencia al correlativo derecho de los hijos a relacionarse con sus dos progenitores.

Aunque la previsión normativa del principio de coparentalidad es aún muy tímida, sí encontramos algunas referencias tanto en el Derecho internacional como europeo.

En el ámbito internacional resultan especialmente relevantes los artículos 7.1 y 9.3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. El primero reconoce el derecho del niño a ser cuidado

¹⁴¹ Vid. DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 247; ROSALES, Juan Carlos, "Desigualdad y exilio en la custodia de los hijos", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 247; y DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, 2011, p. 15. Vid. también SAP de Barcelona de 14 de mayo de 2008.

¹⁴² Vid. ARCH MARÍN, Mila, "El síndrome de alienación parental desde la perspectiva de la psicología forense", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 123.

¹⁴³ Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "El interés del menor como criterio de atribución de la custodia", *Revista de derecho de familia*, Nº 41, 2008, p. 58; MACÍAS CASTILLO, Agustín, "Guarda y custodia compartida: «deslocalización» de los hijos como efecto legal inherente al divorcio", *Actualidad civil*, Nº 12, 2010, p. 1464; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 393; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 746, 2014, p. 3290 y "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 34; UREÑA CARAZO, Belén, "Hacia una corresponsabilidad parental...", cit., p. 64; y RODRÍGUEZ MARTÍN, Mª Ángeles, "La guarda y custodia compartida ¿un régimen excepcional?", *Economist & Jurist*, Nº 191, 2015, p. 50.

por ambos progenitores, mientras que el segundo recoge el derecho de los menores que se encuentren separados de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y tener un contacto directo con ellos –exceptuándolo exclusivamente en aquellos casos en los que ello pueda resultar contrario a su interés–.

En el ámbito europeo destaca el artículo 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que, en la línea de la Convención de Derechos del Niño, reconoce el derecho de los menores a mantener relaciones personales y tener contactos directos con sus padres –nuevamente con la única excepción de aquellos casos en los que sea contrario a su interés–.

Así mismo, cabe mencionar el artículo 8.13 de la Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de julio de 1992, que reconoce el derecho de los hijos a mantener contacto directo y permanente con sus dos padres, también después de la crisis conyugal de estos.

Igualmente, el principio de coparentalidad ha servido de inspiración al legislador estatal en la implantación legal del régimen de custodia compartida, y prueba de ello es que la propia Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, señala que «(...)cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto o la mejor realización de su beneficio o interés(...)». Así mismo, está implícito en los artículos 90, 94 y 160 Cc.

También ha inspirado a las leyes autonómicas para la introducción del régimen de custodia compartida. Basta con observar que la Exposición de Motivos de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres y la Exposición de Motivos de la Ley Foral de Navarra 3/2010, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, se refieren a la Convención Internacional de los Derechos del Niño de

20 de noviembre 1989, y en concreto a la mención que ésta hace al «(...)derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño(...)»; y el artículo 76.3 a) CDFa recoge expresamente que «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».

Igualmente, la Exposición de Motivos de la Ley 25/2010, por la que se aprueba el libro segundo del Código Civil de Cataluña prevé que «(...) se estima en general que la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas, reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores (...)».

También la Exposición de Motivos de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, recoge el «(...) derecho de las y los menores de edad a crecer y vivir con ambos progenitores tras la ruptura de la pareja(...)». Incluso llega a hablar de un «(...) derecho de las personas menores de edad a la custodia compartida», una afirmación que a mi juicio quizá resulte excesiva, puesto que no en todos los casos el régimen de custodia compartida resultará el más conveniente para el interés superior del menor y, además, como ya he expuesto, el principio de coparentalidad no es exclusivo de la custodia compartida —aunque sea el régimen en el que mejor se materializa—. Así mismo, se refiere al principio de coparentalidad en sus artículos 1.1 —«(...) esta ley tiene por objeto garantizar, salvo circunstancias excepcionales, las relaciones continuadas de los progenitores con sus hijos e hijas (...)»— y 3.3 —«(...) los hijos e hijas menores de edad tendrán derecho a un contacto directo con sus progenitores de modo regular(...)»—.

Por último, también se refería a esta cuestión la Exposición de Motivos de la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven —declarada inconstitucional por el TC—, y lo hacía en los siguientes términos: «(...) los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores(...)».

El principio de coparentalidad se ha reflejado también en las normativas de los países de nuestro entorno. A modo de ejemplo, está recogido en los artículos 371.4, 372.2 y 373.2 del *Code Civil* francés, el artículo 337 ter.1 del *Codice Civile* italiano y en los párrafos 1626 y 1634 del *Bürgerliches Gesetzbuch* –Código Civil– alemán.

C) Denominación y concepto de guarda y custodia compartida

Nuestro Código Civil utiliza diferentes términos para referirse a esta figura, a la que alude como "ejercicio compartido de la guarda y custodia" –art. 92.5 Cc.–, "guarda conjunta" –art. 92.7 Cc.–, o "guarda y custodia compartida" –art. 92.8 Cc.–; al igual que ocurre en los ordenamientos autonómicos, donde encontramos expresiones tales como "guarda y custodia ejercida de forma compartida"¹⁴⁴, "guarda y custodia compartida"¹⁴⁵, "custodia compartida"¹⁴⁶, "régimen de convivencia compartida"¹⁴⁷, etc.

No obstante, y pese al amplio abanico terminológico que prevé nuestro ordenamiento para referirse a esta modalidad de guarda y custodia ¹⁴⁸, considero que ninguna de las expresiones utilizadas refleja fielmente en qué consiste esta en realidad. Y es que, debemos partir de que la custodia compartida o conjunta –entendida en sentido literal– sólo cabe cuando los

¹⁴⁴ Vid. art. 81.1 CDFA y art. 9.1 de la Ley del País Vasco 7/2015.

¹⁴⁵ Vid. art. 3.2 de la Ley Foral navarra 3/2011.

¹⁴⁶ Vid. art. 81.2 CDFA, art. 3.5 de la Ley Foral Navarra 3/2011 y arts. 9.2, 3 y 5 y 12.4 de la Ley del País Vasco 7/2015.

¹⁴⁷ Vid. art. 3 a) de la Ley valenciana 5/2011, declarada inconstitucional por el TC en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre.

¹⁴⁸ En un intento de dar cierta congruencia, hay quien ha llegado a plantear la posibilidad de que el uso de diferentes términos para referirse a esta modalidad de guarda y custodia no sea casual, y que el legislador hablaría de custodia compartida cuando ésta es acordada por los progenitores y de custodia conjunta cuando es establecida por el juez —vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 283—. Sin embargo, considero que plantea dudas que fuera éste el propósito del legislador, y parece que se debe más a la deficiente redacción del art. 92 Cc.

padres conviven¹⁴⁹, y se torna ciertamente complicado que dicha guarda pueda ejercerse conjuntamente por ambos progenitores cuando estos viven separados¹⁵⁰ –lo que obviamente es la práctica habitual en los supuestos de ruptura matrimonial–.

En realidad, la expresión custodia compartida no se refiere a una modalidad en la que la guarda y custodia sea conjunta o se comparta¹⁵¹, sino a un sistema de guarda alternada o sucesiva¹⁵², en la que los hijos alternarán periodos de convivencia con uno y otro progenitor¹⁵³. Por ello, hubiera sido más correcto utilizar otra expresión para referirse a esta modalidad de guarda, como, por ejemplo, alguna de las que propongo a continuación: guarda y custodia "sucesiva", "alterna", "alternada" o "alternativa"¹⁵⁴. Así ha sido

¹⁴⁹ Vid. ALMEDA SAMARANCH, Elisabet, "Monoparentalidad y responsabilidad...", cit., p. 118.

¹⁵⁰ Vid. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia...", cit., p. 321; y ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica", *La Ley*, Nº 7504, 2010, tomo 5, p. 1560 y "La guarda y custodia compartida como medida favorable a los hijos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 814, 2011, p. 8.

¹⁵¹ Vid. HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "Sobre la necesidad de una nueva regulación...", cit., p. 1136; y TENA PIAZUELO, Isaac, "Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida", *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, Nº 1, 2018, p. 112.

¹⁵² Vid. IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 36; DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 17; y ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida como medida...", cit., p. 8; PICONTO NOVALES, Teresa, "Ruptura familiar y coparentalidad...", cit., p. 47; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia — coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS—*, Edisofer, 2016, 5ª ed., p. 202; ESPARZA OLCINA, Carlos, "La guarda compartida...", cit., p. 193; y NAVARRO MICHEL, Mónica, "Cambio de domicilio del progenitor custodio...", cit., p. 425.

¹⁵³ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Comentarios del nuevo artículo 92...", cit., p. 135 y "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 4; CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores: especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Actualidad civil*, Nº 15, 2007, p. 1746; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 671; y TENA PIAZUELO, Isaac, "Conceptos jurídicos indeterminados...", cit., p. 112.

¹⁵⁴ Es lo que hace, a modo de ejemplo, el *Code Civil* francés, que en su artículo 373 utiliza la expresión "résidence alternée" para referirse a esta modalidad de guarda y custodia.

ampliamente defendido por nuestra jurisprudencia¹⁵⁵ y doctrina¹⁵⁶ —salvo alguna excepción¹⁵⁷—.

Considero que el equívoco se debe a que la expresión "custodia compartida" ha sido tomada del Derecho norteamericano —en concreto del término *joint custody*—, en el que, como he señalado, no se diferencia entre guarda y custodia y ejercicio de la patria potestad. Esta falta de diferenciación entre ambas figuras hace que en estos ordenamientos sí quepa hablar de custodia compartida propiamente dicha, ya que con ello se está refiriendo al ejercicio de la patria potestad en su conjunto, que obviamente sí es posible

¹⁵⁵ Vid. Auto del TC 336/2007, de 18 de julio, SAP de Madrid de 12 de noviembre de 2001, SAP de Barcelona de 28 de marzo de 2002, SAP de Madrid de 31 de mayo de 2002, SAP de Barcelona de 15 de julio de 2002, SAP de Madrid de 17 de septiembre de 2002, SAP de Alicante de 6 de marzo de 2003, SAP de Valencia de 31 de marzo de 2004, SAP de Madrid de 7 de septiembre de 2006, SAP de Valencia de 18 de octubre de 2006, SAP de Valencia de 15 de enero de 2007, SAP de Madrid de 17 de enero de 2007 y SAP de Madrid de 24 de octubre de 2007 (entre otras).

¹⁵⁶ Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial", en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* —coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos—, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Nº 27-29, junio 2005, El Derecho, Madrid, 2005, p. 743; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La reforma de la Ley del divorcio: la mal llamada custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, Nº 2005, 2005, p. 21 y *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 705; TENA PIAZUELO, Isaac, "La guarda compartida...", cit., p. 38 y "Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?", *Aranzadi civil-mercantil*, Vol. 1, Nº 1, abril, 2011, p. 82; VIVES MARTÍNEZ, Gemma, "Custodia compartida, valoración de la prueba y victimización de los menores: una visión objetiva desde la Magistratura y la experiencia", *Economist & Jurist*, Vol. 15, Nº 113, 2007, p. 93; PÉREZ MAYOR, Adrián, "La entelequia de la custodia compartida o alterna", *Revista Jurídica de Catalunya*, Nº 3, 2007, p. 809; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 13; MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, "La excepción temporal del divorcio y su repercusión con los menores", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 196-197 y "Hacia una reforma de la custodia...", cit., p. 1293; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación...", cit., p. 141; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "De los efectos comunes...", cit., p. 214; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., p. 1560; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, "Sentencia de 11 de marzo...", cit., p.1837; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. p. 202; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "Valoración de la normativa catalana...", cit., p. 4; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Título II: De las relaciones...", cit., p. 197; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 148; y LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel y ALONSO ESPINOSA, Francisco José, "Custodia compartida e interés superior del menor", *La Ley*, 8556, 2015, tomo 5, p. 1181.

¹⁵⁷ Vid. LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, "Leyes de familia y Constitución...", cit., p. 69; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., pp. 283-284; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Custodia compartida...", cit., p. 462; y MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., "El tratamiento de la custodia compartida...", cit., p. 3.

compartir en supuestos de no convivencia¹⁵⁸. Sin embargo, no cabe extrapolarla a nuestro ordenamiento jurídico, en el que la guarda y custodia es concebida como cuidado y convivencia con el menor –no como ejercicio pleno de la patria potestad– y en el que por tanto no es posible compartirla en sentido estricto.

Aun con todo, mantendré a lo largo de estas páginas la utilización tradicional de la expresión guarda y custodia compartida, con objeto de unificar conceptos y no confundir al lector¹⁵⁹.

Centrándome ya en el concepto de guarda y custodia compartida, lo primero que hay que señalar es que nuestro Código Civil no define esta modalidad de guarda y, en las normas autonómicas, sólo recogía un concepto de guarda y custodia compartida la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven – recordemos, declarada inconstitucional por el TC–. En su artículo 3 a) la definía como un sistema de guarda y custodia caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores.

Cabe hacer una crítica al concepto que se recogía en la Ley valenciana, y es que, parece que planteaba la distribución igualitaria del tiempo como el rasgo más distintivo de la custodia compartida, cuando a mi juicio dicho reparto igualitario del tiempo no sólo no es un aspecto fundamental, sino que ni tan siquiera es una característica de esta modalidad de custodia. Y es que, como en su momento expondré con mayor detalle¹⁶⁰, es perfectamente posible que en un régimen de custodia compartida se establezca una distribución desigual de los periodos de convivencia con uno y otro progenitor.

¹⁵⁸ Vid. en este sentido. GODOY MORENO, Amparo, "La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada", en: *Diez años de abogados de familia*, La Ley, 2003, 1ª ed., p. 324.

¹⁵⁹ Además, debe tenerse en cuenta la manifiesta intención del legislador de mantener el uso de la expresión "custodia compartida", como prueba el hecho de que el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia persistía en la misma terminología.

¹⁶⁰ Vid. Epígrafe 2.2.B) del Capítulo IV.

En definitiva, la custodia compartida constituye un régimen de guarda y custodia de los hijos menores, basado en los principios de coparentalidad y de corresponsabilidad parental, que se caracteriza porque ambos progenitores se alternan en el desempeño de las funciones inherentes a la guarda y custodia¹⁶¹, compartiendo en un plano de igualdad¹⁶² derechos y obligaciones respecto a sus hijos como si se tratase de una familia intacta¹⁶³ —aunque diste mucho de

¹⁶¹ Vid. COY FERRER, Antonio, "La guarda y custodia en los casos de separación y/o divorcio", *Pedagogía social: revista interuniversitaria*, Nº 2, 1986, p. 41; DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, María Soledad, "Guarda y custodia compartida: de su negación jurisprudencial a su admisión en el proyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio", en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* —coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos—, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Nº 27-29, junio 2005, El Derecho, Madrid, 2005, p. 719; MONSERRAT QUINTANA, Antonio, "La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de julio", *Práctica de Tribunales*, Nº 23, 2006, p.1; CATALÁN FRÍAS, M^a José (et. al.), "La custodia compartida...", cit., p. 134 LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 286, y "Custodia compartida y corresponsabilidad parental...", cit., p. 2037; TENA PIAZUELO, Isaac, "La ruptura de pareja con hijos...", cit., p. 56 y "Custodia compartida en Aragón...", cit., p. 93; HERNANDO RAMOS, Susana, "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida", *La Ley*, Nº 7206, 2009, tomo 3, p. 2039; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., p. 1554; ESCUDERO GUTIÉRREZ, Isabel, "Una visión diferente de la custodia compartida", *Economist & Jurist*, Nº 136, 2010, p. 82; ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., pp. 70-71 y 336; ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián, "Custodia...", cit., p. 13; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., pp. 721-722; y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, "La vivienda familiar en caso de custodia compartida...", cit., p. 1140.

La Audiencia Provincial de Barcelona, que es el Tribunal que más empeño ha puesto en formular un concepto de guarda y custodia compartida, en sus Sentencias de 20 de diciembre de 2006, de 12 de enero de 2007, de 13 de febrero de 2007, de 21 de febrero de 2007, de 8 de marzo de 2007, de 10 de mayo de 2007, y de 25 de julio de 2007, señala que esta figura tiene por objeto «(...) facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos(...)». Aun cuando la resolución se refiere específicamente a las necesidades "materiales" de estos, considero que debe hacerse extensible a las de toda índole.

¹⁶² Vid. DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida de ambos progenitores", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año Nº 83, Nº 702, 2007, p. 1.822; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "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", *La Ley*, Nº 7537, 2010, tomo 5, p. 1943; ZÚÑIGA, Ángeles, "La custodia...", cit., p. 64; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales...", cit., p. 1439; y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, "Inconstitucionalidad del artículo 92.8 del Código Civil: el informe favorable del Ministerio Fiscal en la custodia compartida", en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo* —coords. BERROCAL LANZAROT, María Isabel; JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción; CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen; y CUADRADO IGLESIAS, Manuel—, Dykinson, Vol. 2, 2015, p. 1653.

¹⁶³ Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, "La guarda compartida...", cit., p. 33 y "La ruptura de pareja con hijos...", cit., p. 56, "Custodia compartida en Aragón...", cit., p. 93 y "Custodia compartida... sí, pero no", en: *I Congreso multidisciplinar sobre interferencias parentales tras la ruptura de pareja* —et. al., coord. FARIÑA RIVERA, Francisca—, ASEMIP, A Coruña, 2010, p. 229; CATALÁN FRÍAS, M^a José (et. al.), "La custodia compartida...", cit., p. 134; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 345; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., p. 1554; y

serlo —, con la salvedad de que los padres ya no viven juntos. Todo ello sin que se exija un reparto estrictamente igualitario del tiempo que éstos pasarán con cada progenitor¹⁶⁴, aunque sí parecido¹⁶⁵.

3. GUARDA ENCOMENDADA A UN TERCERO

Como vengo señalando desde el comienzo de estas páginas, con carácter general la guarda del menor tras la ruptura será atribuida en favor de sus progenitores —uno o ambos—, y aquellos casos en los que es ejercida por un tercero tienen un carácter sumamente excepcional.

No obstante, existen supuestos en los que, en el curso de un proceso de ruptura matrimonial, el juez decide que no es conveniente para el interés del menor que ninguno de los progenitores asuma su guarda y custodia. Esta posibilidad está legalmente prevista en el artículo 103.1 de nuestro Código Civil —tras la redacción que le fue dada por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos—. Dicho precepto admite que, en supuestos excepcionales, los hijos sean encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren o, de no haberlos, a una institución idónea.

Desde mi punto de vista, esta medida únicamente puede ser adoptada por la autoridad judicial. Aunque hay quien ha defendido que una

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida...", cit., p. 83. *Vid.* también: SAP de Vizcaya de 30 de junio de 2016.

¹⁶⁴ *Vid.* en este sentido la Sentencia de 31 de julio de 2008 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: «(...) bajo la denominación equívoca de custodia "compartida" pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir».

¹⁶⁵ *Vid.* Epígrafe 2.2.B) del Capítulo IV.

interpretación conjunta de los arts. 90 y 103.1 Cc. admitiría que fuera acordada por los propios progenitores en el convenio regulador¹⁶⁶, considero que dicha postura debe rechazarse por dos motivos: el primero es que la posibilidad de encomendar la guarda a un tercero sólo ha sido prevista en sede de medidas judiciales; y el segundo es que el carácter irrenunciable de la patria potestad impide que los progenitores puedan renunciar voluntariamente al ejercicio de algunas de las funciones que integran esta figura. Y es que, en caso de que los padres no puedan asumir los cuidados del menor, lo que deberán hacer es promover la constitución de la guarda administrativa –art. 172.2 Cc.–, no cabiendo la posibilidad de que por sí mismos acuerden delegar en un tercero el ejercicio de la guarda¹⁶⁷.

En cualquier caso, la atribución de la guarda a un tercero distinto de los padres tiene un carácter absolutamente excepcional¹⁶⁸, y a mi juicio es así como debe ser, pues hay que partir de que son los propios progenitores los que están en mejor posición para asumir la guarda y custodia de sus hijos¹⁶⁹. La postura que mantengo es consecuente además con la previsión del artículo 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989,

¹⁶⁶ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., pp. 79-80; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El interés superior del menor...", cit., p. 3296.

¹⁶⁷ Tras la reforma operada a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, incluso resulta difícil defender la posibilidad de acogimiento familiar convencional, pactado entre los padres y los acogedores con el consentimiento de la entidad pública, que podía amparar anteriormente la LOPJM —vid. MAYOR DEL HOYO, María Victoria, "El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio", en: *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* —dir. MAYOR DEL HOYO, María Victoria—, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, p. 228—.

¹⁶⁸ Vid. COLÁS ESCANDÓN, Ana M^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: Derecho de Visita, Estancia, Comunicación y Atribución de la Guarda y Custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 184; DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 19; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV...*, cit., p. 119; TEJEDOR HUERTA, Asunción, "El Interés de los Menores en los Procesos Contenciosos de Separación o Divorcio", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 22, 2012, p. 69; y CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores", *Actualidad civil*, Nº 3, 2014, p. 294.

¹⁶⁹ De hecho, si atendemos a los últimos datos disponibles por el Instituto Nacional de Estadística, correspondientes al año 2016, podemos observar que la guarda se atribuye a una persona distinta de los progenitores sólo en un 0,5% de los casos —fuente: www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf, fecha última consulta: 06/04/2018—.

que emplaza a los Estados Partes a velar porque los niños no sean separados de sus padres salvo supuestos muy excepcionales¹⁷⁰.

Nótese, que he utilizado únicamente la palabra "guarda" para encabezar este apartado, en lugar de la expresión "guarda y custodia". La razón es que, como he expuesto al referirme al concepto de guarda y custodia, considero que en el supuesto al que voy a referirme los terceros guardadores no ejercen la guarda y custodia como tal, ya que ésta únicamente puede corresponder a los padres¹⁷¹.

Una vez descartada la posibilidad de calificar esta figura como guarda y custodia, hay quien ha considerado que podríamos encontrarnos ante un acogimiento —art. 173 Cc.— o incluso ante una guarda de hecho —arts. 303 y ss. Cc.—¹⁷². Considero que la segunda opción debe quedar descartada de plano, ya que la guarda de hecho se caracteriza precisamente por ser una figura surgida al margen de la ley y en la que no existe atribución judicial; mientras que en el supuesto que nos ocupa sí hay atribución judicial. En cuanto a la posible existencia de un acogimiento, tampoco estimo que nos encontremos ante esta figura, ya que no encaja en el supuesto de hecho del régimen jurídico del acogimiento —art. 172 ter Cc—, que se trata de una medida configurada para el ejercicio de la función de guarda asumida por la administración, cuando se constituya una tutela administrativa —art. 172 Cc— o una guarda administrativa —art. 172 bis Cc.—. Más bien, parece tratarse de un tipo de

¹⁷⁰ El art. 9 de la CDN señala que «*Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño(...)*».

¹⁷¹ Como hemos visto, la guarda y custodia se integra dentro de la patria potestad, por lo que si tenemos en cuenta que los propios padres son los únicos pueden ser titulares de la patria potestad, parece lógico pensar sólo ellos podrán ser titulares de la guarda y custodia —*vid.* Epígrafe 1.3.B) del Capítulo I—.

¹⁷² *Vid.* MONTERO AROCA, Juan, *Guarda y custodia de los hijos: (la aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 30; y HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...", *cit.*, p. 6.

guarda *sui generis* con caracteres propios, que considero que cabría calificar como “simple guarda”¹⁷³.

La posibilidad de encomendar la guarda de un menor a un tercero distinto de los progenitores se recoge únicamente en sede de medidas provisionales¹⁷⁴, lo que ha llevado a algún autor a afirmar que no podrá adoptarse como medida definitiva en la sentencia de nulidad, separación o divorcio¹⁷⁵. Quienes defienden esta postura se basan principalmente en que si el legislador hubiera querido contemplar esta posibilidad en sede de medidas definitivas lo hubiera hecho expresamente, por lo que al no hacerlo estaría excluyendo tácitamente dicha posibilidad.

No obstante, considero más acertada la opinión que sigue el sector mayoritario de nuestra jurisprudencia¹⁷⁶ y doctrina mayoritaria¹⁷⁷, que defiende que es admisible aplicar la guarda del artículo 103.1 como medida definitiva, quedando justificada esta posibilidad bien por la aplicación analógica del propio artículo 103.1 Cc., o bien haciendo uso de la facultad que el artículo 158 Cc. concede al juez para adoptar cualquier medida que estime oportuna en defensa del interés superior del menor.

¹⁷³ Hay quien prefiere utilizar otras expresiones, como por ejemplo “sistema de guarda y custodia acogida” —*vid.* HERNANDO RAMOS, Susana, “La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...”, *cit.*, p. 6— o “guarda familiar” —*vid.* CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, *cit.*, p. 90—.

¹⁷⁴ El hecho de que esta posibilidad no haya sido expresamente prevista también como medida definitiva ha sido criticado por parte de la doctrina —*vid.* a modo de ejemplo: ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, “La reforma de la Ley del divorcio...”, *cit.*, p. 16—.

¹⁷⁵ *Vid.* ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M^ª Mercedes, “Atribución de la guarda y custodia del menor...”, *cit.*, p. 77; y NÚÑEZ NÚÑEZ, María, “La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores por sus progenitores: su concesión a abuelos u otros familiares”, *La Ley Derecho de Familia*, Nº 3, 2014, p. 91.

¹⁷⁶ *Vid.* SAP de Castellón de 28 d octubre de 1997, SAP de Zaragoza de 9 de febrero de 1998 y SAP de Madrid de 14 de mayo de 2002 (entre otras).

¹⁷⁷ *Vid.* ROCA TRÍAS, Encarnación, “art. 92”, en: *Comentarios del Código Civil* —dirs. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALVADOR CODERECH, Pablo—, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 390-391; CLEMENTE MEORO, Mario, “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en: *Derecho de Familia* —MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis y ROCA TRÍAS, Encarnación—, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2^a ed. p. 143; RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, “La guarda y custodia...”, *cit.*, p. 288; COLÁS ESCANDÓN, Ana M^ª, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, *cit.*, pp. 177-178; TAMAYO HAYA, Silvia, “La custodia compartida...”, *cit.*, pp. 677-678; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, *cit.*, p. 233; y CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, “La atribución de la guarda y custodia...”, *cit.*, p. 297.

En cualquier caso, sería conveniente de *lege ferenda* que nuestro Código extendiera la previsión del artículo 103.1 Cc. a la regulación de las medidas definitivas, como ocurre en el caso del Código Civil de Cataluña —única ley autonómica que ha introducido esta posibilidad¹⁷⁸—, que además de preverla con carácter provisional¹⁷⁹, la recoge también expresamente en sede de medidas definitivas¹⁸⁰. Así se evitaría cualquier tipo de confusión al respecto.

Esta cuestión tampoco hubiera quedado subsanada con la reforma que se pretendió proyectar en 2013 con ocasión del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que, una vez más, recogía esta posibilidad únicamente en sede de medidas provisionales —artículo 1.12—.

Pese a ello, sí encontrábamos en el citado Anteproyecto un supuesto excepcional en el que la posibilidad de atribuir la guarda a un tercero se regulaba fuera de las medidas provisionales. En concreto, estaba previsto que se recogiera en el nuevo artículo 92 bis.6 que el artículo 1.4 del Anteproyecto pretendía adicionar al Código Civil. En el citado precepto se recogía el supuesto, no contemplado hasta el momento en nuestro Código, de que ambos progenitores estuvieran incurso en alguna de las causas que excluyen la atribución de la guarda y custodia¹⁸¹. La solución que se adoptaría en estos supuestos sería la atribución de la guarda de los menores a los progenitores, si el juez lo estimaba conveniente, o en su defecto a un tercero distinto de éstos,

¹⁷⁸ En realidad hay que matizar dicha afirmación, ya que la Ley del País Vasco 7/2015 también ha introducido un supuesto excepcional en el que la guarda puede atribuirse a un tercero distinto de los progenitores, en concreto en aquellos casos en los que ambos progenitores hayan sido condenados penalmente por la comisión de actos relacionados con la violencia doméstica o de género —art. 11.5 Ley del País Vasco 7/2015—.

¹⁷⁹ Art. 233-1.1 a) Cc.Cat.

¹⁸⁰ *Vid.* art. 233-10.4 Cc.Cat.

¹⁸¹ En concreto, se recogía esta posibilidad para aquellos supuestos en los que concurriera alguna de las causas previstas en el nuevo art. 92 bis.5, tras la redacción que pretendía darle el art. 1.4 del Anteproyecto, y que en síntesis eran las siguientes: cuando ambos progenitores hubieran sido condenados penalmente por sentencia firme, por un delito de violencia doméstica o de género o 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; o bien cuando ambos estén incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica o de género.

que podría ser bien un pariente o allegado del menor o bien, en su defecto, la entidad pública que tuviera asignada la función de protección de los menores en el territorio concreto. Esta última regla ha sido prevista también por el artículo 11.5 de Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Con independencia de si se adopta como medida provisional o definitiva, la atribución de la guarda de un menor a un tercero distinto de sus padres debe tener carácter temporal¹⁸², como también ha defendido buena parte de nuestra doctrina¹⁸³. Hay algún autor que, para sostener esta postura, ha llegado a plantear incluso que si se denegara con carácter definitivo la guarda y custodia de los hijos a unos padres, en realidad se les estaría privando tácitamente de la patria potestad¹⁸⁴. Personalmente discrepo en parte de esta última opinión, pues aun cuando obviamente comparto que esta medida debe tener carácter temporal, el argumento dado me parece discutible, ya que supone equiparar patria potestad y guarda y custodia, que como hemos visto son figuras diferentes y claramente delimitadas la una de la otra, y en todo caso, aun cuando esta medida tienda a permanecer en el tiempo en mayor o menor medida, los progenitores mantendrán tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad –pese a que, como veremos, en la práctica queda vacía de contenido–.

En todo caso, estimo que sería conveniente de *lege ferenda* que la ley previera expresamente dicho carácter temporal y condicionara el

¹⁸² Vid. STS de 29 de marzo de 2001.

¹⁸³ Vid. FERRER RIBA, Josep, "Sentencia de 29 de marzo de 2001: Atribución judicial de la guarda y custodia de una menor de edad a sus abuelos maternos: carácter temporal y revisable de la medida. Disociación de la guarda asignada a los abuelos y ejercicio de la patria potestad correspondiente a la madre. Derechos de comunicación y visita de los padres: posibilidad de fijarlos en ejecución de sentencia", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 58, 2002, p. 85; ANGOSTO SÁEZ, José Fulgencio, "Sentencia de 23 de septiembre de 2002: La recuperación de la guarda y custodia por los padres. El principio favor filii como criterio orientador de la actuación administrativa y judicial", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 63, 2003, p. 911; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 559; CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "La atribución de la guarda y custodia...", cit., p. 298; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El interés superior del menor...", cit., p. 3298.

¹⁸⁴ Vid. LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, "Custodia de menores: conflicto entre el padre y los abuelos: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992", *Poder Judicial*, Nº 30, 1993, p. 155

mantenimiento de esta medida a la subsistencia del hecho que generó su adopción. Para ello sería interesante que, tras el transcurso de un tiempo prudencial, se revisaran de oficio las circunstancias concurrentes en orden a determinar si todavía subsiste la causa que llevó al juez a adoptar esta medida y, en caso contrario, dejarla sin efecto y reintegrar al menor bajo el cuidado de sus padres —atribuyendo su guarda y custodia a uno o a ambos progenitores, según proceda—.

Por otro lado, como adelantaba, la atribución de la guarda de un menor a una persona distinta de los progenitores no conlleva que estos últimos se vean privados de la patria potestad, por lo que la regla general será que mantendrán la titularidad y ejercicio de la citada figura —como también han venido manteniendo nuestra jurisprudencia¹⁸⁵ y doctrina¹⁸⁶—. Y es que, si los incumplimientos de las obligaciones relativas al cuidado de los hijos menores revistieran tal entidad como para que se decidiera privarles de la patria potestad, saldríamos de los artículos 103.1 y 158 Cc. y habría que reconducir el supuesto al artículo 170 Cc. —y, por ende, habría que constituir la tutela—.

Aunque hay quién ha considerado que sería conveniente otorgar el ejercicio de la patria potestad al tercero al que se le atribuya la guarda del menor¹⁸⁷, a mi juicio esta posibilidad debe descartarse, ya que la titularidad y el

¹⁸⁵ Vid. STS de 5 de octubre de 1987, STS de 11 de octubre de 1991, STS de 12 de febrero de 1992 y STS de 29 de marzo de 2001: «(...) el juez puede atribuir la guarda de un menor que se halle bajo la potestad de sus padres a otra persona, sin privar a aquéllos de dicha potestad y, por consiguiente, sin necesidad de que quede acreditado que se ha producido un incumplimiento de los deberes parentales que tenga entidad suficiente para tal privación (siquiera parcial)». Vid. también: SAP de Toledo de 9 de enero de 2003, SAP de Asturias de 17 de septiembre de 2007, SAP de Guipúzcoa de 14 de diciembre de 2007 y SAP de Barcelona de 27 de julio de 2007.

¹⁸⁶ Vid. DIEZ GARCÍA, Helena, *El acogimiento familiar simple...*, cit., p. 36; COLÁS ESCANDÓN, Ana M^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, cit., p. 197; VELA SÁNCHEZ, Antonio J., "Las relaciones de los nietos con los abuelos en los casos de ruptura de pareja", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1^a ed., p. 331; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., pp. 96 y 554; CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "La atribución de la guarda y custodia...", cit., p. 295; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El interés superior del menor...", cit., p. 3288.

¹⁸⁷ Vid. Tamayo Haya, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 678.

ejercicio de la patria potestad sólo puede corresponder a los progenitores — arts. 154 y 156 Cc. —¹⁸⁸.

Ahora bien, los terceros guardadores sí asumirán funciones tutelares, tal y como prevé el artículo 103.1 del Código Civil¹⁸⁹—. Por tanto, aunque los padres mantengan la titularidad y ejercicio de la patria potestad, ésta quedará vacía de contenido durante la vigencia de la guarda por parte de un tercero.

Respecto al supuesto de hecho que habilita al juez para tomar esta decisión, no encontramos en nuestro ordenamiento jurídico una especificación del mismo, algo que creo que sería conveniente de *lege ferenda*¹⁹⁰.

A modo de ejemplo, la jurisprudencia ha decretado esta medida ante la falta de idoneidad de ambos progenitores para asumir los cuidados del menor¹⁹¹, o ante la imposibilidad de hecho para ocuparse de sus hijos —por ejemplo cuando se encuentran en prisión—¹⁹². Además, considero que también el incumplimiento o deficiente cumplimiento de los deberes de cuidado y protección sobre los hijos por parte de ambos progenitores puede justificar la adopción de esta medida¹⁹³, eso sí, siempre que no dé lugar a una desasistencia

¹⁸⁸ Este argumento no sirve para el caso del Derecho aragonés, pues la autoridad familiar puede extenderse a otras personas distintas de los progenitores. En concreto, pueden ser titulares de la autoridad familiar el padrastro y la madrastra, cuando conviva junto al único titular de la autoridad familiar y tras el fallecimiento de éste —art. 85 CDFA—; los abuelos, cuando hubieran fallecido los padres o cuando éstos no atiendan convenientemente a sus hijos menores —art. 86 CDFA—; y los hermanos mayores de edad, en los mismos supuestos que el caso anterior, a falta de abuelos —art. 87 CDFA—. No obstante, en la práctica la situación no difiere mucho del Derecho común, pues como hemos visto anteriormente, el contenido la autoridad familiar aragonesa es estrictamente personal — art. 65 CDFA—, por lo que sólo incluye los deberes de crianza, y no la representación y administración de los bienes.

¹⁸⁹ La posibilidad de atribuir funciones tutelares a los terceros guardadores también ha sido admitida por el Derecho catalán —art. 233-10.4 Cc.Cat.—.

¹⁹⁰ *Vid.* en este mismo sentido: LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, "Custodia de menores...", cit., p. 148.

¹⁹¹ *Vid.* SAP de Toledo de 9 de enero de 2003, SAP de A Coruña de 16 de febrero de 2007 y SAP de Asturias de 17 de septiembre de 2007.

¹⁹² *Vid.* SAP de Albacete de 13 de noviembre de 2009.

¹⁹³ *Vid.* en este mismo sentido: CLEMENTE MEORO, Mario, "Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio...", cit., p. 142.

moral o material del menor, porque entonces procedería la declaración de desamparo por la entidad pública – art. 172.1.2 Cc. –.

En cualquier caso, como pone de manifiesto CALLEJO RODRÍGUEZ¹⁹⁴, para adoptar una medida tan excepcional como es la atribución de la guarda de un menor a un tercero distinto de sus progenitores será necesario que concurren motivos de trascendencia, postura que ha compartido también la Audiencia Provincial de Lugo en su Sentencia de 14 de marzo de 2007, en la que deniega la petición de que la guarda sea encomendada a la abuela paterna por no existir causa grave que lo justifique. Ahora bien, aun cuando se requiere que la causa que justifique esta medida revista cierta entidad, como no conlleva la privación de la patria potestad, parece que no cabe exigir la concurrencia de los presupuestos del artículo 170 Cc.

En cuanto a los sujetos a los que podrá otorgarse la guarda del menor, el Código Civil se refiere en su artículo 103.1 el Código Civil a «(...) *los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea*»¹⁹⁵. La primera duda que se plantea es si la expresión “institución idónea” se refiere exclusivamente a una entidad pública o si, por el contrario, incluye también otro tipo de instituciones. Desde mi punto de vista, no habría problema en que el juez atribuyera la guarda a una institución de carácter privado –ej. a una fundación– si considera que es idónea para ello, pues éste es el único requisito que exige el mencionado precepto. En cualquier caso, en los supuestos en los que la guarda se atribuya a una entidad pública, cabe

¹⁹⁴ Vid. CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "La atribución de la guarda y custodia...", cit., p. 294.

¹⁹⁵ Muy semejante es la norma catalana, que al igual que el Cc. se refiere en sus artículos 233-1 y 233-10.4 a «(...) *los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea*». Por su parte, el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia mencionaba también a los hermanos como posibles receptores de la guarda de los menores, disponiendo en su artículo 1.12 —que pretendía dar nueva redacción al artículo 103.1 Cc.— que «(...) *los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, hermanos, parientes u otras personas allegadas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea (...)*». En realidad, los hermanos quedan abarcados también por la normativa actual bajo el genérico término "parientes", por lo que en la práctica el cambio no hubiera sido muy significativo.

entender que nos encontraríamos ante la denominada guarda administrativa¹⁹⁶, por lo que a mi juicio habría que reconducir el supuesto a las previsiones recogidas en nuestro Código para la referida figura. Esta postura queda ratificada por lo dispuesto en el artículo 172 bis.2 Cc., que faculta al juez para acordar la guarda administrativa en los casos en los que «(...) *legalmente proceda*» —y éste es precisamente uno de los supuestos en los que nuestro Código habilita al juez para adoptar esta medida de protección—¹⁹⁷.

Por otro lado, el artículo 103.1 del Código Civil no recoge expresamente un orden de prelación entre los abuelos, el resto de parientes u otras personas que lo consintieren —aunque sí prioriza a todos éstos respecto a una institución idónea—. No obstante, en la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos —que dio al art. 103.1 Cc. su actual redacción—, se señala expresamente que «(...) *el artículo 103 del Código Civil, coherentemente con la modificación del artículo 90, prevé la decisión jurisdiccional, cuando falte el acuerdo entre los cónyuges, de encomendar en primer lugar a los abuelos la tutela de los hijos, de forma excepcional, pero antepuesta a la posibilidad de otorgar este cuidado a otros parientes u otras personas o instituciones*»¹⁹⁸. Ello ha llevado a parte de la doctrina a considerar que existe un carácter preferente de los abuelos respecto al resto de parientes y allegados¹⁹⁹. No obstante, otro sector de la doctrina²⁰⁰ y de la jurisprudencia²⁰¹ entiende que

¹⁹⁶ Vid. en este sentido: BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El interés superior del menor...", cit., p. 3288 y "Violencia de género...", cit., p. 1: «En caso de no existir parientes o allegados adecuados o en el caso de no prestar éstos el consentimiento a la asunción de las funciones de guarda, el juez deberá acordar la guarda administrativa(...)».

¹⁹⁷ Sobre la guarda administrativa, vid. ampliamente: MAYOR DEL HOYO, María Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada, 1999 1ª ed.

¹⁹⁸ Aunque el legislador utiliza erróneamente el término tutela en lugar de del de guarda, hay que entender que se está refiriendo a la segunda.

¹⁹⁹ Vid. COLÁS ESCANDÓN, Ana Mª, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, cit., pp. 194-195; y NÚÑEZ NÚÑEZ, María, "La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores...", cit., p. 90.

²⁰⁰ Vid. CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "La atribución de la guarda y custodia...", cit., p. 297.

la guarda del menor debe atribuirse a aquel pariente del menor que el juez considere más idóneo para desempeñar esta función, o incluso a quién no tenga ningún vínculo de parentesco con el menor y simplemente tenga con él un vínculo afectivo, si estima que es más idóneo²⁰². A mi modo de ver, esta última interpretación resulta más acertada, puesto que el interés superior del menor – que es el criterio rector al que debe atenderse en cualquier decisión en la que se vea envuelto un menor – se verá satisfecho en mayor medida con la atribución de la guarda a la persona que resulte más idónea para ejercerla. Ahora bien, en caso de que existan varias personas igualmente idóneas, creo que sí cabría dar preferencia a los abuelos – tal y como parece extraerse de la propia Exposición de Motivos de la Ley 42/2003 –.

²⁰¹ *Vid.* A modo de ejemplo, la SAP de Madrid de 14 de mayo de 2002, la SAP de Barcelona de 17 de marzo de 2006 y las SAP de Zaragoza de 30 de marzo de 2006 y de 22 de julio de 2008 atribuyeron la guarda del menor a su tía; y la SAP de Barcelona de 10 de mayo de 2005 se la asignó a la hermana del menor.

²⁰² *Vid.* A modo de ejemplo, la SAP de Murcia de 21 de marzo del 2000 atribuyó la guarda del menor a sus padrinos; y la STS de 20 de noviembre de 2013 se la atribuyó al esposo que había impugnado su paternidad y había quedado determinada a favor de un tercero.

CAPÍTULO II: MARCO LEGAL Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

Una vez delimitado el concepto de guarda y custodia y analizados los diferentes regímenes de organización estructural que puede adoptar esta figura, me voy a centrar en su marco legal. A tal efecto, llevaré a cabo un estudio escalonado, comenzando por la normativa internacional y europea, para continuar con la legislación estatal y hacer referencia posteriormente a los ordenamientos jurídicos autonómicos que han entrado a legislar en materia de guarda y custodia. Por último, traeré a colación las normas que regulan la guarda y custodia en los países de nuestro entorno, en tanto que después, a lo largo de desarrollo del trabajo, se establecerán las comparaciones oportunas.

1. MARCO INTERNACIONAL Y EUROPEO

Interesa en primer lugar hacer una breve referencia al Derecho internacional y europeo, ya que, como vamos a ver, ahí se establecen algunos de los principios en los que se basa nuestra regulación sobre guarda y custodia.

Los Tratados Internacionales, una vez suscritos por España, pasan a formar parte de nuestro ordenamiento interno – arts. 96.1 CE y 1.5 Cc. – y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 39.4 CE, *«los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»*.

No hay ningún Tratado que específicamente se refiera a la guarda y custodia, pero ésta puede enmarcarse en los principios que recogen los instrumentos internacionales que regulan los derechos de los niños²⁰³. Entre

²⁰³ El Convenio de la Haya, de 12 de junio de 1902, para reglamentar la tutela de menores, inauguró el camino de la Conferencia de la Haya en materia de protección de menores, al que posteriormente siguieron el Convenio de la Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores —que sustituye al anterior—, el Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Convenio de la Haya 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de

ellos cabe destacar la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, pues supuso un importante hito en el reconocimiento del niño como sujeto de derecho autónomo y diferenciado²⁰⁴. En su artículo 3 regula por primera vez con claridad la obligación de velar por el interés del menor, y actúa como una norma "paraguas", que deberá ser tenida en cuenta en todas las medidas concernientes a los niños²⁰⁵. También resultan de interés los artículos 9 —que consagra el derecho de todo niño a tener contacto y relacionarse con ambos progenitores—, 12 —que recoge el derecho del menor a ser escuchado y a que su opinión sea valorada y tenida en cuenta a la hora de adoptar una medida que le pueda afectar— y 18 —que contempla la obligación/derecho de ambos progenitores de participar en la crianza y desarrollo de sus hijos—.

En el seno del Consejo de Europa encontramos cuatro textos interesantes en la materia que nos ocupa: el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 y su Protocolo Adicional nº 7, de 22 de noviembre de 1984, que en su artículo 5 reconoce a los cónyuges igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución; la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y el restablecimiento de dicha custodia, firmada en Luxemburgo el 20 de mayo

protección de los niños. Al margen de la Conferencia de la Haya, fueron apareciendo otros textos internacionales en materia de protección de menores, como la Declaración de Ginebra, de 24 de septiembre de 1924, sobre los Derechos del Niño, que abrió una senda que continuó con la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959 — Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1386 (XIV)— y culminó con la Convención Internacional de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. También encontramos referencias a la protección de los hijos menores en la Declaración Universal de Derechos Humanos— aprobada en Nueva York el 10 de diciembre de 1948—, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 — Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979—.

²⁰⁴ Vid. TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, "Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia", *La Ley*, Nº 5857, 2003, tomo 5, p. 1812.

²⁰⁵ Vid. ALSTON, Philip y GILMOUR-WALSH, Bridget, *El interés superior del niño: Hacia una síntesis de los Derechos del Niño y de los Valores Culturales*, Innocenti Studies, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, p. 11.

de 1980 y ratificada por España el 9 de mayo de 1984; la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de febrero de 1984, cuyos principios quinto y décimo prevén que las responsabilidades de los progenitores respecto a sus hijos pertenecerán conjuntamente a ambos; y la Recomendación del Consejo de Europa de 13 de diciembre 2006 sobre políticas de apoyo al ejercicio responsable de la parentalidad.

Dentro del Derecho de la Unión Europea también encontramos algunos textos importantes para el objeto de nuestro estudio:

El primer documento al que cabe hacer referencia es la Resolución A3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992 –en adelante CEDN–. Cobran especial importancia sus puntos 8.11, 8.13, y 8.14. El primero prevé que ambos progenitores tienen una responsabilidad conjunta en el cuidado de sus hijos; el segundo recoge el derecho del menor a mantener contacto directo y permanente con sus dos padres; y el tercero su derecho a ser oído en los procedimientos que le afecten.

Debe mencionarse también el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, hecho en Estrasburgo el 25 de Enero de 1996, que en su artículo 3 b) prevé el derecho del niño a «(...)ser consultado y expresar su opinión» en aquellos procedimientos que le afecten.

Posteriormente se aprobó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, que fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007, y a la que tras el Tratado de Lisboa se le confirió el mismo valor jurídico que a los Tratados –art. 6.1 del Tratado de Lisboa–. El referido texto dedica su artículo 24 a los "derechos del menor". En el primer apartado del citado precepto se recoge el derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta; en el segundo se hace referencia a la consideración primordial que debe darse al interés superior del menor; y, por último, en el apartado tercero se recoge el derecho del menor a mantener una relación periódica con sus dos progenitores.

Para cerrar este breve recorrido por el Derecho europeo, cabe referirse al Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que sustituyó al Reglamento (CE) 1347/2000. Del referido texto destaca el papel primordial que concede al interés del menor, al que se refiere tanto en su Exposición de Motivos como en numerosos preceptos –*vid.* arts., 12.1 b, 12.3 b), 15.1), 15.5 y 23 a)–.

2. NORMATIVA ESTATAL

Dentro de la legislación estatal analizaré tanto el marco constitucional como la evolución normativa que ha experimentado nuestro Código Civil – especialmente a partir de las reformas de 1981 –, para terminar haciendo breve referencia al impulso que se pretendió dar a la guarda y custodia compartida 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.

2.1. Marco constitucional

Como es de sobra conocido, en el año 1978 entró en vigor la Constitución Española. Pese a no prever un apartado específico dedicado a la salvaguarda de los derechos de los menores de edad –lo que algún autor ha considerado un desacierto²⁰⁶ –, sí recoge algunos principios que conviene resaltar, como el de igualdad –arts. 1, 14 y 39.2 CE–, el de libre desarrollo de la personalidad –arts. 10.1 y 27.2 CE–, el de protección de la juventud y la infancia –art. 20.4 CE– y, sobre todo, el de protección de la familia y de los hijos –art. 39 CE–. Resultan de especial interés los artículos 14 y 39.

²⁰⁶ *Vid.* CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 232.

El artículo 14, que proclama la igualdad de todos los españoles ante la ley, sirve para dar cobijo, por un lado, a la equiparación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales –también prevista en el artículo 39.3 CE y en el artículo 108 Cc.– y, por otro, a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Cuestiones ambas de gran interés en materia de guarda y custodia.

Respecto a la igualdad entre hombres y mujeres –prevista también en los artículos 9.2, 32 y 35.1 CE, así como en el artículo 66 de nuestro Código Civil y en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres–, habrá podido advertirse que es un aspecto que en su momento he dejado fuera de los fundamentos de la guarda y custodia compartida. Las razones de dicha exclusión son dos: la primera, que cabe incluir este principio dentro del de corresponsabilidad parental, por lo que no tiene sentido su tratamiento de forma autónoma; y la segunda, que la adopción de un régimen de guarda y custodia no debe basarse en el interés de los padres o el respeto a la igualdad entre ellos, sino en el principio del interés superior del menor²⁰⁷, por lo que considero que no cabe incluir el principio de igualdad de los progenitores como fundamento del régimen de guarda y custodia compartida. En cualquier caso, es un aspecto a tener en cuenta que será abordado con mayor detalle cuando me refiera los criterios que debe seguir el juez para determinar qué régimen de guarda y custodia más apropiado a cada caso²⁰⁸.

En cuanto al artículo 39 de nuestra Carta Magna, recoge el principio de protección de la familia –en su apartado primero–, el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos menores –en su apartado segundo– y el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos –en su apartado tercero–. Cabe realizar una breve observación acerca del lugar que ocupa este precepto dentro del articulado de la Constitución, especialmente en lo que respecta a su punto tercero. Y es que,

²⁰⁷ Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, "La ruptura de pareja con hijos...", cit., p. 63.

²⁰⁸ Vid. Epígrafe 3.2.B).d) del Capítulo IV.

los principios recogidos en él no están configurados como derechos fundamentales, pues se regulan fuera del capítulo II. Ello supone que no se aplicará lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución²⁰⁹, que recoge garantías adicionales para la efectividad de tales derechos.

2.2. Marco estatal

A) Evolución

a) Periodo anterior a las reformas de 1981

Con anterioridad a las reformas introducidas en 1981, a las que me referiré en el siguiente apartado, el divorcio tuvo una presencia muy tímida en nuestro Derecho. Y es que, aunque se utilizó el término divorcio en alguna norma, en realidad distaba mucho del divorcio tal y como hoy lo entendemos, ya que no suponía la disolución del vínculo ni permitía que el hombre y la mujer pudieran contraer ulterior matrimonio. Sólo durante el breve lapso de la II República existió el divorcio en sentido estricto²¹⁰.

No obstante, todas las normas previeron las posibles consecuencias de la separación de los progenitores y de la declaración de nulidad de su matrimonio –entre las que, obviamente, se incluía la cuestión de la atribución del cuidado de los hijos menores–. A continuación me referiré a los aspectos más relevantes que se recogían en las mencionadas normas, así como en los distintos Proyectos de Código Civil que se fueron sucediendo –aunque no llegaron a entrar en vigor–.

²⁰⁹ *Vid.* BERNALTE BENAZET, Juan, "Las nuevas figuras parentales en la realidad familiar actual. Aproximación legal y jurisprudencial", *Revista de derecho de familia*, Nº 63, 2014, p. 89.

²¹⁰ Durante la II República Española se promulgó la Constitución de 1931, de la que nos interesa especialmente su artículo 43, que admitía la posibilidad de que el matrimonio se disolviese en vida de los cónyuges mediante el divorcio. Un año más tarde de la promulgación de la Constitución se aprobó la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, que tuvo un recorrido muy corto, siendo derogada el 23 de septiembre de 1939.

Interesa mencionar, en primer lugar, que la regla general era que la titularidad de la patria potestad pertenecía exclusivamente al padre²¹¹ (una regla que, salvo durante el breve periodo de la II República Española –art. 25 CE de 1931–, se mantendría hasta la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio). Así se desprende de lo previsto en los Proyectos de Código Civil que se fueron sucediendo (Proyecto de Código Civil de 1821²¹²– art. 370–, Proyecto de Código Civil de 1836 –art. 189–, Proyecto de Código Civil de 1851 –art. 164–²¹³ y Proyecto de Código Civil de 1869²¹⁴), en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870²¹⁵ – art. 64– y en la redacción originaria de nuestro Código Civil de 1889 –art. 154–²¹⁶.

Una primera diferencia entre estas normas y el régimen legal actual es que cuando la guarda y custodia se atribuía a la madre –en la mayor parte de los casos–, ésta se disociaba completamente de la patria potestad, que continuaba perteneciendo exclusivamente al padre. Como consecuencia de ello,

²¹¹ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La reforma de la Ley del divorcio...", cit., p. 1 y *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 63; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 82; SILLERO CROVETTO, Blanca, "Reflexiones en torno al marco legal de la custodia compartida", *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, Nº 35, 2010, p. 5; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Custodia compartida...", cit., p. 445; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil...*, cit., p. 265; MORAGA GARCÍA, M^a Ángeles, "Igualdad...", cit., p. 481; CLEMENTE DÍAZ, Miguel, *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia...*, cit., p. 73; y UREÑA CARAZO, Belén, "Hacia una corresponsabilidad parental...", cit., p. 53.

²¹² Vid. El Proyecto de Código Civil de 1821 inició el movimiento codificador en nuestro país –vid. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen, "Efectos personales del divorcio respecto de los hijos. De Roma al Código Civil español", *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre, 2012, p. 297–.

²¹³ Aunque no se decía expresamente, del tenor literal del art. 164 del Proyecto de Código Civil de 1851 cabe deducir a mi juicio que la patria potestad correspondía siempre al padre, ya que señalaba que «la madre sucede al padre en la patria potestad, con todos sus derechos y obligaciones», y considero que el término "sucede" nos conduce a esta interpretación.

²¹⁴ Al respecto, es significativa su Exposición de Motivos, en la que se preveía que «(...) su ejercicio durante el matrimonio corresponde al padre mientras no se halle privado del ejercicio de los derechos civiles(...)».

²¹⁵ La Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 tuvo un corto recorrido, siendo derogada el 9 de febrero de 1875.

²¹⁶ Aunque con ocasión de la Ley de 24 de abril de 1958 se modificaron algunos artículos del Código Civil, no se previó nada respecto a la titularidad de la patria potestad, por lo que ésta seguía perteneciendo exclusivamente al padre.

se daba una situación bastante paradójica, en la que correspondía al padre en exclusiva la titularidad y ejercicio de la patria potestad – salvo en lo relativo a la función de convivencia y cuidado con el menor – y a la madre el ejercicio exclusivo de la guarda y custodia del menor. Hoy ya no entendemos la guarda y custodia como una figura que pueda dissociarse de la patria potestad y, además, tanto titularidad como ejercicio de la patria potestad permanecen presentes en ambos progenitores – salvo excepciones – con independencia de a quién de los dos se le atribuya la guarda y custodia de los hijos menores.

En cuanto al cuidado de los hijos en caso de ruptura – que es lo que a nosotros nos interesa –, los menores de corta edad quedaban siempre a cargo de la madre, una opción que se conoce como “doctrina de los años tiernos”²¹⁷ o “filosofía de la tierna edad”²¹⁸ – regla que se mantuvo hasta la aprobación de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo –. Los textos que se fueron sucediendo establecían diferentes límites de edad. En este sentido, se preveía que los menores de tres años quedaran en compañía de la madre en el Proyecto de Código Civil de 1836²¹⁹, en el Proyecto de Código Civil de 1851²²⁰,

²¹⁷ Como señala GUILARTE MARTÍN-CALERO, la doctrina de los años tiernos es aquella «(...) en cuya virtud se presume que toda madre, por el hecho de serlo, está mejor capacitada que el padre para la crianza y cuidado de los hijos(...)» —*vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2010, p. 5 y *La concreción del interés del menor...*, cit., p. 26—. *Vid.* también en este sentido: CATALÁN FRÍAS, M^a José (et. al.), "Motivos Alegados por los Progenitores Varones al Solicitar la Custodia de sus Hijos en los procedimientos Contenciosos", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 19, 2009, p. 29; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 174, CLEMENTE DÍAZ, Miguel, *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia...*, cit., p. 75; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 169; FARIÑA RIVERA, Francisca, SEIJO MARTÍNEZ, María Dolores, ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, y VÁZQUEZ FIGUEIREDO, María José, "Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 27, 2017, p. 107; y MARÍN RULLÁN, Marta, DUJO LÓPEZ, Víctor y HORCAJO GIL, Pedro José, "Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 27, 2017, p. 116

²¹⁸ La mencionada expresión procede de la llamada *tender years doctrine*, acuñada por la jurisprudencia norteamericana —*vid.* LAING KLAFF, Ramsay, "The Tender Years Doctrine: A Defense", *California Law Review*, Vol. 70, Issue 2, 1982, pp. 335-372—.

²¹⁹ *Vid.* art. 189.

en el Proyecto de Código Civil de 1869²²¹, en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870²²² y en la redacción originaria del Código Civil de 1889²²³. La Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 aumentó el límite de edad a los cinco años²²⁴ y, posteriormente, la Ley de 24 de abril de 1958 lo elevó a los siete²²⁵.

Una vez que los menores alcanzaban los diferentes límites de edad que hemos visto, el criterio que se seguía para la atribución de la guarda de los hijos del matrimonio era el de la "culpabilidad", privando de dicha facultad al cónyuge que fuera considerado el responsable de la separación y otorgándola en favor del cónyuge "inocente". Así se preveía en los diferentes Proyectos de Código Civil – Proyecto de Código Civil de 1821²²⁶, Proyecto de Código Civil de 1836²²⁷, Proyecto de Código Civil de 1851²²⁸ y Proyecto de Código Civil de 1869²²⁹ –, en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870²³⁰, en la redacción originaria de nuestro Código Civil de 1889²³¹, en la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932²³² y en la Ley de 24 de abril de 1958 –que mantenía en este punto las mismas reglas que se recogían en la redacción originaria del

²²⁰ Vid. art. 82.

²²¹ Vid. art. 108. Ahora bien, en el Proyecto de Código Civil de 1869 se introdujo una importante novedad: la regla de dejar a los menores de tres años a cargo de la madre ya no se imponía con carácter taxativo, sino se llevaría a cabo siempre que «(...) el tribunal no dispusiese otra cosa», dando con ello un cierto margen de discrecionalidad al juez para apartarse de la citada regla.

²²² Vid. art. 88.2.

²²³ Vid. arts. 70 y 73.

²²⁴ Vid. art. 17.

²²⁵ Vid. art. 73.

²²⁶ Vid. art. 348.

²²⁷ Vid. art. 251.

²²⁸ Vid. art. 82.

²²⁹ Vid. art. 108.

²³⁰ Vid. arts. 87.2 y 88.2.

²³¹ Vid. arts. 68,70 y 73.

²³² Vid. art. 17.

Código Civil—. Así, la atribución o no de la guarda y custodia de los hijos se configuraba como un premio o un castigo que recibía cada cónyuge en función de su inocencia o culpabilidad en la ruptura matrimonial. Téngase en cuenta que el sistema de separación —o, en su caso, divorcio— era culpabilista, por lo que en cierto modo, dichas previsiones eran congruentes con el propio sistema.

Es en este punto donde encontramos otra importante diferencia respecto a la regulación vigente a partir de 1981, que, como veremos, abandona el criterio de culpabilidad y se basa en el principio del interés superior del menor como principal criterio a la hora de atribuir la guarda y custodia de los hijos menores²³³.

En caso de ser ambos culpables, la regla general era el nombramiento de un tutor para que se hiciera cargo del menor: Proyecto de Código Civil de 1851²³⁴, Proyecto de Código Civil de 1869²³⁵, Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870²³⁶, redacción originaria de nuestro Código Civil de 1889²³⁷ y Ley de 24 de abril de 1958 —que mantenía en este punto las mismas reglas que se recogían en la redacción originaria del Código Civil—. La única excepción la encontramos una vez más en la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932. Su artículo 17 preveía que, en caso de que ambos cónyuges resultaran culpables, pudiera decidir el juez si dejar al menor a cargo de alguno de ellos o nombrar un tutor, atendiendo a las causas del divorcio y a la conveniencia de los hijos — así, se introdujo por vez primera, aunque de forma tímida, el criterio del interés del menor que hoy preside nuestro Derecho de familia —.

Por otro lado, para los supuestos de nulidad matrimonial, cuando el menor alcanzaba el límite de edad indicado, se preveía una regla que resulta ciertamente llamativa: que de ser ambos progenitores inocentes, quedarán los

²³³ Vid. Epígrafe 2.2.A).b) del Capítulo II.

²³⁴ Vid. art. 82.

²³⁵ Vid. art. 108.

²³⁶ Vid. arts. 87.2 y 88.2.

²³⁷ Vid. arts. 70 y 73.

hijos a cargo del padre y las hijas a cargo de la madre. Esta regla se recogió por vez primera en los Proyectos de Código Civil de 1851²³⁸ y 1869²³⁹ y fue asumida posteriormente por la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870²⁴⁰, por la redacción originaria de nuestro Código Civil de 1889²⁴¹ y por la Ley de 24 de abril de 1958 –que mantenía en el artículo 70 la misma redacción que había previsto el Código Civil de 1889–.

Esta solución conllevaba situaciones que a mi juicio podían resultar contrarias al interés del menor, como puede ser el hecho de que los hijos varones se vieran abocados a un cambio automático del régimen de guarda y custodia cuando alcanzaban determinada edad, pasando de estar a cargo de la madre a estar a cargo del padre.

Además, esta regla nos permite traer a colación otra de las grandes diferencias respecto a la presente regulación, y es que dejar a unos menores a cargo del padre y a otros a cargo de la madre suponía obviamente la separación de los hermanos, que actualmente debe procurarse evitarse, salvo que concurren circunstancias excepcionales²⁴².

En otro orden de cosas, del estudio de las diferentes normas cabe interpretar que la regla general era siempre la custodia unilateral de uno u otro progenitor. En cuanto a la posibilidad de adoptar la custodia compartida, si bien estaba sucintamente prevista en algunas de las normas –Proyecto de Código Civil de 1851²⁴³, Proyecto de Código Civil de 1869²⁴⁴ y redacción originaria del Cc. de 1889²⁴⁵–, no parece desde luego que se configurara como

²³⁸ *Vid.* art. 94.

²³⁹ *Vid.* art. 125.

²⁴⁰ *Vid.* arts. 97 y 98.

²⁴¹ *Vid.* art. 70.

²⁴² *Vid.* art. 92.5 de la regulación actual del Código Civil.

²⁴³ *Vid.* art. 81.3.

²⁴⁴ *Vid.* art. 107.2.

²⁴⁵ *Vid.* art. 68.3.

una posibilidad real, sobre todo si tenemos en cuenta que el tema era culturalmente irrelevante, ya que la sociedad no se planteaba esta necesidad²⁴⁶ y tampoco encontramos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

Otro aspecto que merece la pena resaltar es que poco a poco comenzó a darse entrada a la autonomía de la voluntad de las partes para que pudieran consensuar qué progenitor quedaba a cargo de los menores: Proyecto de Código Civil de 1851²⁴⁷, Proyecto de Código Civil de 1869²⁴⁸, redacción originaria del Código Civil de 1889²⁴⁹ y Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932²⁵⁰.

Por último, con ocasión de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, se introdujo por primera vez el derecho de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viviese con ellos²⁵¹. Posteriormente, siguiendo la senda iniciada por la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, la Ley de 24 de abril de 1958 también recogió este derecho²⁵².

b) Periodo posterior a 1981

Poco tiempo después de la entrada en vigor de la Constitución Española tuvo lugar una gran reforma de nuestro Derecho de familia, con enorme impacto en la materia que nos ocupa. Se materializó a través de dos leyes fundamentales: la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del

²⁴⁶ Vid. GONZÁLVIZ VICENTE, Pilar, "Condiciones para la adopción de la guarda y custodia compartida", *Iuris, Actualidad y práctica del derecho*, Nº 111, 2006, p. 28.

²⁴⁷ Vid. art. 84.2.

²⁴⁸ Vid. art. 110.

²⁴⁹ Vid. art. 71.

²⁵⁰ Vid. art. 16.

²⁵¹ El artículo 20 de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 disponía que «*el cónyuge que no tenga los hijos en su poder conserva el derecho de comunicar con ellos y vigilar su educación en la forma que determine el juez, quien adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos*».

²⁵² Vid. art. 3.3, que pasaría a integrarse en el artículo 68 Cc.

matrimonio; y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio²⁵³.

La Ley 11/1981, introdujo una importante modificación en materia de patria potestad, rompiendo definitivamente con la atribución de la misma exclusivamente al varón y pasando a prever el artículo 156 la regla de que la titularidad y ejercicio de la patria potestad corresponden a ambos progenitores. Obviamente esta era una de las consecuencias directas de la recién aprobada Constitución de 1978, que como hemos visto, recoge la igualdad de derechos entre hombres y mujeres como uno de sus pilares fundamentales.

Otro aspecto que conviene resaltar es el reconocimiento del derecho de ambos progenitores a relacionarse con sus hijos menores – art. 94 Cc. –, incluso aun cuando no ejercieran la patria potestad – art. 160 Cc. –. Un derecho que no obstante, ya he mencionado que también fue reconocido por Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 y por la Ley de 24 de abril de 1958.

Respecto a la Ley 30/1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, destaca especialmente por volver a introducir la figura del divorcio cuarenta y cinco años después – recordemos que sólo había sido admitido en nuestro Derecho durante el breve lapso de la II República Española –, lo que hizo que fuera conocida popularmente como Ley del divorcio²⁵⁴. La citada norma estableció un sistema de divorcio causal, en el

²⁵³ Además, se fueron sucediendo otras normas relevantes en materia de Derecho de familia, como la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio por los Alcaldes, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

²⁵⁴ Vid. NANCLARES VALLE, Javier, "La guarda y custodia de los hijos menores...", cit., p. 137.

que la disolución del matrimonio estaba supeditada a la concurrencia de alguna de las causas que preveía el artículo 86 del Código Civil²⁵⁵.

Centrándonos en la materia que nos ocupa, la Ley 30/1981 reforzó el criterio del interés superior del menor para la atribución de la guarda y custodia ²⁵⁶ en detrimento del criterio de culpabilidad reinante hasta la fecha²⁵⁷ — art. 92 Cc. — .

Otra novedad importante introducida en el artículo 92 del Código Civil fue que, a diferencia de lo que ocurría en las diferentes leyes que he analizado anteriormente, se incluyó la regla de que en la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores ha de procurarse no separar a los hermanos, con la clara intención de acabar con la distribución de los hijos por razón de sexo que hemos visto que imperaba en las normas anteriores para los supuestos de nulidad matrimonial²⁵⁸.

En cuanto a la posibilidad de adoptar un régimen de custodia compartida de los hijos menores, pese a que no se hacía alusión alguna a esta

²⁵⁵ El artículo 86 del Código Civil recogía las siguientes causas de divorcio: «1.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio. 2.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia. 3.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos: a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos. b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación. 4.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges. 5.ª La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes».

²⁵⁶ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 6; MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, "El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia...", cit., p. 82; y GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, Silviana, *La guarda y custodia compartida: una nueva institución de Derecho de Familia...*, cit., p. 10.

²⁵⁷ Vid. DE LASALA PORTA, Carmen, "El prejuicio de sexo en la atribución de la Guarda y Custodia...", cit., p. 16; ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos pero no revueltos...", cit., p. 10; y TAMAYO HAYA, Silvia, "El interés del menor...", cit., p. 51.

²⁵⁸ Vid. ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia de los hijos*, Bosch, Barcelona, 1996, 1ª ed., p. 48; y LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen, "Efectos personales del divorcio...", cit., p. 326.

cuestión, lo cierto es que tampoco estaba prohibida, por lo que a mi juicio la adopción de este régimen de guarda y custodia era admisible²⁵⁹. No obstante, también había quien consideraba que de la dicción del artículo 159 Cc.²⁶⁰ cabía extraer que la adopción de la custodia compartida quedaba circunscrita únicamente a aquellos casos en los que los progenitores llegaran a un acuerdo al respecto²⁶¹, e incluso el Fiscal General del Estado aprobó en 1995 una Instrucción en la que recomendaba a los fiscales que se opusieran a la aprobación de las cláusulas de los convenios reguladores que contemplasen una custodia compartida²⁶². Finalmente, el debate quedó cerrado con la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2001, de 15 de enero, en la que reconocía la legalidad del régimen de guarda y custodia compartida, pese a que no estaba expresamente previsto en la normativa. Así mismo, la citada Sentencia fue un reflejo de que se hacía cada vez más necesaria la previsión legal de la custodia compartida en aras de garantizar una mayor seguridad jurídica. En cualquier caso, como en su momento veremos²⁶³, la jurisprudencia de la época se decantaba casi siempre por la guarda y custodia unilateral, mayoritariamente en favor de la madre de los menores —salvo alguna excepción—.

También tuvo especial relevancia en la materia la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. La citada norma reformó el artículo 159 Cc.

²⁵⁹ En este sentido se han pronunciado también otros autores: RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia...", cit., p. 317; RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida...", cit., p. 148; GONZÁLEZ VICENTE, Pilar, "Condicionantes...", cit., p. 28; DEL POZO, Ana Belén, "Custodia compartida...", cit., p. 7; ESCUDERO GUTIÉRREZ, Isabel, "Una visión diferente de la custodia...", cit., p. 84; y ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián, "Custodia...", cit., p. 13.

²⁶⁰ El art. 159 Cc. preveía que a falta de acuerdo de los progenitores, el juez debía decidir con qué progenitor quedaban los hijos. Y es precisamente la expresión "a qué progenitor" la que dio lugar a la interpretación de que fuera de los casos de mutuo acuerdo no cabía la adopción de la guarda y custodia compartida.

²⁶¹ Vid. PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 35.

²⁶² Vid. ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., p. 1555.

²⁶³ Vid. Epígrafe 1.1.B).a).i) del Capítulo IV.

en el sentido de abandonar la regla de dejar a los menores de corta edad en todo caso a cargo de la madre.

Además de reconocer la igualdad de uno y otro progenitor para asumir la titularidad de la guarda y custodia, la Ley 11/1990 reforzó nuevamente el principio del interés superior del menor como criterio rector para atribuir la titularidad de esta figura²⁶⁴, señalando que la decisión se adoptará «(...) *siempre en beneficio de los hijos (...)*». A partir de este momento ambos progenitores podían –teóricamente– acceder en condiciones de igualdad a la guarda y custodia de sus hijos menores²⁶⁵. No obstante la tradición continuó pesando y la guarda y custodia seguía estableciéndose en favor de la madre en la mayoría de supuestos²⁶⁶, por lo que esta igualdad formal de ambos progenitores en el acceso a la guarda y custodia apenas se materializó en la práctica²⁶⁷. Por otro lado, tampoco se aprovechó esta reforma para introducir expresamente en nuestro Código la figura de la guarda y custodia compartida²⁶⁸.

Siguiendo el recorrido histórico, una de las normas más importantes para el objeto de nuestro estudio fue la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Esta ley tuvo un enorme impacto en nuestro Derecho de familia²⁶⁹. A modo de simple mención, cabe recordar que eliminó la exigencia

²⁶⁴ Vid. PICONTÓ NOVALES, Teresa, "Ruptura familiar y coparentalidad...", cit., p. 59.

²⁶⁵ Vid. GOIRIENA LEKUE, Agurtzane, "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 16, 2005, p. 56; y TAMAYO HAYA, Silvia, "El interés del menor...", cit., p. 51.

²⁶⁶ Vid. GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 8, febrero 2006, p. 76; TENA PIAZUELO, Isaac, "La ruptura de pareja con hijos...", cit., p. 49; PÉREZ CONESA, Carmen, "¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código Civil?. Algunas referencias jurisprudenciales y legales", *Aranzadi civil-mercantil*, Vol. 1, Nº 8, diciembre, 2011, p. 26; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 587.

²⁶⁷ Vid. ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, SEIJO MARTÍNEZ, María Dolores y FARIÑA RIVERA, Francisca, "Razonamientos judiciales en procesos de separación", *Psicothema*, Vol. 17, Nº 1, 2005, p. 57; GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia...", cit., p. 78; y DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida...", cit., p. 10.

²⁶⁸ Vid. GONZÁLVIZ VICENTE, Pilar, "Condicionantes...", cit., p. 28.

²⁶⁹ Vid. LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, "Leyes de familia y Constitución...", cit., p. 34.

de alegar causa alguna para solicitar el divorcio —rompiendo así con el divorcio causal vigente en nuestro Código desde la Ley 30/1981, de 7 de julio—²⁷⁰. Así, se amplió la libertad de los cónyuges para solicitar la disolución del matrimonio, pasando de un sistema causal a un sistema objetivo²⁷¹, en el que para decretar el divorcio basta con la petición formulada al respecto por al menos uno de los dos cónyuges y que haya transcurrido un periodo mínimo de convivencia conyugal de tres meses²⁷², lo que le valió el apelativo de Ley "del divorcio exprés"²⁷³.

De las novedades recogidas en la Ley 15/2005, de 8 de julio²⁷⁴, la más importante para el objeto de este estudio es que por primera vez se contempló la figura de la guarda y custodia compartida²⁷⁵, que pasó a estar recogida en los artículos 92.5, 6 y 8 del Código Civil.

El fundamento de la inclusión de la guarda y custodia compartida en nuestro Derecho a través de la Ley 15/2005 se encuentra en la creciente

²⁷⁰ La supresión de la necesidad de alegar causa para el divorcio, permitiendo que un cónyuge pueda instar unilateralmente la declaración de divorcio sin probar la existencia de ningún tipo de razón para ello ha restado importancia a la institución del matrimonio hasta el punto de convertirla en lo que algún autor ha llegado a denominar un contrato basura —*vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, Carlos "Documento de trabajo sobre el matrimonio: El divorcio exprés", En: *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?* —et. al. GARCÍA CANTERO, Gabriel—, Thomson Aranzadi, Madrid, 2007, p. 50: «El régimen de extinción del vínculo resulta tan facilitado que no existen prácticamente diferencias con la unión de hecho (contrato basura)»—.

²⁷¹ *Vid.* CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 2043.

²⁷² Dicho plazo de tres meses no resultará exigible en los casos en que se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los descendientes —art. 81.1.2º Cc.—.

²⁷³ *Vid.* SERRANO CASTRO, Francisco, "Hacia un nuevo modelo de corresponsabilidad parental", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, noviembre 2010, p. 24; y GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Menores y crisis matrimonial", en: *Derecho y familia en el siglo XXI* —eds. HERRERA CAMPOS, Ramón y BARRIENTOS RUÍZ, Miguel Ángel —, Volumen II, Editorial Universidad de Almería, 2011, p. 993.

²⁷⁴ Junto a las mencionadas encontramos otras importantes novedades en materia de Derecho de familia, como la inexigibilidad de la separación previa para acceder al divorcio, el establecimiento del deber de responsabilidad doméstica extensivo a ambos cónyuges o la creación de un Fondo de Garantía de Pensiones. No obstante, no me detendré en estas cuestiones por alejarse en exceso de mi objeto de estudio.

²⁷⁵ *Vid.* CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 30, 2012, p. 20.

jurisprudencia que desde unos años atrás venía poniendo de manifiesto los enormes beneficios que esta modalidad de guarda puede presentar en determinados supuestos²⁷⁶; así como en un reclamo social cada vez más fuerte, especialmente por parte de las asociaciones de padres separados, que venían demandando la instauración de este régimen de custodia desde largo tiempo atrás. Además, sin duda el legislador también estuvo influenciado por las normas aprobadas en los países de nuestro entorno, especialmente por la Ley francesa 305/2002, de 4 de marzo, de reforma de la patria potestad²⁷⁷.

Aunque a priori el cambio no fue tan significativo en la práctica²⁷⁸ — sobre todo si tenemos en cuenta que, como hemos visto, nada impedía adoptar la custodia compartida con anterioridad a esta reforma — y la introducción de la custodia compartida en realidad fue bastante tímida²⁷⁹, lo cierto es que el mayor avance de esta ley fue recoger por primera vez de forma expresa la posibilidad de fijar un régimen de guarda y custodia compartida²⁸⁰. Ello permitió que las peticiones de esta modalidad de guarda comenzaran a ser más frecuentes²⁸¹ y sirvió para concienciar a los distintos operadores jurídicos de que la guarda y custodia compartida es una opción perfectamente posible²⁸². Por tanto, la Ley 15/2005 permitió eliminar —al menos en parte— el automatismo en el establecimiento del régimen de guarda y custodia exclusiva reinante hasta la fecha, configurando la custodia compartida como una opción que como mínimo debe ser contemplada.

²⁷⁶ Al respecto, me remito a la jurisprudencia favorable a la custodia compartida que precedió a la reforma de 2005 —*vid.* Epígrafe 1.1.B).a).ii) del Capítulo IV—.

²⁷⁷ *Vid.* TENA PIAZUELO, Isaac, "La ruptura de pareja con hijos...", cit., p. 46.

²⁷⁸ *Vid.* TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida como alternativa...", cit., p. 686.

²⁷⁹ *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. p. 201.

²⁸⁰ *Vid.* VIÑAS MAESTRE, Dolores, "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura...", cit., p. 4.

²⁸¹ *Vid.* TAMAYO HAYA, Silvia, "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia...", cit., p. 745.

²⁸² *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 168.

Otra importante novedad introducida por la Ley 15/2005 es que parece que eliminó la obligatoriedad de oír, en los procedimientos de mutuo acuerdo –no así en los contenciosos–, a los hijos menores, mayores de doce años, quedando limitada dicha audiencia a los casos en los que el juez la estime necesaria –art. 92.6 Cc. y 777.5 Lec. –; aunque ésta no es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia y doctrina. En cualquier caso, el derecho del menor a ser oído es un aspecto al que dedicaremos un apartado específico de este trabajo²⁸³.

Por otro lado, previó la posibilidad de que los cónyuges puedan acordar que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno solo de ellos –art. 92.4 Cc. –, a diferencia de lo que ocurría en la redacción anterior, en la que sólo el juez estaba legitimado para adoptar dicha decisión²⁸⁴.

Otra novedad que merece la pena destacar es que introdujo por primera vez la mediación familiar como mecanismo alternativo de resolución de conflictos –arts. 770.7 y 777.2 Lec. –, e incluso en su Disposición final tercera anunció una futura ley de mediación. La mediación familiar y la importancia que puede tener para acordar el régimen de guarda y custodia es una cuestión que será objeto de análisis también en un apartado específico²⁸⁵.

Una vez indicadas las principales reformas introducidas por la Ley 15/2005 en la materia de nuestro estudio, cabe señalar que, a pesar de recoger la guarda y custodia compartida como una alternativa legal, le otorgó un carácter residual, pues continuó dando prioridad a la custodia exclusiva – como veremos más adelante con mayor detalle²⁸⁶ –. Por tanto, considero que

²⁸³ Vid. Epígrafe 3.1.A).a) del Capítulo IV.

²⁸⁴ La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, señala expresamente que se pretende reforzar «(...) *la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido*».

²⁸⁵ Vid. Epígrafe 3.1.C) del Capítulo III.

²⁸⁶ Vid. Epígrafe 1.1 del Capítulo IV.

puede decirse que, si bien en su Exposición de Motivos recogió un decálogo de buenos propósitos²⁸⁷, posteriormente no los llevó a cabo en el articulado, o al menos lo hizo muy parcialmente.

Además, la reforma introducida se torna a todas luces insuficiente²⁸⁸. Pese a recoger expresamente la posibilidad de adoptar la custodia compartida, no señaló en qué forma puede llevarse a cabo²⁸⁹. Tampoco previó los efectos que la adopción del régimen de guarda y custodia compartida tendría en otras medidas colindantes, tales como la atribución del uso de la vivienda familiar o la contribución a los gastos de los hijos menores por parte de sus progenitores, lo que sin lugar provoca una enorme inseguridad jurídica.

B) Marco jurídico actual

El marco jurídico en el que se desenvuelve la figura de la guarda y custodia está integrado principalmente en nuestro Código Civil, que, como en seguida veremos, se refiere a esta figura en el capítulo IX de su título IV y en el capítulo I de su título VII. No obstante, existen otras normas que también recogen algunas previsiones que en mayor o menor medida afectan a la figura de nuestro estudio, como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor –en adelante LOPJM–, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género –en adelante LOPIVG– o Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y

²⁸⁷ Vid. Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio: «(...) esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad».

²⁸⁸ Vid. ESCUDERO BERZAL, Beatriz, "Custodia compartida...", cit., p. 53; y MORERA VILLAR, Beatriz, *Guarda y custodia...*, cit., p.137.

²⁸⁹ Vid. LIÑÁN GARCÍA, Ángeles, "El ejercicio de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 21.

hombres; además de las normas internacionales, europeas y constitucionales – a las que ya me he referido –.

En este apartado expondré el marco jurídico previsto en las referidas leyes. A tal efecto, advierto que me limitaré a dar una visión general del escenario legal vigente y no profundizaré en el régimen jurídico de las citadas normas, ya que a ello me iré refiriendo a lo largo del trabajo.

a) Regulación en el Código Civil

Al abordar la regulación de la guarda y custodia en nuestro Código Civil, debe partirse de la existencia de una dualidad de sedes, ya que encontramos previsiones al respecto tanto en sede de ruptura matrimonial – capítulo IX del título IV – como en sede de patria potestad – capítulo I del título VII –.

En cuanto a las reglas previstas en sede de nulidad, separación y divorcio, se recogen en los artículos 90 –relativo al contenido mínimo del convenio regulador–, 91 –que recoge la obligación de que el juez se pronuncie sobre la guarda y custodia de los menores–, 92 –precepto fundamental en la materia que nos ocupa, pues es el que recoge las reglas para la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura matrimonial de sus progenitores–, 93 –relativo a la contribución de los progenitores a los gastos de los menores–, 94 –que regula el régimen de relación y comunicación entre los menores y el progenitor no custodio–, 96 –que recoge las reglas de atribución del uso de la vivienda familiar– y 103 –relativo a las medidas previas y provisionales–.

De los mencionados artículos, el más importante para nuestra materia es el 92. Tras su lectura, queda patente que la técnica legislativa utilizada en su redacción es bastante mejorable. Por un lado, entremezcla el proceso contencioso con el de mutuo acuerdo, por lo que en ocasiones es difícil saber si el legislador se está refiriendo a una u otra modalidad de ruptura; y por otro lado, entremezcla las previsiones relativas a la guarda exclusiva y las que se

refieren a la custodia compartida²⁹⁰. A ello hay que añadir que la regulación que hace de la custodia compartida no es muy pormenorizada, pues se limita a prever la posibilidad de adoptar dicho régimen, sin hacer mención alguna a los distintos modos o formas en que puede organizarse. Posteriormente abordaré con mayor detalle todas estas cuestiones.

Además, habrá que tener en cuenta las reglas relativas a la patria potestad, en especial las previstas en los artículos 154 –que recoge, entre otras cuestiones, el contenido de la patria potestad–, 156 –relativo al ejercicio de la patria potestad–, 159 –que se refiere al cuidado de los hijos menores en los supuestos en los que sus padres no conviven juntos y al derecho del menor a ser oído– y 160 –que recoge el derecho de ambos progenitores a relacionarse con sus hijos menores, con clara referencia al principio de coparentalidad–.

La dualidad de sedes en las que se recogen previsiones relativas a la guarda y custodia de los menores ha provocado que, a primera vista, algunas de ellas puedan parecer discordantes entre sí. En concreto, encontramos en nuestro Código Civil dos posibles contradicciones: una entre el artículo 92.1 y el 156.5 Cc., y otra entre el artículo 92 y el 159 Cc.

En cuanto a la primera, es relativa al ejercicio de la patria potestad – una cuestión que ya he abordado –. Así, mientras del artículo 92 cabe deducir que la regla general es el ejercicio compartido de la patria potestad con independencia del régimen de guarda y custodia que se adopte, el artículo 156.5 parece establecer que el ejercicio de la patria potestad corresponde en exclusiva al progenitor custodio. No obstante, como ya he expuesto en su momento, considero que el supuesto de hecho de una y otra norma no es el mismo²⁹¹. Así, mientras que el artículo 92.4 Cc. se aplicaría en aquellos casos en los que exista una previa situación de convivencia, el artículo 156.5 Cc. tendría por objeto

²⁹⁰ Vid. en este mismo sentido: MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales...", p. 77: «(...) adolece de una terminología incorrecta; se aprecia la falta de conexión entre los distintos párrafos»; y IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil...*, cit., p. 37.

²⁹¹ Vid. Epígrafe 1.2 del Capítulo I.

regular el ejercicio de la patria potestad en aquellos supuestos en los que nunca han convivido.

Respecto a la segunda cuestión, tiene que ver con las reglas de atribución de la guarda y custodia de los hijos y con el derecho del menor a ser oído, por lo que toca de lleno el objeto del presente estudio. En este sentido, el artículo 159 recoge reglas diversas de las previstas en el artículo 92. Por un lado, mientras el artículo 159 menciona únicamente el sistema de guarda exclusiva o unilateral²⁹², el artículo 92 recoge la posibilidad de adoptar bien el régimen de custodia exclusiva, o bien el de custodia compartida²⁹³. Por otro lado, el artículo 159 se refiere al derecho del menor a ser oído en términos contradictorios con lo dispuesto en el artículo 92 Cc.: mientras este último precepto parece eliminar el requisito de oír en todo caso a los mayores de doce años, en el caso del artículo 159 se establece taxativamente la obligación de escucharles. No obstante, creo que de nuevo el supuesto de hecho de uno y otro precepto no es el mismo. Así, el artículo 92 se aplicaría a los supuestos en los que la guarda y custodia se dirime tras la ruptura de una previa situación de convivencia de la pareja, mientras que el artículo 159 abarcaría aquellos supuestos en los que los progenitores nunca han convivido.

Es cierto que esta postura plantea el problema de aplicar reglas distintas a los casos en los que los progenitores han convivido y a aquellos en los que no ha existido dicha convivencia, lo que puede resultar discutible desde el punto de vista de la equiparación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales²⁹⁴. Para solucionarlo, creo que sería conveniente de *lege ferenda* eliminar el actual contenido del artículo 159 del Código Civil y extender el ámbito de aplicación del artículo 92 también a aquellos supuestos en los que la atribución del régimen de guarda y custodia no vaya precedida de una situación de previa

²⁹² Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 5.

²⁹³ Aunque hay quien considera que el art. 159 Cc. prevé tácitamente la posibilidad de establecer un régimen de guarda y custodia conjunta —vid. ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., p. 1554—, considero que la dicción literal del precepto no nos puede conducir a dicha interpretación.

²⁹⁴ Vid. arts. 1, 14, 39.2 y 108 CE.

convivencia de la pareja. Precisamente, ésta es la opción que parecía seguir el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia impulsado en 2013 por el Gobierno. Así, en un primer momento preveía dejar sin contenido el artículo 159 Cc. –a través de su Disposición derogatoria única– y, aunque tras la modificación del Anteproyecto de Ley que llevó a cabo en abril de 2014 decidió dotarle nuevamente de contenido, nada tenía que ver con el actual. De hecho, lo utilizaba para extender el ámbito de aplicación de los artículos 90 y siguientes del Código a todos los supuestos de atribución de la guarda y custodia, con independencia de que hubiera existido una previa situación de convivencia por parte de los progenitores.

b) Otras leyes que conforman el marco legal de la guarda y custodia

La Ley de Enjuiciamiento Civil también recoge algunos aspectos importantes para la guarda y custodia. En concreto, interesan sus artículos 769.3 –relativo a la competencia judicial para resolver las cuestiones concernientes a la guarda y custodia de los hijos menores–, 770 –que regula el procedimiento contencioso de ruptura matrimonial–, 777 –que se refiere a los supuestos en los que la separación o divorcio son solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro–²⁹⁵, 774 –que versa sobre las medidas definitivas– y 775 –que recoge el cauce procesal para solicitar la modificación del régimen de guarda y custodia establecido–.

Así mismo, cabe mencionar la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, cuyo artículo 44 agregó un nuevo precepto a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de

²⁹⁵ Cuando se trate del cese de la convivencia de una pareja no matrimonial, el procedimiento para dirimir la guarda y custodia de los hijos menores no será el previsto por los artículos 770 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino el procedimiento especial al que se refiere su artículo 748.4. Ello obligará a las partes a iniciar varios procedimientos para establecer todas las medidas relativas a la ruptura de la pareja –uno para el establecimiento de las medidas concernientes a los hijos y otro para el ejercicio de las pretensiones de contenido económico–, a diferencia de lo que ocurre en caso de ruptura de parejas matrimoniales, cuyos efectos se dirimen de forma unitaria en un mismo procedimiento.

julio, del Poder Judicial²⁹⁶ – art. 87 ter –, que prevé que en aquellos supuestos en los que exista violencia de género, la competencia para dirimir las cuestiones relativas a la nulidad, separación o divorcio –entre las que se encuentra la atribución de la guarda y custodia de los menores– corresponderá a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Interesan también sus artículos 65 y 66, dedicados a la suspensión de la patria potestad y de la guarda y custodia –el primero– y del régimen de visitas –el segundo–.

Respecto a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, destacan sus artículos 2 –que recoge un principio capital en materia de guarda y custodia: el interés superior del menor– y 9 –que prevé, una vez más, el derecho del menor a ser oído–.

Por último, también debe tenerse en cuenta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que trató de reforzar la igualdad entre hombres y mujeres, eliminando cualquier tipo de discriminación por razón de sexo.

C) Referencia al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia

El 19 de julio de 2013, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que de prosperar, habría configurado un nuevo panorama en los supuestos de rupturas matrimoniales y habría supuesto asimismo un importante cambio en la estructura tradicional de atribución de la guarda y custodia²⁹⁷. Y este nuevo sistema de atribución del régimen de guarda y custodia hubiera llevado aparejada una reestructuración de algunas cuestiones colindantes, como la atribución del uso de la vivienda

²⁹⁶ En adelante, LOPJ.

²⁹⁷ Pese a que finalmente resultó fallido, he decidido referirme a él porque recogía muchos aspectos interesantes y porque, además, puede ser muy útil para realizar propuestas de mejora.

familiar, el establecimiento de la pensión de alimentos y la configuración del régimen de visitas, comunicación y estancia.

Cabe mencionar que la redacción originaria del Anteproyecto de Ley fue modificada en abril de 2014, de acuerdo a las propuestas hechas tanto por el Consejo General del Poder Judicial en el Informe que aprobó el 19 de septiembre de 2013²⁹⁸, como por la Fiscalía General del Estado en su Informe de 13 de septiembre de 2013²⁹⁹. Las alusiones que haga al mismo a lo largo de estas páginas tomarán como referencia el texto resultante de tal modificación, sin perjuicio de que pueda hacer alguna mención a la redacción originaria a efectos de realizar las comparaciones oportunas.

El fallido Anteproyecto de Ley pretendía modificar 15 artículos de nuestro Código Civil³⁰⁰ y 11 preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil³⁰¹; además de reformar el artículo 38 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, el artículo 40 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y los artículos 2 y 16 de la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La reforma más importante en nuestra materia consistía en la introducción de un nuevo precepto en el Código Civil—art. 92 bis—, en el que se hubieran recogido todas las cuestiones atinentes a la guarda y custodia de los hijos menores. A lo largo del trabajo iré mencionando las principales novedades que planteaba.

Cabe hacer una breve referencia al régimen transitorio que recogía el Anteproyecto de Ley. En su redacción originaria no preveía la aplicación de la nueva norma a los procesos que estuvieran en curso en el momento de su

²⁹⁸ Vid. Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit.

²⁹⁹ Vid. Fiscalía General del Estado, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio*. goo.gl/hbKD8n (fecha última consulta: 06/04/2018).

³⁰⁰ arts. 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 100, 102, 103, 142, 152, 156, 163, 170 y 1.396 Cc.

³⁰¹ arts. 770, 771, 774 775, 776, 777, 807, 808, 809, 810 y 811 Lec.

entrada en vigor³⁰². Sin embargo, tras la modificación de 2014 distinguía entre las normas procesales y las sustantivas. Así, mientras que las nuevas normas procesales no se aplicarían a los procesos que estuvieran en marcha³⁰³, sí cabía en cambio la aplicación de las nuevas normas sustantivas —eso sí, a petición de parte o del ministerio fiscal—³⁰⁴.

Por otro lado, la nueva norma hubiera resultado aplicable a los procesos de modificación de las medidas adoptadas conforme a la legislación precedente³⁰⁵, algo que fue criticado por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto, por considerar que «(...) la medida proyectada dará lugar a un incremento sustancial de los procedimientos, que incidirá negativamente en la ya precaria situación de los órganos judiciales»³⁰⁶.

3. DERECHOS AUTÓNOMICOS

³⁰² Vid. Disposición transitoria primera de la redacción originaria del Anteproyecto: «*Los procesos en materia de separación, divorcio o nulidad, y los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán sustanciándose durante la instancia conforme a las normas procesales vigentes en la fecha de presentación de la demanda*»

³⁰³ Vid. Disposición transitoria primera: «*Los procesos en materia de separación, divorcio o nulidad, los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas y los que versen sobre guarda y custodia de hijos menores o con la capacidad judicialmente completada, sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos, así como sobre la capacidad de los hijos, iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán sustanciándose durante la instancia conforme a las normas procesales vigentes en la fecha de presentación de la demanda(...)*».

³⁰⁴ Vid. Disposición transitoria primera: «*(...) Las normas de carácter sustantivo que se recogen en la presente Ley podrán ser aplicables, a petición de parte o del Ministerio Fiscal, a los procedimientos judiciales relacionados con el párrafo anterior, siempre que estén pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor(...)*»

³⁰⁵ Vid. Disposición transitoria segunda: «*A partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar en casos concretos, a petición de alguna de las partes o del Ministerio Fiscal, las medidas adoptadas conforme a la legislación anterior, siguiendo para ello el procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación o divorcio, de nulidad o de los referidos en el apartado 2 del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

³⁰⁶ Vid. Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit., p. 92.

Como he venido anticipando, algunas Comunidades Autónomas han entrado a regular la cuestión de la guarda y custodia de los hijos menores en los supuestos de ruptura matrimonial de sus progenitores. En concreto han promulgado sus propias normas en esta materia las Comunidades de Aragón (Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, integrada actualmente en el Código del Derecho Foral de Aragón), Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia), Navarra (Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres), País Vasco (Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores) y Valencia (Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven –declarada inconstitucional por el TC en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre³⁰⁷ –),

La consecuencia inmediata de la promulgación de las mencionadas leyes autonómicas sobre guarda y custodia es el desplazamiento del régimen legal previsto por el Código Civil en los respectivos territorios donde resultan de aplicación³⁰⁸. De hecho, son muchas las novedades que recogen respecto a la regulación estatal y todas ellas serán analizadas a lo largo del presente estudio. Pero por el momento me limitaré a presentarlas y me detendré exclusivamente en dos aspectos: la competencia de las CCAA para legislar en esta materia – una cuestión que, como en seguida veremos, no está exenta de discusión – y su ámbito de aplicación – al que me referiré desde un punto de vista objetivo, personal y temporal –.

3.1. Leyes autonómicas sobre guarda y custodia

³⁰⁷ Vid. Epígrafe 3.2 del Capítulo II.

³⁰⁸ Vid. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Nuria, "La guarda y custodia compartida en el Derecho autonómico. Estado actual de la cuestión", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 5, 1, 2016, p. 78.

A) Aragón

Aragón fue la primera Comunidad Autónoma en regular guarda y custodia de los hijos menores. Lo hizo a través de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres –conocida coloquialmente como "Ley de la custodia compartida de Aragón"³⁰⁹–. En 2011 ésta quedó refundida en el Código del Derecho Foral de Aragón a través del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón³¹⁰, por lo que a lo largo del trabajo me referiré directamente al citado Código.

El Código del Derecho Foral de Aragón recoge la cuestión de la guarda y custodia de los hijos menores en su Sección 3ª, titulada «*Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*». La referida Sección está integrada por los artículos 75 a 84 CDFA, y se divide a su vez en cinco subsecciones: la primera recoge disposiciones generales –artículos 75 y 76–, la segunda se refiere al pacto de relaciones familiares –artículo 77–, la tercera a la mediación familiar –artículo 78–, la cuarta a las medidas de aplicación en defecto de pacto de relaciones familiares –artículos 79 a 83– y finalmente, la quinta subsección tiene por objeto regular las medidas provisionales –artículo 84–.

B) Cataluña

Cataluña también ha introducido su propia regulación sobre guarda y custodia. En concreto lo ha hecho a través de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Nos interesa especialmente el capítulo 3º, titulado “*Los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial*”. Dentro del

³⁰⁹ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón", *La Ley*, Nº 7529, 2010, tomo 5, p. 1793; y SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 14.

³¹⁰ El Código de Derecho Foral de Aragón se limitó a introducir la Ley 2/2010 en su articulado, sin incluir modificación alguna.

mencionado capítulo debemos prestar atención sobre todo su Sección 2ª, que lleva por título “*Cuidado de los hijos*”. No obstante, como iremos viendo a lo largo del trabajo, también encontramos en el resto de Secciones algunos aspectos a los que conviene referirse.

C) Valencia

En 2011, la Comunidad Valenciana también aprobó su propia norma sobre guarda y custodia: la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven. En seguida veremos con detalle como la competencia de esta Comunidad Autónoma para regular en materia de guarda y custodia resultaba más que dudosa, lo que terminó acarreado la declaración de inconstitucionalidad de la Ley valenciana por parte del Tribunal Constitucional en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre.

La Ley valenciana 5/2011 constaba de siete artículos: el primero de ellos versaba sobre el objeto de la norma, el segundo sobre su ámbito de aplicación, en el tercero se recogían una serie de definiciones de diferentes términos que aparecen en la ley, el cuarto se refería al denominado pacto de convivencia familiar, el quinto a las medidas judiciales a adoptar en defecto de acuerdo entre los progenitores, el sexto recogía las reglas de atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y, por último, el séptimo artículo se centraba en los gastos de atención a los hijos.

De la corta extensión de la norma valenciana, y de su propia denominación, puede deducirse que su objeto se limitaba a regular las relaciones entre padres e hijos tras la ruptura, dejando fuera otras cuestiones atinentes a la misma, como la liquidación del régimen económico matrimonial o el posible establecimiento de una compensación por desequilibrio económico. Además, era la única ley autonómica de guarda y custodia que no recogía ninguna mención a la mediación familiar –aunque obviamente ello no excluía

la posibilidad de que las partes decidieran someterse a mediación³¹¹ —. Tampoco preveía la posibilidad de adoptar medidas previas o provisionales. Como no podía ser de otra manera, durante el tiempo en el que la Ley valenciana estuvo en vigor, todas estas cuestiones se resolvían con arreglo al Derecho común.

D) Navarra

La siguiente Comunidad Autónoma en promulgar su propia ley de guarda y custodia fue Navarra, que en 2011 aprobó la Ley 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

La citada norma consta únicamente de tres preceptos. El primero de ellos recoge el objeto de la ley, el segundo se refiere a la mediación familiar y el tercero prevé las reglas de atribución de la guarda y custodia de los hijos.

Podemos observar que la Ley navarra, al igual que la Ley valenciana, se limita a regular las relaciones entre padres e hijos tras la ruptura. Su objeto es incluso más limitado que el de la norma valenciana, pues deja fuera algunas cuestiones íntimamente ligadas a la guarda y custodia de los menores, como el modo en que se satisfarán los gastos de éstos o la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar. Una vez más, para integrar estas lagunas normativas debemos dirigirnos al Derecho común.

E) País Vasco

Finalmente, la última Comunidad Autónoma en promulgar su propia norma sobre guarda y custodia ha sido el País Vasco, a través de la Ley 7/2015,

³¹¹ Vid. ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "Custodia compartida y mediación familiar en el Derecho Civil Valenciano: Criterios para la determinación del interés del menor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 2, 2015, p. 794: «Es claro, no obstante, que esto no excluye el sometimiento de las partes a mediación familiar. Es más, en el fomento de la coparentalidad que(...) inspira la Ley 5/2011, la mediación juega un papel fundamental, porque es un instrumento de pacificación y autocomposición del conflicto familiar».

de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

La norma vasca consta de trece artículos. El primero de ellos versa sobre el objeto de la ley, el segundo sobre su ámbito de aplicación, en el tercero se recogen los derechos y deberes de los progenitores, el cuarto se refiere a los denominados pactos en previsión de la ruptura de la convivencia, el quinto al convenio regulador, el sexto a la mediación familiar, el séptimo a las medidas judiciales a adoptar en defecto de acuerdo entre los progenitores, el octavo a la patria potestad, el noveno a la guarda y custodia de los hijos, el décimo se centra en los gastos de atención a los hijos, el décimo primero se refiere al régimen de comunicación y estancia, el décimo segundo recoge las reglas de atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y, por último, el décimo tercero artículo, es relativo a las medidas previas, provisionales y definitivas, así como a la modificación de las mismas.

3.2. Competencia de las comunidades autónomas en materia de guarda y custodia

Para determinar la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de guarda y custodia debemos partir del artículo 149.1.8 de la Constitución Española, que si bien atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la legislación civil, excepciona dicha regla en el caso de las Comunidades que cuenten con Derechos civiles, forales o especiales propios; facultándolas para que puedan conservarlos, modificarlos y desarrollarlos³¹².

De acuerdo a lo anterior, para concluir si una Comunidad Autónoma concreta tiene competencia para legislar en materia de guarda y custodia, será necesario analizar dos aspectos: si la Comunidad Autónoma de que se trate contaba con Derecho civil propio en el momento de entrar en vigor la

³¹² En la elaboración de este apartado se van a seguir los postulados de DE PABLO CONTERAS —*vid.* DE PABLO CONTERAS, Pedro, "Las normas jurídicas de Derecho privado. Fuentes del Derecho y fuentes del Derecho privado", en: *Curso de Derecho Civil (I). Volumen I: Derecho privado y Derechos subjetivos* — coord. DE PABLO CONTERAS, Pedro—, Edisofer, 2016, 5ª ed., pp. 83 y ss—.

Constitución, y si dicho Derecho comprendía la materia que se pretende regular —pues en otro caso no tendría sentido hablar de conservar, modificar y desarrollar—.

En cuanto a la primera cuestión, la principal duda que se suscita es relativa al momento en el que las Comunidades Autónomas deben contar con Derecho civil propio. Al respecto, se venían barajado tradicionalmente dos hipótesis³¹³: una interpretación más restrictiva, de acuerdo a la cual las Comunidades Autónomas sólo podrían conservar, modificar o desarrollar los Derechos que estuvieran vigentes en el momento de promulgarse la Constitución; y una interpretación más amplia, según la cual también gozarían de competencia en materia civil aquellas CCAA que en algún momento hubieran contado con Derecho civil propio, aun cuando éste hubiera perdido su vigencia con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española³¹⁴. Esta cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional, que se ha decantado por la primera opción³¹⁵.

Debemos partir de que sólo disponían de Derecho civil propio —al menos en sentido estricto— las Comunidades Autónomas de Cataluña, País Vasco, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra —pues eran las únicas que contaban con sus propias Compilaciones de Derecho Civil³¹⁶—; mientras que la

³¹³ Vid. DE PABLO CONTERAS, Pedro, "Las normas jurídicas de Derecho privado...", cit., pp. 83-84; y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen I): Parte general del Derecho Civil y personas jurídicas*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 68.

³¹⁴ Parece que esta última tesis es en la que se amparaba la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven —vid. CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, "Ley Valenciana de Custodia Compartida", *Revista de treball, economia i societat*, Nº 62, 2011, p. 28— que, como enseguida vamos a ver, es la que más dudas ha generado desde el punto de vista competencial.

³¹⁵ Vid. STC 88/1993, de 12 de marzo: «(...) el citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la legislación civil, introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra, pues, en la intangibilidad o supralegalidad de los derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su "conservación, modificación o desarrollo"». Doctrina que posteriormente sería reiterada por las STC 156/1993, de 6 de mayo y 31/2010, de 28 de junio.

³¹⁶ Vid. DE PABLO CONTERAS, Pedro, "Las normas jurídicas de Derecho privado...", cit., p. 83.

Comunidad valenciana no contaba con Derecho civil propio en el momento de entrada en vigor de la Constitución³¹⁷. Ahora bien, lo cierto es que el Tribunal Constitucional abrió una puerta a la atribución de competencia en Derecho civil a la Comunidad Valenciana, bajo el argumento de que, pese a la abolición de los Fueros, había subsistido en dicha Comunidad un Derecho consuetudinario, que ahora podría conservar, modificar y desarrollar —*vid.* STC 121/1992, de 28 de septiembre³¹⁸—.

El segundo aspecto que debe valorarse para determinar si una Comunidad Autónoma es competente en materia de guarda y custodia es si el Derecho civil con el que contaba en el momento de entrada en vigor de la Constitución comprendía o no la materia que pretende regular. Se trata de una cuestión sobre la que existen tres posturas diferentes³¹⁹, que expongo a continuación:

1) Por un lado, existe una corriente partidaria de dar una interpretación restrictiva al artículo 149.1.8 de la Constitución, de acuerdo a la cual, para que una Comunidad Autónoma resulte competente para regular una determinada materia, es necesario que ésta se recogiera de modo específico en su Derecho en el momento de entrada en vigor de la Constitución. Desde este punto de vista, ninguna Comunidad Autónoma resultaría competente para promulgar su propia legislación sobre guarda y custodia, ya que ninguna de ellas recogía esta figura en su Derecho. Por tanto, si partiéramos de esta postura, habría que concluir que todas las normas autonómicas sobre guarda y custodia son inconstitucionales³²⁰.

³¹⁷ Aunque en el pasado sí llegó a contar con su propio Derecho civil, éste desapareció con el Decreto de Nueva Planta promulgado el 21 de junio de 1707.

³¹⁸ A través de su Sentencia 121/1992, de 28 de septiembre, el Tribunal Constitucional validó una ley autonómica de arrendamientos urbanos bajo el argumento de que derivaba de una costumbre preexistente. Dicha doctrina fue confirmada por la STC 82/2016, de 28 de abril —entre otras—.

³¹⁹ *Vid.* DE PABLO CONTERAS, Pedro, "Las normas jurídicas de Derecho privado...", cit., pp. 85 y ss.

³²⁰ *Vid.* CERRILLOS VALLEDOR, Ángela, "Apoyar una parentalidad positiva", en: *Custodia responsable y sus obstáculos: el SAP* —et. al. Pérez del Campo Noriega, Ana M^a—, Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres, Madrid, 2011, p. 32: «(...) ninguna de las leyes de custodia compartida que se han promulgado en estos dos últimos años es constitucional. El artículo 149 de la Constitución a este respecto es muy claro pues dice que los parlamentos autonómicos podrán desarrollar, modificar o

2) Sin embargo, existe una segunda postura que considera que la competencia de las Comunidades Autónomas abarcaría todo el Derecho civil, excepto las materias concretas que el artículo 149.1.8 atribuye exclusivamente al Estado³²¹ –entre las que no se incluye, ni la guarda y custodia de los hijos menores, ni los efectos de la ruptura del matrimonio—. De acuerdo a ello, todas las Comunidades Autónomas que contaran con Derecho civil propio en el momento de promulgarse la Constitución –incluida la Comunidad Valenciana, con base en el Derecho consuetudinario– podrían dictar sus propias normas de guarda y custodia.

3) Junto a las dos interpretaciones que acabo de exponer, apareció una postura intermedia, de acuerdo a la cual, para que una Comunidad Autónoma pueda legislar en una determinada materia, no resulta necesario que ésta se recogiera de modo específico en su Derecho en el momento de promulgarse la Constitución, aunque sí que guarde cierta conexión con alguna de las materias que sí estaban previstas. Ésta es la tesis que ha seguido nuestro Tribunal Constitucional a partir de su Sentencia 88/1993, de 12 de marzo³²² –a la que siguieron otras³²³—. Conforme a ello, bastará con que la materia que pretende regularse sea conexa a alguna de las que ya estaban previstas en el Derecho vigente en el momento de promulgarse la Constitución de la Comunidad Autónoma de que se trate.

A tal efecto, procede analizar si las Comunidades Autónomas que han legislado en materia de guarda y custodia contaban, en el momento de entrada

ampliar el derecho existente. El derecho de familia no existía en ninguno de los derechos forales ni de Cataluña, ni de Galicia, ni de Valencia, ni de Aragón, ni de Navarra(...)».

³²¹ Vid. DE PABLO CONTERAS, Pedro, "Las normas jurídicas de Derecho privado...", cit., p. 85; y LACRUZ BERDEJO, José Luis (et. al.) —5ª ed., revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús—, *Elementos de Derecho Civil I: Parte General*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 89.

³²² Vid. La STC 88/1993 admite que «las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación(...)», sin que ello suponga «una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE (...)».

³²³ Vid. STC 156/1993, de 6 de mayo y 31/2010, de 28 de junio.

en vigor de la Constitución, con una regulación sobre alguna materia conexas a la guarda y custodia de los hijos menores.

En este sentido, a mi modo de ver, hay dos leyes autonómicas que no plantean ningún problema desde el punto de vista competencial: la aragonesa y la navarra. En el caso de la norma aragonesa, la materia conexas a la guarda y custodia que le habilita para legislar sobre ella se encontraría en el Título II del Libro I de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967³²⁴, que tiene como rúbrica “*De las relaciones entre ascendientes y descendientes*”. Respecto a la Ley Foral navarra 3/2011, resulta competente para legislar sobre guarda y custodia con base en la ordenación de las relaciones personales de los padres con los hijos contenida en el título V del Libro I de la Compilación del Derecho Civil de Navarra de 1 de marzo de 1973³²⁵, que tiene como rúbrica “*De la patria potestad y de la filiación*”³²⁶.

En lo que respecta a los Derechos catalán y vasco, considero que la existencia de una materia conexas a la guarda y custodia en sus Compilaciones anteriores a la Constitución resulta menos evidente. En el Derecho catalán, tal vez podría buscarse en el Libro I de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña de 1960³²⁷, relativo a “*la familia*”. No obstante, no recoge reglas relativas a las relaciones paterno-filiales ni a los efectos de la ruptura matrimonial. Semejante es la situación en el Derecho vasco, en el que la materia conexas a la guarda y custodia quizá pueda buscarse en el Título II del Libro I De la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959³²⁸,

³²⁴ Vid. Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho civil de Aragón.

³²⁵ Vid. Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

³²⁶ Vid. Dictamen del Consejo de Navarra 37/2010, de 29 de junio.

³²⁷ Vid. Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña.

³²⁸ Vid. Ley 32/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava.

relativo a “*la troncalidad*”, pero tampoco se recogen en él previsiones relativas a las relaciones paterno-filiales ni a los efectos de la ruptura matrimonial³²⁹.

Finalmente, en cuanto a la norma valenciana se refiere, no existía en su Derecho vigente en el momento de promulgarse la Constitución ninguna materia conexa a la guarda y custodia. Ello provocó que, desde un primer momento, buena parte de la doctrina manifestara que el legislador valenciano carecía de competencia para legislar en esta materia³³⁰ —aunque también existían opiniones en sentido contrario³³¹—.

Esta falta de conexidad entre la guarda y custodia y el Derecho valenciano existente en el momento de entrar en vigor la Constitución, fue advertida también por el Gobierno de España del momento, lo que provocó que la Ley valenciana 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven, fuera objeto de recurso de inconstitucionalidad promovido por el Abogado del Estado en nombre del Presidente del Gobierno³³², en el que además se solicitó la suspensión de su vigencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 161.2 CE.

³²⁹ En el caso de la Ley del País Vasco 7/2015, el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Éibar ha planteado en fechas recientes una cuestión de inconstitucionalidad por posible vulneración del artículo 149.1.8 CE (cuestión de inconstitucionalidad nº 2764/2017), admitida a trámite por el Tribunal Constitucional mediante Providencia de 18 de julio de 2017 (BOE nº 183, de 2.08.2017). Sin embargo, el objeto de dicha cuestión de inconstitucionalidad se limita al artículo 11.3, 4 y 5 de la Ley 7/2015.

³³⁰ *Vid.* a modo de ejemplo CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, “Ley Valenciana...”, cit., pp. 28-29: «(...) si al aprobarse y promulgarse la Constitución Española de 6 de diciembre de 1978 no existía Derecho foral en la Comunidad Valenciana al no existir Compilación, (...) no existe posibilidad al amparo de la Constitución (por más que el Estatuto de Autonomía sostenga lo contrario, porque los Estatutos están siempre subordinados a la Constitución y no pueden prevalecer sobre ésta) de que la Generalitat legisle sobre una materia civil sobre la que no existía en diciembre de 1978 (ni tampoco había existido nunca con anterioridad) ninguna regulación propia de este territorio, lo que supondría una clara extralimitación de la Generalitat en el ejercicio de su actividad legislatora»; y BELLO JANEIRO, Domingo, “Materiales prelegislativos y opción normativa en Galicia”, *XIII Jornadas IDADFE: Crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, UNED de Calatayud, 2014, p. 1.

³³¹ *Vid.* DEL POZO, Ana Belén, “Custodia compartida...”, cit., p. 8: «Todas las Comunidades Autónomas, incluyendo, como hemos adelantado, Valencia, y no sólo las tradicionalmente denominadas forales, como Cataluña, Navarra, Aragón o Galicia, han asumido competencias en materia de Derecho Civil y no se han limitado a la conservación, modificación y desarrollo de su derecho, sino a legislar, bajo principios propios, y distintos a los del Código Civil, sobre las instituciones que les ha parecido más oportuno, tuvieran o no antecedentes en su legislación, que pudieran desarrollar(...)».

³³² Recurso de Inconstitucionalidad nº 3859/2011.

El recurso se fundamentó principalmente en la extralimitación de la competencia autonómica, por considerar que regulaba instituciones civiles que carecían de antecedentes en el ámbito de la legislación foral valenciana, con la consiguiente vulneración de la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho civil que establece el artículo 149.1.8³³³; así como en las dudas que suscitaban sus artículos 3 b), 5 y 6 respecto a la prevalencia del interés del menor. En cuanto a los artículos 3 b) y 5, el Abogado del Estado consideró que, al dar prioridad al régimen de custodia compartida en aquellos casos en los que no existía acuerdo entre los progenitores, se estaba anteponiendo el interés de éstos en detrimento del interés superior del menor. Respecto al artículo 6, entendía que, al atribuir el uso de la vivienda al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades para el acceso a otra vivienda con la correlativa obligación de compensar al otro, podían ocasionarse perjuicios para el interés tanto del menor como del progenitor que se hallase en una peor situación económica tras la ruptura.

El citado recurso fue admitido a trámite por providencia de 19 de julio de 2011, produciéndose la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso —4 de julio de 2011—, tal y como se había solicitado. No obstante, tras presentar ambas partes sus alegaciones, el Tribunal Constitucional dictó Auto nº 161/2011, de 22 de noviembre, acordando levantar la suspensión de la Ley valenciana.

³³³ Esta misma cuestión ya dio lugar a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano. Ello provocó que fuera suspendida de vigencia y aplicación por Providencia 17 abril 2008 del Tribunal Constitucional dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 9888-2007. Pese a que se levantó dicha suspensión por Auto de 12 de junio de 2008, finalmente del Tribunal Constitucional terminó anulando la norma en su Sentencia 82/2016, de 28 de abril de 2016 —con efectos a partir del 31 de mayo de 2016—. Más recientemente, y, bajo el mismo argumento, el Presidente del Gobierno promovió recurso de inconstitucionalidad —nº 4522-2013— contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana, resuelto en la STC 110/2016, de 9 de junio. En este caso, el Tribunal Constitucional admitió parcialmente el recurso y declaró la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos impugnados —1.1, 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14— por considerar que regulaban instituciones civiles que carecían de antecedentes en el ámbito de la legislación foral valenciana, con la consiguiente vulneración de la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho civil que establece el artículo 149.1.8.

Cuando el Tribunal Constitucional entró por fin al fondo del asunto – en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre–, terminó declarando la inconstitucionalidad de la Ley valenciana 5/2011. Para ello reprodujo en gran medida los mismos argumentos que ya recogió en sus Sentencias 82/2016, de 28 de abril y 110/2016, de 9 de junio, y que le llevaron a declarar la inconstitucionalidad de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano y de parte del articulado de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas –respectivamente–. En síntesis, consideró que la materia legislada –que se insertaba en el ámbito relativo a la regulación de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de la convivencia de los progenitores – poseía un carácter marcadamente civil, y que la Comunidad Autónoma valenciana no podía invocar su competencia para conservarla, desarrollarla o modificarla, por tratarse de una materia que no formaba parte del Derecho consuetudinario valenciano vigente en el momento de promulgarse la Constitución. A tal efecto, recordó que «cuando se invoca una norma consuetudinaria la comprobación de su pervivencia y de su aplicación a través del tiempo es una exigencia requerida de manera general en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico, incluido el ámbito de los Derechos civiles, ya sean forales o especiales, o ya se trate del Derecho civil común» y «resulta que la validez de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 depende de que la Comunidad Autónoma acredite la pervivencia de reglas consuetudinarias en materia de relaciones paterno-filiales que estuvieran en vigor al aprobarse la Constitución Española de 1978. O, en su caso que pudiera acreditarse la pervivencia de otra institución civil diferente a la regulada pero conexa a ella que pudiera servir de base para estimar que estamos ante la competencia de desarrollo de su Derecho civil propio». Dado que no se acreditó la subsistencia de tales costumbres, el Tribunal Constitucional declaró en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre, la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

Cabe señalar que la Sentencia incluyó el voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, al que creo que resulta interesante dedicar unas líneas. Dicho magistrado consideró que el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley valenciana 5/2011 debería haber sido rechazado, por los argumentos que reproduzco a continuación. En primer lugar, estimó que la Ley impugnada se fundaba en una competencia reconocida inequívocamente en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana – tras la reforma que experimentó en el año 2006 –, que en su artículo 7.1 dirige un mandato a la Generalitat para «*la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia*» y en su Disposición transitoria tercera parece consagrar la competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano, ejercida «*a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza al amparo de la Constitución Española*».

No obstante, dichas manifestaciones resultan contrarias a la reiterada jurisprudencia constitucional – a la que me he referido unas líneas más arriba –, de acuerdo a la cual, las Comunidades Autónomas sólo pueden conservar, modificar o desarrollar los Derechos que estuvieran vigentes en el momento de promulgarse la Constitución³³⁴. Los Fueros del histórico Reino de Valencia fueron abolidos por el Decreto de Nueva Planta de 1707 y nunca recobraron su validez, por lo que no estaban vigentes en el momento de promulgarse la Constitución. Por ende, no cabe su conservación, modificación o desarrollo. Y es que, como ya hemos visto, en el caso de la Comunidad Valenciana, su competencia para legislar en el ámbito del Derecho civil se basa exclusivamente en la subsistencia en dicha Comunidad de un Derecho consuetudinario.

En realidad, lo deseable hubiera sido que ya en su momento se hubieran declarado inconstitucionales tanto el artículo 7.1 como la Disposición transitoria tercera del Estatuto de Autonomía valenciano, por reconocer a la Comunidad Valenciana el derecho a recuperar los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia en contra de la doctrina constitucional existente; pues ello hubiera evitado posteriores problemas

³³⁴ Vid. STC 88/1993, de 12 de marzo, STC 156/1993, de 6 de mayo y 31/2010, de 28 de junio.

hermenéuticos. No obstante, a mi modo de ver, el hecho de que dichos preceptos no fueran objeto de recurso y, por tanto, permanezcan vigentes, no puede resultar argumento suficiente para mantener una interpretación contraria a la Constitución Española y a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por tanto, en este punto coincido con lo resuelto por la STC 192/2016, de 16 de noviembre.

Por otro lado, señalaba el voto particular que, aunque no se admitiera el argumento anterior –relativo a la posibilidad de recuperación de los contenidos correspondientes a los Fueros del histórico Reino de Valencia–, la existencia de un Derecho consuetudinario en el momento de entrar en vigor la Constitución sería suficiente para amparar la competencia de la Comunidad Valenciana en esta materia. Sin embargo, no especificaba la materia concreta dentro del Derecho consuetudinario valenciano que mantendría conexidad con la figura de la guarda y custodia –que, de acuerdo a reiterada jurisprudencia constitucional, es el presupuesto ineludible para reconocer la competencia del legislador valenciano para regular esta disciplina– y se limitaba a señalar que «no cabe descartar que pudiera encontrarse alguna conexión de esta naturaleza con las instituciones consuetudinarias valencianas ya reconocidas». Más bien parece que en realidad no hay ningún aspecto del Derecho consuetudinario valenciano que guarde conexidad con la figura de la guarda y custodia, por lo que considero acertada la decisión del Tribunal Constitucional de denegar la competencia de la Comunidad Valenciana en esta materia.

No obstante, pese a la declaración de inconstitucionalidad de la Ley valenciana 5/2011, creo que resulta interesante tenerla presente en este estudio, puesto que preveía muchas novedades respecto al régimen común que son merecedoras de análisis. Téngase en cuenta, además, que estuvo vigente y fue aplicada por los tribunales desde el momento de su entrada en vigor –5 de mayo de 2011– hasta el momento de su suspensión –4 de julio de 2011–, así como desde el momento en el que el Tribunal Constitucional levantó dicha suspensión –22 de noviembre de 2011– hasta aquel en el que terminó declarándola inconstitucional –16 de noviembre de 2016–. Ello, unido a que

muchos de los efectos que desplegó todavía perduran —tal y como reconoce el TC en su Sentencia 192/2016³³⁵—, refuerza la necesidad de continuar refiriéndonos a ella en el presente trabajo —si bien, teniendo presente que ya no está en vigor—.

Recapitulando, de las cinco Comunidades que han legislado sobre guarda y custodia, considero que no plantean problemas competenciales la aragonesa y la navarra, ya que cuentan con los dos requisitos exigidos por el artículo 149.1.8 de la Constitución y concretados por el Tribunal Constitucional³³⁶ —que detentaran su propio Derecho en el momento de entrada en vigor de la Constitución y que dicho Derecho comprendiera alguna materia conexa a la que se pretende regular—. En cuanto a las leyes catalana vasca, a mi modo de ver, su competencia resulta menos evidente, por la dificultad de encontrar en su Derecho una materia conexa a la guarda y custodia. Por último, en lo que respecta a la Ley valenciana 5/2011, acabamos de ver que el Tribunal Constitucional la ha declarado inconstitucional por carecer la Comunidad Valenciana de competencia para legislar sobre la guarda y custodia, toda vez que no se recogía en su Derecho consuetudinario —único vigente en el momento de promulgarse la Constitución— ninguna materia que mantuviera conexidad con dicha figura.

3.3. Ámbito de aplicación de las leyes autonómicas

³³⁵ *Vid.* Fundamento Jurídico 5º: «En cuanto al alcance de nuestro pronunciamiento de inconstitucionalidad debe precisarse que no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues este Tribunal entiende que las decisiones adoptadas por los órganos judiciales durante la vigencia de la Ley 5/2011 que ahora se declara inconstitucional, 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(...) sin que este pronunciamiento deba conllevar necesariamente la modificación de medidas a que se refiere el art. 775 Lec.».

³³⁶ *Vid.* STC 88/1993, de 12 de marzo, STC 156/1993, de 6 de mayo y 31/2010, de 28 de junio.

Vamos a estudiar el ámbito de aplicación de las normas autonómicas desde una triple perspectiva. Empezaré refiriéndome al ámbito objetivo de aplicación, es decir, a los requisitos objetivos que debe reunir un supuesto para que podamos aplicarle una determinada ley autonómica. Continuaré con el ámbito subjetivo de aplicación, configurado principalmente a través de las normas de Derecho interregional privado. Finalmente, mencionaré las peculiaridades en torno al ámbito temporal de aplicación de las diferentes leyes autonómicas.

A) Ámbito objetivo

Como acabo de mencionar, el ámbito objetivo de aplicación viene referido a los requisitos de carácter objetivo que deben darse en cada supuesto para poder aplicar una norma autonómica concreta. El Código del Derecho Foral de Aragón los recoge en su artículo 75.1; la Ley Foral navarra 3/2011, en su artículo 1.1; la Ley del País Vasco 7/2015, en su artículo 1.1 a); y la Ley valenciana 5/2011, los recoge en su artículo 2.

Aunque con carácter general los requisitos objetivos de aplicación de las leyes autonómicas en materia de guarda y custodia resultan similares en todas ellas, existen algunas diferencias que a continuación paso a exponer.

Las leyes aragonesa y navarra parecen coincidir en la exigencia de que se trate de la ruptura de una pareja con hijos —entiendo que menores, pues en otro caso no tendría sentido dirimir la atribución de su guarda y custodia; aunque como enseguida veremos, en el caso del Derecho aragonés esto último plantea algunas dudas—.

La Ley valenciana 5/2011 sólo mencionaba la necesidad de que existieran hijos, por lo que cabe entender que podía aplicarse a la determinación de la guarda y custodia de los menores cuyos padres nunca hubieran convivido o mantenido una relación estable.

En cuanto a la Ley vasca 7/2015, prevé su aplicación a cuatro tipos de procedimientos: los relativos a la nulidad, separación o divorcio, o extinción de

parejas de hecho³³⁷; los de modificación de medidas adoptadas en ellos; los que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de los hijos menores; y los relativos a la reclamación de alimentos que deban prestarse a los hijos. Por tanto, no exige ni que se produzca la ruptura de una pareja ni que existan hijos. No obstante, cabe interpretar que resultará necesaria la existencia de hijos menores, ya que en caso contrario no se plantearía la cuestión de la guarda y custodia.

La única norma que no ha previsto expresamente el ámbito objetivo de aplicación es el Código Civil de Cataluña. En cualquier caso, parece que se exigirá tanto la ruptura de la pareja —prueba de ello es que regula esta cuestión en sede de nulidad, separación y divorcio—, como la existencia de hijos menores —por la misma razón que he expuesto en el párrafo inmediatamente anterior—.

Las mayores discusiones se han producido en la determinación del ámbito objetivo de aplicación de las leyes aragonesa y navarra, ya que, tanto el artículo 75.1 del Código del Derecho Foral de Aragón, como el artículo 1.1 de la Ley Foral navarra 3/2011, plantean un importante interrogante. Del tenor literal de ambos preceptos se deduce que para su aplicación no basta con que haya tenido lugar la ruptura de la pareja, sino que es necesario que se haya producido el cese de una previa situación de convivencia. Pero entonces, ¿no se aplican las mencionadas normas a supuestos en los que nunca ha habido convivencia? Además, en el caso del Código aragonés se exige que existan hijos a cargo, pero ¿qué debemos entender por estar “a cargo”? A continuación paso a intentar dar respuesta a ambas cuestiones.

Respecto al requisito relativo a la previa situación de convivencia, si nos atenemos a la literalidad de los preceptos mencionados, únicamente englobarán

³³⁷ A mi modo de ver, la mención que el legislador vasco hace a los procedimientos de disolución de parejas de hecho resulta bastante desafortunada. Debemos tener en cuenta que no existe un procedimiento específico para la disolución de las parejas de hecho más allá de la cancelación de la inscripción —art. 19 de la Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho— y, por tanto, para dilucidar la guarda y custodia de los hijos de una pareja no casada, habrá que acudir a un procedimiento de guarda y custodia —al que el propio precepto se refiere un poco más adelante—.

los supuestos en los que de un modo u otro, los progenitores hayan convivido con anterioridad a su ruptura. Dicha convivencia puede derivar de un matrimonio o bien ser extramatrimonial. Los que sí parecen quedar fuera del ámbito de aplicación de las mencionadas leyes a priori son aquellos casos en los que los progenitores nunca hayan convivido.

No obstante lo anterior, en el caso de la Ley aragonesa son varios los autores que consideran que se aplicará a todo supuesto de falta de convivencia de los padres que tengan hijos a cargo, bien por la alusión expresa que hace dicha norma a los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos e hijas menores³³⁸, o bien analógicamente en aplicación de los principios de interés superior del menor y de no discriminación por razón de filiación³³⁹. A mi juicio, siguiendo la opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ³⁴⁰, sólo cabría aplicar a los padres no convivientes con hijos a cargo las reglas del Código aragonés cuya *ratio iuris* sea la relación padres-hijos, con exclusión de aquellas cuya *ratio iuris* sea precisamente la situación de convivencia. En este sentido parece decantarse también el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su Sentencia de 25 de marzo de 2013³⁴¹. Por tanto, en lo que aquí interesa – atribución de la guarda y custodia –, es posible aplicar la norma aragonesa en supuestos de falta de convivencia previa entre los progenitores.

³³⁸ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares...", cit., p. 1794; y SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Nota práctica sobre guarda y custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres", *Revista de derecho civil aragonés*, Nº 18, 2012, p. 230.

³³⁹ Vid. FERRER ANDRÉS, Manuel, "Algunas ideas procesales y sustantivas de las Sentencias de Primera Instancia de Zaragoza, en los dos primeros años de preferencia en la custodia compartida", *Actas de los vigésimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2012, p. 360; y CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar...", cit., p. 21.

³⁴⁰ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 137.

³⁴¹ En su pronunciamiento, el Tribunal reconoce que habrá determinadas reglas del Código que no se aplicarán a los supuestos de falta de convivencia previa, como por ejemplo la asignación compensatoria del art. 83 CDFA. No obstante, señala expresamente que «(...) no se aprecia fundamento para excluir la aplicabilidad de otras (reglas) que atienden al derecho de los hijos a relacionarse con los padres y el de estos a la igualdad en sus relaciones con sus hijos. En estas otras normas, no hay razón que abone la consideración de la previa convivencia como presupuesto necesario(...)».

Lo mismo cabe decir en el caso de la ley navarra, cuya aplicación a los supuestos de parejas que nunca han convivido estaría sustentada por los principios de interés superior del menor y de no discriminación por razón de filiación. Además, en este supuesto, si tenemos en cuenta que la Ley Foral navarra 3/2011 se limita a regular la atribución de la guarda y custodia —no prevé nada respecto al resto de medidas a adoptar tras la ruptura matrimonial—, debe considerarse aplicable por entero a los supuestos en los que nunca ha existido convivencia entre los progenitores.

En cuanto al requisito relativo a la existencia de hijos a cargo previsto en la norma aragonesa, cabe entender que debe tratarse de hijos comunes, pues en otro caso no cabría plantear la cuestión de la atribución de su guarda y custodia. No resulta tan claro empero lo que debemos entender por estar “a cargo”, pues en sentido estricto incluye no sólo a los menores, sino también a aquellos que ya han alcanzado la mayoría de edad pero siguen dependiendo económicamente de sus progenitores, como ha defendido buena parte de nuestra doctrina³⁴². De acuerdo a ello, resultaría posible aplicar las medidas previstas en el Código aragonés a las parejas que cuenten con hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica. Ahora bien, lo que no cabría —al menos, a mi modo de ver— es aplicar las reglas relativas a la guarda y custodia, pues ello resultaría contrario a la propia naturaleza de la institución. Y es que, si partimos de que la figura de la guarda y custodia, tal y como nosotros la concebimos, forma parte de la patria potestad —o de la autoridad familiar, en

³⁴² En este sentido ha sido interpretado por GONZÁLEZ DEL POZO, que señala que «es objeto de la Ley regular las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres con “hijos a cargo”, y no cabe duda de que los hijos mayores de edad o emancipados, que no tengan recursos económicos propios, lo son» —*vid.* GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares...", cit., p. 1794—. *Vid.* también PARRA LUCÁN, M^a Ángeles y LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Relaciones entre ascendientes y descendientes", cit., p. 179; LANGA MUELA, Adrián, *Custodia compartida en Aragón...*, cit., p. 13; LÓPEZ AZCONA, Aurora, "La atribución del uso de la vivienda familiar y el destino del ajuar familiar en las situaciones de crisis de convivencia: la solución del legislador aragonés", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, N^o 1, 2014, p. 76, "Ruptura convivencial y custodia...", cit., p. 129, "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: Derecho positivo y práctica jurisprudencial", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, N^o 3 bis, 2015, p. 50 y "La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura de la convivencia en Derecho aragonés: una relectura de los arts. 77 y 81 CDFA a la luz de la jurisprudencia", *Revista de derecho civil aragonés*, N^o 21-22, 2015-2016, pp. 43-44; y SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Título II: De las relaciones...", cit., p. 186.

el caso aragonés—, no tiene sentido dirimir su atribución respecto de quienes ya no están sujetos a dicha institución³⁴³.

En definitiva, estarán dentro del ámbito de aplicación de la norma aragonesa, en cuanto a las reglas relativas a la atribución de la guarda y custodia de los hijos se refiere —que es lo que aquí interesa—, las parejas que cuenten con hijos menores, pero no aquellas cuyos hijos hayan alcanzado ya la mayoría de edad.

B) Ámbito subjetivo

El ámbito subjetivo o personal de aplicación viene referido a los requisitos que deben concurrir para aplicar una ley autonómica a una determinada persona. Como anticipaba al introducir el apartado, para dilucidar esta cuestión nos vamos a mover dentro del denominado Derecho interregional privado.

En concreto, las reglas para la determinación de la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales³⁴⁴ se recogen en el artículo 9.4 del Código Civil, que, pese a referirse a los conflictos entre leyes de diferentes Estados, se aplica también al Derecho interregional privado por remisión del art. 16.1 Cc.

Tradicionalmente, el citado precepto venía estableciendo que las relaciones paterno-filiales se regían por la ley personal del hijo, que, como sabemos, está determinada por su vecindad civil —art. 16.1.1—³⁴⁵. Por tanto, se aplicaba la ley de una Comunidad Autónoma para la determinación del régimen de guarda y custodia siempre que el hijo ostentara la vecindad civil del

³⁴³ *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 139.

³⁴⁴ La guarda y custodia debe enmarcarse dentro de las relaciones paterno-filiales, ya que así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/2012, de 17 de octubre —*vid.* FJ 4º: «en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores)(...)»—.

³⁴⁵ Respecto a las reglas de atribución de la vecindad civil, están previstas en el art. 14 Cc.

referido territorio autonómico³⁴⁶, ello con independencia de la vecindad civil de los padres³⁴⁷.

Sólo para los casos en los que dicha ley personal del hijo no pudiera determinarse, se estaba a la ley del lugar donde éste tuviera su residencia habitual. Esto ocurría, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que un menor extranjero residía en España y las normas de Derecho internacional privado establecían que resultaba de aplicación la legislación española, pese a que no se correspondiera con su ley personal. Además, esta tesis quedaba corroborada por lo dispuesto en el artículo 9.10 del Código Civil, que prevé que la ley personal de los que carecieran de vecindad civil³⁴⁸ será la del lugar de su residencia habitual. Por tanto, cuando el menor extranjero carecía de vecindad civil, debía aplicarse la ley del lugar donde residiera, que podría ser bien una ley autonómica —cuando se encontrara en alguna de las cuatro Comunidades Autónomas que han regulado esta materia—, o bien el Código Civil —en el resto de supuestos—³⁴⁹.

Un problema que se daba frecuentemente en la práctica es que la vecindad civil de los hijos no siempre coincidía con la de sus progenitores³⁵⁰, en cuyo caso podía ocurrir que se tuviera que aplicar una determinada ley a las medidas relacionadas con los hijos (la que se correspondiera con la vecindad

³⁴⁶ Este fue el criterio seguido por el TSJ de Aragón en su Sentencias de 13 de julio de 2011 y de 26 de septiembre de 2014.

³⁴⁷ Vid. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "Hijos menores, custodia compartida e individual, vivienda familiar y gastos de los hijos", en: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* — coords. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio—, Institución Fernando el Católico, 2013, pp. 321-328.

³⁴⁸ El precepto señalado habla de nacionalidad, pero hay que entenderlo referido también a la vecindad civil en virtud de la remisión que hace el art. 16.1.1 Cc. para solucionar los conflictos de leyes en el ámbito del Derecho interregional privado.

³⁴⁹ En este mismo sentido viene pronunciándose nuestra jurisprudencia —vid. a modo de ejemplo STSJ de Aragón de 13 de julio de 2011—.

³⁵⁰ Esto ocurría, por ejemplo, cuando los padres tenían diferente vecindad civil y la filiación se había determinado al mismo tiempo respecto a ambos, ya que en tales casos la vecindad del menor no viene dada por la de sus progenitores, sino que, a falta de atribución específica por parte de los progenitores, se determina por el lugar de su nacimiento —vid. art. 14.3.1 Cc.—; o cuando los padres cambiaban de vecindad civil, ya que dicho cambio no afecta a la vecindad civil del menor —vid. art. 14.3.3 Cc.—.

civil de estos últimos –art. 9.4 Cc.–) y otra a los efectos personales y patrimoniales entre los cónyuges (la que resultara de aplicar la antigua redacción del artículo 107.2 Cc., que remitía a la ley correspondiente a la vecindad común de ambos progenitores)³⁵¹.

Sin embargo, esta materia se ha visto afectada por la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que ha dado una nueva redacción al artículo 9.4 del Código Civil. El segundo punto del citado precepto establece ahora que la ley aplicable a la responsabilidad parental se determinará con arreglo al Convenio de la Haya 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Hay quien considera –y creo que no le falta razón– que, en realidad, desde el momento en el que dicho Convenio fue ratificado por España –el 28 de mayo de 2010– y entró en vigor –el 1 de enero de 2011–, ya resultaba directamente aplicable, en virtud del principio de primacía del Derecho internacional –arts. 96.1 CE y 1.5 Cc.–³⁵². No obstante, lo cierto es que los tribunales siguieron aplicando el artículo 9.4 del Código Civil y, por ende, la ley que se correspondía con la vecindad civil del menor³⁵³.

En cualquier caso, como he adelantado, a día de hoy ya no queda duda de que para determinar la ley aplicable al régimen de guarda y custodia habrá que estar a lo dispuesto en el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

³⁵¹ Vid. en este sentido: SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Nota práctica sobre guarda y custodia...", cit., p. 228, "La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia", *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, p. 187 y "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 21.

³⁵² Vid. LÓPEZ AZCONA, Aurora, "La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura de la convivencia en Derecho aragonés...", p. 45.

³⁵³ Vid. a modo de ejemplo: STSJ de Aragón de 13 de julio de 2011 y de 26 de septiembre de 2014.

El cambio es bastante significativo, puesto que el citado Convenio prevé en sus artículos 16 y 17 que las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley del lugar de residencia habitual del menor, prescindiendo por tanto del criterio de la ley personal que recogía la antigua redacción del artículo 9.4 del Código civil.

Una vez más, puede plantearse el problema de que la ley aplicable a la determinación del régimen de guarda y custodia no resulte coincidente con aquella que rige el resto de efectos de la separación o del divorcio, lo que nos obligará a aplicar una determinada norma a las medidas relacionadas con los hijos –la que se correspondiera con el lugar de residencia habitual de estos últimos– y otra a los efectos personales y patrimoniales entre los cónyuges. Tras la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria –en adelante LJV–, las reglas para determinar la ley aplicable a los efectos de la separación o del divorcio resultan más que confusas: el artículo 9.2 del Código Civil se remite a lo dispuesto en el artículo 107.2 del mismo texto, que a su vez, realiza un reenvío a «*las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado*». Como ha puesto de manifiesto LÓPEZ AZCONA, el reenvío que hace el artículo 107.2 se encuentra vacío de contenido, tanto en lo que se refiere a las normas europeas como a las españolas de Derecho internacional privado³⁵⁴. En cuanto a la normativa europea, lo cierto es que no recoge ninguna previsión respecto a la ley aplicable a los efectos de la separación o el divorcio, puesto que el Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 sólo prevé los criterios para determinar la ley aplicable a las causas de separación o divorcio, excluyendo expresamente de su ámbito de aplicación la determinación de la ley que regirá los efectos de ambos. Y por cuanto se refiere a las normas españolas de Derecho internacional privado, ya hemos visto que el artículo 9.2 del Código Civil se limita a remitirse al artículo 107.2 del mismo texto, que paradójicamente se remite de nuevo al propio artículo 9.2. Por tanto, tal y como concluye la autora mencionada *ut*

³⁵⁴ Vid. LÓPEZ AZCONA, Aurora, "La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura...", cit., p. 46.

supra, cabe afirmar que actualmente no existe una norma de conflicto que nos permita dirimir esta cuestión³⁵⁵. De hecho, la jurisprudencia tampoco ha sido capaz de ofrecer una respuesta uniforme³⁵⁶.

Por último, en el ámbito autonómico, las leyes vasca y valenciana – recordemos, esta última declarada inconstitucional por el TC en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre – han previsto expresamente su ámbito subjetivo de aplicación. A mi juicio, ambas Comunidades podrían haber rebasado su competencia, ya que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en exclusiva al Estado la competencia para establecer las reglas para resolver los conflictos de leyes.

En cuanto a la Ley valenciana 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven, lo cierto es que en un primer momento no llegó a plantear demasiados problemas, ya que en su artículo 2 establecía el mismo punto de conexión que el Código Civil en la anterior redacción del artículo 9.4 – la vecindad civil de los hijos –. El problema surgió en el momento en el que éste último precepto fue modificado por la Ley 26/2015 y pasó a recoger un punto de conexión diferente. En cualquier caso, dado que la Ley valenciana ha sido declarada inconstitucional – aunque por motivos diferentes al que nos ahora nos ocupa –, creo que no es preciso ahondar más en la cuestión.

Sí que puede resultar especialmente problemático desde un punto de vista constitucional lo dispuesto en la Ley del País Vasco 7/2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, cuyo artículo 2 establece como punto de conexión la vecindad civil de los

³⁵⁵ Vid. LÓPEZ AZCONA, Aurora, "La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura...", cit., p. 46.

³⁵⁶ A modo de ejemplo el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha utilizado diferentes puntos de conexión en sus Sentencias de 6 de octubre y de 16 de octubre de 2015. En la primera aplica la ley de residencia habitual común de ambos cónyuges, basándose en el Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 – pese a que, como hemos visto, éste excluye expresamente de su ámbito de aplicación la determinación de la ley aplicable a los efectos de la separación y del divorcio—. Por el contrario, en la segunda de las mencionadas sentencias, aplica la ley personal, con base en el primer párrafo de artículo 9.2 del Código Civil – que, sin embargo, se refiere a los efectos del matrimonio y no de la separación o el divorcio—.

progenitores. Además, recoge una regla de cierre, de acuerdo a la cual, se aplicará la Ley vasca cuando el matrimonio tenga su residencia habitual común en la citada Comunidad. Como ya he adelantado, considero que la constitucionalidad del mencionado precepto es más que discutible³⁵⁷, puesto que es contradictoria con la normativa del Código Civil e invade con ello la competencia exclusiva del Estado en la materia.

No es la primera vez que una Comunidad Autónoma se extralimita en su competencia e introduce reglas de Derecho internacional o interregional privado. Al respecto, la Compilación del Derecho civil de Baleares –Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares–, preveía su aplicación a quienes residieran en el territorio de dicha Comunidad, sin necesidad de probar su vecindad civil –art. 2.1–. Tras la interposición del oportuno recurso de inconstitucionalidad por parte del Presidente del Gobierno, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del mencionado precepto –*vid.* STC 156/1993, de 6 de mayo–. Por tanto, es posible que, si la ley vasca es objeto de recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional vuelva a pronunciarse en el mismo sentido y declare la inconstitucionalidad de su artículo 2.

C) Ámbito temporal

Por último, me voy a centrar en las peculiaridades que presentan algunas leyes autonómicas en su ámbito temporal de aplicación, especialmente en lo que se refiere a su posible carácter retroactivo. A tal efecto, me detendré por separado en las tres cuestiones que suscitan mayor debate. La primera de

³⁵⁷ *Vid.* en este mismo sentido: LÓPEZ AZCONA, Aurora, "La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura...", cit., p. 44; y BERIAIN FLORES, Irantzu, "Algunas reflexiones en torno a la constitucionalidad de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores", en: *Justicia en Tiempos de Crisis: publicación resultante de las Jornadas Justicia en Tiempos de Crisis: primer Encuentro Poder Judicial- Universidad, celebrado en Bilbao los días 14 y 15 de septiembre de 2015* —coord. ORDEÑANA GUEZURAGA, Ixusko y URIARTE RICOTE, Maite—, Consejo General del Poder Judicial, 2016, p. 562.

ellas tiene que ver con la posibilidad de aplicar la nueva ley a los procedimientos que ya estén en marcha; la segunda se refiere a su posible aplicación a los supuestos de modificación de las medidas adoptadas de acuerdo a la normativa anterior; y la tercera a si la mera la entrada en vigor de la nueva ley es o no suficiente por sí misma para poder instar un proceso de modificación de medidas.

a) Aplicación de la nueva ley a los procedimientos en marcha

Centrándome ya en la primera de las cuestiones que he planteado, han sido dos las Comunidades Autónomas que han previsto expresamente la posibilidad de aplicar la nueva norma a los procedimientos que se encuentren en curso en el momento de su entrada en vigor: Cataluña y la Comunidad Valenciana –aunque recordemos que la Ley valenciana fue declarada inconstitucional por el TC en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre–.

En cuanto al Derecho catalán, recoge esta previsión en el primer párrafo de la Disposición transitoria tercera de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña. Del tenor literal del precepto cabe extraer la posibilidad de aplicar la nueva ley a aquellos procedimientos que estén en marcha en el momento de su entrada en vigor, pero ello requerirá que exista acuerdo entre las partes. Por tanto, no resulta posible que el juez aplique la nueva norma a solicitud de una sola de las partes con oposición de la otra. No parece tampoco que pueda aplicarse la norma a los procesos en los que se haya dictado sentencia en primera instancia y se encuentren ya en fase de apelación –pese a que existiera acuerdo de las partes al respecto–, pues el precepto exige que esta posibilidad sea solicitada en el momento procesal oportuno, y considero que una vez se haya dictado sentencia en primera instancia dicho momento ha precluido.

Respecto a la Comunidad Valenciana, era la Disposición transitoria segunda de la Ley 5/2011 la que admitía la posibilidad de aplicar la nueva norma a los procedimientos en curso. De la mencionada Disposición transitoria, se extraía que podía aplicarse la Ley valenciana a los procedimientos judiciales

que se encontraran en trámite, pero siempre que no se hubiera dictado sentencia. Ahora bien, se planteaba la duda de si el precepto se refería exclusivamente a los procedimientos que se encontraran pendientes de sentencia en primera instancia, o si incluía también aquellos que estuvieran ya en trámite de apelación o casación. Sobre esta cuestión se pronunció por vez primera la Audiencia Provincial de Alicante en su Sentencia de 16 de junio de 2011, considerando que sólo cabía aplicar la norma valenciana cuando todavía no se hubiera dictado sentencia en primera instancia y excluyendo por tanto aquellos procesos que se encontraran en fase de apelación o casación³⁵⁸. Esta postura fue reiterada posteriormente por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su Sentencia de 24 de enero de 2012 y en sus Autos de 12 de marzo y de 17 de abril de 2012.

A diferencia de lo que hemos visto para el resto de Derechos autonómicos, la norma aragonesa sí ha sido objeto de aplicación por los tribunales en aquellos procedimientos en los que ya se había dictado sentencia en primera instancia –de acuerdo a la legislación anterior– y se encuentren en fase de apelación o casación. Aunque durante los primeros meses tras la entrada en vigor de la norma las Audiencias Provinciales de Aragón negaron esta posibilidad³⁵⁹, lo cierto es que pronto comenzaron a admitirla³⁶⁰, quedando zanjada definitivamente esta cuestión por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de julio de 2011, que reconoció expresamente la

³⁵⁸ La SAP de Alicante de 16 de junio de 2011 dispone que «(...) la interpretación literal y sistemática de la Disposición transitoria, ya que en cuanto supone una cierta retroactividad debe interpretarse de manera restrictiva o, al menos, estricta(...), y en este sentido es de reseñar que no menciona expresamente los procesos pendientes de recursos de apelación, casación o infracción procesal, siendo así que la expresión pendientes de sentencia puede entenderse limitada a aquellos pleitos en los que no se hubiere dictado resolución definitiva en primera instancia, y por tanto no comprende aquellos otros donde la sentencia ya hubiera sido dictada(...)». Posteriormente seguirían esta misma postura las SAP de Valencia de 22 de diciembre de 2011, de 18 de enero de 2012 y de 9 de febrero de 2012.

³⁵⁹ *Vid.* SAP de Zaragoza de 23 de septiembre de 2010, SAP de Zaragoza de 16 de noviembre de 2010, SAP de Zaragoza de 30 de noviembre de 2010, SAP de Zaragoza de 28 de diciembre de 2010, SAP de Zaragoza de 18 de enero de 2011, SAP de Zaragoza de 8 de marzo de 2011 y SAP de Zaragoza de 15 de marzo de 2011.

³⁶⁰ La SAP de Zaragoza de 29 de marzo de 2011 fue pionera en aplicar la nueva normativa en fase de apelación.

posibilidad de aplicar la nueva ley en fase de apelación aunque la sentencia de primera instancia se hubiera dictado antes de su entrada en vigor.

Otra duda que cabe plantearse, muy relacionada con lo anterior, es si la entrada en vigor de la ley mientras el procedimiento se encuentra pendiente de sentencia permitiría a las partes introducir nuevas pretensiones no recogidas en la demanda inicial – por ejemplo, solicitar la adopción del régimen de custodia compartida si no se había hecho antes –. A mi modo de ver, esta posibilidad debería descartarse por completo, por ser contraria al principio “*mutatio libellis*”, de acuerdo al cual una vez fijado el objeto del proceso, éste no puede cambiarse por nuevas pretensiones de las partes – arts. 412, 426 y 456.1 Lec. –.

b) Aplicación de la nueva ley a los supuestos de modificación de las medidas adoptadas de acuerdo a la legislación anterior

Me referiré ahora a la segunda de las cuestiones con las que abría este apartado, es decir, a si es posible aplicar las nuevas normas autonómicas a los procedimientos de modificación de medidas adoptadas de acuerdo a la normativa anterior. Esta cuestión ha sido contemplada por todas las leyes autonómicas – a excepción de la Navarra, que no recoge régimen transitorio – y todas han previsto expresamente la posibilidad de aplicar la nueva regulación en los procedimientos de modificación de medidas. El Código del Derecho Foral de Aragón se refiere a ello en el primer párrafo de su Disposición transitoria sexta³⁶¹, el Código Civil de Cataluña, en el segundo párrafo de la Disposición transitoria tercera de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, en su artículo 1.1 b) y en su Disposición transitoria única, y, por último, la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven – recordemos, declarada inconstitucional por el TC –, se refería a la posibilidad de aplicar la nueva

³⁶¹ En su origen recogida en la Disposición transitoria primera de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

normativa a los procedimientos de revisión de medidas en su Disposición transitoria primera.

Ahora bien, unas y otras han previsto un régimen diverso. Así, en el caso de las leyes aragonesa y catalana no se exigen ningún requisito para que la nueva ley se aplique a los procedimientos de modificación de medidas adoptadas de acuerdo a la normativa anterior³⁶², por lo que cabe entender que dicha aplicación es automática. Sin embargo, la ley vasca requiere que alguna de las partes o el ministerio fiscal lo soliciten³⁶³ –al igual que hacía la anulada Ley valenciana³⁶⁴ – y, además, exige que el juez estime que se dan las circunstancias recogidas en la nueva norma, aunque lo cierto es que no queda claro a qué circunstancias alude exactamente. No parece desde luego que se refiera al ámbito objetivo de aplicación de la nueva ley, pues en su artículo 1.1 b) ya señala expresamente que se incluyen dentro del mismo los procesos de modificación de medidas adoptados de acuerdo a la normativa anterior. Más bien, podría estar refiriéndose al ámbito subjetivo de aplicación, en el sentido de que la nueva ley no podrá aplicarse al proceso de modificación de medidas cuando ambos progenitores hayan perdido la vecindad civil vasca.

³⁶² Vid. Disposición transitoria sexta del Código del Derecho Foral de Aragón: «Las normas de la Sección 3ª del Capítulo II del Título II son de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad al 8 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres»; y Disposición transitoria tercera de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña: «(...) Estos efectos se mantienen sin perjuicio de la aplicación del Código civil en los procesos matrimoniales que puedan entablarse entre los propios cónyuges después de la entrada en vigor de la presente ley».

³⁶³ Vid. Disposición transitoria única de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio: «Las normas de esta Ley serán de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a su entrada en vigor, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal lo soliciten y el juez estime que se dan las circunstancias recogidas en ella».

³⁶⁴ Disposición transitoria primera de la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril: «A través del procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma».

c) La entrada en vigor de la nueva ley como fundamento para instar un proceso de modificación de medidas

Finalmente, el tercero y último de los aspectos a los que me refería al inicio de este apartado es el relativo a si la mera entrada en vigor de la nueva ley es suficiente por sí misma para instar un procedimiento de modificación de medidas.

La norma que ha previsto esta posibilidad de forma más clara ha sido la aragonesa, que la recoge en el segundo párrafo de la Disposición transitoria sexta del Código del Derecho Foral de Aragón³⁶⁵. En ella, se otorga a la Ley aragonesa una cierta eficacia retroactiva³⁶⁶, ya que no sólo prevé su aplicación a los procedimientos de modificación de las medidas adoptadas de acuerdo a la legislación anterior, sino que llega a admitir la posibilidad –aunque con un límite temporal de un año desde su entrada en vigor (el 8 de septiembre de 2010)– de que la mera solicitud de la custodia compartida por alguna de las partes sea causa suficiente para revisar las medidas establecidas –cabe entender que únicamente las relativas a la guarda y custodia³⁶⁷ – y acomodarlas a la nueva norma, sin recoger la exigencia tradicional de que se hayan alterado las circunstancias³⁶⁸.

³⁶⁵ En su origen en la Disposición transitoria primera de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres

³⁶⁶ Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, "Custodia compartida en Aragón...", cit., p. 92; DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar: análisis jurisprudencial", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año Nº 88, Nº 732, 2012, p. 2317; y SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia", *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2012, p. 206.

³⁶⁷ En este sentido se ha pronunciado la AP de Zaragoza en su Sentencia de 29 de mayo de 2012, señalando que «la entrada en vigor del Código de Derecho Foral de Aragón, no supone una revisión de lo ya resuelto con anterioridad, a diferencia de la guarda y custodia de los hijos menores, salvo que concurra alguna alteración en las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su momento(...)».

³⁶⁸ Así ha sido entendido también por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su Sentencia de 18 de abril de 2012, en la que señala que «la posibilidad ofrecida por la Disposición transitoria primera se configura así como un cauce de revisión que, evidentemente, no supone una causa de revisión automática y obligatoria, como también reconoce el recurrente, pero permitía solicitarla en el plazo de un año para todas las medidas adoptadas antes de la entrada en vigor de la ley sin necesidad de que se hubiera producido una alteración sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción». Vid también: STSJ de Aragón de 13 de marzo de 2013.

En cuanto al Código Civil catalán, recoge en el tercer párrafo de su Disposición transitoria tercera la posibilidad de que se revise, a petición de parte, el régimen de guarda y custodia acordado, aunque no aclara si es necesario o no que concurra una alteración de las circunstancias. Ante esta falta de claridad, debemos acudir una vez más a la interpretación que le han dado los tribunales para poder comprender el sentido de la misma. A tal efecto, resulta clarificadora la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de mayo 2014, en la que se señala expresamente que de acuerdo al tercer párrafo de la Disposición transitoria tercera, la entrada en vigor de la nueva norma permite instar un proceso de modificación de medidas sin necesidad de que concurra una alteración de las circunstancias³⁶⁹. A mi juicio, esta postura jurisprudencial conlleva un importante inconveniente, y es que admitir sin límite de tiempo la posibilidad de interponer una demanda de modificación de medidas con la única base de que se ha producido un cambio legislativo, supone una enorme inseguridad jurídica para el ciudadano. Al respecto, hubiera sido conveniente que, como hemos visto que ocurre en el caso aragonés, se hubiera fijado legalmente un límite temporal para plantear la citada demanda.

En términos semejantes al Código Civil de Cataluña se pronuncia la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que a través de su Disposición transitoria única también permite la posibilidad de que se revise el régimen de guarda y custodia acordado a petición de parte –en este caso también a

³⁶⁹ La STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2014 ha señalado que «(...) en lo que se refiere a la guarda y custodia de los menores y al régimen de visitas del progenitor no custodio con ellos, la DT 3ª.3 de la Ley 25/2010 permite modificar el régimen dispuesto por resolución judicial, con o sin convenio regulador, dictada bajo la legislación precedente (CF) a fin de adecuarlo a lo dispuesto en el art. 233-10 CCCat (y demás concordantes), con tal de que así lo solicite cualquiera de los progenitores y aunque no se haya producido una modificación de las circunstancias consideradas ab initio. Nótese de todas formas que la remisión expresa que dicha Disposición transitoria (DT 3ª.3) contiene al art. 233-10 CCCat no podrá conllevar la automática implantación de la custodia compartida en aquellos supuestos en los que venía rigiendo la custodia individual o monoparental decidida bajo la vigencia del CF, puesto que en tales casos la autoridad judicial vendrá obligada, en todo caso y sin apriorismos, a chequear conforme a los criterios y las circunstancias previstas en el art. 233-11 CCCat si la modificación es beneficiosa para el menor afectado».

petición del ministerio público—. Ahora bien, a mi modo de ver, de la Ley del País Vasco sí parece desprenderse la necesidad de que concurra una alteración de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el momento de adopción de las medidas. Téngase en cuenta que su Disposición transitoria única exige que se den las condiciones previstas en la propia Ley para que pueda procederse a la revisión de las medidas y, si vamos al articulado de la Ley, se exige expresamente que exista una alteración de las circunstancias — arts. 5.6 c), 5.9, 7.5 y 13.4 Ley 7/2015—. Sin embargo, lo cierto es que la doctrina vasca se ha decantado por una interpretación amplia de la norma y ha considerado que es posible solicitar la modificación de las medidas con independencia de que se haya producido o no una alternación de las circunstancias³⁷⁰.

Respecto al resto de leyes autonómicas, al no preverse esta posibilidad, cabría entender que queda excluida³⁷¹. Por ende, la mera entrada en vigor de la nueva norma no sería causa suficiente para solicitar una modificación de las medidas establecidas en la sentencia³⁷², siendo necesario que concurriera una alteración de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta, por ser el requisito exigido con carácter general en nuestra normativa procesal civil³⁷³. Así

³⁷⁰ Vid. AYERRA MICHELENA, Kepa, *Derecho Civil Vasco de Familia: Comentario crítico a la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, 1ª ed., p. 413.

³⁷¹ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, en: "Posibilidad de cambio a custodia compartida sin que haya alteración sustancial de circunstancias" —PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, José María—, *El Derecho*, Boletín de Derecho de Familia, Nº 108, 2011, p. 4; MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, "El convenio regulador: acuerdos en materia de alimentos amplios respecto de los hijos", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 279; y DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 14.

³⁷² Vid. CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, "Ley Valenciana...", cit., p. 22; y DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven", *XIII Jornadas IDADFE: Crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, UNED de Calatayud, 2014, p. 2.

³⁷³ Vid. art. 775.1 Lec.

ha sido interpretado por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su Sentencia de 23 de octubre de 2012³⁷⁴.

No obstante, lo cierto es que en el caso de la Comunidad Valenciana el Tribunal Superior de Justicia admitió la posibilidad de instar un procedimiento de modificación de medidas con base exclusivamente en la modificación legislativa que supuso la nueva normativa, por considerar que constituía en sí misma una alteración sustancial de las circunstancias³⁷⁵. A mi modo de ver, la postura adoptada por el alto Tribunal valenciano merece una crítica, en primer lugar porque llevó a cabo una interpretación que iba mucho más allá de lo previsto en la ley; y, en segundo lugar, por la enorme inseguridad jurídica que esta situación podía generar, sobre todo si tenemos en cuenta que, al igual que ocurre en el caso de Cataluña y el País Vasco, no se preveía ningún límite temporal para instar dicha modificación.

4. DERECHO COMPARADO

En este apartado voy a presentar las normas que regulan la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en los países de nuestro entorno, con especial referencia a la situación existente en el Derecho italiano.

³⁷⁴ Vid. FD 4º: «(...) la mera aprobación y entrada en vigor de la nueva regulación legal navarra, (...) no constituye una circunstancia nueva que permita revisar las medidas ya establecidas en resolución judicial firme conforme a la legalidad precedente».

³⁷⁵ Aunque en un principio los tribunales valencianos rechazaron esta posibilidad —vid. SAP de Valencia de 22 de noviembre de 2012—, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia terminó aceptándola en su Sentencia de 6 de septiembre de 2013: «(...) la modificación sobrevenida de las reglas de derecho derivada de la regulación legislativa de la Ley valenciana permite la revisión judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación anterior, respecto de casos concretos y cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal lo soliciten, mediante el procedimiento de modificación de medidas definitivas acordadas con arreglo a la legislación anterior en procesos de separación, nulidad o divorcio con base en la modificación legislativa de las reglas contenidas en la nueva legislación valenciana, pues en definitiva la alteración de las reglas de derecho aplicables constituye una alteración de las circunstancias que llevaron a la adopción de uno u otro régimen de custodia». Posteriormente, esta doctrina sería seguida por las SAP de Valencia de 1 de abril de 2014, de 15 de mayo de 2014, de 26 de mayo de 2014 y de 8 de septiembre de 2014 —entre otras—.

4.1. El Derecho italiano

Las dos figuras que utiliza el Derecho italiano para articular el modo en el que los progenitores van a atender a sus hijos tras la ruptura matrimonial son el *affidamento* y la *collocazione*³⁷⁶:

A) Affidamento

El *affidamento* se recoge en los artículos 337 ter a 337 octies del *Codice Civile* y tiene como principal objeto regular el modo concreto en el que se va a ejercer la responsabilidad parental –*responsabilità genitoriale*– sobre los hijos una vez que tiene lugar la ruptura de pareja de sus progenitores³⁷⁷. Aquí encontramos la primera diferencia con la guarda y custodia española, que, como hemos visto, con carácter general no afecta al ejercicio de la patria potestad, que sigue correspondiendo a ambos padres –art. 92.4 Cc.–.

Además, a diferencia de nuestra guarda y custodia, el *affidamento* no siempre comprende la determinación del progenitor que va a convivir con el menor –tal y como ha sido puesto de manifiesto de forma prácticamente unánime por jurisprudencia³⁷⁸ y doctrina³⁷⁹–. Sí la incluye en los supuestos en

³⁷⁶ Sobre el *affidamento* y la *collocazione* en el Derecho italiano, y sus diferencias con la guarda y custodia española, *vid.* ampliamente: MARTÍNEZ CALVO, Javier, “El “*affidamento*” y la “*collocazione*” en el Derecho italiano: una visión comparada con la guarda y custodia española”, *Revista de Derecho de Familia*, Nº 78, 2018, pp. 51-88.

³⁷⁷ *Vid.* Trib. Bologna, 24 aprile 2006; Trib. Messina, 18 luglio 2006; Trib. Milano, 6 ottobre 2006; Trib. Viterbo, 18 ottobre 2006; y Trib. Firenze, 13 dicembre 2006. *Vid.* también: LONGO, Franco, “Diritti del minore, mediazione familiare e affidamento condiviso”, *Famiglia e Diritto*, fasc. 1, 2003, p. 8; FAVA, Giovanna, “Quando l'affido condiviso non funziona: dalla sanzione all'affido esclusivo con esclusione dall'esercizio della potestà”, *Giurisprudenza di merito*, fasc.12, 2008, p. 3; GRASSI, Claudia, “Potestà genitoriale e affidamento della prole”, *Giustizia Civile*, fasc.10, 2008, p. 5; DOGLIOTTI, Massimo, “Affidamento condiviso e individuale”, en: *Affidamento condiviso e diritti dei minori —coord.* DOGLIOTTI, Massimo— Lex Nova, Torino, 2008, p. 51 y 115; y BASINI, Giovanni Francesco, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso. Gli aspetti di diritto sostanziale (art. 337 ter c.c.)”, *Codice Commentato di famiglia, minori e soggetti deboli* —BASINI, Giovanni Francesco, BONILINI, Giovanni y CONFORTINI, Massimo—, Utet Giuridica, 2014, p. 1160.

³⁷⁸ *Vid.* Trib. Salerno, 30 giugno 2006; Trib. Messina, 18 luglio 2006; Trib. Milano, 6 ottobre 2006; Trib. Viterbo, 18 ottobre 2006; Trib. Firenze, 13 dicembre 2006; Trib. Pisa, 20 dicembre 2006; Cass., 8 febbraio 2012; Cass., 17 maggio 2012; y Cass., 15 maggio 2013.

los que se atribuye a uno de los progenitores –*affidamento esclusivo*–, pero no en aquellos en los que se asigna conjuntamente a ambos –*affidamento condiviso*–, ya que en estos casos la determinación del progenitor que va a convivir junto al menor es objeto de una decisión ulterior. Prueba de ello es que el *Codice Civile* italiano, tras regular el *affidamento*, encarga al juez la tarea de determinar el tiempo y modalidad de presencia del menor con cada uno de sus progenitores –art. 337 ter.2–. Pues bien, para llevar a cabo esta última tarea se cuenta con la figura de la *collocazione*, a la que me referiré en el siguiente apartado.

Resulta conveniente realizar con una breve mención a la evolución que ha experimentado la legislación italiana relativa al *affidamento*. Para ello, me detendré en tres importantes hitos: la Ley n° 898, de 1 de diciembre de 1970 –y, más en concreto, la modificación introducida en la misma a través de la Ley n° 74, de 6 de marzo de 1987–, la Ley n° 54, de 8 de febrero de 2006 y el Decreto Legislativo n° 154, de 28 de diciembre de 2013.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley n° 54 de 2006, la regulación italiana del *affidamento* se recogía en dos normas diferentes: por un lado, estaba el *Codice Civile*, que en su artículo 155.1 preveía únicamente el *affidamento esclusivo*³⁷⁹; y, por otro la Ley n° 898, de 1 de diciembre de 1970 –conocida como Ley del divorcio–, que, tras la reforma introducida por la Ley n° 74, de 6 de marzo de 1987, establecía en su art. 6.2 la posibilidad de establecer

³⁷⁹ Vid. CASCONI, Piero, “Affidamento alternato? una pia illusione. Duplica i problemi nella gestione dei figli”, *Diritto & Giustizia*, fasc.8, 2005, p. 3; DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso del figli nella separazione en el divorcio*, Cedam, Padova, 2006, p. 91; FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della familia e diritto alla “bigenitorialità”: L’affidamento dei figli dopo la legge n. 54/2006*, eum, 2008, p. 221; DOGLIOTTI, Massimo, “Affidamento condiviso...”, cit., p. 48 y 51; CUBEDDU, Maria Giovanna, “Accordi sull’affidamento dei figli, riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti urgenti”, *Rivista del notariato*, fasc.1, 2010, p. 6; IRTI, Claudia, *Affidamento condiviso e casa familiare*, Jovene Editore Napoli, 2010, p. 39; AULETTA, Tommaso, “L’attuazione dei principi sull’affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall’entrata in vigore della nuova disciplina”, *Famiglia, persone e successioni*, fasc. 6, 2012, p. 4; ASTIGLIANO, Flavio, “Affidamento condiviso, inidoneità dei genitori e possibilità di affidamento del minore a terzi”, *Famiglia, persone e successioni*, fasc. 10, 2012, p. 2; y BASINI, Giovanni Francesco, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...”, cit., p. 1148.

³⁸⁰ “Il giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati”.

también el *affidamento congiunto* y el *alternato*³⁸¹. Se discutía si esta última norma era aplicable también a los supuestos de separación, una posibilidad respecto a la que tanto la jurisprudencia³⁸² como la doctrina mayoritarias³⁸³ se pronunciaron en sentido favorable.

Por tanto, durante este periodo coexistieron en el Derecho italiano tres posibles regímenes de *affidamento* de los hijos menores para los supuestos de crisis de pareja: *esclusivo*, *congiunto* y *alternato*.

El *affidamento esclusivo* se caracterizaba —y se sigue caracterizando— porque la responsabilidad parental era ejercida, con carácter general, por uno solo de los progenitores —el *affidatario*—³⁸⁴. En este sentido, tanto el *Codice Civile* —art. 155.3— como la Ley del divorcio de 1970 —art. 6.4— atribuían en exclusiva al progenitor *affidatario* el ejercicio de la responsabilidad parental³⁸⁵.

La ley no señalaba, sin embargo, en qué consistían el *affidamento congiunto* y el *alternato*, por lo que fue la doctrina la que configuró su contenido:

En cuanto al *affidamento congiunto*, se consideró que suponía el ejercicio compartido de la responsabilidad parental, y, aunque tuvo una escasa aplicación práctica, es posible encontrar en la jurisprudencia algunos pronunciamientos que lo establecen³⁸⁶.

³⁸¹ “Ove il Tribunale lo ritenga utile all'interesse dei minori, anche in relazione all'età degli stessi, può essere disposto l'affidamento congiunto o alternato”.

³⁸² Vid. Cass., 13 luglio 1987; Cass., 2 luglio 1990; Cass., 4 maggio 1991; y Cass., 13 dicembre 1995.

³⁸³ Vid. VAGLIO, Sergio, “Affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio”, *Famiglia e Diritto*, 1995, 3, p. 2; MORELLO DI GIOVANNI, Donatella, “Affidamento congiunto nella separazione personale tra i coniugi”, *Famiglia e Diritto*, fasc. 5, 1997, p. 1; FIORAVANTI, Chiara Daniela, “Separazione personale: assegno per il coniuge e affidamento dei figli”, *Famiglia e Diritto*, fasc. 1, 2002, p. 4; FIGONE, Alberto, “L'affidamento al Comune del figlio minore in sede di separazione”, *Famiglia e Diritto*, fasc. 4, 2003, p. 1; MERELLO, Simone, “I rapporti personali tra genitori e figli”, *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 3, 2003, p. 15; CASCONI, Piero, “Affidamento alternato?...” cit., p. 2; DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso...*, cit., p. 11; ANSALDO, Anna, “Il divorzio”, en: *Affidamento condiviso e diritti dei minori —coord. DOGLIOTTI, Massimo—* Lex Nova, Torino, 2008, p. 177; FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”...*, cit., p. 187; y BASINI, Giovanni Francesco, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso”, cit., p. 1152.

³⁸⁴ Vid. FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”...*, cit., p. 45.

³⁸⁵ “Il coniuge cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi”.

³⁸⁶ Vid. Trib. Min. Perugia, 1 marzo 1994; y Trib. Brindisi, 11 gennaio 2001.

Respecto al *affidamento alternato*, su nota más característica es que comportaba un reparto equitativo del tiempo de permanencia del menor con cada uno de los progenitores³⁸⁷. En cuanto al ejercicio de la responsabilidad parental, la doctrina no terminaba de ponerse de acuerdo acerca de si en estos supuestos la ejercía en exclusiva el progenitor que tenía al menor en cada momento o debía establecerse un ejercicio conjunto³⁸⁸. Tampoco estaba claro si eran los hijos los que debían ir rotando entre las viviendas de sus progenitores o si, por el contrario, éstos permanecían en la misma vivienda y los que rotaban eran los progenitores. Lo cierto es que la jurisprudencia tampoco terminó de aclarar todas estas cuestiones, ya que el *affidamento alternato* apenas llegó a aplicarse³⁸⁹.

El 16 de marzo de 2006 entró en vigor la Ley nº 54, de 8 de febrero de 2006 y la regulación del *affidamento* pasó a estar recogida en los artículos 155 al 155 *sexies* del *Codice Civile*. Cabe señalar que la mencionada norma supuso una profunda reforma de la materia que nos ocupa: se prescindió del *affidamento congiunto* y del *alternato*, previendo únicamente dos modelos de *affidamento*: el *condiviso* –art. 155.2 del *Codice Civile*– y el *esclusivo* –art. 155 bis del *Codice Civile*–.

En *affidamento esclusivo* se configura en los mismos términos que antes de la reforma y, en cuanto al *affidamento condiviso*, guarda gran similitud con el *affidamento congiunto* que preveía la Ley del divorcio de 1970, hasta el punto de

³⁸⁷ Vid. MERELLO, Simone, “I rapporti personali...”, cit., p. 14; DOGLIOTTI, Massimo, “Affidamento condiviso...”, cit., p. 49; FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”...*, cit., p. 50; y ASTIGGIANO, Flavio, “Affidamento condiviso...”, cit., p. 2.

³⁸⁸ Vid. CASCONI, Ciro, “Affidamento alternato?...”, cit., p. 5; DOGLIOTTI, Massimo, “Affidamento condiviso...”, cit., p. 49; y FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”...*, cit., pp. 61 y 86.

³⁸⁹ Uno de los pocos pronunciamientos en establecer el *affidamento alternato* fue la Sentencia del Tribunal de Roma de 12 de mayo de 1987, que dispuso que los hijos permanecieran en la misma vivienda y los padres fueran ocupando el que había sido el domicilio conyugal durante los periodos de convivencia con ellos.

que la doctrina duda de que exista en realidad alguna diferencia entre uno y otro³⁹⁰.

La reforma estuvo inspirada en el principio de *bigenitorialità*³⁹¹, que sustituyó al de *monogenitorialità*³⁹² y que supone que ambos progenitores deben tener un contacto continuado con sus hijos menores y desempeñar un rol paritario en su educación, formación y cuidado³⁹³. A la vista de ello, el principio de *bigenitorialità* puede identificarse con nuestros principios de coparentalidad y corresponsabilidad parental.

La normativa volvió a ser objeto de reforma a través del Decreto Legislativo n° 154, de 28 de diciembre de 2013 –con entrada en vigor el 7 de febrero de 2014–; aunque dicha reforma no supuso en realidad un gran cambio y, en líneas generales, se limitó a trasladar la regulación del *affidamento* a los artículos 337 ter a 337 octies del *Codice Civile*, dejando sin contenido los artículos 155 al 155 sexies.

B) Collocazione

La jurisprudencia y doctrina italianas vienen utilizando el término *collocazione*³⁹⁴ –aunque en ocasiones se le han dado denominaciones diversas:

³⁹⁰ Vid. FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della familia e diritto alla "bigenitorialità"...*, cit., p. 141.

³⁹¹ Vid. Trib. Bari, 13 settembre 2006. Vid. también: MANERA, Giovanni, "Se un'elevata conflittualità tra i genitori (uno dei quali tacciato di omosessualità) escluda l'applicazione in concreto dell'affidamento condiviso", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 4, 2007, p. 2; GRASSI, Claudia, "Potestà genitoriale...", cit., pp. 1 y 3; FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della familia e diritto alla "bigenitorialità"...*, cit., p. 96; DOGLIOTTI, Massimo, "Affidamento condiviso...", cit., p. 13; NAPOLI, Gaetano Edoardo, "L'interesse del minore a vivere con uno solo dei genitori nel quadro delle tendenze normative verso la bigenitorialità", *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 1, 2009, p. 3; IRTI, Claudia, *Affidamento condiviso...*, cit., p. 37; CICERO, Cristiano, "Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 3, 2013, p. 2; y BASINI, Giovanni Francesco, "Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...", cit., p. 1141.

³⁹² Vid. ANSALDO, Anna, "Il divorzio", cit., p. 182.

³⁹³ Vid. DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso...*, cit., p. 5; ANSALDO, Anna, "Il divorzio", cit., p. 182; IRTI, Claudia, *Affidamento condiviso...*, cit., p. 37; y ASTIGGIANO, Flavio, "Affidamento condiviso...", cit., p. 2.

³⁹⁴ Vid. Trib. Bologna, 26 aprile 2006; Trib. Bari, 13 settembre 2006, Cass., 10 ottobre 2008; Cass., 8 febbraio 2012; Cass., 17 maggio 2012; y Cass., 15 maggio 2013. Vid. también: VAGLIO, Sergio, "Affidamento dei figli...", cit., p. 1; MORELLO DI GIOVANNI, Donatella, "Affidamento congiunto...", cit., p. 2;

*domiciliazione privilegiata*³⁹⁵, *residenza principale*³⁹⁶, etc.— para referirse a la cuestión de qué progenitor va a convivir con el menor tras la ruptura de la pareja.

Desde este punto de vista, la guarda y custodia española podría equipararse en cierto modo a la *collocazione*, en la medida en que permite determinar qué progenitor va a convivir en el día a día con el menor y, en principio, no afecta al ejercicio de la patria potestad, que salvo casos excepcionales se mantiene de forma conjunta en ambos progenitores —art. 92.4 Cc.—. No obstante, esto tampoco es del todo cierto, o al menos, supone una visión demasiado simplista de la guarda y custodia. Como hemos visto en el primer capítulo, es inevitable que el cuidado directo del menor requiera la adopción de decisiones cotidianas de menor importancia que, por razones de inmediatez, deberán ser tomadas por el progenitor que en cada momento se encuentre en compañía del menor. Por ende, cuando se debate sobre la guarda y custodia, se están planteando dos cuestiones: quién va a convivir con el menor y ejercer el cuidado directo sobre el mismo y quién irá adoptando las decisiones diarias de menor importancia que requieran dicho cuidado. Es por ello que podemos decir que, aunque la guarda y custodia española se identifica principalmente con la *collocazione* italiana, también mantiene algunos puntos de conexión con la figura del *affidamento*.

Como ya he anticipado, en los supuestos de *affidamento esclusivo*, la determinación del progenitor con el que va a convivir el menor no plantea

FERRANDO, Gilda, “L’assegnazione della casa familiare”, en: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* — coord. DOGLIOTTI, Massimo—, Lex Nova, Torino, 2008, p. 116; BATÀ, Antonella y SPIRITO, Angelo, “Separazione dei coniugi e affidamento dei figli”, *Famiglia e Diritto*, fasc. 1, 2012, p. 1; ARCERI, Alessandra, “Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità”, *Famiglia e Diritto*, fasc. 7, 2012, p. 3; AULETTA, Tommaso, “L’attuazione dei principi sull’affidamento dei figli...”, cit., p. 9; BASINI, Giovanni Francesco, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...”, cit., p. 1148; y DI LALLO, Alice, “Minore collocato dalla madre perché maggiormente in grado di garantire il diritto alla bigenitorialità”, *Diritto & Giustizia*, fasc.10, 2016, p. 4.

³⁹⁵ Vid. Trib. Messina, 18 luglio 2006; Trib. Pisa, 9 maggio 2007; y Trib. Messina, 25 settembre 2007.

³⁹⁶ Vid. Trib. Civitavecchia, 2 ottobre 2007. Vid. también: SACCHETTI, Lamberto, “Dell’affidamento congiunto imposto”, *Famiglia e Diritto*, fasc. 3, 2003, 3, p. 4.

mayores problemas, puesto que el *affidamento* incluirá también la *collocazione*, que, por tanto, corresponderá al *progenitor affidatario*.

El problema se plantea en aquellos supuestos en los que se acuerda el *affidamento condiviso*, pues será necesario determinar qué progenitor va a convivir con el menor, o lo que es lo mismo, el régimen de *collocazione*. A ello se refiere el artículo 337 ter.2 del *Codice Civile*, que señala que el juez debe determinar el tiempo y modalidad de presencia del menor con cada uno de sus progenitores³⁹⁷. Por ende, en el caso del *affidamento condiviso*, se distinguirá entre el progenitor *affidatario* conviviente con el menor –*collocatario*– y el progenitor *affidatario* que no convive con él –*no collocatario*–³⁹⁸.

Antes de la reforma de 2006, la doctrina italiana ya venía considerando que el *affidamento congiunto* presentaba dos modalidades³⁹⁹: el *affidamento congiunto con residenza privilegiata*, referido a aquellos supuestos en los que el menor residía de forma permanente con uno de los progenitores; y el *affidamento congiunto con residenza alternata*, en el que el menor alternaba su permanecía con uno u otro progenitor en los periodos de tiempo convenidos⁴⁰⁰.

Con la reforma impulsada por la Ley n° 54 de 2006, la única referencia a la *collocazione* pasó a recogerse en el art. 155.2 del *Codice Civile*: “*il giudice(...) determina i tempi e le modalita` della loro presenza presso ciascun genitore*”. Ya hemos visto que, tras la entrada en vigor del Decreto Legislativo n° 154 de 2013, el nuevo artículo 337 ter.2 del *Codice Civile* recoge el mismo contenido que el antiguo artículo 155.2.

El hecho de que continúe sin estar prevista en el Derecho italiano la posibilidad de que el juez establezca una *collocazione* similar con ambos progenitores, no quiere decir que se excluya⁴⁰¹. A esta modalidad de *collocazione*

³⁹⁷ “*il giudice(...) determina i tempi e le modalita` della loro presenza presso ciascun genitore*”.

³⁹⁸ Vid. FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della familia e diritto alla “bigenitorialità”...*, cit., p. 222.

³⁹⁹ Vid. FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della familia e diritto alla “bigenitorialità”...*, cit., p. 55.

⁴⁰⁰ Vid. FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della familia e diritto alla “bigenitorialità”...*, cit., p. 56.

⁴⁰¹ Vid. FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della familia e diritto alla “bigenitorialità”...*, cit., p. 226.

se le suele denominar *collocazione alternata*⁴⁰², y, aunque su aplicación práctica ha sido escasa, es posible encontrar algún pronunciamiento que la adopta⁴⁰³.

4.2. Referencia a otros ordenamientos de nuestro entorno

A) Francia

En cuanto a la legislación francesa, las reglas sobre la guarda y custodia de los hijos menores están previstas en el artículo 373 del *Code Civil*, que fue modificado por la Ley 305/2002, de 4 de marzo, de reforma de la patria potestad⁴⁰⁴. En dicha reforma se introdujo la figura de la guarda y custodia compartida, aunque se le dio la denominación de residencia alterna — *résidence alternée* —.

B) Inglaterra

En el Derecho inglés, la atribución de la guarda y custodia de los menores se recoge en la *Children Act 1989*. En su Part. II, Section 8 (I) regula, por medio de las denominadas “*orders*”, diversos aspectos relativos al menor. Las “*orders*” pueden ser de tres tipos: “*a child arrangements order*”, a través de la cual se determina la persona con la que va a convivir el menor y el modo en el que se va a relacionar con otras personas —que podrá ser el progenitor que no convive con el menor, sus familiares o cualquier persona ligada al menor por

⁴⁰² Vid. BASINI, Giovanni Franceso, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...”, cit., p. 1151.

⁴⁰³ Vid. Trib. Chieti, 28 giugno 2006.

⁴⁰⁴ Impulsada por la entonces Ministra de la Familia y la Infancia, Segolène Royal —vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, “La custodia compartida...”, cit., p. 7—.

un vínculo afectivo⁴⁰⁵—; “*a prohibited steps order*”, que supone una prohibición de adoptar una determinada decisión por parte de sus progenitores sin contar con el consentimiento del tribunal; y “*a specific issue order*”, cuyo objetivo es solucionar cualquier controversia concreta que pueda surgir en el ejercicio de la responsabilidad parental sobre un menor. A nosotros nos interesa la “*child arrangements order*”.

C) Bélgica

En el Derecho belga, las reglas de atribución de la guarda y custodia se recogen en el artículo 374 del *Code Civil*. Dicho precepto fue modificado por la Ley de 18 de junio de 2006, introduciendo la custodia compartida en el Derecho belga. Ahora bien, la norma belga no utiliza la expresión custodia compartida, sino que habla de *résidence égalitaire* —residencia igualitaria— para referirse a esta figura.

D) Alemania

En cuanto al Derecho alemán, se refiere al ejercicio de la responsabilidad parental sobre los hijos menores tras la ruptura matrimonial en los párrafos 1626 y 1671 del *Bürgerliches Gesetzbuch* —en adelante *BGB*—, pero no recoge una regulación específica de la guarda y custodia. Lo que hace es atribuir a uno de los progenitores —o a ambos— el ejercicio de la patria potestad en su conjunto⁴⁰⁶. Como posteriormente veremos al analizar el régimen jurídico supletorio previsto en el *Bürgerliches Gesetzbuch*⁴⁰⁷, cuando el

⁴⁰⁵ Vid. ZAMBRANO, Virginia, “Affidamento condiviso ed esperienze europee”, en: *Affidamento condiviso e diritti dei minori —coord. DOGLIOTTI, Massimo —*, Lex Nova, Torino, 2008, p. 310.

⁴⁰⁶ Vid. GODOY MORENO, Amparo, “La guarda y custodia compartida...”, cit., pp. 320-321; DE TORRES PEREA, José Manuel, “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIX, Fascículo II, 2006, pp. 687-688; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida...*, cit., p. 278; y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, “La custodia compartida...”, cit., p. 26.

⁴⁰⁷ Vid. Epígrafe 1.4.B).d) del Capítulo IV.

ejercicio de la patria potestad se atribuye en exclusiva a uno de los progenitores, éste conllevará también el cuidado diario del menor. Respecto a los casos en los que se mantiene el ejercicio conjunto de la patria potestad y los progenitores no alcanzan un acuerdo acerca de quién va a convivir con el menor, cualquiera de ellos puede acudir al juez para que decida. En cuanto a la posibilidad de establecer una convivencia alternada del menor con ambos progenitores, el hecho de que no haya sido prevista por el Derecho alemán ha provocado que la mayoría de autores consideren que sólo resulta admisible en los supuestos de mutuo acuerdo. A ello me referiré posteriormente con mayor detalle⁴⁰⁸.

E) República Checa

Por último, creo que resulta interesante hacer una breve referencia a la República Checa, pues fue el primer Estado europeo en introducir el régimen de guarda y custodia compartida. Recoge la cuestión de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en el *Zákon o Rodině* –Código de Familia–, aprobado mediante la Ley 94/1963 y que ha experimentado diversas modificaciones. La más importante fue la que tuvo lugar con ocasión de la entrada en vigor de la Ley nº 91/1998, que introdujo el régimen de guarda y custodia compartida en el artículo 26 del *Zákon o Rodině*. Como he adelantado, la citada norma es considerada, dentro del ámbito europeo, la legislación más antigua sobre la guarda y custodia compartida⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Vid. Epígrafe 1.4.B).d) del Capítulo IV.

⁴⁰⁹ Vid. MORERA VILLAR, Beatriz, *Guarda y custodia...*, cit., p.110.

CAPÍTULO III: DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

1. TRIBUNAL COMPETENTE PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

En este apartado describiré brevemente la competencia para la determinación del régimen de guarda y custodia. Puesto que dicha determinación se efectúa normalmente en el seno del proceso de nulidad, separación y divorcio, procederé a examinar la competencia para conocer de dichos procesos.

Cabe advertir en primer lugar que, tras la reforma operada a través de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria⁴¹⁰, nuestro Código Civil admite que, en los supuestos en los que exista acuerdo entre las partes, la separación o el divorcio se tramiten ante notario o ante el letrado de la administración de justicia – arts. 82.1 y 87 Cc. –. No obstante, dicha posibilidad se excluye cuando existen hijos menores no emancipados – arts. 82.2 y 87 Cc. –. En la materia que nos ocupa – atribución de la guarda y custodia –, por hipótesis, hay implicados hijos menores no emancipados, por lo que los procedimientos de separación o divorcio se desarrollarán en todo caso ante el juez.

Una vez hecha la anterior advertencia, voy a analizar la competencia objetiva y territorial de los tribunales civiles de nuestro país para conocer de

⁴¹⁰ Vid. apartados dieciocho y veintiuno de la Disposición final primera.

proceso de nulidad, separación y divorcio, para después centrarme en aquellos supuestos en los que los Juzgados del orden civil pierden su competencia en favor de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Por último, me detendré brevemente en la posibilidad de que un proceso en el que se dilucide la guarda y custodia de los hijos menores acceda en casación al Tribunal Supremo.

La competencia territorial y objetiva de los tribunales para conocer de los procesos matrimoniales y de menores está prevista en el artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴¹¹.

En cuanto a la competencia territorial, de acuerdo a lo dispuesto por el mencionado precepto, el primer aspecto a tener en cuenta para determinarla es si la demanda de separación o divorcio se presenta de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro; o bien se presenta sin acuerdo entre las partes.

En los supuestos de mutuo acuerdo y en aquellos que se inste por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, resultará competente el tribunal correspondiente al último domicilio común o al domicilio de cualquiera de los solicitantes –art. 769.2 Lec. –.

En el caso de que el procedimiento se desenvuelva de forma contenciosa, será competente el tribunal del lugar del domicilio conyugal –art. 769.1 Lec. –. Pero si los cónyuges residen en distintos partidos judiciales, el demandante podrá optar por presentar la demanda en el último domicilio del matrimonio o bien en el lugar de residencia del demandado. Además se prevé que, para aquellos supuestos en los que el demandado carezca de domicilio o lugar de residencia fija, el demandante pueda optar por presentar la demanda en el lugar donde se halle el demandado o en el de su última residencia. Por último, se recoge una regla de cierre para los supuestos en los que no pueda determinarse la competencia territorial de acuerdo a las reglas anteriores, en

⁴¹¹ Vid. GUASP DELGADO, Jaime y ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Derecho procesal civil. Tomo II: Procesos declarativos especiales*, Civitas, 2002, 5ª ed., pp. 196-198; SOSPEDRA NAVAS, *Los procesos de familia*, Thomson Civitas, 2006, 1ª ed., pp. 32-48; y GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil. II. Los procesos especiales*, Colex, 2012, 4ª ed., pp. 310-314.

cuyo caso resultará competente el tribunal correspondiente al domicilio del demandante.

Además, en el tercer apartado del artículo 769 Lec. se recogen las reglas para determinar la competencia territorial en aquellos supuestos en los que la guarda y custodia de los hijos menores se dilucide fuera del procedimiento de separación o divorcio, en clara alusión a los supuestos de ruptura de parejas no matrimoniales con hijos a cargo⁴¹². Aunque estos casos exceden del objeto de este trabajo —recordemos que se limita a la determinación del régimen de guarda y custodia en los supuestos de ruptura matrimonial—, cabe apuntar, a modo de simple mención, que resultarán competentes los tribunales del lugar del último domicilio común de los progenitores; y, para el caso de que los progenitores residan en diferentes partidos judiciales, el demandante podrá optar por presentar la demanda ante el tribunal correspondiente al domicilio del demandado, o bien ante el que se encuentre en el lugar donde tenga su residencia el menor.

Por último, cuando se inste por alguna de las partes la adopción de medidas previas o provisionalísimas, resultará competente el tribunal del lugar donde se encuentre el domicilio del demandante —art. 771.1 Lec.—⁴¹³.

Una vez vista la competencia territorial, pasamos a considerar la competencia objetiva, o lo que es lo mismo, qué tribunal concreto dentro de un determinado territorio es competente para conocer de los procedimientos de ruptura matrimonial.

En principio, resultará competente el Juzgado de Primera Instancia —art. 769.1 Lec.—, sin perjuicio de que la competencia corresponda a los Juzgados de Familia allí donde existan⁴¹⁴. En aquellos lugares en los que, no existiendo Juzgados de Familia, haya varios de Primera Instancia, resulta habitual que se

⁴¹² Vid. en este sentido la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado.

⁴¹³ Vid. SOSPEDRA NAVAS, *Los procesos de familia...*, cit., p. 43; y GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil...*, cit., p. 313.

⁴¹⁴ Los Juzgados de Familia se crearon por el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, que les atribuye competencia para conocer los procedimientos de nulidad, separación y divorcio —entre otras materias—.

atribuya a uno de ellos el conocimiento exclusivo de todos los asuntos relativos al Derecho de familia⁴¹⁵.

No obstante todo lo anterior, como ya he adelantado, habrá supuestos en los que tanto los Juzgados de Primera Instancia como los de Familia pierdan su competencia en favor de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Dichos tribunales fueron creados con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que a través de su artículo 43 introduce un artículo 87 bis en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en el que se prevé la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Estos Juzgados adquirirán competencia de forma exclusiva y excluyente cuando concurran los cuatro requisitos cumulativos que establece el tercer párrafo del artículo 87 ter LOPJ —introducido por el artículo 44 LOMPIVG—. El primero exige que el proceso verse sobre algunas de las materias previstas en el segundo punto del artículo 87 ter LOPJ, entre las que se encuentra la nulidad, separación o divorcio. En segundo lugar se exige que alguna de las partes —obviamente, hay que entender que la esposa⁴¹⁶— sea víctima de violencia de género en los términos previstos en el primer párrafo del precepto⁴¹⁷. El tercer requisito consiste en que alguna de las partes —en este

⁴¹⁵ A tal efecto, el artículo 98.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, faculta al Consejo General del Poder Judicial a atribuir a un Juzgado de Primera Instancia el conocimiento exclusivo de determinada clase de asuntos —en este caso de Derecho de familia—.

⁴¹⁶ Para que pueda conocer de un asunto el Juzgado de Violencia de la Mujer es requisito imprescindible que la víctima sea la mujer —*vid.* ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, "Procesos de familia y violencia de Género", *Práctica de Tribunales*, Nº 100, 2013, p. 7—.

⁴¹⁷ El apartado 1.a) del art. 87 ter LOPJ se refiere a los siguientes delitos: «*delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género*».

caso hay que entender que el varón⁴¹⁸ – resulte imputada en diferentes grados de autoría – como autor, inductor o cooperador necesario – en la realización de actos de violencia de género. Por último, se exige que se hayan iniciado actuaciones ante el juez de violencia sobre la mujer o que se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

El último requisito es el que puede generar mayores problemas de concreción. Aunque su segunda parte no genera ningún tipo de controversia – puesto que la existencia o no de una orden de protección es un dato objetivo fácil de constatar –, no ocurre lo mismo con su primera parte, ya que no está claro cuándo debe entenderse que se han iniciado actuaciones penales ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Al respecto, no parece razonable que la mera presentación de una denuncia sea suficiente para determinar la competencia exclusiva del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, pues no debe descartarse la posibilidad de que dicha denuncia resulte finalmente inadmitida⁴¹⁹. Esta posición queda reforzada por lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 87 *ter* de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que faculta al juez de violencia de género a inadmitir la denuncia cuando aprecie de forma notoria que los hechos puestos en su conocimiento no son constitutivos de violencia de género. Por todo ello, considero que, con carácter general, para que concurra este requisito es necesaria al menos una calificación jurídica de los hechos como constitutivos de un delito o falta de violencia de género⁴²⁰.

No obstante lo anterior, del tenor del artículo 49 bis.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cabe interpretar que habrá un supuesto en el que el juez

⁴¹⁸ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 365; y ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, "Procesos de familia...", cit., p. 7.

⁴¹⁹ Vid. en este mismo sentido a CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán, "Procesos matrimoniales y violencia de género", *Práctica de Tribunales*, Nº 101, 2013, pp. 2-3.

⁴²⁰ Vid. en este mismo sentido: PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit., p. 690: «(...) hay que entender que la mera presentación de una denuncia o querrela, si no va seguida de su admisión a trámite, no supone la iniciación del proceso penal, deben de haberse incoado diligencias previas o juicio de faltas o haberse dictado auto de admisión de la querrela»; y CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán, "Procesos matrimoniales...", cit., p. 3.

civil perderá su competencia aunque todavía no haya tenido lugar la iniciación del proceso penal ni se haya dictado una orden de protección. Esto ocurrirá cuando el propio juez de violencia sobre la mujer le requiera para que se inhiba.

Otra cuestión que cabe plantearse es si la comisión de actos de violencia contra los hijos menores es suficiente para determinar la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. A mi juicio, esta posibilidad debe descartarse, ya que el precepto estudiado es muy claro al exigir que se trate de actos de violencia de género. Por ende, cuando las agresiones contra los menores constituyan hechos aislados, mantendrá su competencia el Juzgado de Familia o de Primera Instancia; mientras que si van unidos a actos de violencia de género, la competencia se trasladará a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁴²¹.

De acuerdo a todo lo anterior, cuando tengan lugar actos de violencia contra la mujer, el Juzgado de Primera Instancia o de Familia pierde su competencia objetiva para conocer el asunto de que se trate. En este sentido, el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil –en la redacción dada por el artículo 57 LOPIVG– recoge tres supuestos en los que el juez civil deberá inhibirse, que en síntesis son los siguientes: cuando tenga noticia de la comisión de un acto de violencia que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección; cuando tenga noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección –siempre que tras citar a las partes, el ministerio fiscal decida interponer denuncia ante el juez de violencia sobre la mujer y éste último le requiera para que se inhiba–; o bien cuando un juez de violencia sobre la mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil y le requiera para su inhibición.

⁴²¹ Vid. VEGA TORRES, Susana, "Malos tratos y menores", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 138.

Como puede observarse, se recoge un supuesto en el que el propio Juzgado de Primera Instancia o de Familia deberá inhibirse de oficio y dos en los que deberá esperar al requerimiento del Juzgado de Violencia sobre la Mujer para inhibirse.

Otro de los aspectos que llama la atención es que, mientras en el primer supuesto se fija como fecha límite para la inhibición la apertura de la fase oral⁴²², en los otros dos no se establece ningún límite temporal. A respecto, sería conveniente de *lege ferenda* que en los casos regulados en los párrafos segundo y tercero del artículo 49 bis Lec. también se previera algún límite temporal⁴²³.

El desplazamiento de la competencia objetiva al Juzgado de Violencia sobre la Mujer implicará también una alteración de la competencia territorial, ya que de acuerdo al artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –en adelante Lecrim.–, en aquellos casos en los que resulte competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá dada por el lugar del domicilio de la víctima.

Ahora bien, el precepto no aclara si debe estarse al lugar del domicilio de la víctima en el momento en que se desarrollen los hechos violentos, o bien al que tenga en el momento de interponer la denuncia. Esta cuestión ha sido resuelta por el Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2006, que ha señalado que habrá que estar al lugar donde se encuentre el domicilio de la víctima en el momento en el que se produzcan los hechos delictivos⁴²⁴.

Por otro lado, parecería razonable entender que, si finalmente el proceso penal concluye sin responsabilidad criminal del denunciado –por

⁴²² Respecto al momento en el que debe entenderse que se produce la apertura de la fase oral, se ha discutido si el precepto se refiere al día en el que se celebra la vista propiamente dicha, o bien el día en el que el juez fija la fecha de su celebración. La Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado se ha pronunciado a favor de la primera opción, al señalar que «(...) deberá entenderse iniciada la fase de juicio oral, cuando el procedimiento haya llegado a la celebración de la vista prevista en el artículo 443 LEC, tras la cual el juez debe dictar sentencia, salvo que quede pendiente prueba que no haya podido practicarse en el acto del juicio oral».

⁴²³ Vid. CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán, "Procesos matrimoniales...", cit., p. 4.

⁴²⁴ Vid. Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2006: «(...) por domicilio de la víctima habrá que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio(...)».

archivo, sobreseimiento o sentencia absolutoria—, el Juzgado de Primera Instancia o de Familia recuperase la competencia para juzgar el litigio en detrimento del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Sin embargo, el legislador no ha previsto legalmente esta posibilidad, lo que ha provocado que un sector doctrinal y jurisprudencial se haya mostrado partidario de que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer mantenga su competencia, bien por la falta de previsión legal de una nueva remisión al Juzgado de Primera Instancia⁴²⁵, o bien para evitar los vaivenes que generaría que el procedimiento estuviera pasando de un tribunal a otro⁴²⁶.

No obstante, sin negar tan perniciosos efectos, no puedo compartir esta opinión. Y es que no debemos olvidar que la ausencia de responsabilidad criminal hace que no concurran los requisitos que hemos visto que recoge el artículo 87 ter LOPJ para que pueda resultar competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Por ende, aun cuando no está legalmente prevista la posibilidad de un nuevo reenvío, lo cierto es que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer no está legitimado para seguir conociendo de un asunto que de por sí nunca le debería haber llegado⁴²⁷, por lo que considero que procede la remisión del asunto nuevamente al Juzgado que resulta competente en virtud del artículo 769 Lec. —que no es otro que el Juzgado de Primera Instancia o de Familia—.

Tras analizar la competencia objetiva y territorial de los tribunales, cabe señalar que si las partes —alguna de ellas o ambas— no están conformes con la

⁴²⁵ Vid. ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, "Procesos de familia...", cit., p. 14; y LÓPEZ JARA, Manuel, "La competencia para conocer del procedimiento de modificación de medidas definitivas. Problemática de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 12, 2016, p. 7. Vid. también en este sentido: Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18 de julio: «(...) no puede mantenerse una interpretación favorable a la pérdida de competencia sobrevenida del Juzgado de Violencia sobre la Mujer a favor del Juzgado de Primera Instancia en tales casos, ya que implicaría una alteración de la competencia no prevista legalmente»; y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de marzo de 2006.

⁴²⁶ Vid. ONTIVEROS RODRÍGUEZ, Francisco, "Competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer: el art. 99 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (problemática y propuestas de reforma)", *La Ley*, Nº6695, 2007, tomo 2, p. 1835; y CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 48.

⁴²⁷ Vid. CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán, "Procesos matrimoniales...", cit., p. 4.

sentencia dictada por el tribunal competente en primera instancia, podrán presentar recurso de apelación ante la Audiencia Provincial del territorio de que se trate (salvo en el supuesto de las medidas previas o provisionales, que no se pueden recurrir – art. 771.2 Lec –)⁴²⁸.

En el caso de que alguna de las partes continúe disconforme tras la sentencia dictada en apelación, podrá presentar recurso ante el Tribunal Supremo por vía del artículo 477.2.3 Lec., siempre que el asunto revista interés casacional⁴²⁹. Ahora bien, el alto Tribunal se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que sólo cabe examinar en casación los casos de guarda y custodia cuando el juez *a quo* haya aplicado incorrectamente el principio del interés superior del menor⁴³⁰. Por ende, no puede considerarse como una tercera instancia y no cabrá en ningún caso una nueva apreciación de la prueba o de las circunstancias concurrentes⁴³¹, más allá de comprobar la correcta aplicación del mencionado principio.

2. ITER TEMPORAL EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

Con carácter general, las medidas que regirán la nueva situación tras la ruptura matrimonial serán las que se fijen en la sentencia de nulidad,

⁴²⁸ Por aplicación analógica del art. 771 Lec., cabe entender que tampoco pueden recurrirse las medidas provisionales, dado el escaso periodo de vigencia que van a tener. *Vid.* en este sentido la SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2007.

⁴²⁹ También cabría impugnar las infracciones procesales que puedan existir cuando concurren los requisitos para el recurso extraordinario por infracción procesal.

⁴³⁰ *Vid.* a modo de ejemplo: STS de 23 de mayo de 2005, de 28 de septiembre de 2009, de 8 de octubre de 2009, de 21 de julio de 2011, de 22 de julio de 2011, de 27 de septiembre de 2011, de 10 de enero de 2012, de 9 de marzo de 2012, de 27 de abril de 2012, de 25 de octubre de 2012, de 25 de febrero de 2013, de 29 de abril de 2013, de 7 de junio de 2013, de 30 de junio de 2014, de 8 de mayo de 2015, de 29 de marzo de 2016, de 20 de abril de 2016, de 30 de mayo de 2016 y de 12 de septiembre de 2016.

⁴³¹ *Vid.* STS de 27 de abril de 2012.

separación o divorcio, ya hayan sido acordadas por las partes —a través de los instrumentos de que disponen— o decididas por el juez. Es lo que conocemos tradicionalmente como medidas definitivas.

No obstante, con anterioridad al momento en el que se dicte la mencionada sentencia, se establecen ya una serie de medidas que regulan las relaciones entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos. Dentro de este grupo encontramos las medidas provisionales y las previas o provisionalísimas — estas últimas podrán darse o no, en función de que se soliciten y el juez decida establecerlas—.

Por tanto, podemos decir que el procedimiento se divide en dos fases: una primera en la que establecerán las medidas provisionales —y anteriormente las previas, si proceden—; y una segunda fase en la que se fijarán las medidas definitivas⁴³².

2.1. Régimen de guarda y custodia como medida previa o provisional en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio

Las medidas provisionales se recogen en el artículo 103 del Código Civil, mientras que las medidas previas o provisionalísimas están previstas en el artículo 104. Comenzaré exponiendo brevemente las diferencias unas y otras, pues no son exactamente iguales, existiendo a mi juicio cuatro grandes diferencias.

La primera radica en el momento en que se adoptan. Las medidas provisionales son aquellas que se establecen una vez interpuesta la demanda de nulidad, separación o divorcio —art. 103 Cc.—⁴³³; mientras que las medidas

⁴³² Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. pp. 188 y ss.; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis Y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia...*, cit., pp. 112 y ss.

⁴³³ Lo normal es que se solicite su establecimiento en el momento de presentación de la demanda —art. 773.1 Lec.— o de la contestación, si no se hubieran establecido con anterioridad —art. 773.4 Lec.—. No obstante, también podrá hacerse en cualquier momento posterior, siempre y cuando la petición se base

previas o provisionalísimas son aquellas que se solicitan y se establecen con anterioridad a la interposición de la demanda — art. 104 Cc. — .

La segunda diferencia es que mientras las medidas previas o provisionalísimas deben ser solicitadas por alguna de las partes para que el juez pueda pronunciarse sobre ellas — nos encontramos ante un supuesto de justicia rogada⁴³⁴ —, las medidas provisionales deberán ser establecidas por el juez en todo caso⁴³⁵ — arts. 103 Cc y 773.2 Lec —⁴³⁶.

La tercera diferencia es que el cónyuge que solicite el establecimiento de medidas provisionales tiene derecho a que el juez se pronuncie sobre ellas en todo caso — fijando bien las medidas solicitadas o bien otras —⁴³⁷; mientras que en el caso de las medidas provisionalísimas queda al arbitrio del juez establecerlas o posponerlas hasta el momento de presentación de la demanda⁴³⁸.

Por último, la cuarta diferencia es relativa a la duración de las medidas. Así, mientras las provisionales estarán en vigor hasta el momento en el que se dicte sentencia definitiva o se ponga fin al procedimiento de otro modo⁴³⁹ — art.

en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos — art. 730.4 Lec. —. *Vid.* en este sentido: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., pp. 92-93.

⁴³⁴ *Vid.* BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El interés superior del menor...", cit., p. 3295

⁴³⁵ El 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 proponía eliminar la obligatoriedad de que el juez se pronunciara de oficio (en defecto de acuerdo) sobre las medidas provisionales. En su artículo 1.12, por el que se hubiera modificado el artículo 103.1 del Código Civil, se preveía la sustitución del término «adoptará» por la expresión «podrá adoptar». Por ende, de haber prosperado la reforma, el establecimiento de medidas provisionales en defecto de acuerdo de los progenitores hubiera pasado a ser una facultad con la que contara el juez, pero que no estaría obligado a ejercer.

⁴³⁶ No ocurre lo mismo sin embargo en los Derechos aragonés catalán y vasco, en los que la adopción de medidas provisionales exige en todo caso petición de parte — art. 84 CDFA, art. 233-1 a) y b) Cc.Cat. y art. 13.2 Ley del País Vasco 7/2015 —.

⁴³⁷ Nuevamente la situación es diferente en las legislaciones autonómicas, ya que dejan libertad al juez para que adopte o no medidas provisionales según considere — art. 84 CDFA, art. 233-1 a) y b) Cc.Cat. y art. 13.2 Ley del País Vasco 7/2015 —.

⁴³⁸ *Vid.* LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil IV...*, cit., p. 118.

⁴³⁹ Normalmente, por desistimiento de las partes, pero también cabe plantearse la posibilidad de que se dicte una sentencia desestimatoria. Aunque en principio parece complicado, pueden darse supuestos muy excepcionales — ej. no estaban casados, el tribunal ante el que se presenta la demanda no resulta competente, no concurre el requisito que exigen los arts. 81 y 86 Cc. de que hayan transcurrido tres

106 Cc.—⁴⁴⁰, las medidas previas o provisionalísimas tendrán una vigencia máxima de treinta días⁴⁴¹, tras los cuales se extinguirán si no se ha presentado la correspondiente demanda de nulidad, separación o divorcio⁴⁴². En caso contrario, es decir, si se interpone la mencionada demanda, las medidas previas se elevarán directamente a medidas provisionales, sin necesidad de pronunciamiento judicial alguno⁴⁴³. No cabe por tanto solicitar el establecimiento de medidas provisionales cuando ya se hubieran adoptado con anterioridad medidas previas o provisionalísimas⁴⁴⁴, aunque sí se admite la posibilidad de que éstas sean completadas o modificadas por el juez⁴⁴⁵ — así se desprende del segundo párrafo del artículo 772 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

El contenido de las medidas provisionales y de las previas o provisionalísimas es coincidente, ya que el artículo 104 Cc. admite que se adopten con carácter previo todas las medidas previstas en el artículo 103 Cc.

Nos interesa especialmente el primer punto del precepto, pues es el que recoge las previsiones relativas a la guarda y custodia de los hijos menores:

meses desde la celebración del matrimonio, etc.— en los que el tribunal decida desestimar la demanda de separación o divorcio.

⁴⁴⁰ Ésta es la regla que ha previsto también el legislador del País Vasco en el artículo 13.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

⁴⁴¹ En cuanto al cómputo del plazo de treinta días, se ha discutido si comienza a transcurrir desde la fecha en que se dicta el auto de medidas previas o desde la fecha en que éste es notificado a las partes. A mi juicio, lo más correcto es estar a la fecha en la que se notifique a las partes, pues en caso contrario un retraso en la notificación del auto de medidas previas supondría una limitación del plazo con el que cuentan las partes para interponer la demanda —*vid.* en este mismo sentido: BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El interés superior del menor...", cit., pp. 3294-3295—.

⁴⁴² Esta misma regla se recoge en la Ley del País Vasco 7/2015 —*vid.* art. 13.1—.

⁴⁴³ Así nos lo recuerda el Auto de la AP de Barcelona de 29 de octubre de 2004, que señala que «el citado art. 772 no prevé la obligatoriedad de que las medidas provisionales previas a la demanda se confirmen en todo caso. Por el contrario, la regla es que las medidas previas continúan vigentes salvo que se acuerde su modificación(...)».

⁴⁴⁴ Esta posibilidad está excluida expresamente por el art. 773 Lec., que admite la solicitud de medidas provisionales «*siempre que no se hubieren adoptado con anterioridad*».

⁴⁴⁵ Si son las propias partes las que desean una modificación, cabe entender que tendrían que presentar la correspondiente demanda de modificación de medidas —*vid.* Epígrafe 1.2 del Capítulo VI—.

«admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía».

Por tanto, de acuerdo al artículo 103.1 del Código Civil, son dos las cuestiones que debe determinar el juez: quién va a ejercer provisionalmente la guarda y custodia del menor, o si corresponde a ambos de forma compartida — pues como enseguida veremos, es una opción posible también en sede de medidas provisionales— y cómo se va a organizar el régimen de visitas para garantizar que aquél que no tenga consigo a los menores pueda comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía.

Se ha discutido si es posible o no establecer el régimen de guarda y custodia compartida como medida previa o provisional. Del tenor literal del artículo 103.1 Cc. podría deducirse que no cabe adoptar el citado régimen, ya que habla de determinar *«con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos»* y no hace ninguna referencia a la posibilidad de que el cuidado de los menores pueda ser encomendado conjuntamente a ambos progenitores. Esto ha llevado a algunos autores a descartar esta posibilidad⁴⁴⁶.

A mi juicio, a pesar de la deficiente redacción del precepto, lo cierto es que si ponemos en relación lo dispuesto en el artículo 103.1 Cc. con lo dispuesto en el artículo 92 Cc. y tenemos además en cuenta el espíritu de la norma — plasmado en su Exposición de Motivos⁴⁴⁷ —, es perfectamente posible adoptar

⁴⁴⁶ Vid. NANCLARES VALLE, Javier, "La guarda y custodia de los hijos menores...", cit., p. 156; e IGLESIAS REINA, Marta, *Custodia compartida y vivienda familiar*, Universidad Complutense de Madrid, Trabajo Final de Máster Universitario en Derecho Privado, 2013, p. 26.

⁴⁴⁷ Vid. Exposición de Motivos Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio: *«(...) Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido*

un régimen de guarda y custodia compartida con carácter provisional, especialmente cuando así lo decidan de común acuerdo los propios progenitores⁴⁴⁸.

Incluso considero que podría resultar deseable en muchos casos que se estableciera el régimen de custodia compartida con carácter provisional⁴⁴⁹, pues ello permitiría al juez comprobar, antes de dictar sentencia definitiva, si el mencionado régimen está funcionando bien y si conviene o no darle continuidad⁴⁵⁰.

Además de recoger previsiones relativas a la guarda y custodia de los hijos menores, el artículo 103.1 del Código Civil también contiene otras cuestiones de interés, como la posibilidad de otorgar la guarda a un tercero distinto de los progenitores —que ya he analizado en el primer capítulo de este trabajo— o la facultad que concede al juez, cuando exista riesgo de sustracción

que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse. Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés(...)»

⁴⁴⁸ Vid. Exposición de Motivos Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio: «*los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida*».

⁴⁴⁹ De haber prosperado la reforma que pretendía introducir el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia que presentó el Gobierno en el año 2013, esta cuestión hubiera quedado fuera de toda discusión, ya que el nuevo artículo 103.1 del Código Civil hubiera incluido expresamente la posibilidad de adoptar la custodia compartida como medida provisional mientras se sustenta el procedimiento. En este sentido, el art. 1.12 del mencionado Anteproyecto de Ley pretendía dar al art. 103.1 Cc. la siguiente redacción: «*Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, podrá adoptar, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 1ª Las relacionadas con el ejercicio de la patria potestad conjunta respecto a los hijos y en particular, el régimen de cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos, así como los periodos de convivencia con cada progenitor, en su caso(...)*».

⁴⁵⁰ Ésta ha sido la solución que ha adoptado por ejemplo el legislador francés, que prevé expresamente la posibilidad de establecer provisionalmente el régimen de custodia compartida durante un determinado plazo, antes de que el juez se pronuncie definitivamente sobre la guarda y custodia del menor —vid. art. 373.2.9 del *Code Civil*: «*En aplicación de los dos artículos precedentes, la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno los progenitores, con carácter alterno, o en domicilio de uno de ellos. Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una alternancia de residencia durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la alternancia de residencia del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos*»—.

del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas, de adoptar las medidas necesarias para evitarlo⁴⁵¹.

Antes de cerrar este apartado cabe hacer referencia a otras medidas que, aunque se dictan al margen del procedimiento civil de nulidad, separación o divorcio, no por ello dejan de ser medidas previas y provisionales. Me estoy refiriendo a aquellas que se adoptan en el seno de un procedimiento penal por violencia de género y, en concreto, a las que pueden incluirse dentro de una orden de protección. En este sentido, el séptimo párrafo del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé la posibilidad de incorporar a la orden de protección medidas de naturaleza civil. Si nos fijamos en la segunda parte del precepto, es fácil darse cuenta de que estas medidas se asemejan tanto a las medias previas o provisionalísimas como a las provisionales⁴⁵², cumpliendo la función de ambas. Actuarán a modo de medidas previas o provisionalísimas durante los treinta días siguientes al momento en el que se dicta la orden de protección en la que se incluyan —obsérvese tienen la misma vigencia que las medidas previas adoptadas en un proceso civil— y como medidas provisionales desde el momento en el que se interponga la correspondiente demanda de nulidad, separación o divorcio, también por un periodo máximo de treinta días —tras lo cual, deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente—.

Lo interesante para el objeto de este estudio es que dentro del contenido de las medidas de naturaleza civil de la orden de protección puede incluirse la determinación del guarda y custodia de los hijos menores⁴⁵³. Ahora bien, a

⁴⁵¹ En particular, el precepto menciona las siguientes medidas: prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa, prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido y sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor; aunque nada impide que pueda adoptar otras que estime necesarias.

⁴⁵² Vid. VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Estado actual de la guarda y custodia y el régimen de visitas ante supuestos de violencia de género", en: *Logros y retos: Actas del III congreso universitario nacional de investigación y género* —VÁZQUEZ BERMUDEZ, Isabel—, 2011, p. 2044; y HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, "Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 300.

⁴⁵³ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género", en: *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* —coord. DE HOYOS SANCHO, Montserrat—, Lex Nova, 2009, p. 219.

diferencia de lo que ocurre cuando las medidas previas o provisionales se adoptan al amparo de los artículos 103 y 104 del Código Civil, en este caso cabe descartar que pueda establecerse un régimen de guarda y custodia compartida, puesto que el artículo 92.7 del Código Civil excluye dicho régimen 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 ambos⁴⁵⁴.

2.2. Régimen de guarda y custodia como medida definitiva

Lo primero que hay que empezar diciendo, para no dar lugar a equívocos, es que el término “definitivas” lo usamos para distinguirlas de las medidas provisionales y de las previas o provisionalísimas⁴⁵⁵, pero no porque las medidas sean definitivas en sentido estricto⁴⁵⁶. De hecho no lo son, pues aunque tienen una cierta vocación de permanencia, la sentencia que pone fin al procedimiento de nulidad, separación o divorcio no produce efectos de cosa juzgada ⁴⁵⁷, siendo perfectamente posible instar un procedimiento de modificación de medidas si así lo aconsejan las nuevas necesidades de los hijos o se alteran las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de su adopción – arts. 90.3 y 91 Cc. y 775 Lec. –.

⁴⁵⁴ Vid. Epígrafe 3.2.E).b).i) del Capítulo IV.

⁴⁵⁵ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. p. 196: «Se les llama medidas definitivas por contraposición a las medidas provisionales, adoptadas mientras se tramite el procedimiento, y a las medidas previas o provisionalísimas, anteriores a la interposición de la demanda».

⁴⁵⁶ Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis (et. al.), revisada por RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho Civil IV...*, cit., p. 97.

⁴⁵⁷ Vid. STS de 23 de septiembre de 1996. Vid. también: LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 289; GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Menores...", cit., p. 997 y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., pp. 1156 y 1157.

Ello ha llevado a algún autor a considerar que sería más correcto emplear la expresión "medidas judiciales"⁴⁵⁸. No obstante, considero que tampoco esta denominación termina de resultar acertada, ya que medidas definitivas serán tanto las que establezca el propio juez en su sentencia —éstas si serán medidas judiciales— como las que fijen los cónyuges de común acuerdo en el convenio regulador, que a mi juicio resulta muy discutible calificar como judiciales⁴⁵⁹.

Al margen de debates terminológicos, las medidas definitivas serán tanto aquellas que acuerden los cónyuges en el correspondiente convenio regulador —o en un instrumento autonómico de similar naturaleza—, como las que establezca el juez en la sentencia.

El Código Civil regula estas medidas en sus artículos 90 —para el caso de que se adopten por las partes de común acuerdo— y 91 —si se trata de un procedimiento contencioso—⁴⁶⁰. También nuestra normativa procesal se ha preocupado de recoger estas medidas en su articulado. En concreto, lo hace el artículo 774 Ley de Enjuiciamiento Civil, que lleva por título "medidas definitivas".

Como puede deducirse de lo anterior, existen dos tipos de medidas definitivas, en función de la forma en la que se hayan determinado. Por un lado están aquellas que han sido convenidas por las propias partes —en el supuesto de que nos encontremos ante un procedimiento de mutuo acuerdo— y, por

⁴⁵⁸ Vid. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, "Crisis parentales y custodia de los hijos en España", *XIII Jornadas IDADFE: Crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, UNED de Calatayud, 2014, p. 8: «(...) no deja de ser llamativa la opción del legislador procesal, pues algo que está abocado a modificarse en caso de alteración de las circunstancias puede calificarse de cualquier manera, salvo probablemente de definitivo. A nuestro juicio, pues, resulta preferible seguir hablando de medidas judiciales(...)».

⁴⁵⁹ Máxime si tenemos en cuenta que, tras la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria — vid. puntos 18 y 21 de su Disposición derogatoria única—, los artículos 82 y 87 de nuestro Código admiten que el convenio regulador pueda formalizarse ante el letrado de la administración de justicia o incluso ante notario —siempre que no existan hijos menores o con la capacidad judicialmente modificada—.

⁴⁶⁰ En el ámbito autonómico sólo Cataluña menciona expresamente las medidas definitivas. Lo hace en el artículo 233-2 del Código Civil catalán para el caso de las medidas definitivas adoptadas en convenio regulador y en el artículo 233-4 para las medidas definitivas por la autoridad judicial.

otro, las que establece el juez en defecto de acuerdo –cuando el litigio se resuelva de forma contenciosa–. A ello me referiré en el siguiente apartado.

3. FORMAS DE DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

Una vez analizados los diferentes momentos en los que puede establecerse el régimen de guarda y custodia de los hijos menores, me voy a referir a las formas de determinación del mismo. Como anticipaba, la ruptura matrimonial puede articularse a través de dos vías: el procedimiento contencioso o el de mutuo acuerdo. En este apartado voy a analizar por separado ambas posibilidades, comenzando por los supuestos en los que el régimen de guarda y custodia es adoptado de común acuerdo por los progenitores y terminando con los casos en los que el régimen de guarda y custodia es impuesto judicialmente.

3.1. Régimen de guarda y custodia establecido por acuerdo de los progenitores

En el procedimiento de mutuo acuerdo son los propios cónyuges los que deciden conjuntamente las medidas que regirán su ruptura y, entre ellas, el régimen de guarda y custodia de sus hijos menores. Resulta conveniente apuntar que, para poder hablar de procedimiento de mutuo acuerdo, es necesario que las partes lleguen a un acuerdo sobre todas y cada una de las medidas definitivas a adoptar⁴⁶¹. Es decir, si se produce un acuerdo parcial,

⁴⁶¹ Vid. PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit, p. 679; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 391; CASTILLA BAREA, Margarita, "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 123; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1094; y SOLÉ RESINA, Judith, "La guarda y custodia...", cit., p. 98.

continuará el litigio contencioso, aunque cabe entender que se limitará a aquellas cuestiones en las que existan discrepancias⁴⁶².

Nuestro Derecho civil concede un amplio margen a la autonomía de la voluntad⁴⁶³, y, aunque en el caso del Derecho de familia está atenuado⁴⁶⁴, lo cierto es que las partes cuentan con un extenso poder de decisión para regular las relaciones entre sí y con sus hijos tras la ruptura matrimonial⁴⁶⁵. Además, la Ley 15/2005, de 8 de julio, reforzó el principio de autonomía de la voluntad,

⁴⁶² Vid. UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis, "La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia", *La Ley*, Nº 7996, 2013, tomo 1, p. 1205.

⁴⁶³ También los ordenamientos autonómicos reconocen un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes. A modo de ejemplo, en el Derecho aragonés rige el principio "*Standum est chartae*", que otorga prioridad los acuerdos alcanzados por las partes siempre que no resulten de imposible cumplimiento o sea contrarios a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés. En este sentido, el art. 3 del Código de Derecho Foral de Aragón señala que «*Se estará en juicio y fuera de él a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés*». Este es el caso también del Derecho navarro, en el que rige el principio "*paramiento fuero vienze*" o "*paramiento ley vienze*", de acuerdo al cual la voluntad de los particulares prima sobre el resto de normas, siempre que no sobrepase los límites previstos. El principio "*paramiento fuero vienze*" o "*paramiento ley vienze*" está previsto en la Ley 7 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, que señala que «*conforme al principio "paramiento fuero vienze" o "paramiento ley vienze", la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad*».

⁴⁶⁴ Sobre la autonomía privada en materia de Derecho de familia y sus límites, *vid.* ampliamente: BARRIO GALLARDO, Aurelio, *Autonomía privada y matrimonio*, Editorial Reus, Madrid, 2016..

⁴⁶⁵ El fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia presentado en el año 2013 por el Gobierno, pretendía ir un paso más allá en el reconocimiento de una amplia capacidad decisoria a las partes, hasta el punto de tratar de concienciarlas sobre la importancia de organizar por sí mismas el cuidado de sus hijos tras la ruptura —*vid.* Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia: «(...) *se considera necesario concienciar a los progenitores sobre la necesidad de presentar y la importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un plan de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos, como corresponsabilidad parental. Ese plan debe incorporarse al proceso judicial y será un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como en el orden económico. Sin imponer una modalidad concreta de organización, con ello se alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar, por sí mismos y de modo responsable, el cuidado de sus hijos con ocasión de su 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*»—.

llegando a limitar la actuación del juez a los supuestos en los que resulte imposible el acuerdo⁴⁶⁶.

Con objeto de facilitar que las partes lleguen a acuerdos, se permite que puedan hacerlo también durante el trascurso del procedimiento, bien en la comparecencia de las medidas provisionales –art. 771.2 Lec.– o bien en cualquier otro momento posterior –art. 770.5 Lec.–; admitiéndose incluso que el acuerdo se formalice el propio día de la vista –art. 774.1 Lec.–. Si se llega a un acuerdo dentro del procedimiento, éste se transformará, pasando de ser contencioso a sustanciarse por los cauces del mutuo acuerdo, por lo que deberá presentarse el correspondiente convenio regulador. Ello salvo que el acuerdo se produzca el propio día de la vista, en cuyo caso no se producirá la transformación del procedimiento⁴⁶⁷, sino que el juez plasmará directamente el acuerdo alcanzado en la Sentencia –tras comprobar, eso sí, que no sobrepasa los límites previstos legalmente–. 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.–.

Por todo lo anterior, podemos decir que el legislador presume que son los propios progenitores quienes mejor pueden definir el régimen de guarda y custodia que resulta más conveniente para sus hijos menores. Una presunción con la que estoy plenamente de acuerdo, pues no debemos olvidar que son los progenitores quienes están en mejor posición para determinar qué es lo más

⁴⁶⁶ Una muestra del avance que pretendió dar la Ley 15/2005 a la autonomía de la voluntad de las partes la encontramos en su Exposición de Motivos, en la que se señala que «*la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas*». También se busca «*reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido*». Por último, se prevé que «*los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad*».

⁴⁶⁷ Vid. PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit, p. 679.

beneficioso para sus hijos⁴⁶⁸, ya que son quienes mejor conocen la realidad familiar⁴⁶⁹ y, salvo contadas excepciones, quienes más interesados están en velar por su bienestar⁴⁷⁰. Además, cabe entender que el acuerdo que éstos alcancen les resultará más satisfactorio que cualquier medida impuesta por el juez⁴⁷¹, favoreciendo con ello la relación posmatrimonial entre las partes y el grado de cumplimiento del régimen acordado.

No obstante, como veremos, el acuerdo alcanzado por los cónyuges sobre la guarda y custodia de sus hijos menores no se aplicará de forma automática, ya que debe contar con aprobación judicial para surtir efectos. Ésta es una de las razones por las que señalaba que el principio de autonomía de la voluntad está atenuado en el ámbito del Derecho de familia.

A continuación me voy a referir al principal instrumento a través del cual los progenitores pueden organizar de mutuo acuerdo la guarda y custodia de sus hijos menores: el convenio regulador. También analizaré los denominados pactos prematrimoniales o prenupciales, una novedosa figura en nuestro ordenamiento que está adquiriendo cada vez una mayor relevancia práctica. Por último, me detendré en la mediación familiar como mecanismo para favorecer la adopción de acuerdos entre los progenitores.

A) Régimen de guarda y custodia adoptado en convenio regulador

⁴⁶⁸ Vid. DE MARINO BORREGÓ, Rubén, "Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna en los procesos matrimoniales", en: *Diez años de abogados de familia*, La Ley, 2003, 1ª ed., p. 251; PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Modificación de medidas...", cit., p. 1327; AGUILERA RODERO, Juan, "El progenitor no custodio...", cit., p. 1044; y ESCUDERO BERZAL, Beatriz, "Custodia compartida...", cit., p. 44.

⁴⁶⁹ Vid. SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008.

⁴⁷⁰ Vid. ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., pp. 62 y "El menor en las crisis matrimoniales de sus padres", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 67.

⁴⁷¹ Vid. ENCABO LUCINI, Emilio y ROMERO CORELL, Juan, *Custodia consensuada. Para custodias colores*, Litera, Albuixech, 2012, p. 130; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia...*, cit., p. 116; y CERVILLA GARZÓN, María Dolores, "Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales con previsiones de ruptura que afecten a los hijos menores: reflexiones en torno a su eficacia", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 11, 2016, p. 2.

El convenio regulador es 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, tanto en el ámbito personal como patrimonial.

La utilización de esta expresión por parte de nuestro legislador es relativamente reciente, ya que no fue hasta la promulgación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, cuando nuestras normas civiles comenzaron a hablar por primera vez del convenio regulador⁴⁷².

Las cinco Comunidades Autónomas que han entrado a regular en esta materia han seguido el modelo del Código Civil y han incluido en sus leyes la utilización del convenio regulador como mecanismo de ordenación de las relaciones familiares tras la ruptura matrimonial, aunque en el caso de Aragón se le ha dado la denominación de pacto de relaciones familiares⁴⁷³. De aquí en adelante, las menciones que haga al convenio regulador deben entenderse hechas también al pacto de relaciones familiares aragonés, sin perjuicio de alguna especialidad que este último presenta en cuanto a su ámbito de aplicación⁴⁷⁴ y, principalmente, a su contenido —al que posteriormente me referiré—.

Durante la vigencia de la Ley valenciana 5/2011, se discutía si el llamado pacto de convivencia familiar podía equiparse o no al convenio regulador previsto en el Código Civil⁴⁷⁵. A mi juicio no estábamos ante figuras

⁴⁷² Vid. PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Conflictividad matrimonial y acuerdo para divorciarse. Propuestas para la implantación de la mediación familiar intrajudicial", *Actualidad civil*, Nº 16, 2009, p. 1882; y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, "Crisis parentales y custodia...", cit., p. 2.

⁴⁷³ La propia norma aragonesa reconoce expresamente la equivalencia entre ambas figuras al señalar que «*las referencias realizadas al convenio regulador (en la Ley de Enjuiciamiento Civil) se entenderán hechas al pacto de relaciones familiares*» —vid. Disposición adicional segunda CDFA—.

⁴⁷⁴ Mientras el convenio regulador sólo cabe cuando se produce una ruptura matrimonial —arts. 81 y 86 Cc.—, el pacto de relaciones familiares de Aragón puede darse también en los supuestos de ruptura de la convivencia no matrimonial —art. 77.1 CDFA—.

⁴⁷⁵ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "Eficacia de los pactos familiares", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, Nº 1, enero-abril, 2013, p. 47.

equivalentes⁴⁷⁶ y, en realidad, el pacto de convivencia familiar valenciano se asemejaba más al plan de parentalidad o plan de ejercicio conjunto de patria potestad, al que en seguida me referiré. El principal argumento en el que apoyo dicha afirmación es que el contenido del pacto de convivencia familiar valenciano se circunscribía exclusivamente a aspectos relacionados con los hijos⁴⁷⁷ —al igual que el plan de parentalidad o plan de ejercicio conjunto de patria potestad—, lo que hacía necesario presentar también un convenio regulador en el que se recogieran el resto de medidas atinentes la ruptura de los progenitores —liquidación del régimen económico matrimonial, asignación de la compensación por desequilibrio económico, etc.—⁴⁷⁸.

La presentación del convenio regulador 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 divorcio⁴⁷⁹. Así lo exige nuestro Código Civil en sus artículos 81.1 —para la separación— y 86 —para el divorcio—. La obligatoriedad de presentar convenio regulador en los procedimientos de mutuo acuerdo se desprende igualmente del artículo 777.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También los Derechos catalán y vasco establecen la obligación de presentar el convenio regulador junto a la demanda de separación o divorcio en los procedimientos de mutuo acuerdo —art. 233-2.1 Cc.Cat. y art. 5.1 Ley del País Vasco 7/2015—. En cuanto al resto de Derechos autonómicos, aun cuando no se exige expresamente la presentación del convenio regulador, cabe entender

⁴⁷⁶ Vid. en este mismo sentido: CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 119; y QUINZÁ ALEGRE, Asunción, "Ley valenciana de custodia compartida...", cit., p. 153.

⁴⁷⁷ Aun cuando el art. 3 d) Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven, lo define como un acuerdo «de naturaleza familiar y patrimonial(...)», lo cierto es que de patrimonial tiene bastante poco. Sí que es cierto que prevé la atribución del uso de la vivienda familiar —en cuanto medida íntimamente ligada a la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores—, pero deja de fuera otras importantes medidas de carácter patrimonial, como la liquidación del régimen económico matrimonial o la asignación de la compensación por desequilibrio económico — en los casos en los que legalmente proceda—.

⁴⁷⁸ Vid. QUINZÁ ALEGRE, Asunción, "Ley valenciana de custodia compartida...", cit., p. 154.

⁴⁷⁹ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. p. 193; y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, "Crisis parentales y custodia...", cit., pp. 2-3.

que éste debe acompañar en todo caso a la demanda en los procedimientos de mutuo acuerdo, pues es el instrumento que permite al juez conocer el contenido del acuerdo alcanzado por las partes. Además, así se desprende de nuestra normativa procesal – art. 777.2 Lec. –, que como sabemos resulta de aplicación también en el ámbito autonómico.

Aunque ni el Código Civil ni las leyes autonómicas nos proporcionan un concepto de convenio regulador, sí prevén el contenido mínimo que debe presentar. El Código Civil lo recoge en su artículo 90.1, de cuya lectura puede extraerse que el régimen de guarda y custodia de los hijos menores debe formar parte de dicho contenido – 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 régimen⁴⁸⁰, ya que dicha preferencia legal sólo rige en defecto de acuerdo de las partes.

Hay quien entiende que bastará con que se señale el régimen de guarda y custodia que se haya acordado – compartida o exclusiva –, sin necesidad de especificar la organización concreta del mismo⁴⁸¹. No obstante, siguiendo a otros autores⁴⁸², considero que sí que es necesario prever de forma detallada el modo concreto en el que se va a desenvolver dicho régimen, pues es la única forma de que tanto el ministerio fiscal como el juez puedan valorar cómo va a repercutir en el menor y, en definitiva, si resulta adecuado para proteger su interés superior.

En el ámbito autonómico, las normas de Aragón, Cataluña y País Vasco regulan también el contenido mínimo que debe reunir el convenio regulador – art. 77.2 CDFR, art. 233-2.2 Cc.Cat y art. 5.2 Ley del País Vasco 7/2015 –, del que forma parte el régimen de guarda y custodia. Aunque en líneas generales el

⁴⁸⁰ Vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia compartida aragonesa...", cit., p. 191 y "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 51; y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Nuria, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 81.

⁴⁸¹ Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 671; y ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 174.

⁴⁸² Vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 32.

contenido exigido por los tres ordenamientos autonómicos es semejante al previsto por el Código Civil, encontramos algunas diferencias que paso a exponer a continuación.

En el caso del Derecho aragonés, se ha incluido dentro del contenido obligatorio del pacto de relaciones familiares el régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas —art. 77.2 CDFa—, algo que a mi modo de ver quizá resulte excesivo. Debe tenerse en cuenta que salvo que concurra alguna circunstancia excepcional que lo impida, los menores van a seguir relacionándose con las referidas personas de un modo semejante a como lo venían haciendo con anterioridad a la ruptura, por lo que no parece necesario que deba establecerse el citado régimen de relación con carácter preceptivo. Al respecto, me parece más adecuada la regla prevista tanto en el artículo 90.1 b) del Código Civil como en el artículo 5.2 a) 3 de la Ley del País Vasco 7/2015, de acuerdo a la cual sólo debe incluirse el régimen de relación de los nietos con los abuelos «*si se considera necesario*»⁴⁸³; o la del artículo 232-2.2 c) del Código Civil de Cataluña, que sólo prevé el establecimiento de este régimen de relación «*si procede*».

En cuanto a la norma catalana, la principal novedad es que incluye el plan de parentalidad dentro del contenido mínimo del convenio regulador —art. 233-2.2 Cc.Cat.—⁴⁸⁴. Dicho instrumento consiste en un acuerdo suscrito por ambos progenitores⁴⁸⁵ determinando de manera detallada las responsabilidades que debe ejercer cada uno de ellos respecto a sus hijos menores⁴⁸⁶.

⁴⁸³ La letra b) del artículo 90 Cc. fue introducida por el artículo 1.1 de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

⁴⁸⁴ De hecho, es posible encontrar algún pronunciamiento en el que la no presentación del plan de parentalidad ha dado lugar a la declaración de la nulidad de actuaciones y a su retrotracción al momento en el que debía presentarse —*vid.* STSJ de Cataluña de 29 marzo de 2017—.

⁴⁸⁵ *Vid.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales ...", cit., p. 99; y SOLSONA PAIRÓ, Montse; SPIJKER, Jeroen; y AJENJO COSP, Marc, "Calidoscopio de la custodia compartida en España", en: *La custodia compartida en España —coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego—*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 52.

⁴⁸⁶ *Vid.* LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, "La mediación familiar como instrumento para la adopción de la guarda y custodia compartida", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja —dir. GARCÍA GARNICA,*

El Código Civil de Cataluña ha sido la primera ley que ha previsto el plan de parentalidad, aunque es cierto que la idea ya había surgido unos años antes en el panorama nacional⁴⁸⁷. En concreto, durante la tramitación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, el Grupo Parlamentario Popular llegó a proponer la introducción del que denominó plan de responsabilidad parental. Lo hizo a través de sus enmiendas número 76, 78 y 79⁴⁸⁸, que finalmente no prosperaron⁴⁸⁹.

Tras la norma catalana, también recogieron este instrumento tanto la anulada Ley valenciana —art. 4 Ley 5/2011— como el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —art. 1.1—, aunque utilizaban denominaciones diversas: la primera se refería a él como pacto de convivencia familiar, mientras que el Anteproyecto lo denominaba plan de ejercicio conjunto de la patria potestad⁴⁹⁰.

María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 402; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "Hijos menores, custodia compartida e individual...", cit., p. 327; y RODRÍGUEZ ESCUDERO, Mª de las Victorias, "La responsabilidad parental y el cambio de domicilio del menor por el progenitor custodio", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 746, 2014, p. 2902.

⁴⁸⁷ En el ámbito europeo, el Derecho francés fue el primero en utilizar este instrumento para la organización de las relaciones familiares tras la ruptura matrimonial —*vid.* art. 373.2.7 C del *Code Civil*—. Al respecto, no cabe duda que nuestro legislador —tanto estatal como autonómico— se ha inspirado en el modelo francés para su configuración.

⁴⁸⁸ *Vid.* BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005. Las enmiendas nº 76 y nº 78 disponían que «en caso de que existan hijos menores, a la demanda se acompañará el plan de responsabilidad parental(...)», si bien dicha obligación se excluía «cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad o indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos que convivan con ambos». Por su parte, la enmienda nº 79 preveía que «el convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 deberá referirse al menos a los siguientes extremos: a) el régimen de guarda y custodia de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, debiendo los progenitores aprobar un plan de responsabilidad parental(...)».

⁴⁸⁹ Las citadas enmiendas fueron rechazadas en por el Congreso de los Diputados en su sesión nº 79 (votación 50), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 136 votos a favor, 176 en contra y 14 abstenciones —*vid.* DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005—.

⁴⁹⁰ Lo cierto es que el Anteproyecto no era uniforme en esta cuestión y pese a que se refería al instrumento que nos ocupa bajo la denominación de plan de ejercicio conjunto de la patria potestad tanto en su Exposición de Motivos como en sus arts. 1.1, 1.3 y 2.1, en otro apartado de su Exposición de Motivos y en sus arts. 1.2 y 2.5 utilizaba la expresión de plan de corresponsabilidad parental.

En cuanto al plan de relaciones familiares previsto por el Derecho aragonés —art. 80.2 CDFA—, no parece que pueda equipararse al plan de parentalidad. Téngase en cuenta que el plan de relaciones familiares está previsto en el artículo 80 del Código del Derecho Foral de Aragón, que regula las medidas que debe adoptar el juez en defecto de pacto de relaciones familiares, es decir, cuando la ruptura es contenciosa. Además, el precepto señala expresamente que cada una de las partes debe presentar su propio plan de relaciones familiares.

El plan de parentalidad no sustituye al convenio regulador⁴⁹¹, sino que lo complementa⁴⁹². De hecho, ya hemos visto que el artículo 233-2.2 a) del Código Civil de Cataluña —única norma que recoge este instrumento en la actualidad— lo incluye dentro del contenido mínimo del convenio regulador⁴⁹³.

El Código Civil de Cataluña ha previsto expresamente el contenido que debe recoger el plan de parentalidad—art. 233-9.2 Cc.Cat.⁴⁹⁴—, al igual que

⁴⁹¹ Hay quien ha considerado que el plan de parentalidad puede sustituir al convenio regulador —*vid.* BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* —coords. CUENA CASAS, Matilde, ANGUIA VILLANUEVA, Luis Antonio y ORTEGA DOMÉNECH, Jorge—, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1133 y 1135—. No obstante, a mi juicio, dicha sustitución no es posible, ya que el plan de parentalidad no abarca todos los aspectos que debe prever el convenio regulador, por lo que la presentación de este último se torna necesaria en todo caso.

⁴⁹² *Vid.* CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 228; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales...", cit., p. 1450; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Revisión conceptual del peritaje psicológico en relación a la Custodia de Menores en Cataluña", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 24, 2014, p. 10.

⁴⁹³ En este mismo sentido se pronunciaba el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que en su Exposición de Motivos preveía que el plan de ejercicio conjunto de la patria potestad debía incluirse dentro del convenio regulador.

⁴⁹⁴ «a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento; b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos; c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen; d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él; e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia; f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede; g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de

hacían la Ley valenciana –art. 4.2 Ley 5/2011⁴⁹⁵– y el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia –art. 1.1–⁴⁹⁶.

Del contenido de los mencionados preceptos puede deducirse que el plan de parentalidad debe incluir aspectos tales como la persona que va a ejercer la guarda y custodia –o como se repartirán los periodos de convivencia en el supuesto de que se opte por la modalidad compartida–⁴⁹⁷; el régimen de comunicación del menor con el progenitor con el que no esté en cada momento⁴⁹⁸ –en caso de que proceda su establecimiento⁴⁹⁹–; el modo en el que se van a llevar a cabo los intercambios; las responsabilidades diarias de cada uno de los padres; el lugar –o lugares– que va a constituir la residencia del menor⁵⁰⁰; la forma en la que se van a satisfacer los gastos de los hijos menores; el modo en el que los padres se comunicarán⁵⁰¹, se pondrán de

los hijos; y h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos».

⁴⁹⁵ «a) El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores; b) El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación; c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar; y d) La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas».

⁴⁹⁶ No obstante, cabe señalar que quizá el Anteproyecto fuera reiterativo al establecer su contenido –*vid.* PÉREZ CONESA, Carmen, "Análisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 8, 2013, p. 66–, ya que se refería a la cuestión de la residencia habitual tanto en el primer párrafo como en el cuarto; y lo mismo ocurría con el aspecto relativo a la educación de los hijos, al que mencionaba tanto en el primer párrafo como en el segundo.

⁴⁹⁷ *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", *cit.*, p. 160.

⁴⁹⁸ *Vid.* GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", *cit.*, p. 1450.

⁴⁹⁹ Aunque normalmente se establecerá régimen de comunicación, habrá supuestos de custodia compartida en los que los periodos de alternancia sean tan cortos que lo hagan innecesario –*vid.* Epígrafes 1.1.B).a) y 1.1.B).b) del Capítulo IV–.

⁵⁰⁰ *Vid.* LÓPEZ MARTÍNEZ, Raúl, "Legislación sobre custodia compartida en España: situación actual", *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, Nº 22, 2016, p. 184.

⁵⁰¹ *Vid.* LAUROBA LACASA, María Elena, "Sentencia de 8 de octubre de 2009...", *cit.*, p. 1510.

acuerdo y tomarán las diferentes decisiones que incidan en el menor – educación, sanidad, etc. –⁵⁰², así como los mecanismos para resolver aquellos supuestos en los que el acuerdo no resulte posible⁵⁰³.

Una cuestión que resulta discutible es si debe incluirse o no con carácter obligatorio la atribución del uso de la vivienda familiar existiendo en la doctrina opiniones a favor⁵⁰⁴ y en contra⁵⁰⁵. A mi modo de ver, sí resultaría recomendable, pues aunque pueda parecer que se trata de una medida que en puridad no afecta directamente al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores, lo cierto es que si profundizamos en su fundamento, podemos observar que dicha afirmación no es del todo cierta. Y es que, la necesidad de garantizar que el menor disponga una vivienda adecuada constituye una manifestación de la obligación de los progenitores de mantener a sus hijos menores⁵⁰⁶, respecto de la que no cabe duda de que forma parte de las obligaciones inherentes a la patria potestad, pues así lo prevé expresamente el artículo 154.3.1 del Código Civil. Esta postura era compartida por la anulada Ley valenciana 5/2011, que incluía la atribución del uso de la vivienda familiar dentro del contenido preceptivo del pacto de convivencia familiar – art. 4.2 c) – . Sin embargo, no parece haber optado por la misma solución el legislador catalán – art. 233-9.2 Cc.Cat. – .

El último aspecto del convenio regulador en el que me quiero detener es el relativo a su necesaria aprobación judicial cuando existan hijos menores

⁵⁰² Vid. LÓPEZ MARTÍNEZ, Raúl, "Legislación sobre custodia compartida...", cit., p. 184.

⁵⁰³ Vid. MONTERROSO CASADO, Esther y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María "Análisis de la regulación legal de la custodia compartida...", cit., p. 31.

⁵⁰⁴ Vid. LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, "La mediación familiar como instrumento...", cit., p. 402; FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, "La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010...", cit., p. 183; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales...", cit., p. 1454; y HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, "La autorregulación de las relaciones con los hijos de progenitores que no viven juntos", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 5, 2015, p. 19.

⁵⁰⁵ Vid. GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, Silvana, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 62; y VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "Valoración de la normativa catalana...", cit., p. 9.

⁵⁰⁶ Vid. en este sentido: STS de 14 de abril de 2011, STS de 21 de junio de 2011, STS de 30 de septiembre de 2011 y STS de 21 de mayo de 2012.

con la capacidad modificada judicialmente —no así en el resto de casos⁵⁰⁷—. Como adelantaba, la autonomía de la voluntad de los progenitores en materia de Derecho de familia es limitada, y los acuerdos a los que lleguen las partes estarán sometidos al control del juez. Ello supone que éste podrá denegar la aprobación del convenio regulador si considera que sobrepasa los límites legales, a los que en seguida me referiré. Aunque el artículo 92.5 de nuestro Código, que presenta una más que deficiente redacción, emplea la expresión imperativa «se acordará» —como si el juez estuviera obligado a aprobar el acuerdo alcanzado por los progenitores—, lo cierto es que una interpretación sistemática de los preceptos que regulan esta materia⁵⁰⁸ nos conduce a concluir que el juez no se encuentra vinculado por el convenio regulador que se presente⁵⁰⁹. Ello, porque tiene la facultad de denegarlo si, en atención a su contenido y la valoración de las pruebas practicadas, considera que sobrepasa los límites previstos.

La aprobación judicial constituye un requisito indispensable para que el convenio regulador goce de fuerza ejecutiva⁵¹⁰. Hay quien se muestra partidario de *lege ferenda* de dotar al convenio regulador de fuerza ejecutiva desde el mismo momento en el que se inste su aprobación, sin necesidad de esperar a

⁵⁰⁷ Téngase en cuenta que, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, resulta admisible que los cónyuges que decidan poner fin a su matrimonio formalicen el convenio regulador ante el letrado de la administración de justicia o ante notario —arts. 82 y 87 Cc., tras la redacción que les dieron los puntos 18 y 21 de la Disposición derogatoria única de la Ley 15/2015—. Se exceptúa, entre otros, el caso de que existan hijos menores no emancipados —art. 82.2 Cc.—.

⁵⁰⁸ Especialmente de los artículos 90.2, 92.6 y 92.9 del Código Civil.

⁵⁰⁹ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 417; TAPIA PARREÑO, José Jaime, "La custodia compartida en la doctrina de las Audiencias Provinciales", en: *Custodia compartida y protección de menores* —TAPIA PARREÑO, José Jaime—, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 220; MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, "El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia...", cit., p. 102; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1455; y HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "Sobre la necesidad de una nueva regulación...", cit., pp. 1143-1144.

⁵¹⁰ Vid. ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 179; LÓPEZ AZCONA, Aurora, "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: Derecho positivo y práctica jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 3 bis, 2015, p. 62; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1116.

que ésta llegue a producirse⁵¹¹, algo que pretendió introducir en nuestro Código Civil el fallido Anteproyecto de Ley⁵¹². A mi modo de ver, ello resultaría bastante cuestionable desde el punto de vista del interés superior del menor⁵¹³, cuya protección queda garantizada precisamente a través de la intervención judicial y, por ende, si ésta no tiene lugar, se corre el riesgo de ejecutar un acuerdo que pudiera resultar perjudicial para el menor. No obstante, dado que la mencionada reforma no ha prosperado, la aprobación judicial continúa siendo una *conditio iuris* para que el convenio regulador que se presente goce de fuerza ejecutiva.

A la hora de examinar el acuerdo al que hayan llegado los cónyuges, el juez recabará informe del ministerio fiscal, oirá a los menores que tengan suficiente juicio –si lo estima necesario⁵¹⁴– y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia, así como la prueba practicada y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos⁵¹⁵ –art. 92.6 Cc.–. En función del resultado de dicho examen, el juez podrá aprobar o denegar el convenio regulador presentado por las partes. Téngase en cuenta que las facultades del juez se limitan a la posibilidad de aprobar o denegar el pacto, pero en ningún caso podrá modificarlo⁵¹⁶. Cuestión distinta es que si las partes no consiguen llegar a un acuerdo y las medidas son establecidas finalmente por

⁵¹¹ Vid. CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 102.

⁵¹² Vid. art. 1.1 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al art. 90.3 Cc. y art. 2.8 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al art. 777.1 Lec. En cualquier caso, se trataría de una eficacia provisional, supeditada a la futura homologación judicial. Así lo recordó el Consejo de Estado en su Informe 438/2014, de 24 de julio de 2014, en el que señaló que «la regulación proyectada atribuye a los convenios reguladores, desde que “se inste judicialmente su aprobación”, una eficacia provisional y claudicante: provisional, porque deberá ser confirmada mediante la correspondiente aprobación judicial; y claudicante, porque si el juez no otorga su aprobación, las obligaciones previstas en el convenio perderán eficacia sin carácter retroactivo».

⁵¹³ Vid. en este mismo sentido: Consejo de Estado, *Informe nº 438/2014, sobre el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental...*, cit., p. 53.

⁵¹⁴ Vid. Epígrafe 3.1.A).a).ii) del Capítulo IV.

⁵¹⁵ Todos estos criterios y medios de prueba serán objeto de análisis en el apartado correspondiente –vid. Epígrafe 3.2 del Capítulo IV–.

⁵¹⁶ Vid. LANGA MUELA, Adrián, *Custodia compartida en Aragón*, cit., p. 24.

el juez, éste pueda tener en cuenta los acuerdos incluidos en el convenio regulador que no ha resultado aprobado⁵¹⁷. E incluso cabría que las medidas que estableciera el juez fueran precisamente una versión modificada de dicho convenio.

Las causas por las que el juez puede denegar la aprobación del convenio regulador son dos⁵¹⁸: que los acuerdos a los que hayan llegado las partes sean dañosos para los hijos, o bien que resulten gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges – art. 90.2 Cc. –.

En lo que respecta al posible daño al menor, considero que únicamente cabe rechazar el convenio regulador si se constata que el régimen de guarda y custodia acordado por los progenitores le causa un daño objetivo, por lo que no bastará con que el juez considere que de otra forma distinta a la pactada el menor hubiera obtenido un beneficio superior⁵¹⁹.

Y en cuanto al posible perjuicio a uno de los cónyuges, es un límite que puede resultar discutible desde el punto de vista de nuestro Derecho de contratos⁵²⁰, pues supone que una autoridad estatal tutele los intereses de un contratante con plena capacidad de obrar. De hecho, los Derechos aragonés y vasco no lo recogen⁵²¹ – al igual que los ordenamientos de la mayor parte de

⁵¹⁷ Vid. Epígrafe 3.1.C) del Capítulo IV.

⁵¹⁸ Evidentemente, también debemos tener en cuenta los límites generales previstos por el artículo 1255 de nuestro Código Civil para cualquier contrato: la ley, la moral y el orden público, así como por los previstos en el artículo 6.2: que no se contrarie el interés o el orden público ni se perjudique a terceros. Todos estos límites excluyen la posibilidad de que las partes pacten sobre materias indisponibles, como la renuncia a la titularidad de la patria potestad, la exoneración del pago de alimentos a los menores, la atribución de la guarda y custodia al inculpaado por violencia de género, etc. Además, parece razonable entender que tampoco procederá la aprobación del convenio regulador cuando éste no reúna el contenido mínimo que exige la ley –vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1094—.

⁵¹⁹ Vid. en este sentido: ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La reforma de la Ley del divorcio...", cit., p. 17; *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., pp. 54, 1105 y 1127; y "Eficacia de los pactos familiares", cit., p. 15.

⁵²⁰ Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia...*, cit., p. 120.

⁵²¹ Los Derechos aragonés y catalán únicamente admiten la posibilidad de rechazar el acuerdo de las partes cuando no preserve suficientemente el interés del menor—art. 77.5 CDFA y arts. 233-3.1 y 236-11.2 Cc.Cat.—. En el caso del Derecho aragonés, se incluye también como causa de denegación del convenio que sea contrario a las normas imperativas. No obstante, considero que dicha previsión

países de nuestro entorno⁵²²—. No obstante, creo que no podemos perder de vista que el Derecho de familia es un ámbito especialmente delicado, y pueden darse casos en los que unos de los cónyuges abuse de una cierta posición dominante frente al otro; o en los que use a los hijos como modo de presionar al otro para que acepte un acuerdo no perjudicial para los hijos, pero sí para él. Por ello, considero que quizá no resulte desacertada la inclusión del posible perjuicio a uno de los cónyuges como causa para denegar la aprobación del convenio regulador. Además, debe tenerse en cuenta que, mientras que en el caso de los hijos basta con que les provoque cualquier tipo de daño, en el de los cónyuges se exige que el perjuicio que les cause sea grave⁵²³. Esto es consecuencia de que la materia que nos ocupa está presidida por el principio del interés superior del menor, que deberá prevalecer incondicionalmente⁵²⁴.

El juez deberá examinar el acuerdo con cierta flexibilidad⁵²⁵, sin entrar en otros aspectos más allá de determinar si el acuerdo causa daño a los hijos o grave perjuicio a uno de los cónyuges. Si no concurre ninguna de las mencionadas circunstancias, quedará obligado a respetar el acuerdo alcanzado por las partes⁵²⁶.

En caso contrario, es decir, si se constata que el acuerdo resulta dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, el juez

resulta reiterativa, ya que el respeto a la ley es un límite al que queda sujeto todo contrato, y además ya ha sido expresamente previsto por el Derecho aragonés —art. 3 CDFA—.

⁵²² Vid. a modo de ejemplo el Derecho francés —art. 373.2.7 *Code Civil*— y el italiano —art. 337 ter.2 *Codice Civile*—.

⁵²³ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. P. 195.

⁵²⁴ Vid. DE MARINO BORREGÓ, Rubén, "Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna...", cit., p. 251; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 287; CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores...", cit., p. 1746; y CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, "Una visión crítica sobre la regulación de la custodia compartida en la legislación española", *Noticias Jurídicas*, 2007, p. 2.

⁵²⁵ Vid. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 222: «(...) el juez, cuando examina un convenio, no ha de actuar con rigor sino con flexibilidad, y cuando algo de su contenido llame su atención, antes de adoptar cualquier decisión, debe escuchar atentamente las explicaciones de los progenitores y, en su caso, a los hijos y luego actuar».

⁵²⁶ Vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 31; y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, "Crisis parentales y custodia...", cit., p. 6.

denegará la aprobación del convenio regulador. Dicha denegación deberá hacerse mediante resolución motivada⁵²⁷ y podrá ser total o parcial —art. 777.7 y 8 Lec.—⁵²⁸. Tanto en uno como en otro caso, las partes deberán presentar un nuevo convenio en un plazo máximo de diez días —arts. 90.2 Cc. y 777.7 Lec.—⁵²⁹, limitándose a los puntos no aprobados por el juez en el supuesto de que la denegación haya sido parcial.

Nuestro Código Civil no aclara si, en el supuesto de que se deniegue la aprobación, las partes pueden presentar el convenio regulador una y otra vez hasta lograr la aprobación judicial. Tampoco nuestra doctrina termina de ponerse de acuerdo acerca de esta cuestión, existiendo opiniones tanto a favor⁵³⁰ como en contra⁵³¹. En pro de esta opción cabe argumentar que, si lo que se pretende es favorecer que las partes puedan llegar a un acuerdo, puede resultar contrario a dicho fin vetar la posibilidad de que puedan presentar convenios sucesivos hasta lograr la homologación judicial. Pero por otro lado, su admisibilidad conlleva un importante inconveniente: las partes podrían presentar una y otra vez el mismo convenio —o con un contenido similar— con la esperanza de que tarde o temprano resultara aprobado por el juez.

Por ello, considero que lo adecuado es valorar caso por caso en orden a determinar si resulta conveniente o no que las partes presenten un nuevo

⁵²⁷ Puede que resulte innecesario exigir al juez que motive su decisión, pues dicho requerimiento está ya previsto para todos los supuestos en el artículo 120.3 de la Constitución y en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, parece que lo que ha pretendido el legislador al introducir esta exigencia es incidir en el carácter excepcional que debe tener la denegación del convenio presentado por las partes.

⁵²⁸ Las normativas autonómicas también admiten que la denegación del convenio pueda ser total o parcial —*vid.* art. 77.5 CDFA, art. 233-3.2 Cc.Cat. y art. 5.8 Ley del País Vasco 7/2015—.

⁵²⁹ Una vez más, esta es una posibilidad que también está prevista en el ámbito autonómico —*vid.* art. 77.5 CDFA, art. 233-3.2 Cc.Cat. y art. 5.8 Ley del País Vasco 7/2015—. Sin embargo, tanto en el caso del Derecho aragonés como en el del catalán, no se fija ningún plazo concreto, quedando su determinación al libre arbitrio del juez. Respecto a la norma vasca, sí se prevé un plazo, pero éste será de veinte días —por tanto, más amplio que el del Código Civil—.

⁵³⁰ *Vid.* LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil IV...*, cit., p. 122.

⁵³¹ *Vid.* DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia...*, cit., p. 118; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "Eficacia de los pactos familiares", cit., p. 15.

convenio, para lo que habrá que tener en cuenta especialmente su voluntad de corregir aquellos aspectos que han dado lugar a su denegación. En caso contrario, se abriría paso ya a las medidas judiciales a adoptar en defecto de acuerdo –art. 91 Cc.–. El mismo resultado produciría el trascurso del plazo previsto sin que las partes hubieran presentado un nuevo convenio⁵³².

B) Régimen de guarda y custodia adoptado mediante acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura del matrimonio

Los pactos prematrimoniales constituyen una novedosa figura en el Derecho de familia español⁵³³ y, aunque tienen un escaso recorrido en nuestra tradición jurídica, lo cierto es que cada vez están adquiriendo mayor protagonismo en la práctica.

Estos acuerdos pueden definirse como un negocio jurídico en virtud del cual los futuros cónyuges regulan convencionalmente con anterioridad a haber contraído matrimonio aspectos relativos a sus relaciones personales durante el matrimonio, y a través del cual pueden incluso prever las consecuencias de una eventual ruptura en caso de separación, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio⁵³⁴. A nosotros nos interesa especialmente el último aspecto, es decir, la posible previsión anticipada de una eventual ruptura matrimonial; y, dentro de éste, aquellos casos en los que uno de los contenidos del acuerdo es precisamente la determinación del régimen de guarda y custodia que regirá en el supuesto de que se rompa el matrimonio.

⁵³² Vid. ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 181.

⁵³³ No resultan tan novedosos sin embargo en el Derecho comparado, donde ya vienen utilizándose desde largo tiempo atrás. Especialmente en los países anglosajones, en los que se encuentra el origen de esta figura (para un análisis más detallado del origen y evolución que han presentado los pactos prematrimoniales en el Derecho comparado vid. MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Breves notas acerca de los pactos prematrimoniales en el Derecho comparado: origen y evolución", *IUS: Revista de Investigación Jurídica*, Vol. IX, julio 2015, pp. 1-12).

⁵³⁴ Vid. MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Ordenamiento Jurídico español", *IUS: Revista de Investigación Jurídica*, Núm. VI, septiembre 2013, p. 4.

Es importante delimitar los pactos prematrimoniales de otras dos figuras con las que guardan cierta semejanza: las capitulaciones matrimoniales y el convenio regulador.

Respecto a las capitulaciones matrimoniales, la principal diferencia con los pactos prematrimoniales es que, aun cuando éstas pueden recoger cualesquiera estipulaciones por razón del matrimonio⁵³⁵ —art. 1325 Cc.—, su contenido suele ser básicamente patrimonial y, además, muy raramente se preverán en ellas los efectos de una eventual ruptura. Nada impide en cualquier caso que los acuerdos prematrimoniales se incluyan dentro de las capitulaciones matrimoniales.

En cuanto a las diferencias entre los pactos prematrimoniales y el convenio regulador, la principal es que mientras este último se formaliza una vez que ha aparecido la crisis, los pactos prematrimoniales se adoptan antes de contraer matrimonio —y por tanto, cuando ni siquiera puede preverse el surgimiento de la misma—. Ello no impide, no obstante, que los acuerdos prematrimoniales puedan utilizarse como convenio regulador una vez tiene lugar la ruptura si así lo han previsto las partes —y siempre que incluyan entre su contenido todos los aspectos exigidos en el artículo 90 del Código Civil—. En realidad, podría llegar a admitirse que son equiparables a un convenio regulador que todavía no ha sido homologado por el juez, con la única diferencia de que los pactos prematrimoniales se adoptan con carácter previo a la celebración del matrimonio y, por tanto, antes de que se produzca la eventual crisis.

El carácter novedoso que presentan los pactos prematrimoniales en nuestro país hace que, salvo en el caso de los Derechos catalán y vasco, carezcan de regulación específica. Ahora bien, el hecho de que no estén previstos en nuestra legislación no significa que estén prohibidos, y tanto jurisprudencia como doctrina vienen mostrándose partidarias de su admisibilidad. La ausencia

⁵³⁵ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", en: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia*, Edisofer, 2016, 5ª ed., p. 243.

de un régimen jurídico específico nos obliga a aplicar las reglas generales sobre los contratos para determinar las condiciones de validez, eficacia y exigibilidad de los pactos prenupciales, así como para determinar los límites a los que quedan sujetos⁵³⁶.

Como anticipaba, los ordenamientos vasco y catalán han sido los únicos que han dotado de un marco jurídico a los acuerdos prematrimoniales —art. 231-20 Cc.Cat. y art. 4 Ley del País Vasco 7/2015—.

Uno de los aspectos que cabe resaltar es la enorme importancia que la normativa catalana concede a la libre formación del consentimiento por parte de los otorgantes. Para ello se centra en dos aspectos fundamentales: la información con la que cuenten los futuros cónyuges en el momento de suscribir el pacto y la antelación con la que se haya adoptado el acuerdo⁵³⁷.

En cuanto a la primera de las cuestiones, con objeto de garantizar que ambas partes cuentan con información suficiente, el segundo párrafo del artículo 231-20 prevé que el notario, antes de autorizar la escritura en la que se recoja el acuerdo prematrimonial⁵³⁸, informe por separado a cada uno de los

⁵³⁶ El Tribunal Supremo viene aplicando las reglas generales de los contratos a los acuerdos privados entre las partes previendo los efectos de una eventual ruptura. Véanse a modo de ejemplo las siguientes Sentencias: STS de 7 de marzo de 1995, STS de 22 de abril de 1997, STS de 19 de diciembre de 1997, STS de 27 de enero de 1998, STS de 21 de diciembre de 1998, STS de 23 de diciembre de 1998, STS de 14 de mayo de 2001, STS de 15 de febrero de 2002 y STS de 17 de octubre de 2007. También las Audiencias Provinciales se han pronunciado en esto términos: SAP de Barcelona de 17 de marzo del 2000, SAP de Murcia de 9 de mayo del 2000, SAP de Madrid de 27 de febrero de 2002, SAP de Barcelona de 1 de abril de 1997, SAP de Málaga de 20 de mayo de 2002, SAP de Barcelona de 11 de mayo de 2006 y SAP de Almería de 17 de febrero de 2003.

⁵³⁷ La norma catalana parece haberse inspirado en los principios aprobados en 2002 en EEUU por el *American Law Institute*, que aun careciendo de valor normativo, propiciaron la armonización de la normativa de los distintos Estados norteamericanos en materia de pactos prematrimoniales, y aunque existen otros precedentes anteriores (en concreto el *Uniform Premarital Agreement Act*, aprobado en Florida en 1983), supusieron un hito a la hora de dotar de un marco jurídico a estos acuerdos. Dentro de los citados principios se recoge una presunción *iuris tantum* de la integridad del consentimiento cuando concurren tres requisitos: « (1) que el acuerdo se celebre al menos treinta días antes de la boda; (2) que cada parte sea informada de la posibilidad de obtener asesoramiento independiente y tenga una razonable oportunidad de hacerlo; (3) que en aquellos casos en los que una de las partes no haya obtenido este asesoramiento independiente, el acuerdo incluya en un lenguaje claro los derechos a los que se renuncia y el hecho de que el interés de las partes puede estar comprometido» —traducción tomada de: GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, fascículo III, 2003, p. 1667—.

⁵³⁸ El Derecho catalán exige que los acuerdos prematrimoniales se formalicen en documento público —art. 231-20.1 Cc.Cat.—; a diferencia del Derecho común, en el que ante la carencia de regulación

otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse respecto al régimen legal supletorio y les advierta de su deber recíproco de información; y el cuarto párrafo exige que el cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de suscribirlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.

La segunda de las cuestiones se refiere a la necesidad de que trascurra un determinado periodo de tiempo entre el momento en que se suscribe el acuerdo y aquel en el que tiene lugar la boda. No en vano, si existe una gran proximidad con el momento de celebración del matrimonio, hay más posibilidades de que el consentimiento de alguno de los otorgantes pueda estar viciado. En este sentido, el artículo 231-20.1 del Código Civil de Cataluña exige que los acuerdos prematrimoniales sean suscritos con al menos treinta días de antelación respecto a la fecha de celebración del matrimonio.

Más allá de las normas catalana y vasca, no encontramos en nuestro Derecho una regulación específica de los acuerdos prematrimoniales, lo que una vez más no es óbice para admitir su validez. Además, en algunos ordenamientos autonómicos el principio de la autonomía de la voluntad está reforzado. En el Derecho aragonés rige el principio "*Standum est chartae*"⁵³⁹ que, si lo unimos a lo previsto en algunas normas del Derecho aragonés, sin duda ampara su validez⁵⁴⁰. Así por ejemplo, el artículo 195 del Código del Derecho Foral de Aragón faculta a los cónyuges adoptar en capítulos matrimoniales

específica, regirá la regla de libertad de forma que se establece con carácter general en sede de contratos —art. 1278 Cc.—.

⁵³⁹ Al respecto del principio "*Standum est chartae*", el art. 3 del Código Foral de Aragón señala que «Se estará en juicio y fuera de él a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés».

⁵⁴⁰ A ello se refiere también PINTO ANDRADE —*vid.* PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura", *Artículos Doctrinales: Derecho Civil*, Noticias Jurídicas, 2010, p. 3. goo.gl/cR7rVW (fecha última consulta: 06/04/2018)—, aunque, debido a la fecha de su obra, aludiendo a la ya derogada Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad.

«...cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, sin más límites que los del principio *standum est chartae*». Este es el caso también del Derecho Navarro, en el que rige el principio "*paramiento fuero vienze*" o "*paramiento ley vienze*"⁵⁴¹, de acuerdo al cual la voluntad de los particulares prima sobre el resto de normas, siempre que no sobrepase los límites previstos.

Existen muchas cuestiones en torno a la validez de los pactos prematrimoniales que resultaría interesante analizar⁵⁴². No obstante, con objeto de no apartarme en exceso de mi tema de estudio, me limitaré a señalar que, en consonancia con otros autores que han estudiado esta cuestión⁵⁴³, considero que un acuerdo prematrimonial por el que se prevea anticipadamente el régimen de guarda custodia sobre los hijos menores puede ser perfectamente lícito, siempre que reúna los requisitos de validez y no sobrepase ninguno de los límites previstos⁵⁴⁴.

En lo referente a los requisitos de eficacia que deben reunir los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura, estarán sujetos al régimen previsto por el artículo 90.2 del Código Civil para el convenio regulador⁵⁴⁵. Por tanto,

⁵⁴¹ El principio "*paramiento fuero vienze*" o "*paramiento ley vienze*" está previsto en la Ley 7 de Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, que señala que «conforme al principio "*paramiento fuero vienze*" o "*paramiento ley vienze*", la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad».

⁵⁴² Para un análisis más exhaustivo de los requisitos de validez, límites, materias sobre las que pueden versar los pactos prematrimoniales, etc. *vid.* MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Los pactos prematrimoniales...", cit., pp. 1-23.

⁵⁴³ *Vid.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "Eficacia de los pactos familiares", cit., p. 39; y CERVILLA GARZÓN, María Dolores, "Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales con previsiones de ruptura...", cit., p. 5.

⁵⁴⁴ Dichos límites serán, en síntesis, los siguientes: los que deriven de los principios constitucionales, los límites a la autonomía de la voluntad que establece con carácter general los arts. 6.2 y 1255 Cc. y los límites en relación a los hijos que prevé el art. 90 Cc. —*vid.* para más información: MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Los pactos prematrimoniales...", cit., pp. 18-20—.

⁵⁴⁵ *Vid.* CABALLERO LOBATO, Rafael E., "Fórmulas de resolución de conflictos en materia matrimonial: convenios y capitulaciones", en: *Diez años de abogados de familia*, La Ley, 2003, 1ª ed., p. 52; ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida...", cit., p. 18; DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 730, 2012, p. 1041; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen

aunque estos acuerdos tienen normalmente carácter privado, para que puedan gozar de eficacia tras la ruptura será necesaria su aprobación judicial – así lo exige expresamente la norma del País Vasco⁵⁴⁶ –, especialmente si recogen aspectos que afecten a los hijos menores de edad.

Para ello sería conveniente que, una vez que surja la crisis, las partes den al pacto prematrimonial forma de convenio regulador⁵⁴⁷ – incluyendo por tanto todos los requisitos que éste debe reunir de acuerdo al artículo 90.1 de nuestro Código – y lo presenten ante la autoridad judicial para que pueda examinarlo y comprobar que no resulta dañoso para los hijos ni perjudicial para ninguno de los cónyuges. El tal caso, el juez aprobará el convenio y entonces resultará plenamente eficaz.

Sin embargo, puede ocurrir que los progenitores decidan no dar forma de convenio regulador al pacto prematrimonial y por ende no presentarlo ante la autoridad judicial para su aprobación. Ello no significa, no obstante, que el acuerdo alcanzado carezca totalmente de utilidad práctica. Aunque es cierto que presentará problemas para ser ejecutado⁵⁴⁸ – especialmente cuando recoja previsiones relativas a los hijos menores y alguna de las partes se oponga a su ejecución –, puede resultar una herramienta muy útil para el juez a la hora de determinar el régimen de guarda y custodia de los hijos menores⁵⁴⁹ – además de otras cuestiones –. En este sentido, el artículo 231-11.1 f) del Código Civil de Cataluña recoge expresamente a los pactos prematrimoniales en previsión de

común...", cit. p. 179; y CERVILLA GARZÓN, María Dolores, "Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales con previsiones de ruptura...", cit., p. 7.

⁵⁴⁶ Vid. art. 4.5 Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

⁵⁴⁷ Vid. ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida...", cit., p. 18.

⁵⁴⁸ Vid. ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida... cit., p. 18; y CASADO CASADO, Belén, "El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal", *Revista de derecho de familia*, Nº 62, 2014, p. 74.

⁵⁴⁹ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "Eficacia de los pactos familiares", cit., p. 50; y CERVILLA GARZÓN, María Dolores, "Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales con previsiones de ruptura...", cit., p. 8.

ruptura como una de las herramientas de las que puede servirse el juez para la determinación del régimen de guarda y custodia. En el resto de ordenamientos, aunque no se diga nada, cabe entender que el juez, a la hora de establecer las medidas posruptura, tendrá en cuenta con carácter prioritario los acuerdos prematrimoniales suscritos por las partes.

C) La mediación familiar como herramienta para la consecución de acuerdos

El establecimiento del régimen de guarda y custodia es uno de los efectos de la ruptura matrimonial que más conflictos genera entre las partes, ya que suele conllevar otros efectos colindantes, como la atribución del uso de la vivienda familiar o el establecimiento de pensiones alimenticias. Ello hace que el acuerdo en muchos casos se torne ciertamente complicado y, a tal efecto, la participación en unas sesiones de mediación puede contribuir a acercar las posturas de ambos progenitores.

La mediación no solo va a permitir a las partes acordar el régimen de guarda y custodia, sino que también posibilitará configurar algunos aspectos concretos de ese régimen. A modo de ejemplo, una de las cuestiones más problemáticas cuando las partes deciden establecer un régimen de custodia compartida, es acordar el tiempo que pasará con cada progenitor. Pues bien, la mediación familiar puede ser una herramienta muy útil para tratar de acercar las posiciones de las partes y fijar el reparto de tiempo entre ambas⁵⁵⁰. Además, quién mejor que los propios progenitores, bien conocedores de su propia disponibilidad horaria y de los hábitos del menor, para configurar el régimen más adecuado para su caso concreto.

Nuestro Derecho común comienza a referirse expresamente a la mediación familiar a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que en su

⁵⁵⁰ Vid. Tamayo Haya, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 706: «Es precisamente la figura de la mediación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, la que puede ayudar para que ambas partes reflexionen conjuntamente y lleguen a un acuerdo mutuo sobre el reparto de ese tiempo... »; FERRER ANDRÉS, Manuel, "Algunas ideas procesales y sustantivas de las Sentencias de Primera Instancia de Zaragoza...", cit., p. 373; y VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida...", cit., p. 97.

Exposición de Motivos hace referencia expresa a la mediación como procedimiento adecuado para resolver las diferencias entre los padres en cuanto al ejercicio de sus potestades⁵⁵¹; y que en su Disposición final tercera anuncia una futura ley de mediación⁵⁵². Sin embargo, pese a la mención explícita a la mediación familiar, continúa sin existir una regulación específica de dicha figura en el Derecho positivo estatal⁵⁵³. Llama la atención que la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles no se refiera a la mediación familiar —ni siquiera la menciona—. Y es que, aunque en su Exposición de Motivos considera dar por cumplido el mandato de la Disposición final tercera de la Ley 15/2005⁵⁵⁴ y pese a que algún autor viene considerando que la mediación familiar se incluye dentro de la citada norma⁵⁵⁵, lo cierto es que se echa de menos una regulación específica.

⁵⁵¹ La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 señala que «(...) con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo y, en especial, garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral(...)».

⁵⁵² La Disposición final tercera anuncia una futura ley de mediación en los siguientes términos: «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas». A los principios previstos expresamente en el precepto que acabo de reproducir cabe añadir otros como el carácter personalísimo, la profesionalidad de los mediadores (que deben contar con formación específica) y sobre todo el interés superior del menor, que como es bien sabido debe presidir cualquier procedimiento en el que se adopten decisiones que afecten a los menores.

⁵⁵³ Con el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental se pretendía introducir por fin una referencia expresa a la mediación familiar como método alternativo de resolución de los conflictos existentes entre las partes. En concreto se recogía en los artículos 90.1 g) y 91.3 del Código Civil —en la redacción que pretendían darles los artículos 1.1 y 1.2 del Anteproyecto—, en el artículo 770.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en la redacción que pretendía darle el artículo 2.3 del Anteproyecto— y en el artículo 2.2 de la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles —en la redacción que pretendía darle el artículo 5.1 del Anteproyecto—.

⁵⁵⁴ «esta Ley incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea, en línea con la previsión de la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación».

⁵⁵⁵ Vid. GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M., "La mediación familiar en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 863, 2013, p.2; y UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis, "La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles...", cit., p. 1202.

En el ámbito autonómico sí encontramos una extensa regulación de la mediación familiar⁵⁵⁶. Además, todas las normas autonómicas sobre guarda y custodia, salvo la anulada Ley valenciana 5/2011, contienen una referencia a la mediación familiar⁵⁵⁷.

Volviendo al Derecho común, las únicas novedades introducidas por la Ley 15/2005 son de índole procesal⁵⁵⁸. En concreto, se materializan en los artículos 770.7 y 772.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero de los citados preceptos faculta a las partes para suspender el proceso a fin de someterse a mediación⁵⁵⁹, mientras que el segundo prevé expresamente la posibilidad de acompañar el escrito por el que se inicia el procedimiento de separación o divorcio del acuerdo alcanzado en un procedimiento de mediación familiar.

El plazo máximo por el que puede suspenderse el procedimiento es de sesenta días –art. 770.7 Lec. en relación al art. 19.4 Lec.–⁵⁶⁰. Transcurrido

⁵⁵⁶ La primera fue Cataluña con la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña (modificada por la Ley 15/2009, de 22 de julio)⁵⁵⁶; y después le siguieron Galicia, con la Ley 4/2001, de 31 de mayo, de mediación familiar de Galicia; Valencia con la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad de Valencia; Canarias con la Ley 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar de Canarias (modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio); Castilla La Mancha con la Ley 4/2005, de 24 de mayo, de mediación familiar de Castilla La Mancha; Castilla y León con la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León; Baleares con la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de las Islas Baleares (modificada por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre de mediación familiar de las Islas Baleares); la Comunidad de Madrid con la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid; Asturias con la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar del Principado de Asturias; el País Vasco con la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar en el País Vasco; Andalucía con la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Aragón con la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón⁵⁵⁶; y Cantabria con la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

⁵⁵⁷ El Código del Derecho Foral de Aragón la recoge en sus artículos 75 y 78. En cuanto a Cataluña, la mediación familiar está prevista en los artículos 233-6 y 233-7.3 del Código Civil de Cataluña. La Ley del País Vasco 7/2015 la prevé en sus artículos 1.2, 4.4, 5.3 y 6. Y, por último, en el caso de la Comunidad Navarra, recoge expresamente la mediación familiar en los artículos 1.3 y 2 de la Ley Foral 3/2011.

⁵⁵⁸ *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit., p. 220.

⁵⁵⁹ Los ordenamientos aragonés, catalán y vasco también han previsto expresamente la posibilidad de que las partes soliciten la suspensión del procedimiento para someterse a mediación. El Código del Derecho Foral de Aragón la recoge en su artículo 78.3; el Código Civil de Cataluña en su artículo 233-6.3; y la Ley del País Vasco 7/2015 en su artículo 6.3.

⁵⁶⁰ En este sentido, el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, pretendía eliminar dicho plazo de sesenta días

dicho plazo sin que las partes hayan alcanzado un acuerdo, podrá reanudarse el proceso judicial siempre que así lo solicite alguna de ellas⁵⁶¹.

Respecto al momento en el que puede solicitarse la suspensión del procedimiento, la ley guarda silencio, por lo que cabe entender que podrá instarse en cualquier fase del proceso –incluso en segunda instancia⁵⁶²–.

Por otro lado, considero que el papel de la mediación no tiene por qué concluir con el acuerdo final por el que se convengan las diferentes cuestiones referentes a la guarda y custodia –u otras medidas–, sino que puede seguir resultando útil también después de la ruptura. A tal efecto, el desarrollo de varias sesiones de mediación posruptura permitirá a las partes intercambiar información sobre cómo cada una de ellas percibe que los hijos están afrontando la ruptura de la pareja⁵⁶³, ayudando a los progenitores a desarrollar adecuadamente el régimen de guarda y custodia acordado⁵⁶⁴ e incluso resolviendo de forma consensuada las diferentes desavenencias que vayan surgiendo⁵⁶⁵. En este sentido, la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores,

y dejar que fuera el letrado de la administración de justicia el que determinara el tiempo por el que se suspendería el procedimiento –art. 2.3 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al art. 770.6 Lec.–.

⁵⁶¹ En este sentido, el artículo 179.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que dicha solicitud se efectúe en un plazo máximo de cinco días a contar desde aquél en el que expiró el periodo de suspensión, ya que en caso contrario el letrado de la administración de justicia archivará provisionalmente los autos y permanecerán en tal situación mientras no se solicite la continuación del proceso.

⁵⁶² Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 391.

⁵⁶³ Vid. JUSTICIA DÍAZ, M^a Dolores, "Los hijos ante el proceso de divorcio de sus padres y su papel en la mediación familiar", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja*, –dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen–, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1^a ed., p. 407.

⁵⁶⁴ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 167; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, "Mediación y guarda y custodia...", cit., pp. 135 y 137; RODRÍGUEZ SANTERO, Elena María, "¿Cómo se protege el interés de los/las menores en la mediación familiar? Lo que la persona mediadora debería saber", *Mediatio*, N^o 6, 2014, p. 100; y VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, "El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar", *Revista de derecho de familia*, N^o 67, 2015, p. 83.

⁵⁶⁵ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2011 recomienda a las partes que asistan a mediación para garantizar el correcto funcionamiento del régimen de guarda y custodia establecido.

prevé la posibilidad de que en el propio convenio regulador se incluya el compromiso de las partes de acudir a mediación familiar con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales, con objeto de resolver los distintos problemas que se planteen en el cumplimiento del mismo – art. 5.3 Ley 7/2015 –.

Muy relacionado con el papel que puede desempeñar la mediación tras la ruptura matrimonial, cabe hacer una breve referencia al denominado “coordinador parental” o “coordinador de parentalidad”. Se trata de una novedosa figura que ha comenzado a adquirir cierta relevancia en la jurisprudencia durante los últimos años y cuya función es precisamente la de colaborar en la ejecución de la sentencia, acompañando y asistiendo a los progenitores y ayudándoles a resolver los posibles problemas que vayan surgiendo en el desarrollo del régimen de guarda y custodia⁵⁶⁶. La Audiencia Provincial de Barcelona es el tribunal que más frecuentemente ha recurrido a esta figura⁵⁶⁷, aunque también es posible encontrar pronunciamientos en otras Audiencias que hacen uso de la misma⁵⁶⁸. Obviamente, el coordinador parental carece de capacidad decisoria y su actuación debe acomodarse a las instrucciones que le haya dado el propio juez⁵⁶⁹.

En caso de que el proceso termine con acuerdo entre las partes, éste se deberá formalizar por escrito⁵⁷⁰ y se levantará el Acta final de mediación, como exige el artículo 22.3 de la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Para que el Acta final de mediación goce de fuerza ejecutiva deberá presentarse ante la autoridad judicial para su aprobación⁵⁷¹. En todo caso, como recuerda la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia

⁵⁶⁶ Vid. SOLÉ RESINA, Judith, "La guarda y custodia...", cit., p. 141.

⁵⁶⁷ Vid. SAP de Barcelona de 28 de noviembre de 2013, de 13 de febrero de 2014, de 26 de marzo de 2014, de 8 de octubre de 2014 y de 7 de noviembre de 2014.

⁵⁶⁸ Vid. a modo de ejemplo: SAP de Madrid de 13 de mayo de 2014.

⁵⁶⁹ Vid. STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2015.

⁵⁷⁰ Vid. LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, "La mediación familiar como instrumento...", cit., p. 392.

⁵⁷¹ Vid. PARRA LUCÁN, M^a Ángeles y LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Relaciones...", cit., p. 181.

de 21 de febrero de 2007, el Acta final de mediación no tiene naturaleza de convenio regulador⁵⁷². Por ende, antes de presentar el acuerdo alcanzado ante la autoridad judicial para su homologación, será necesario que se le dé forma de convenio regulador⁵⁷³ —.

Una cuestión que todavía no ha sido resuelta es la de si cabe que los hijos menores participen en el proceso de mediación. A excepción de la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado —art. 4.2⁵⁷⁴—, ninguna de las normativas autonómicas de mediación se han pronunciado sobre este particular⁵⁷⁵. Tampoco en el Derecho común encontramos ninguna previsión al respecto —algo que no sorprende si tenemos en cuenta que no existe una regulación específica sobre mediación familiar—⁵⁷⁶.

Cabe advertir que cuando hablo de participación del menor me estoy refiriendo a que su opinión pueda ser escuchada y tenida en cuenta, no a que sea parte en el acuerdo. De hecho, creo que esta última posibilidad debería quedar descartada en todo caso, pues el menor no es parte en el proceso judicial ni tampoco lo será en el convenio regulador que recoja el acuerdo alcanzado en mediación.

⁵⁷² Vid. En este mismo sentido ARGUDO PÉREZ, José Luis, "Mediación familiar y relaciones entre padres e hijos", en: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* —coords. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio—, Institución Fernando el Católico, 2013, p. 294.

⁵⁷³ Vid. CASADO ROMÁN, Javier e Isabal Ordoñez, Elisa M^a, "La Mediación Familiar en el Derecho Español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, N^o7, 2010, p. 119.

⁵⁷⁴ El artículo 4.2 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado, incluye entre las personas legitimadas para participar en el proceso a «*los menores de edad, si tienen suficiente conocimiento, y, en todos los casos, los mayores de doce años(...)*».

⁵⁷⁵ Vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, "El papel de los hijos menores en el proceso...", cit., p. 94.

⁵⁷⁶ Esta cuestión pretendió ser abordada 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. En concreto, la posible participación del menor en el proceso de mediación hubiera sido introducida en el artículo 2.2 de la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles —tras la redacción que pretendía darle el artículo 5.1 del Anteproyecto—. En cualquier caso, de haber prosperado la reforma, la posible participación del menor se hubiera configurado como una opción potestativa, que dependería de que los progenitores así lo solicitaran —y cabe entender que también de que el correspondiente servicio de mediación mostrara su conformidad, para lo que debería valorar aspectos como la edad y capacidad de juicio del menor—.

A mi modo de ver, para determinar si es conveniente la participación del menor en el proceso de mediación debemos tener en cuenta diferentes aspectos:

Por un lado, hay que partir de que los menores tienen derecho a ser oídos en todas aquellas cuestiones que puedan afectarles⁵⁷⁷, como lo es precisamente la adopción del régimen de guarda y custodia. Desde este punto de vista, no parecería razonable apartarle de un proceso en el que se van a adoptar decisiones con enorme trascendencia para su persona, pues dentro de las medidas que se adoptan para regular los efectos del divorcio de sus padres, la fijación del régimen de guarda y custodia es sin duda la que más le va a repercutir. Además, la participación en el proceso de mediación permitirá que el menor se vea involucrado en las decisiones que se adopten y sienta que sus intereses están representados⁵⁷⁸.

Pero por otro lado, cabe plantearse si es en realidad conveniente someter al menor a una situación que sin duda puede acarrearle altos niveles de estrés. Una forma de superar dicho inconveniente podría ser que el menor no participe de forma directa en el proceso de mediación, sino a través de especialistas debidamente cualificados que, tras entrevistarse con él, pudieran trasladar al mediador su opinión, para que éste a su vez se la haga llegar a las partes.

En cualquier caso, a mi modo de ver, no cabe establecer reglas absolutas, sino que habrá que atender en cada caso concreto a la conveniencia o no de que los menores participen en el proceso de mediación. Así, habrá ocasiones en las que atendiendo a su edad y madurez o a las circunstancias concurrentes —ej. existencia de conflictividad entre las partes— no sea

⁵⁷⁷ En el momento oportuno me referiré con mayor extensión al derecho del menor a ser oído —*vid.* Epígrafe 3.1.A).a) del Capítulo IV—.

⁵⁷⁸ *Vid.* DURÁN AYAGO, Antonia, "Custodia: corresponsabilidad...antes y después del divorcio", *Meridiam*, nº 60, 2012, p. 20; y IBÁÑEZ LÓPEZ, Andrea y GARCÍA LONGORIA, María Paz, "Estudio sobre la posibilidad de mediación con menores y sus familias en situaciones de violencia de género bajo la perspectiva de profesionales del ámbito sociojurídico de Almería", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, mayo-agosto, Vol. 7, Nº 2, 2016, p. 24.

recomendable la participación del menor en las sesiones de mediación; y otras en las que sí resulte conveniente⁵⁷⁹ — .

3.2. Régimen de guarda y custodia establecido por el juez

En aquellos casos en los que los progenitores no hayan alcanzado un acuerdo sobre el régimen de guarda y custodia de sus hijos menores, éste será establecido por el juez. Así se desprende del artículo 91 del Código Civil, que encomienda al juez la determinación del régimen de guarda y custodia —junto al resto de medidas que procedan— en defecto de acuerdo de las partes. En el mismo sentido se pronuncia el punto cuarto del artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así mismo, los Derechos autonómicos coinciden con nuestro Código Civil en prever la intervención judicial en los supuestos en los que las partes no hayan llegado a un acuerdo sobre el régimen de guarda y custodia —art. 79.1 CDFa, art. 233-4.1 Cc.Cat., art. 3 Ley Foral navarra 3/2011 y art. 7.1 Ley del País Vasco 7/2015. También lo hacía la anulada Ley valenciana 5/2011 en su art. 5.1 — .

En todo caso, como he venido repitiendo a lo largo de estas páginas, los acuerdos alcanzados por las partes gozan de preferencia sobre la intervención del juez, que tiene carácter subsidiario⁵⁸⁰. Por ende, el establecimiento judicial del régimen de guarda y custodia sólo procederá en defecto de acuerdo de las

⁵⁷⁹ En este sentido, me parece muy oportuna la reforma que hemos visto que pretendía introducir el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia en la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, a través de la cual establecía la posible participación del menor en el proceso de mediación con carácter potestativo y supeditada a que los progenitores la solicitaran, tal y como viene reclamando algún autor —*vid.* VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, "El papel de los hijos menores en el proceso...", cit., pp. 106 y 109—.

⁵⁸⁰ *Vid.* DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia...*, cit., p. 118.

partes — o bien cuando este no sea aprobado⁵⁸¹ o resulte incompleto —⁵⁸². Así se desprende de los preceptos que acabo de transcribir y de la propia Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio⁵⁸³. También en sede de medidas provisionales se prevé la intervención judicial únicamente para los supuestos de falta de acuerdo — art. 103 Cc. —.

En el siguiente capítulo abordaré el régimen jurídico supletorio de atribución de la guarda y custodia y la configuración concreta que puede adoptar.

⁵⁸¹ Debe tenerse en cuenta que la falta de aprobación judicial de los acuerdos adoptados por las partes no dará lugar en todo caso a la determinación judicial de las medidas, ya que en caso de denegación se les concede un plazo para que presenten un nuevo acuerdo — arts. 90.2 Cc. y 777.7 Lec—. En caso de que el nuevo acuerdo tampoco sea aprobado o trascurra el plazo previsto sin que las partes lo presenten, entonces sí procederá el establecimiento judicial de las medidas — vid. Epígrafe 3.1.A) del Capítulo III—.

⁵⁸² Vid. CLEMENTE MEORO, Mario Enrique, "Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio...", cit., p. 155; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. p. 196.

⁵⁸³ En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, dispone que «*la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas*».

CAPÍTULO IV: RÉGIMEN LEGAL

En este capítulo abordaré tres aspectos por separado, pese a que, como en seguida veremos, guardan estrecha relación entre sí. En primer lugar me referiré al régimen legal supletorio previsto en las distintas leyes para aquellos casos en los que los progenitores no hayan alcanzado un acuerdo. Una vez visto el régimen legal supletorio, me centraré en la organización concreta que puede adoptar el régimen de guarda y custodia. Por último, analizaré los criterios y elementos de valoración que debe manejar el juez tanto para establecer el régimen de guarda y custodia como para determinar la configuración concreta del mismo.

1. RÉGIMEN SUPLETORIO

A continuación pasaré a analizar el régimen jurídico supletorio que se prevé tanto en nuestro Código Civil como en las leyes autonómicas. A tal efecto, dividiré las normas existentes en tres apartados, en función de si conceden preferencia legal a la custodia exclusiva, a la custodia compartida, o bien equiparan ambos regímenes de guarda y custodia.

Comenzaré refiriéndome al régimen previsto por nuestro Código Civil, caracterizado por una marcada preferencia por la custodia exclusiva. Seguidamente abordaré los ordenamientos autonómicos que han establecido preferencia legal por el sistema de custodia compartida y, posteriormente, los que han equiparado uno y otro régimen.

Por último, haré una breve referencia a la situación existente en los países de nuestro entorno.

1.1. Preferencia legal por la custodia individual: la opción seguida por nuestro Código Civil

Como he mencionado durante el recorrido histórico que he hecho por la regulación de la guarda y custodia, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introdujo por primera vez en nuestro Código Civil la figura de la custodia compartida. Sin embargo, como vamos a ver a continuación, le atribuyó un carácter excepcional⁵⁸⁴. De hecho, pudo ser todavía más excepcional de haber prosperado algunas de las enmiendas presentadas durante la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que pretendían limitar la custodia compartida a aquellos supuestos en los que existiera acuerdo entre las partes⁵⁸⁵ —y que finalmente fueron rechazadas⁵⁸⁶—.

La opción de establecer la custodia compartida en defecto de acuerdo entre los progenitores está prevista en el punto octavo del artículo 92 Cc., que es uno de los han dado lugar a mayores controversias en nuestra jurisprudencia y doctrina. La palabra con la que comienza —«*excepcionalmente*»— es bastante descriptiva del carácter residual que el legislador parece haberle querido dar a esta posibilidad⁵⁸⁷. Pero no se queda ahí, si continuamos leyendo podemos

⁵⁸⁴ Al respecto, la reforma introducida por la Ley 15/2005 podría parecer incongruente. Por un lado, introdujo, junto a los tradicionales deberes conyugales —vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente—, el de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo —art. 68 Cc.—; y por otro lado, relegó la custodia compartida a un segundo plano, como si la obligación de compartir el cuidado de los hijos existiera sólo durante la convivencia.

⁵⁸⁵ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005. La enmienda nº 81, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, señalaba que «la guarda y custodia compartida sólo será posible cuando exista acuerdo entre las partes(...)»; y la enmienda nº 30, presentada por Dña. María Olaia Fernández Davila, del Grupo Parlamentario Mixto, disponía que «(...) será requisito imprescindible que la solicitud se formule conjuntamente por ambos progenitores».

⁵⁸⁶ La enmienda nº 81 del Grupo Parlamentario Popular fue rechazada por el Congreso de los Diputados en su sesión nº 79 (votación 50), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 136 votos a favor, 176 en contra y 14 abstenciones —vid. DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005—; y la enmienda nº 30 de Dña. María Olaia Fernández Davila, del Grupo Parlamentario Mixto, en la sesión nº 79 (votación 39), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 18 votos a favor, 297 en contra y 8 abstenciones —vid. DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005—.

⁵⁸⁷ Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, "La ruptura de pareja con hijos...", cit., p. 62; SANAHUJA BUENAVENTURA, María, "La custodia compartida...", cit., p. 4; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Criterios de atribución de la

observar que, en defecto de acuerdo entre las partes, nuestro Código exige unos requisitos mucho más restrictivos para la custodia compartida que para la individual. Así, se requiere que exista petición de parte, que concurra informe favorable del ministerio fiscal – aunque, como en seguida vamos a ver, el inciso "favorable" ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/2012, de 17 de octubre – y que la custodia compartida sea la única forma de proteger adecuadamente el interés del menor.

A mayor abundamiento, la Ley 15/2005 tampoco previó los efectos que la adopción del régimen de guarda y custodia compartida tendría sobre otras medidas colindantes, tales como la atribución del uso de la vivienda familiar o la contribución a los gastos de los hijos menores por parte de sus progenitores, lo que provoca inseguridad jurídica y es una muestra más de que, en realidad, el legislador no ha confiado en el régimen de custodia compartida como una alternativa equiparable al de custodia exclusiva.

Puede decirse, por tanto, que la reforma introducida no equiparó el régimen de custodia compartida al de la guarda y custodia exclusiva⁵⁸⁸, estableciendo una clara preferencia por este último⁵⁸⁹ – pese a que hay quien

custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2010, p. 6; y GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 11, 2016, p. 4.

⁵⁸⁸ Vid. GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia...", cit., p. 104; y HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "Sobre la necesidad de una nueva regulación...", cit., p. 1132.

⁵⁸⁹ Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, "La guarda compartida...", cit., p. 37 y "Custodia compartida...", cit., p. 234; LÓPEZ-ALMANSÁ BEAUS, Laura, "La novedosa figura de la custodia compartida...", cit., p. 86; CASTAÑOS CASTRO, Paula y GARCÍA ALGUACIL, María José, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 64; UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, "Sentencia de 1 de octubre de 2010: Custodia compartida sin acuerdo de los progenitores. Falta de valoración de los dictámenes periciales. Interés superior del menor que aconseja la continuación de la medida de guarda y custodia compartida", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 86, 2011, p. 1213; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 46; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 28; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "La necesidad de una completa regulación...", cit., p. 4; y CAMPUZANO TORNÉ, Herminia, "La responsabilidad parental y su ejercicio...", cit., p. 21.

opina lo contrario⁵⁹⁰—. Incluso considero que dificultó la adopción del régimen de custodia compartida, al introducir controles y exigencias para su adopción antes inexistentes, por lo que desde un punto de vista práctico, en realidad, limitó las posibilidades de acudir a este régimen⁵⁹¹.

A continuación me voy a referir a los requisitos que prevé nuestro Código Civil para poder adoptar el régimen de custodia compartida en defecto de acuerdo entre los progenitores. Así mismo, llevaré a cabo un recorrido por la evolución que han experimentado los pronunciamientos de nuestros tribunales a la hora de interpretar las reglas previstas en el Código. También haré una breve mención al fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que preveía modificar —entre otros aspectos— el régimen supletorio que recoge nuestro Código en el sentido de dotar de mayor protagonismo a la guarda y custodia compartida.

A) Los requisitos previstos para la guarda y custodia compartida

Como he mencionado, nuestro Código Civil exige unos requisitos muy estrictos para que el juez pueda adoptar la guarda y custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores⁵⁹². Estos requisitos están previstos en el

⁵⁹⁰ Vid. LÓPEZ JARA ha llegado a afirmar que la Ley 15/2005 estableció la custodia compartida como régimen preferente (LÓPEZ JARA, Manuel, "La sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar del artículo 96 del Código Civil por el de otra distinta. STS, Sala 1ª, 16 de enero de 2015", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 6, 2015, p. 134). No obstante, considero que si tenemos que el propio legislador utiliza el término «excepcionalmente», y que exige para la custodia compartida requisitos mucho más estrictos que los previstos para la custodia exclusiva, debe descartarse esta interpretación.

⁵⁹¹ Vid. IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil...*, cit., p. 87; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 168; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares...", cit., p. 1793; TENA PIAZUELO, Isaac, "Custodia compartida en Aragón...", cit., p. 83; y PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 79.

⁵⁹² Por si los requisitos exigidos por el Código Civil no resultaran suficientemente severos, nuestra jurisprudencia ha ido añadiendo otros: un bajo nivel de conflicto entre los progenitores, buena comunicación y cooperación entre ellos, residencias cercanas o geográficamente compatibles, rasgos de personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles, edad de los menores y número de hermanos que permitan su adaptación, cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas, respeto mutuo por ambos progenitores, que no haya excesiva judicialización de la

artículo 92 del Código Civil y pueden resumirse en los tres siguientes: que alguna de las partes solicite el establecimiento de dicho régimen, que exista informe favorable del ministerio fiscal —aunque como en seguida veremos, se ha eliminado el inciso “favorable” — y que quede acreditado que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

a) Petición de parte

El primer requisito que exige el artículo 92.8 del Código Civil para poder establecer el régimen de guarda y custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores es que dicho régimen haya sido solicitado por al menos una de las partes⁵⁹³. De acuerdo con ello, no cabe la posibilidad de que el juez establezca la custodia compartida de oficio⁵⁹⁴.

separación, existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padres y que acepten este tipo de custodia, etc. —*vid.* SAP de Alicante de 3 de marzo de 2005 y SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006, entre otras—. En cualquier caso, aun cuando las citadas resoluciones parecen querer conformarlos como requisitos para la custodia compartida, lo cierto es que en realidad se trata de criterios generales de determinación del régimen de guarda y custodia, que deberán ser tenidos en cuenta tanto para la custodia compartida como para la exclusiva. A ello me referiré más adelante —*vid.* Epígrafe 3 del Capítulo IV—.

⁵⁹³ No ocurría lo mismo con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 15/2005, ya que de acuerdo a la normativa anterior sí era posible establecer la custodia aunque no hubiera sido solicitada por ninguna de las partes. Ello porque no se establecía requisito alguno para la adopción del citado régimen —recordemos que ni siquiera estaba previsto—, por lo que *a contrario sensu* cabe entender que su adopción de oficio era perfectamente admisible. Así lo ha entendido parte de nuestra doctrina —*vid.* CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores...", cit., p. 1749; ZURITA MARTÍN, Isabel, "Denegación de custodia...", cit., p. 1041; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales...", p. 81; GARCÍA BECEDAS, María José, "La custodia compartida en los procesos matrimoniales...", cit., p. 87; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 36; y SOLÉ RESINA, Judith, "La guarda y custodia...", cit., p. 95—.

De hecho, encontramos varios pronunciamientos judiciales anteriores a 2005 admitiendo la custodia compartida de oficio —*vid.* SAP de Valencia de 22 de abril de 1999 y de 2 de febrero del 2000, SAP de A Coruña de 14 de febrero de 2005 y SAP de Barcelona de 14 de marzo de 2005—, destacando especialmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/2001, de 15 de enero.

⁵⁹⁴ *Vid.* MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)", *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015, pp. 4-5.

Esta interpretación es compartida por la mayor parte de nuestra jurisprudencia⁵⁹⁵ y doctrina⁵⁹⁶. Hay, no obstante, autores que consideran que sí

⁵⁹⁵ Lo cierto es que hubo algunos pronunciamientos iniciales que consideraban admisible la adopción de la custodia compartida de oficio —*vid.* a modo de ejemplo la STS de 28 de septiembre de 2009, que pese a que en el caso concreto termina no adoptando la custodia compartida, considera que sería posible establecerla de oficio «dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, de modo que aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés»—; pero que posteriormente serían corregidos: *vid.* STS de 19 de abril de 2012, STS de 29 de abril de 2013: «(...) un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores(...)» y STS de 15 de junio de 2016: «El Código Civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse». *Vid.* también: SAP de Zaragoza de 24 de octubre de 2005, SAP de Asturias de 23 de febrero de 2007, SAP de Barcelona de 4 de julio de 2007, SAP de Lleida de 12 de julio de 2007, SAP de Asturias de 20 de septiembre de 2007, SAP de Alicante de 11 de junio de 2009; SAP de Málaga de 30 de junio de 2011; y SAP de Murcia de 24 de mayo de 2012.

⁵⁹⁶ *Vid.* TENA PIAZUELO, Isaac, "La guarda compartida...", cit., p. 40, "La ruptura de pareja con hijos...", cit., p. 63 y "Custodia compartida...", cit., pp. 236-237; ZURITA MARTÍN, Isabel, "Denegación de custodia a una madre por su condición homosexual", *La Ley*, Nº 6817, 2007, tomo 5, p. 1041; SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 226; CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores...", cit., p. 1744; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 358; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 280; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, "Una visión crítica sobre la regulación de la custodia compartida...", cit., p. 10 y *El interés del menor...*, cit., pp. 115 y 204; TAMAYO HAYA, Silvia, "El interés del menor...", cit., p. 66; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 437 y "Custodia compartida, acuerdos de los padres y establecimiento de oficio", *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, Nº 2, 2010, p. 243.; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., p. 1555; DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 91; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida...", cit., p. 85 y "Valoración de la normativa catalana...", cit., p. 4; GARCÍA BECEDAS, María José, "La custodia compartida en los procesos matrimoniales...", cit., p. 87; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, Carlos, "Régimen común...", cit. pp. 200-201; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La guarda y custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Comentarios a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013", *Economist & Jurist*, Vol. 21, Nº 172, 2013, p. 53; PÉREZ CONESA, Carmen, "Análisis crítico de las reformas del Código Civil...", cit., p. 79 y "Doctrina formulada por el Tribunal Supremo...", cit., p. 40; CLARAMUNT BIELSA, M. Mercè, "Custodia compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 870, 2013, p. 3; BONACHERA VILLEGAS, Raquel, "La atribución de la guarda y custodia compartida", *Práctica de Tribunales*, Nº 108, 2014, p. 2; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 150; DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "La atribución del uso de la vivienda familiar en España", *VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia: Reformas legislativas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, Departamento de Derecho (en colaboración con el IBIDE), Valencia, 2015, p. 5; LÓPEZ JARA, Manuel, "Aspectos procesales de la guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 11, 2016, p. 1; CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "La revisión por el TS de la aplicación de su doctrina sobre guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 11, 2016, p. 2; UREÑA CARAZO, Belén, "La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 11, 2016, p. 3; COSTAS RODAL, Lucía, "Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº. 5, 2016, p. 160; URBÓN LLACA, Ángela, "Distintos tipos de guarda y custodia y requisitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo para conseguirlos", *Economist & Jurist*, Vol. 24, Nº 204, 2016, p. 43; MARTÍN MOLINA, Alejandro Andrés, "Cuestiones actuales sobre la custodia compartida", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 15, mayo, 2017, p. 13; y MÉNDEZ TOJO, Ramón, "La guarda y custodia compartida: una solución deseable", *Actualidad civil*, Nº 1, 2017, p. 15.

es posible establecer la custodia compartida aunque no medie petición de ninguna de las partes⁵⁹⁷.

El principal argumento esgrimido por quienes defienden la posible adopción de la custodia compartida en ausencia de petición de parte es que el artículo 158 del Código Civil concede libertad al juez para adoptar todas aquellas medidas que considere necesarias para proteger el interés del menor, lo que incluiría la posibilidad de establecer de oficio el régimen de custodia compartida⁵⁹⁸. Sin embargo, considero que el dispositivo del artículo 158 no resulta argumento suficiente para apartarse de la regla del artículo 92.8. Por un lado, el principio de especialidad nos conduce a aplicar el artículo 92.8 con carácter preferente sobre el artículo 158, puesto que es el precepto que regula expresamente la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores. Por otro lado, no parece que las facultades que el artículo 158 concede al juez le permitan adoptar medidas contrarias a la propia ley.

Una vez aclarado que no es posible establecer la custodia compartida de oficio –al menos a mi modo de ver–, se plantean varios interrogantes, como el momento en el que debe solicitarse el mencionado régimen, la forma que debe adoptar dicha petición o si resulta suficiente con que lo pida el ministerio fiscal.

⁵⁹⁷ Vid. GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia...", cit., p. 103; IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil...*, cit., p. 90; NANCLARES VALLE, Javier, "La guarda y custodia de los hijos menores...", cit., pp. 158-159; GAFFAL, Margit, "Sentencia de 28 de septiembre de 2009: Guarda y custodia de la hija menor tras la sentencia de separación contenciosa. Distinción entre guarda compartida y guarda exclusiva con un régimen de visitas intersemanal muy amplio. La desatención al interés del menor como motivo casacional", *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, Nº 84, 2010, p. 1475; DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida...", cit., pp. 32-33; RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad, "La atribución de la custodia compartida...", cit., p. 3; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia...", cit., pp. 36-37; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M^a Mercedes, "Atribución de la guarda y custodia del menor...", cit., p. 76; y HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, "Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 316.

⁵⁹⁸ Vid. GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia...", cit., p. 103; NANCLARES VALLE, Javier, "La guarda y custodia de los hijos menores...", cit., pp. 158-159; ALASCIO CARRASCO, Laura, "La excepcionalidad de la custodia compartida...", cit., p. 8; RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad, "La atribución de la custodia compartida...", cit., p. 3; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 37; y LÓPEZ JARA, Manuel, "Aspectos procesales de la guarda y custodia...", cit., p. 1.

Respecto a la primera cuestión, cabe entender que puede solicitarse tanto en la propia demanda como en la contestación⁵⁹⁹. Ahora bien, nuestra doctrina no termina de ponerse de acuerdo sobre si puede o no pedirse en una fase posterior del procedimiento —ej. en la propia vista, en fase de apelación, etc.—, existiendo opiniones tanto a favor⁶⁰⁰ como en contra⁶⁰¹. A mi modo de ver, esta opción debe descartarse por ser contraria al principio “*mutatio libellis*”, de acuerdo al cual una vez fijado el objeto del proceso, éste no puede cambiarse por nuevas pretensiones de las partes —arts. 412, 426 y 456.1 Lec.—. Así ha sido entendido también por nuestros tribunales⁶⁰².

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 —para el caso de que no se admita la pretensión principal—⁶⁰³. Ahora bien, no resultará suficiente con que ambos progenitores hayan solicitado para sí la custodia exclusiva, tal y como ha interpretado buena parte de nuestra jurisprudencia⁶⁰⁴ y doctrina⁶⁰⁵ —aunque existen opiniones discordantes⁶⁰⁶—.

⁵⁹⁹ Vid. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 226; y DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 91.

⁶⁰⁰ Vid. ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 196; y LÓPEZ JARA, Manuel, "Aspectos procesales de la guarda y custodia...", cit., p. 1.

⁶⁰¹ Vid. LANGA MUELA, Adrián, *Custodia compartida en Aragón*, cit., p. 45.

⁶⁰² Vid. SAP de Barcelona de 4 de julio de 2007, SAP de Lleida de 12 de julio de 2007, SAP de Alicante de 11 de junio de 2009 y SAP de Murcia de 24 de mayo de 2012.

⁶⁰³ Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 704; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 437; y MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 5.

⁶⁰⁴ Vid. STS de 19 de abril de 2012 (entre otras). En el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo ambos progenitores habían solicitado para sí la custodia exclusiva, y el Tribunal terminó dictaminando que con ello no se podía considerar cumplido el requisito del artículo 92.8 del Código Civil, que exige que alguna de las partes haya solicitado expresamente el establecimiento del régimen de custodia compartida.

⁶⁰⁵ Vid. ZURITA MARTÍN, Isabel, "Denegación de custodia...", cit., p. 1041; y TENA PIAZUELO, Isaac, "La ruptura de pareja con hijos...", cit., p. 63.

⁶⁰⁶ Vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 35; SOLÉ RESINA, Judith y YSÁS SOLANES, María, "Custodia compartida: de la excepción a la regla general. Un paso más hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo", en: *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado* —dir. GARCÍA RUBIO, María Paz y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a del Rosario; coord. LÓPEZ DE LA CRUZ,

Por otro lado, se ha planteado si la petición del ministerio fiscal es suficiente para dar por cumplido este requisito⁶⁰⁷. Al respecto, considero que el artículo 92.8 del Código resulta bastante claro al exigir que dicho régimen sea pedido por alguna de las partes, por lo que si tenemos en cuenta que el ministerio fiscal no es parte en sentido estricto⁶⁰⁸, no parece que pueda suplir dicha petición⁶⁰⁹.

En el ámbito autonómico, la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, ha incluido la misma regla que nuestro Código Civil y exige para adoptar la custodia compartida que haya sido pedida por alguna de las partes – art. 9.3—. Por si quedara algún género de dudas, la propia Exposición de Motivos de la Ley vasca reitera la necesidad de que el establecimiento de la custodia compartida haya sido solicitado por alguna de las partes⁶¹⁰.

Como posteriormente expondré más detenidamente, a mi modo de ver resulta muy criticable que el legislador vasco haya incluido este requisito. Y es que, la preferencia legal por la custodia compartida que pretende introducir⁶¹¹ queda desvirtuada –al menos en parte– al impedir que dicho régimen pueda ser establecido de oficio por el juez.

Respecto al resto de leyes autonómicas, ninguna de ellas exige expresamente que la custodia compartida haya sido solicitada por alguna de las

Laura y OTERO CRESPO, Marta—, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2011, 1ª ed., p. 744; ALASCIO CARRASCO, Laura, "La excepcionalidad de la custodia compartida...", cit., p. 8; y GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "La necesidad de una completa regulación...", cit., p. 11.

⁶⁰⁷ Vid. PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 36.

⁶⁰⁸ Vid. LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 264; y CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p.72.

⁶⁰⁹ Vid. en este mismo sentido: LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 438; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, "La guarda y custodia compartida", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 4, 2013, p. 95; y LÓPEZ JARA, Manuel, "Aspectos procesales de la guarda y custodia...", cit., p. 1. Vid. también: SAP de Málaga de 30 de junio de 2011

⁶¹⁰ «(...) en caso de no acuerdo, y siempre a solicitud de parte, el juez otorgará la custodia compartida salvo cuando sea contrario al interés del menor(...)».

⁶¹¹ Vid. Exposición de Motivos y art. 9 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

partes⁶¹², por lo que a mi juicio cabe entender que es perfectamente posible que sea establecida de oficio por el juez⁶¹³.

Las mayores dudas se han planteado en el caso del Derecho aragonés, ya que algunos autores consideran que veta la posibilidad de adoptar la custodia compartida de oficio⁶¹⁴. El principal argumento en el que se basan es que el artículo 80.5 del Código del Derecho Foral de Aragón señala que la oposición de uno de los progenitores al establecimiento del régimen de guarda y custodia no es suficiente para excluirlo, de lo que extraen que sí lo será la oposición de ambas partes. Sin embargo, me parece muy cuestionable que fuera realmente ésta la intención del legislador aragonés, sobre todo si tenemos en cuenta su decidida postura en favor de la custodia compartida. Y es que, sería incongruente que tras dotar a la custodia compartida de carácter preferente, exigiera para su adopción requisitos más estrictos que los previstos para la custodia individual. En realidad, parece que lo que el legislador aragonés pretende señalar en el quinto punto del artículo 80 –reconozco que con una redacción bastante mejorable⁶¹⁵– es que la falta de acuerdo de los progenitores no resulta suficiente para excluir la custodia compartida. Por todo lo expuesto, siguiendo a SERRANO GARCÍA⁶¹⁶, considero que la ley aragonesa no exige petición de parte para el establecimiento judicial del régimen de guarda y custodia.

En los países de nuestro entorno sí se admite con carácter general el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida aunque ninguna

⁶¹² Vid. MORERA VILLAR, Beatriz, *Guarda y custodia...*, cit., p. 119.

⁶¹³ Vid. en este mismo sentido SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 34.

⁶¹⁴ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales...", cit., pp. 1942-1943; y RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad, "La atribución de la custodia compartida...", cit., p. 3.

⁶¹⁵ Sin duda hubiera sido más correcto decir directamente que la falta de acuerdo de las partes no impedirá la adopción de la custodia compartida, en vez de utilizar una expresión tan confusa y que puede dar lugar a diferentes interpretaciones.

⁶¹⁶ Vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 51.

de las partes lo haya solicitado. A modo de ejemplo, el artículo 373.2.9 del *Code Civil* francés prevé expresamente la posibilidad de establecer el régimen de custodia compartida de oficio⁶¹⁷.

La postura que adopta actualmente el Código Civil, excluyendo la posibilidad de establecer el régimen de custodia compartida de oficio, es aplaudida por buena parte de nuestra jurisprudencia y doctrina. A nivel doctrinal, se esgrimen tres argumentos en favor de la opción prevista en nuestro Código: que un régimen de guarda y custodia impuesto por el juez estaría abocado al fracaso⁶¹⁸, que vulneraría el principio de rogación aplicable al ámbito civil⁶¹⁹ – art. 216 Lec. – y que resultaría contrario al interés superior del menor⁶²⁰. En cuanto a la jurisprudencia, se ha alegado que la custodia compartida exige una especial predisposición psicológica de ambos progenitores⁶²¹, por lo que no resulta aconsejable que sea impuesta por el juez. Además, se ha señalado que un régimen de custodia compartida adoptado de oficio estaría abocado al fracaso⁶²² – al igual que defiende el sector doctrinal al que acabo de referirme –.

⁶¹⁷ «A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux». Vid. PICONTO NOVALES, Teresa, "Relaciones entre padres e hijos...", cit., p. 302.

⁶¹⁸ Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida como alternativa legal", cit., p. 704; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales...", cit., p. 1943; y ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., pp. 1555-1556.

⁶¹⁹ Vid. HERNANDO RAMOS señala que «El principio de rogación, aplicable al ámbito civil, supondría, en consecuencia, que el juez no podría decidir sobre la custodia compartida si ésta no se ha pedido por ninguna de las partes ya que el mencionado principio impide que el juez conceda aquello que no se le ha pedido» (HERNANDO RAMOS, Susana, "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida...", cit., p. 2040). Ya había sido puesto de manifiesto anteriormente por CASTILLO MARTÍNEZ — vid. CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores...", cit., p. 1744—.

⁶²⁰ Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "Valoración de la normativa catalana...", cit., p. 5; y PÉREZ CONESA, Carmen, "Análisis crítico de las reformas del Código Civil...", cit., pp. 79-80.

⁶²¹ Vid. SAP de Barcelona de 1 de enero de 2007.

⁶²² Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2005.

Sin embargo, también encontramos en nuestra jurisprudencia⁶²³ y doctrina⁶²⁴ opiniones favorables a admitir, de *lege ferenda*, la guarda y custodia compartida de oficio, especialmente en aquellos casos en los que quede acreditado que el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida es lo que más beneficia al interés superior del menor.

Personalmente comparto la opinión de esta última corriente doctrinal y jurisprudencial. Debe tenerse en cuenta que el interés superior del menor es un valor superior de nuestro Derecho de familia que debe presidir cualquier decisión que se adopte, por lo que, en aquellos casos en los que se acredite que el régimen de custodia compartida es el que mejor protege dicho interés, parece muy discutible hacerlo claudicar por el mero hecho de que ninguno de los progenitores haya solicitado la adopción del mismo⁶²⁵.

Tampoco la supuesta vulneración del principio de rogación resulta argumento suficiente a mi juicio para rechazar la posibilidad de adoptar la custodia compartida de oficio, como nos recuerda el Tribunal Constitucional en

⁶²³ Vid. STS de 28 de septiembre de 2009. Vid. también en nuestra jurisprudencia menor: SAP de León de 12 de mayo de 2006, SAP de Castellón de 27 de junio de 2006, SAP de Valencia de 12 de septiembre de 2006, SAP de León de 12 de mayo de 2006 y de 26 de febrero de 2007 y SAP de Madrid de 16 de julio de 2007.

⁶²⁴ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Comentarios del nuevo artículo 92...", cit., p. 163 y "La custodia compartida alternativa...", cit., pp. 16-17; GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia...", cit., pp. 101-103; ZURITA MARTÍN, Isabel, "Denegación de custodia...", cit., p. 1041; IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil...*, cit., p. 90; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 281; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, "Una visión crítica sobre la regulación de la custodia compartida...", cit., p. 10 y *El interés del menor...*, cit., p. 136; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1449 y "Consecuencias personales ...", cit., p. 96; NANCLARES VALLE, Javier, "La guarda y custodia de los hijos menores...", cit., pp. 158-159; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, "Sentencia de 11 de marzo...", cit., p. 1838; DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 92; ALASCIO CARRASCO, Laura, "La excepcionalidad de la custodia compartida...", cit., p. 8; DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida...", cit., pp. 31-33; GARCÍA BECEDAS, María José, "La custodia compartida en los procesos matrimoniales...", cit., p. 87; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 102; RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad, "La atribución de la custodia compartida...", cit., p. 3; HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, "Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 316; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M^ª Mercedes, "Atribución de la guarda y custodia del menor...", cit., p. 76; BONACHERA VILLEGAS, Raquel, "La atribución de la guarda y custodia...", cit., p. 7; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 37; y SEISDEDOS MUIÑO, Ana, "La custodia compartida...", cit., p. 494.

⁶²⁵ Vid. MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 5.

su Sentencia 4/2001, de 15 de enero⁶²⁶. Ello porque nos encontramos ante una materia regida por el interés superior del menor, que es un principio de orden público y por ende tiene carácter imperativo⁶²⁷. Así ha sido puesto de manifiesto también por un sector de nuestra doctrina⁶²⁸.

A mayor abundamiento, la exigencia de que exista petición de parte para adoptar el régimen de custodia compartida puede dar lugar a situaciones realmente paradójicas. Imaginemos, por ejemplo, que ninguno de los progenitores solicita que le sea atribuida la guarda y custodia –ni individual ni compartida– y ambos piden que la asuma el otro. Tengamos en cuenta además que el carácter irrenunciable de la patria potestad⁶²⁹ –y de las funciones que la integran– obliga al juez a pronunciarse en todo caso sobre el progenitor que va

⁶²⁶ En su Fundamento jurídico cuarto señala que «(...) cuando se analizan los procesos judiciales de familia, como es el caso, no cabe calificarlos como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara(...). El principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados(...), en este sentido, la incongruencia no existe, o no puede reconocerse(...)».

⁶²⁷ Vid. en este sentido la STC 185/2012, de 17 de octubre (FJ 3): «(...) se enmarca dentro de la regulación de un procedimiento específico en el que, a pesar de su naturaleza civil, el principio dispositivo se limita no solamente porque están en juego los derechos e intereses de las partes, sino porque el resultado del litigio afecta directamente a un tercero que no es parte procesal (el hijo menor de edad) y al que el ordenamiento jurídico otorga una especial protección dadas sus circunstancias personales».

⁶²⁸ Vid. JIMÉNEZ LINARES, M^a Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución...", cit., p. 879; MONSERRAT QUINTANA, Antonio, "La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005...", cit., pp. 3-4; ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida...", cit., p. 4 y "La excepcionalidad de la custodia compartida...", cit., p. 8; IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil...*, cit., pp. 86 y 89; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 281; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 16; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales de sus padres", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1^a ed., p. 33; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales...", p. 93; DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 92; BONACHERA VILLEGAS, Raquel, "La atribución de la guarda y custodia...", cit., p. 7; y ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M^a Mercedes, "Atribución de la guarda y custodia del menor...", cit., p. 76.

⁶²⁹ Vid. LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, *La patria potestad...*, cit., pp. 23,24y 111; MONTÉS PENADÉS, V.L. —coord.—, *Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991. p. 446; CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, *La privación de la patria potestad: Criterios legales, doctrinales y judiciales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, 2^a Ed. pp. 32-33; y MORENO VELASCO, Víctor, *La validez de los acuerdos prematrimoniales*, La Ley, N^o 7049, 2008, p. 1348.

a ejercer la guarda y custodia⁶³⁰ – pese a que ninguno la haya pedido – Pues bien, parece que lo más lógico en este caso sería establecer el régimen de guarda y custodia compartida, ya que permitiría que ambos progenitores cumplieran con sus obligaciones inherentes a la patria potestad en un plano de equidad. Sin embargo, el juez se encontrará atado de manos al no haber sido solicitada por ninguna de las partes y se verá imposibilitado para adoptarla. Por ende, no le quedará otro remedio que atribuir la custodia exclusiva a uno de los progenitores – aun cuando ni siquiera la ha pedido –.

Por todo lo expuesto, considero que debería admitirse *de lege ferenda* la posibilidad de adoptar la custodia compartida de oficio en aquellos casos en los que se acredite que dicho régimen de guarda y custodia es el que mejor protege el interés superior del menor.

Nuestro legislador también quiso decantarse por la opción que acabo de exponer, ya que la reforma que pretendió introducir a través del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia preveía admitir la posibilidad de establecer el régimen de custodia compartida de oficio. De haber prosperado, esta cuestión hubiera estado prevista en el primer párrafo del nuevo artículo 92 *bis* que hubiera introducido el artículo 1.4 del Anteproyecto.

No obstante, pese a que pretendía introducir la posibilidad de adoptar de oficio la custodia compartida, le atribuía un carácter marcadamente excepcional. Lo cierto es que la redacción original del Anteproyecto iba más allá, ya que no le asignaba dicho carácter excepcional, sino que la contemplaba como una opción más. Sin embargo, las fuertes presiones recibidas desde diferentes sectores sociales y, sobre todo, las críticas del Consejo General del Poder Judicial en el Informe al Anteproyecto que aprobó el 19 de septiembre de

⁶³⁰ Salvo que el juez considere que no es conveniente para el interés del menor que ninguno de los progenitores asuma su guarda y custodia, en cuyo caso podrá atribuir la guarda a un tercero distinto de estos —art. 103.1 Cc.—; o incluso, en supuestos de especial gravedad, privar a ambos progenitores de la patria potestad —art. 92.3 Cc.—, con el consiguiente nombramiento de un tutor —art. 231 Cc.—.

2013⁶³¹, llevaron al Gobierno a matizar dicha regla⁶³². La principal crítica que recogía el mencionado informe era que la reforma contradecía la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se venía mostrando contraria a la posibilidad de adoptar la custodia compartida cuando no hubiera sido solicitada por ninguno de los progenitores⁶³³. Sin embargo, no debemos olvidar que es perfectamente admisible que el legislador acometa una reforma contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pues éste no está vinculado en modo alguno por dicha jurisprudencia —como el propio Consejo General del Poder Judicial admitió en su Informe⁶³⁴—.

Aun con todo, el legislador tuvo en cuenta las críticas recibidas y decidió modificar la redacción originaria del Anteproyecto, atribuyendo carácter excepcional a la posibilidad de adoptar la custodia compartida de oficio.

b) Informe “favorable” del ministerio fiscal

Conviene empezar este apartado recordando que la intervención del ministerio fiscal es preceptiva en cualquier procedimiento en el que se vean

⁶³¹ Vid. Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit., pp. 33-34: «(...) si ninguno de los padres solicita la implantación de aquel modelo es evidente que descartan esa opción por inadecuada al caso y, de ahí que resulte difícil entrever que el establecimiento del sistema compartido de custodia sea una opción que se acompañe con la salvaguarda del superior interés del menor. Por ello, la modificación llevada a cabo en ese punto puede abocar a que la guarda y custodia sea fijada a modo de solución salomónica que, entendemos, no comportará ventaja o utilidad alguna respecto del criterio jurisprudencial imperante y, además, al no haber sido solicitada expresamente por alguno de los progenitores, es previsible que su otorgamiento sea cuestionado a través del cauce procesal establecido al efecto».

⁶³² Ello pese a que la Fiscalía General del Estado sí se había mostrado conforme con la redacción original —vid. Fiscalía General del Estado, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit., pp. 29-30: «Entendemos es acertado no condicionar la posibilidad de adoptar el régimen de custodia compartida a la petición de una de las partes, en un ámbito en el que lo decisivo es el interés del menor y teniendo presente que, quien pide lo más —custodia individual— puede llegar a entenderse que pide lo menos —custodia compartida—»—.

⁶³³ Vid. STS de 7 de julio de 2011, de 19 de abril de 2012 y de 29 de abril de 2013 (entre otras).

⁶³⁴ Vid. Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit., p. 30.

implicados menores de edad. Así lo prevén las normas europeas⁶³⁵ y estatales –sustantivas⁶³⁶ y procesales⁶³⁷–, así como todas las leyes autonómicas que han entrado a regular en la materia⁶³⁸. La omisión de dicha intervención –que lamentablemente en ocasiones se produce⁶³⁹– podría constituir una causa de nulidad de actuaciones –art. 225.3 Lec. –⁶⁴⁰.

Además, 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.–, pues como garante del interés del menor, su opinión merece ser tenida en cuenta⁶⁴¹. Pero la duda que se plantea es qué valor debe darse a dicho informe. A ello me voy a referir en las siguientes líneas.

Tras la reforma acaecida con ocasión de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se introdujo en el artículo 92.8 de nuestro Código Civil la necesidad de que existiera informe favorable del ministerio

⁶³⁵ Vid. punto 8.14 de la Resolución A3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992: «(...) en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguarda de los derechos e intereses del niño».

⁶³⁶ Vid. art. 124 CE; arts. 92.6, 158, 167, 179 y 248 Cc.; arts. 9.3, 10.2, 14, 18; y 21.4 LOPJM y art. 3.7 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal –Ley 50/1981, de 30 de diciembre–.

⁶³⁷ Vid. arts. 749.1 y 2, 753, 771.2 y 3, 773.3, 774.2, 775.1, 777.5 Lec. y art. 4 Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria.

⁶³⁸ Vid. arts. 77.3 d), 77.4, 79.2 y 84 CDFV, arts. 3.2 y 5.7 y 8 Ley del País Vasco 7/2015, arts. 211-9-1, 211-10.2, 221-5.1, 222-14.3 y 4, 222-21.3, 222-31.2, 222-44.1, 222-51.1 235-11.2, 235-12.3 y 4, 236-15.2 y 236-128.1 Cc.Cat y art. 3.2 Ley Foral navarra 3/2011. Vid también: arts. 4.3 d), 4.4 y 5.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

⁶³⁹ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, “La reforma de la Ley del divorcio...”, cit., p. 12, “El menor en las crisis matrimoniales...”, cit., p. 35 y *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., pp. 699 y 1197; y CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, “El menor en el proceso”, *La Ley Derecho de Familia*, Nº 7, 2015, p. 3.

⁶⁴⁰ Ahora bien, la falta de intervención del ministerio fiscal en el procedimiento no siempre será causa de nulidad de actuaciones, ya que para ello debe acreditarse que con dicha omisión se ha causado un grave perjuicio a alguna de las partes –vid. STS de 15 de diciembre de 1999–.

⁶⁴¹ Al respecto, sería conveniente de *lege ferenda* que, junto al deber del juez de recabar informe del ministerio fiscal, la ley previera la correlativa obligación del ministerio fiscal de cumplimentar dicho dictamen –vid. en este sentido: ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 699–.

fiscal para que el juez pudiera adoptar la custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores. Se trata de un requisito que no fue previsto sin embargo para la custodia exclusiva⁶⁴², lo que es una muestra más del carácter preferente que el legislador concedió a éste último sistema de guarda y custodia.

No obstante, como vamos a ver unas líneas más abajo, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el inciso “favorable” en su Sentencia 185/2012, de 17 de octubre, por lo que actualmente dicho carácter favorable ya no se configura como una condición indispensable para acordar el régimen de custodia compartida.

En realidad, la introducción de este requisito en nuestro Código Civil a través de la Ley 15/2005 se debió a un error en la votación durante la tramitación parlamentaria de la citada norma, que como vamos a ver fue bastante farragosa en lo que a este aspecto se refiere. Si atendemos al origen de la reforma, podemos observar que en el texto inicial que presentó el Gobierno el 29 de noviembre de 2004 en el Congreso no se incluía el requisito de que el ministerio fiscal informara favorablemente⁶⁴³. Tras diversas enmiendas, se modificó la redacción original que se había recogido inicialmente en el Proyecto de Ley y se incluyó la necesidad de que concurriera informe favorable del ministerio fiscal para que pudiera adoptarse la custodia compartida⁶⁴⁴. Sin embargo, durante la tramitación en el Senado, el Grupo Parlamentario

⁶⁴² Aun cuando el artículo 92.6 del Código Civil prevé la necesidad de que el juez recabe en todo caso informe del ministerio fiscal, en el caso de la custodia exclusiva no se exige que dicho informe resulte favorable.

⁶⁴³ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-1 de 01/12/2004. El Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio de 29 de noviembre de 2004, que pretendía dar la siguiente redacción al art. 92.5 Cc.: «*En la propuesta de convenio regulador o a instancia de uno de los padres, podrá solicitarse que el juez, previo informe del ministerio fiscal, decida en interés exclusivo de los hijos, valorando la relación que los padres mantengan entre sí, tras oír a los mayores de 12 años y, si lo considera preciso, a los menores que tengan suficiente juicio, que la guarda de éstos sea ejercida por uno de ellos o conjuntamente*».

⁶⁴⁴ El proyectado art. 92.8 Cc. pasó a disponer lo siguiente: «*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el juez, 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*».

Socialista formuló una propuesta de transacción en la que —entre otras cuestiones— se adhirió a la enmienda número cinco del Grupo Parlamentario *Entesa Catalana de Progrés*⁶⁴⁵, que proponía la supresión de este requisito, por lo que el texto volvió a modificarse. Por ende, el documento que resultó aprobado por el Senado prescindía de este requisito ⁶⁴⁶. Pero sorprendentemente, en el momento de la votación en el Congreso, el Grupo Parlamentario Socialista cometió un error⁶⁴⁷ y votó en contra de las enmiendas que él mismo había apoyado⁶⁴⁸, dando como resultado que el texto que terminara siendo aprobado fuera el actualmente vigente.

Esta situación provocó que en muchos supuestos los jueces se vieran imposibilitados para adoptar el régimen de custodia compartida debido a que no concurría el informe favorable del ministerio fiscal⁶⁴⁹ —bien porque no se

⁶⁴⁵ Vid. DS. Senado Núm. 184 de 14/06/2005: «(...) Compartimos con la enmienda núm. 5, del Grupo Parlamentario *Entesa Catalana de Progrés*, el interés del menor como criterio rector de la división judicial sobre guarda y custodia, recogiendo en el nuevo texto la eficacia del informe del ministerio fiscal, que no sea necesariamente favorable, sino asumiendo su propuesta, de tal modo que se evita el problema derivado de la vinculación del juez incluso al acierto o no del propio informe del ministerio fiscal».

⁶⁴⁶ El texto aprobado por el Senado preveía la siguiente redacción para el art. 92.8 Cc.: «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida ejercida de forma alterna, fundamentándola en la preservación del supremo interés del menor, conforme a los siguientes criterios: que se solicite a instancia de una de las partes, siempre que la otra haya reclamado la custodia para sí en exclusiva; que se emita informe preceptivo del ministerio fiscal; que en todo caso se asegure que, por la ubicación de los domicilios de los padres, el menor gozará de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de su personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones personales». Como puede observarse, se preveía que el informe del ministerio fiscal fuera preceptivo, pero no que tuviera que ser necesariamente favorable.

⁶⁴⁷ Hay quien ha considerado que no se trató de un error, sino de una reintroducción deliberada del requisito de que existiera informe favorable del ministerio fiscal —*vid.* SANAHUJA BUENAVENTURA, María, "La custodia compartida...", cit., p. 6—. No obstante, a mi modo de ver sí pudo tratarse de un error, y prueba de ello es que en las fechas posteriores a la votación el Gobierno se comprometió a enmendarlo en cuanto tuviera la oportunidad, tal y como queda patente en algunas noticias publicadas en prensa —*vid.* a modo de ejemplo: Libertad Digital: goo.gl/paa96e (fecha última consulta: 06/04/2018) y El Mundo: goo.gl/SvLWpj (fecha última consulta: 06/04/2018)—. Cosa distinta es que posteriormente no se cumpliera dicha promesa.

⁶⁴⁸ El resultado de la votación fue de 32 votos a favor y 388 en contra —*vid.* DS. Congreso de los Diputados Núm. 102 de 29/06/2005—.

⁶⁴⁹ Vid. SAP de Asturias de 26 de septiembre de 2006, SAP de Murcia de 26 de febrero de 2007, SAP de Castellón de 11 de julio de 2007, SAP de Baleares de 25 de abril de 2008, SAP de Barcelona de 25 de abril de 2008, SAP de Baleares de 12 de noviembre de 2008, SAP de Málaga de 28 de enero de 2009, SAP de Jaén de 30 de enero de 2009 y SAP de Valencia de 7 de octubre de 2009 —entre otras—.

había emitido informe alguno, bien porque éste no había mostrado preferencia por ningún régimen de guarda y custodia o bien porque se había manifestado expresamente en contra—. La posibilidad de establecer la custodia compartida quedaba vetada incluso en fase de apelación —ante la Audiencia Provincial— o casación —ante el Tribunal Supremo—, ya que la existencia de un informe desfavorable del ministerio fiscal impedía también a estos tribunales entrar al fondo del asunto y valorar qué régimen de guarda y custodia era más beneficioso para el menor⁶⁵⁰.

Aunque existían algunas voces en nuestra jurisprudencia ⁶⁵¹ y doctrina⁶⁵² que consideraban que era posible adoptar la custodia compartida prescindiendo del informe favorable del ministerio fiscal, a mi modo de ver se trataba de una interpretación *contra legem* y que por ende debía rechazarse —ello sin negar los perniciosos efectos que este requisito conllevaba—. Y es que, una cosa es estar en desacuerdo con una ley —quien escribe también lo estaba— y otra bien distinta llevar a cabo una aplicación indebida de la misma.

Lo cierto es que, desde un primer momento, fueron muchos los autores que criticaron la exigencia de que concurriera informe favorable del ministerio público para la adopción de la custodia compartida⁶⁵³, al igual que hizo

⁶⁵⁰ Vid. BAUTISTA LÓPEZ, Julia, "Inconstitucionalidad de la necesidad de informe "favorable" del Ministerio Fiscal para el otorgamiento de la guarda y custodia compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 854, 2012, p. 7; y AGUADO RENEDO, César, "Reserva de Jurisdicción, Tutela Judicial Efectiva y Custodia de Menores", *UNED: Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 31, 2013, pp. 537-538.

⁶⁵¹ Vid. STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2010.

⁶⁵² Vid. HERNANDO RAMOS, Susana, "El informe del Ministerio Fiscal...", cit., p. 2040: «(...) esta circunstancia no va a impedir al juez, a pesar de dicho informe desfavorable, que apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor»; HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "Sobre la necesidad de una nueva regulación...", cit., p. 1145: «En cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el ministerio fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor». Esta interpretación se defendió incluso en el II Encuentro de Jueces, Fiscales y Secretarios Judiciales con Abogados de Familia —celebrado en Madrid durante los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005—, en cuyas conclusiones se señaló que «(...) el informe desfavorable del ministerio fiscal, no impedirá en todo caso al juez aprobar la custodia compartida, si entiende que es lo más adecuado para el menor(...)».

⁶⁵³ Vid. RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida: génesis...", cit., p. 199; ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 63; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 268; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit.,

también la propia jurisprudencia⁶⁵⁴. Al respecto, se consideró que dejar en manos del ministerio fiscal el que los progenitores pudieran compartir la guarda y custodia de sus hijos limitaba la función jurisdiccional de los jueces y atentaba contra el principio de la tutela judicial efectiva, por lo que se reclamaba la supresión de este requisito.

Fue la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria la que tomó la iniciativa y a través de su Auto de 13 de septiembre de 2006 planteó ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad⁶⁵⁵ por supuesta vulneración de los artículos 14, 24.1, 39.2 y 117.3 de la Constitución⁶⁵⁶. En concreto, se alegaban los siguientes motivos: que conceder al ministerio fiscal esta facultad de veto vulneraba el principio constitucional de exclusividad de la potestad jurisdiccional del juez —art. 117.3 CE—, por cuanto suponía una interferencia desde el poder ejecutivo en la función del Poder Judicial; que violentaba el derecho a la tutela judicial efectiva —art. 24.1 CE—, puesto que condicionaba el derecho a obtener un pronunciamiento de fondo por parte del órgano judicial a la existencia de un informe favorable del ministerio fiscal; y que infringía el principio de igualdad de los hijos ante la ley —arts. 14 y 39.2 CE—, ya que se estaba exigiendo para los supuestos de falta de acuerdo un requisito que sin embargo no se preveía para el caso de que los padres hubieran pactado la custodia compartida de mutuo acuerdo.

p. 363; IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil...*, cit., p. 98; CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "Guarda y custodia compartida...", cit., pp. 2044-2045; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "La protección de menores: una perspectiva constitucional", en: *Custodia compartida y protección de menores* —Tapia Parreño, José Jaime—, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 23; HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "Sobre la necesidad de una nueva regulación...", cit., p. 1145; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 118; y HERNANDO RAMOS, Susana, "El informe del Ministerio Fiscal...", cit., p. 2040.

⁶⁵⁴ Vid. SAP de Madrid de 29 de diciembre de 2008.

⁶⁵⁵ Vid. Cuestión de inconstitucionalidad nº 8912-2006.

⁶⁵⁶ Posteriormente también presentaría cuestión de inconstitucionalidad la Audiencia Provincial de Navarra —cuestión de inconstitucionalidad nº 776-2010— a través de su Auto de 20 de enero de 2010. Sin embargo, como es lógico, resultó rechazada por desaparición sobrevenida de su objeto, puesto que la STC 185/2012 ya había declarado la inconstitucionalidad del inciso favorable del art. 92.8 Cc. —vid. Auto del Tribunal Constitucional 199/2012, de 29 de octubre—.

La Fiscalía General del Estado solicitó la inadmisión de la referida cuestión de inconstitucionalidad⁶⁵⁷ por considerar que estaba infundada. Alegó que el ejercicio de la jurisdicción no es ilimitado y que la posibilidad de adoptar la custodia compartida sin acuerdo de los progenitores debía considerarse una medida sumamente excepcional, por lo que resultaba justificado establecer las cautelas que se recogen en el artículo 92.8 del Código Civil, sin que ello comprometiera la función jurisdiccional de los jueces. El mismo argumento le llevó a considerar que no se infringía tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva. Respecto a la posible vulneración del principio de igualdad de los hijos ante la ley, estimó que el requisito del art. 92.8 Cc. era razonable y proporcionado, por lo que tampoco apreciaba que dicho principio fuera menoscabado por la norma⁶⁵⁸.

Sin embargo, ello no impidió que el Tribunal Constitucional acordara admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad mediante providencia de 14 de abril de 2010, dando traslado a los órganos correspondientes para que se personaran y alegaran lo que estimaran conveniente. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado se opusieron a la misma⁶⁵⁹, por los motivos que expongo a continuación.

El Abogado del Estado se centró exclusivamente en la posible vulneración del principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional, ya que consideró que los otros dos argumentos en los que se fundamentaba la cuestión de inconstitucionalidad eran complementarios de éste. Al respecto, entendió que el legislador había querido dotar a la custodia compartida de carácter excepcional, razón por la que la había rodeado de importantes cautelas, como lo es el exigir informe favorable del ministerio fiscal. Al igual que había mantenido en su momento la Fiscalía General del Estado, consideró que el ejercicio de la jurisdicción no es ilimitado, por lo que establecer esta cautela —la

⁶⁵⁷ El TC acordó oír al Fiscal General del Estado mediante providencia de 19 de junio de 2007, y éste presentó su escrito de alegaciones con fecha de 25 de julio de 2007.

⁶⁵⁸ *Vid.* Antecedente número 5 de la STC 185/2012, de 17 de octubre.

⁶⁵⁹ *Vid.* Antecedentes números 8 y 9 de la STC 185/2012, de 17 de octubre.

necesidad de que el ministerio fiscal informara favorablemente – no vulneraba la exclusividad jurisdiccional, ya que sólo suponía que los jueces quedaran sujetos a las reglas del procedimiento.

Por su parte, el ministerio público se reiteró en las alegaciones que había presentado durante el trámite de admisión –a las que ya me he referido– Añadió además que el ministerio fiscal actúa de forma imparcial como defensor de la legalidad y del interés superior del menor, por lo que exigir que la petición de la custodia compartida por una de las partes fuera refrendada por el ministerio público no comprometía la función jurisdiccional

Finalmente, en su Sentencia 185/2012, de 17 de octubre, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nulo el inciso “favorable” del artículo 92.8 del Código Civil. En su Sentencia, el Tribunal Constitucional entendió que este requisito chocaba con el artículo 117.3 de nuestra Constitución en la medida en que restringía injustificadamente el ejercicio de la función jurisdiccional⁶⁶⁰. Así mismo, consideró que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24.1 CE–, ya que aquel progenitor que solicitara la custodia compartida veía condicionado su derecho a obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto a que el ministerio fiscal informara favorablemente sobre su pretensión⁶⁶¹. Además, tuvo especialmente en cuenta el hecho de que mientras la decisión del juez puede ser revisada, modificada o revocada, el dictamen desfavorable del ministerio fiscal es irrecurrible. Por último, respecto a la posible vulneración del principio de igualdad de los hijos ante la ley, el Tribunal Constitucional no consideró necesario entrar a examinar esta cuestión⁶⁶², dado que ya había estimado la inconstitucionalidad de este requisito por vulneración de los artículos 117.3 y 24.1 de la Constitución⁶⁶³.

⁶⁶⁰ Vid. Fundamentos Jurídicos 5º y 6º de la STC 185/2012, de 17 de octubre.

⁶⁶¹ Vid. Fundamento Jurídico 7º de la STC 185/2012, de 17 de octubre.

⁶⁶² Vid. Fundamentos Jurídicos 8º y 9º de la STC 185/2012, de 17 de octubre.

⁶⁶³ Aunque el Tribunal comenzó diciendo que no iba a entrar a analizar la posible vulneración del principio de igualdad de los hijos, lo cierto es que terminó dedicando algunas líneas a esta cuestión, con una argumentación que a mi juicio puede resultar discutible. Y es que, para negar que dicho principio resultara infringido, introdujo un aspecto que poco o nada tenía que ver con el requisito de que el

No obstante, la Sentencia incluye el voto particular de uno de los magistrados, al que se adhirieron otros tres. Todos ellos consideraron que la cuestión de inconstitucionalidad debía ser rechazada por motivos casi idénticos a los que habían alegado tanto la Abogacía del Estado como el Fiscal General del Estado. En cuanto a la posible vulneración del principio de jurisdicción exclusiva, se argumentó que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional los jueces se hallan sujetos al imperio de la ley, por lo que el legislador estaría legitimado para imponer los límites que estime convenientes⁶⁶⁴. Además consideraron que tampoco se veía infringido el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que si el ministerio fiscal informaba favorablemente, el juez contaría con plena libertad para admitir o denegar la custodia compartida⁶⁶⁵ — parecen olvidar que dicha libertad cesa en el caso de que el ministerio fiscal emita informe desfavorable, pues el juez se vería imposibilitado para adoptar dicho régimen —.

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el inciso “favorable” del artículo 92.8 del Código y, por ende, a partir del mencionado pronunciamiento el juez puede adoptar la custodia compartida con independencia de que el ministerio fiscal se pronuncie a favor o en contra.

A mi modo de ver, la supresión del inciso “favorable” resulta muy acertada. No cabe duda de que el juez debe tener en cuenta el informe emitido por el ministerio fiscal — algo que, como hemos visto, le exige la propia ley —, pero deberá ser valorado junto al resto de pruebas⁶⁶⁶, sin que su pronunciamiento resulte determinante. Considero que el juez ha de gozar de plena libertad para adoptar el régimen de guarda y custodia que mejor proteja

ministerio fiscal emitiera informe favorable: que la audiencia del menor quedaba garantizada pese a dicha exigencia. No se entiende lo que el Tribunal Constitucional pretendió con ello, ya que en ningún momento se había alegado que la audiencia del menor pudiera verse afectada por lo dispuesto en el art. 92.8 Cc. En cualquier caso, no tiene mayor trascendencia, puesto que la cuestión principal ya había sido resuelta.

⁶⁶⁴ *Vid.* Puntos segundo, tercero y sexto del voto particular.

⁶⁶⁵ *Vid.* Punto cuarto del voto particular.

⁶⁶⁶ *Vid.* MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 3.

el interés superior del menor, sin que ningún otro órgano –ni siquiera el ministerio público– pueda suplantarle o interferir en su labor. Por tanto, comparto plenamente la posición adoptada por el Tribunal Constitucional en este asunto.

c) Que sea la única forma de proteger adecuadamente el interés superior del menor

El último requisito que exige el artículo 92.8 del Código Civil para que el juez pueda establecer el régimen de custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores es que quede acreditado que «*sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*». Se trata de una previsión que no estaba recogida en la redacción originaria del Proyecto de Ley que dio lugar a la Ley 15/2005, de 8 de julio, sino que fue introducido posteriormente como consecuencia de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista⁶⁶⁷.

De la literalidad del precepto cabe extraer 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 la única forma en que dicho interés quede protegido. Por ende, el juez deberá justificar por qué desecha el régimen de custodia exclusiva y por qué considera que el de custodia compartida es la única opción idónea para proteger adecuadamente el interés superior del menor, como ha interpretado el sector mayoritario de nuestra jurisprudencia⁶⁶⁸ y doctrina⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005: enmienda nº 48, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso. La justificación de dicha enmienda fue «incrementar las garantías de prevalencia del interés del menor en la decisión del régimen de custodia».

⁶⁶⁸ Vid. SAP de Barcelona de 8 de enero de 2007, SAP de Badajoz de 15 de enero de 2007, SAP de Valencia de 15 de enero de 2007, SAP de Albacete de 19 de enero de 2007, SAP de Madrid de 24 de enero de 2007, SAP de A Coruña de 24 de enero de 2007, SAP de Madrid de 15 de febrero de 2007, SAP de Castellón de 7 de marzo de 2007, SAP de Valencia de 15 de marzo de 2007, SAP de Sevilla de 27 de abril de 2007, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de julio de 2007, SAP de Las Palmas de 23 de noviembre de 2007, SAP de Valencia de 7 de octubre de 2009 y SAP de Murcia de 28 de enero de 2010 —ente otras—.

⁶⁶⁹ Vid. RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida impuesta por el juez a solicitud de uno de los padres: una realidad excepcional en las crisis matrimoniales: el párrafo octavo del art. 92 del CC",

No obstante, han ido apareciendo tanto en la jurisprudencia⁶⁷⁰ como en la doctrina⁶⁷¹ alguna veces que han llevado a cabo una interpretación flexible de este requisito, admitiendo con ello la adopción del régimen de custodia compartida cuando resulte el más idóneo para el interés superior del menor. A mi modo de ver, con ello están yendo más allá de lo previsto en la ley, ya que la redacción del precepto resulta bastante clara al exigir que la custodia compartida sea la única forma de proteger adecuadamente el interés superior del menor.

Sin embargo, ello no obsta para que me parezca un requisito demasiado estricto y que obstaculiza enormemente la aplicación del régimen de custodia compartida. Además, plantea serias dudas desde el punto de vista del interés superior del menor. Pensemos, por ejemplo, en un supuesto en el que quede patente que, pese a que el interés del menor puede quedar adecuadamente protegido tanto por el régimen de custodia compartida como por el de custodia exclusiva, resulta mucho más conveniente el de custodia compartida. Pues bien, el juez se verá obligado a establecer el régimen de custodia exclusiva; o lo que

Acciones e investigaciones sociales, nº extra 1, 2006, p. 200; PÉREZ-VILLAR APARICIO, Rosa C. (coord.), *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Themis, 2006, p. 23; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 364; DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 90; IVARS RUIZ, Joaquín, "De por qué el artículo 92.8 del Código Civil y la excepcionalidad de la custodia compartida contenciosa son contrarios al favor filii", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 796, 2010, p. 13; PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 38; BETELU SEMINARIO, Virginia, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 55; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1325.

⁶⁷⁰ Vid. SAP de Madrid de 31 de octubre de 2006: «(...) tal requisito debe ser interpretado y aplicado en cada caso concreto bajo la inspiración del repetido principio del favor minoris que, por el rango de las normas en que aparece consagrado (arts. 39 de la CE y 2 y 11.2 de la LOPJM) debe prevalecer sobre cualquier otro condicionante sustantivo o procesal. Ello nos lleva a concluir que, a salvo de las hipótesis excluyentes recogidas en el apartado número 7 del referido precepto, y concurriendo los requisitos exigidos en el número 8, la posible sanción judicial de la custodia compartida será viable cuando la misma se revele como la solución más idónea para el sujeto infantil», SAP de Cáceres de 5 de marzo de 2007 y SAP de Madrid de 9 de marzo de 2007.

⁶⁷¹ Vid. TALAVERA SÁNCHEZ, Irma, "La nueva regulación de la guarda y custodia", *Gaceta Jurídica de HispaColem*, Nº 6, 2007, p. 5; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales...", p. 93; y UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, "Modificación de la guarda única por la custodia compartida con el argumento de que dicha medida es más beneficiosa para los hijos. Sentencia de 19 de julio de 2013", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 94, Enero-Abril, 2014, p. 456.

es lo mismo, deberá adoptar el régimen de guarda y custodia que menos beneficia al interés superior del menor, porque así se lo impone la ley.

A mayor abundamiento, resulta muy complicado que aquella parte que pretenda el establecimiento de la custodia compartida pueda probar ante el juez que dicho régimen es el único que protege adecuadamente el interés del menor⁶⁷². Y es que, no sólo se le exige que acredite que el régimen de custodia compartida es más adecuado para dicho interés, sino también que pruebe que con el de régimen de custodia exclusiva el interés del menor estaría desprotegido. A mi juicio podríamos encontrarnos ante un ejemplo de la denominada *probatio diabólica*, puesto que se exige una prueba que resulta casi imposible obtener.

Por todo lo expuesto, considero que este requisito supone un absoluto despropósito y sería conveniente de *lege ferenda* su supresión. Aunque es lógico exigir que cuando el juez opte por uno u otro régimen de guarda y custodia motive las razones que le han llevado a tal decisión —así lo impone además tanto el artículo 120.1 de nuestra Constitución como el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶⁷³—, resulta exagerado hacerlo en los términos previstos por el artículo 92.8 del Código Civil.

En el ámbito autonómico, ninguna de las leyes exige para adoptar la custodia compartida que sea la única forma posible de proteger adecuadamente el interés del menor. Por ende, bastará con que se acredite que la custodia compartida es la mejor opción para el interés del menor —pero no será necesario que resulte la única idónea—⁶⁷⁴. Respecto a aquellas leyes

⁶⁷² *Vid.* DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 19; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La guarda y custodia compartida (alterna)...", cit., p. 53.

⁶⁷³ Además, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece la necesidad de que cualquier decisión relativa a un menor resulte motivada —*vid.* art. 2.5 d), tras la redacción que le dio el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia —.

⁶⁷⁴ Lo mismo hubiera ocurrido a nivel nacional si hubiera prosperado la reforma impulsada por el Gobierno a través del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —*vid.* art. 92 bis.1 Cc., que hubiera introducido el Anteproyecto a través de su art. 1.4 y art. 103.1 Cc., con la redacción que pretendía darle el art. 1.12 del Anteproyecto.

autonómicas que conceden carácter preferente a la custodia compartida —la de Aragón, País Vasco y la anulada Ley valenciana—⁶⁷⁵, en ocasiones nuestros tribunales han considerado incluso que ni siquiera debe motivarse que el régimen de custodia compartida es el más beneficioso para el menor, porque ya lo presume la propia ley⁶⁷⁶.

B) Avance de la custodia compartida

a) Evolución jurisprudencial en la preferencia por uno u otro sistema

En este apartado estudiaré la interpretación que nuestros tribunales están haciendo del sistema previsto en nuestro Código Civil. Como veremos, pese al posicionamiento tradicional en favor de la custodia exclusiva —y normalmente materna—, se tiende a otorgar cada vez un mayor protagonismo al régimen de custodia compartida⁶⁷⁷.

Advierto que no me detendré en los aspectos concretos del régimen jurídico sentado por la legislación —ya que me iré refiriendo a ello a lo largo del trabajo—, sino que me limitaré a analizar la preferencia que muestran nuestros tribunales por uno u otro régimen de guarda y custodia y la evolución de sus pronunciamientos al respecto.

Para llevar a cabo este análisis voy a distinguir dos periodos: por un lado examinaré los pronunciamientos judiciales anteriores a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio y, por otro, los posteriores a la

⁶⁷⁵ Vid. arts. 79.5, 80.2 y 80.5 y Disposición transitoria sexta CDFA y arts. 9.2, 3 y 6 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 5.2 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

⁶⁷⁶ Vid. a modo de ejemplo la Sentencia del TSJ de Aragón de 18 de abril de 2012: «(...) el régimen legal preferente es la custodia compartida y por ello no necesita ser probado como el más conveniente, pues inicialmente la ley así lo afirma».

⁶⁷⁷ Si atendemos a los últimos datos disponibles por el Instituto Nacional de Estadística, correspondientes al año 2016, podemos observar que la custodia se atribuye a la madre en el 66,2% de los casos, al padre en el 5%, y se establece la custodia compartida en el 28,3% de los supuestos —fuente: www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf, fecha última consulta: 06/04/2018—.

entrada en vigor de dicha norma, en la que como hemos visto, se regula por vez primera la figura de la custodia compartida.

i) Periodo anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005

En cuanto a los pronunciamientos de nuestros tribunales anteriores a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, como en su momento he anticipado, la jurisprudencia era prácticamente unánime en establecer la guarda y custodia exclusiva o unilateral, atribuyéndola normalmente en favor de la madre⁶⁷⁸, salvo algunas excepciones en las que se asignaba al padre⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ Vid. a modo de ejemplo: STS de 11 de octubre de 1982, STS de 9 de marzo de 1989 y STS de 22 de mayo de 1999. También en nuestra jurisprudencia menor: SAP de Valencia de 17 de noviembre de 1992, SAP de Navarra de 29 de enero de 1993, SAP de Murcia de 11 de marzo de 1994, SAP de Valencia de 18 de julio de 1994, SAP de Las Palmas de 29 de julio de 1994, SAP de Guadalajara de 26 de enero de 1995, SAP de Madrid de 31 de octubre de 1995, SAP de Cuenca de 30 de septiembre de 1996, SAP de A Coruña de 27 de noviembre de 1996, SAP de Huesca de 2 de diciembre de 1996, SAP de Las Palmas de 27 de junio de 1997, SAP de Alicante de 7 de julio de 1997, SAP de Almería de 11 de febrero de 1998, SAP de Jaén de 20 de febrero de 1998, SAP de Segovia de 28 de febrero de 1998, SAP de Guipúzcoa de 30 de mayo de 1998, SAP de Badajoz de 15 de julio de 1998, SAP de Palencia de 10 de febrero de 1999, SAP de Barcelona de 15 de febrero de 1999, SAP de Barcelona de 30 de abril de 1999, SAP de Valencia de 14 de junio de 1999, SAP de Burgos de 25 de junio de 1999, SAP de Girona de 9 de febrero del 2000, SAP de Granada de 30 de mayo del 2000, SAP de Barcelona de 5 de octubre del 2000, SAP de Cádiz de 18 de enero de 2001, SAP de Valencia de 11 de junio de 2002, SAP de Granada de 1 de octubre de 2002, SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002, SAP de Valencia de 13 de febrero de 2003, SAP de Alicante de 6 de marzo de 2003, SAP de Madrid de 21 de marzo de 2003, SAP de Córdoba de 14 de julio de 2003, SAP de Málaga de 16 de julio de 2003, SAP de Almería de 20 de octubre de 2003, SAP de Asturias de 7 de noviembre de 2003, SAP de Albacete de 1 de diciembre de 2003, SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2003, SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2003, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de enero de 2004, SAP de La Rioja de 30 de enero de 2004, SAP de Valencia de 31 de marzo de 2004, SAP de Burgos de 31 de marzo de 2004, SAP de Baleares de 13 de abril de 2004, SAP de Las Palmas de 14 de abril de 2004, SAP de Barcelona de 9 de junio de 2004, SAP de Madrid de 9 de julio de 2004, SAP de Valladolid de 13 de julio de 2004, SAP de Valencia de 16 de septiembre de 2004, SAP de Madrid de 18 de noviembre de 2004, SAP de Tarragona de 10 de diciembre de 2004, SAP de Las Palmas de 28 de febrero de 2005, SAP de Córdoba de 10 de marzo de 2005, SAP de Madrid de 16 de marzo de 2005, SAP de Navarra de 13 de abril de 2005, SAP de Madrid de 5 de julio de 2005, SAP de Castellón de 13 de julio de 2005, SAP de Valencia de 21 de julio de 2005 y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2005.

⁶⁷⁹ Los supuestos en los que la guarda y custodia se atribuía al padre solían estar relacionados con la concurrencia de circunstancias excepcionales en la persona de la madre, como la presencia de trastornos psíquicos —vid. SAP de Cuenca de 17 de diciembre de 1998 y SAP de A Coruña de 16 de julio de 1999—, la no asunción de sus obligaciones parentales —vid. SAP de Barcelona de 10 de junio de 1999, SAP de Baleares de 1 de septiembre de 2004 y STS de 9 de julio de 2003—, el hecho de que se encontrase interna en prisión —vid. SAP de Ávila de 15 de mayo de 1996—, sus continuos cambios de domicilio —vid. SAP de Málaga de 14 de julio de 2005—, o el escaso tiempo con el que contaba para atender las necesidades de los menores —vid. SAP de Huelva de 15 de septiembre del 2000 y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 7 de abril de 2003—.

Entre los argumentos dados por nuestros tribunales para denegar el régimen de guarda y custodia compartida cabe mencionar algunos, como que representaba una situación irregular⁶⁸⁰, que no había sido contemplada por el legislador⁶⁸¹, que estaba condenada al fracaso si no era solicitada de común acuerdo por ambos progenitores⁶⁸², la existencia de cierta conflictividad entre los padres⁶⁸³, el padecimiento de desequilibrios psicológicos por parte de ambos progenitores⁶⁸⁴, el hecho de haber sido informada negativamente por los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia⁶⁸⁵, la corta edad de los menores⁶⁸⁶ o el argumento al que más frecuentemente se recurría: que no resultaba beneficioso para la estabilidad de los menores⁶⁸⁷.

No obstante lo anterior, también encontramos algunos pronunciamientos favorables al establecimiento del régimen de guarda y

⁶⁸⁰ *Vid.* SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2003.

⁶⁸¹ *Vid.* SAP de Madrid de 17 de febrero de 1995, SAP de Alicante de 7 de julio de 1997, SAP de Madrid de 17 de febrero de 1998, SAP de Palencia de 10 de febrero de 1999, SAP de Granada de 30 de mayo del 2000, SAP de Valencia de 10 de enero de 2001, SAP de Valencia de 11 de junio de 2002, SAP de Granada de 1 de octubre de 2002, SAP de Valencia de 13 de febrero de 2003, SAP de Córdoba de 14 de julio de 2003, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de enero de 2004, SAP de La Rioja de 30 de enero de 2004 y SAP de Madrid de 18 de noviembre de 2004.

⁶⁸² *Vid.* SAP de Girona de 9 de febrero del 2000, SAP de Valencia de 25 de abril de 2001, SAP de Madrid de 21 de marzo de 2003, SAP de Las Palmas de 28 de febrero de 2005 y SAP de Madrid de 5 de julio de 2005. Incluso se llegó a rechazar la custodia compartida en supuestos en los que los progenitores habían solicitado de común acuerdo el establecimiento de dicho régimen —*vid.* SAP de Murcia de 10 de mayo de 2002 y de 15 de diciembre de 2002—.

⁶⁸³ *Vid.* SAP de Valencia de 14 de junio de 1999, SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2003, SAP de Barcelona de 9 de junio de 2004 y SAP de Madrid de 9 de julio de 2004.

⁶⁸⁴ *Vid.* SAP de Castellón de 13 de julio de 2005.

⁶⁸⁵ *Vid.* SAP de Valencia de 21 de julio de 2005.

⁶⁸⁶ *Vid.* SAP de Cuenca de 30 de septiembre de 1996 y SAP de Málaga de 16 de julio de 2003.

⁶⁸⁷ *Vid.* SAP de Navarra de 11 de noviembre de 1992, SAP de Cuenca de 30 de septiembre de 1996, SAP de Almería de 11 de febrero de 1998, SAP de Segovia de 28 de febrero de 1998, SAP de Barcelona de 30 de abril de 1999, SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1999, SAP de Barcelona de 5 de octubre del 2000, SAP de Cádiz de 18 de enero de 2001, SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002, SAP de Almería de 20 de octubre de 2003, SAP de Albacete de 1 de diciembre de 2003, SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2003, SAP de Baleares de 13 de abril de 2004 y SAP de Valladolid de 13 de julio de 2004.

custodia compartida, muy escasos en las décadas de los 80 y los 90⁶⁸⁸ y algo más frecuentes tras la entrada del nuevo milenio⁶⁸⁹.

ii) Periodo posterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005

En los primeros años que siguieron a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, hay que señalar que en aquellos supuestos en los que no existía acuerdo entre los progenitores, nuestros tribunales eran reacios al establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida⁶⁹⁰. Pese al

⁶⁸⁸ Vid. a modo de ejemplo: SAP de Madrid de 31 de octubre de 1995, SAP de Alicante de 7 de julio de 1997, SAP de Barcelona de 15 de febrero de 1999, SAP de Las Palmas de 15 de marzo de 1999, SAP de Baleares de 19 de abril de 1999, SAP de Madrid de 20 de abril de 1999, SAP de Valencia de 22 de abril 1999 y SAP de Valencia de 14 de junio de 1999.

⁶⁸⁹ Vid. a modo de ejemplo: SAP de Valencia de 2 de febrero del 2000, SAP de Girona de 9 de febrero del 2000, SAP de Valencia de 9 de marzo del 2000, SAP de Córdoba de 26 de junio del 2000, SAP de Girona de 25 de febrero de 2001, SAP de Girona de 28 de febrero de 2001, SAP de Barcelona de 21 de diciembre de 2001, SAP de Madrid de 8 de marzo de 2002, SAP de Madrid de 17 de septiembre de 2002, SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002, SAP de Las Palmas de 11 de noviembre de 2002, SAP de Cuenca de 28 de febrero de 2003, SAP de Asturias de 2 de abril de 2003, SAP de Castellón de 10 de abril de 2003, SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003, SAP de Zaragoza de 15 de octubre de 2003, SAP de Barcelona de 2 de diciembre de 2003, SAP de Valencia de 12 de enero de 2004, SAP de Córdoba de 1 de marzo de 2004, SAP de Las Palmas de 15 de abril de 2004, SAP de Barcelona de 26 de abril de 2004, SAP de Ciudad Real de 3 de mayo de 2004, SAP de Madrid de 22 de julio de 2004, SAP de Barcelona de 22 de julio de 2004, SAP de Barcelona de 3 de septiembre de 2004, SAP de Baleares de 17 de septiembre de 2004, SAP de Girona de 20 de octubre de 2004, SAP de Asturias de 27 de enero de 2005, SAP de Barcelona de 10 de febrero de 2005, SAP de Madrid de 22 de febrero de 2005, SAP de Valencia de 1 de marzo de 2005, SAP de Asturias de 31 de marzo de 2005, SAP de Barcelona de 22 de junio de 2005, SAP de Valencia de 22 de julio de 2005, SAP de Baleares de 29 de junio de 2005 y SAP de Madrid de 14 de noviembre de 2005 (dictada tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, pero aplicando la legislación anterior).

⁶⁹⁰ Vid. a modo de ejemplo: STS de 22 de julio de 2011 y STS de 10 de enero de 2012. Vid. también: SAP de Madrid de 4 de abril de 2006, SAP de Valencia de 5 de abril de 2006, SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006, SAP de León de 12 de mayo de 2006, SAP de Castellón de 27 de junio de 2006, SAP de Lugo de 19 de julio de 2006, SAP de Murcia de 4 de septiembre de 2006, SAP de Barcelona de 9 de octubre de 2006, SAP de León de 13 de octubre de 2006, SAP de Murcia de 18 de octubre de 2006, SAP de Madrid de 24 de octubre de 2006, SAP de Barcelona de 7 de noviembre de 2006, SAP de Barcelona de 12 de enero de 2007, SAP de Madrid de 17 de enero de 2007, SAP de Valencia de 25 de enero de 2007, SAP de Girona de 29 de enero de 2007, SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2007, SAP de Murcia de 13 de febrero de 2007, SAP de A Coruña de 14 de febrero de 2007, SAP de Málaga de 1 de marzo de 2007, SAP de Tarragona de 2 de marzo de 2007, SAP de Castellón de 7 de marzo de 2007, SAP de Valencia de 7 de marzo de 2007, SAP de Barcelona de 8 de marzo de 2007, SAP de Jaén de 19 de marzo de 2007, SAP de Vizcaya de 20 de marzo de 2007, SAP de Valencia de 27 de marzo de 2007, SAP de Huelva de 30 de marzo de 2007, SAP de Madrid de 11 de abril de 2007, SAP de Madrid de 1 de junio de 2007, SAP de Granada de 15 de junio de 2007, SAP de Valencia de 18 de junio de 2007, SAP de Guipúzcoa de 18 de junio de 2007, SAP de Cuenca de 3 de septiembre de 2007, SAP de Madrid de 13 de septiembre de 2007, SAP de Valencia de 20 de septiembre de 2007, SAP de Córdoba de 3 de octubre de 2007, SAP de Sevilla de 10 de octubre de 2007, SAP de Guadalajara de 16 de octubre de 2007, SAP de Madrid de 24 de

avance que supuso la reforma legislativa de 2005, que como hemos visto reconoció "*ex novo*" la posibilidad de establecer un régimen de custodia compartida, la jurisprudencia continuaba mostrándose más partidaria de la custodia unilateral⁶⁹¹.

Entre los argumentos para denegar el régimen de guarda y custodia compartida se argumentaba que era contrario al interés del menor⁶⁹², que tenía carácter excepcional⁶⁹³ o que era perjudicial para los hijos por el continuo cambio de domicilio o de costumbres dentro del domicilio familiar⁶⁹⁴.

Además, la guarda y custodia siguió atribuyéndose de forma casi automática a la madre en los supuestos en los que se optaba por la custodia exclusiva o unilateral⁶⁹⁵ y aquellos casos puntuales en los que se otorgaba en favor del progenitor varón solía deberse más al demérito de la mujer⁶⁹⁶.

Sin embargo, poco a poco ha cambiado la postura de nuestros tribunales y han ido apareciendo progresivamente algunos pronunciamientos

octubre de 2007, SAP de Jaén de 19 de noviembre de 2007, SAP de Zaragoza de 20 de noviembre de 2007, SAP de Murcia de 22 de enero de 2008, SAP de Barcelona de 25 de abril de 2008, SAP de Barcelona de 24 de julio de 2008, SAP de A Coruña de 30 de julio de 2008, SAP de Barcelona de 28 de julio de 2009 y SAP de Barcelona de 24 de noviembre de 2010.

⁶⁹¹ Se hecho, si atendemos a los primeros datos disponibles por el Instituto Nacional de Estadística, correspondientes al año 2007, podemos observar que la custodia se atribuye a la madre en el 85,5% de los casos, al padre en el 4,8%, y se establece la custodia compartida en el 9,7% de los supuestos — fuente: www.ine.es/prensa/np516.pdf, fecha última consulta: 06/04/2018—.

⁶⁹² Vid. SAP de Valencia de 25 de enero de 2007, SAP de Málaga de 1 de marzo de 2007, SAP de Barcelona de 8 de marzo de 2007, SAP de Huelva de 30 de marzo de 2007, SAP de Valencia de 18 de junio de 2007, SAP de Madrid de 13 de septiembre de 2013, SAP de Valencia de 27 de septiembre de 2007 y SAP de Madrid de 24 de octubre de 2007.

⁶⁹³ Vid. SAP de Barcelona de 25 de mayo de 2006, SAP de Zaragoza de 14 de noviembre de 2006, SAP de Valencia de 27 de marzo de 2007, SAP de Huelva de 30 de marzo de 2007, SAP de Baleares de 27 de abril de 2007, SAP de Barcelona de 27 de abril de 2007, SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2007, SAP de Madrid de 1 de junio de 2007, SAP de Valencia de 26 de febrero de 2008 y SAP de Córdoba de 26 de noviembre de 2008.

⁶⁹⁴ Vid. SAP de Madrid de 11 de abril de 2007.

⁶⁹⁵ Vid. DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 70; y MOLINS GARCÍA-ATANCE, Emilio y FERRER ANDRÉS, Manuel, "Dos años de custodia compartida en Aragón", *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2012, p. 310.

⁶⁹⁶ Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, "Custodia compartida en Aragón...", cit., p. 82.

judiciales favorables al régimen de guarda y custodia compartida⁶⁹⁷. Así, pese a que, como anticipaba, nuestra jurisprudencia ha venido considerando tradicionalmente que la custodia compartida tiene carácter excepcional⁶⁹⁸, dicha excepcionalidad está siendo superada progresivamente⁶⁹⁹. Al respecto, resultan

⁶⁹⁷ Vid. STS de 1 de octubre de 2010: «(...) conviene al interés del menor, salvo casos excepcionales, permanecer con ambos progenitores en la forma más parecida a la que precedió a la ruptura y(...) sólo la adopción de esta medida es la manera de proteger adecuadamente el interés del menor, de manera que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de una guarda y custodia compartida, acordar esta medida es la mejor forma de proteger el interés superior del menor». Vid. también: STS de 28 de septiembre de 2009, STS de 8 de octubre de 2009, STS de 17 de diciembre de 2013, STS de 25 de abril de 2014, STS de 24 de octubre de 2014, STS de 18 de noviembre de 2014, STS de 16 de febrero de 2015 y STS de 26 de junio de 2015. En términos semejantes se han pronunciado algunas Audiencias Provinciales: SAP de Barcelona de 14 de mayo de 2008: «(...) nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos, pues a fin de cuentas esta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar, minimizándose así los efectos más negativos de la ruptura de la unidad familiar en la medida en que los hijos se pueden sentir más seguros arropados por ambos progenitores», SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 2007: «(...) nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de los hijos, pues a fin de cuentas ésta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar», SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006, SAP de León de 12 de mayo de 2006, SAP de Asturias de 13 de junio de 2006, SAP de Barcelona de 27 de julio de 2006, SAP de Valencia de 12 de septiembre de 2006, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de septiembre de 2006, SAP de Castellón de 23 de octubre de 2006, SAP de Madrid de 31 de octubre de 2006, SAP de Asturias de 29 de noviembre de 2006, SAP de Alicante de 1 de febrero de 2007, SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, SAP de León de 26 de febrero de 2007, SAP de Valencia de 1 de marzo de 2007, SAP de Castellón de 22 de marzo de 2007, SAP de Barcelona de 12 de abril de 2007, SAP de Baleares de 27 de abril de 2007, SAP de Madrid de 25 de mayo de 2007, SAP de Barcelona de 4 de julio de 2007, SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2007, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de octubre de 2007, SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2007, SAP de Madrid de 27 de diciembre de 2007, SAP de Valencia de 26 de mayo de 2008, SAP de Valencia de 8 de septiembre de 2008, SAP de Alicante de 24 de abril de 2009, SAP de A Coruña de 3 de diciembre de 2015, SAP de Asturias de 4 de diciembre de 2015 y SAP de Zamora de 23 de noviembre de 2016.

⁶⁹⁸ Vid. SAP de Valencia de 3 de noviembre de 2004, SAP de Tarragona de 27 de julio de 2005, SAP de Madrid de 10 de noviembre de 2005, SAP de Valencia de 21 de marzo de 2006, SAP de Valencia de 5 de abril de 2006, SAP de Barcelona de 25 de mayo de 2006, SAP de Zaragoza de 14 de noviembre de 2006, SAP de Burgos de 14 de diciembre de 2006, SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, SAP de Castellón de 7 de marzo de 2007, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de marzo de 2007, SAP de Valencia de 27 de marzo de 2007, SAP de Huelva de 30 de marzo de 2007, SAP de Baleares de 27 de abril de 2007, SAP de Barcelona de 27 de abril de 2007, SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2007, SAP de Madrid de 1 de junio de 2007, SAP de Valencia de 12 de junio de 2007, SAP de Valencia de 24 de julio de 2007, SAP de Málaga de 12 de febrero de 2008, SAP de León de 22 de febrero de 2008, SAP de Valencia de 26 de febrero de 2008 y SAP de Córdoba de 26 de noviembre de 2008.

⁶⁹⁹ Así lo entendía también el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que en su Exposición de Motivos señalaba que *«la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han venido limitando los supuestos de guarda y custodia compartida a los acordados por las partes con homologación judicial y al supuesto excepcional del artículo 92.8 del Código Civil. Sin embargo, a partir de la TS de 8 de octubre de 2009, se ha venido consolidando una jurisprudencia que defiende una interpretación extensiva de esta excepcionalidad(...)»*.

especialmente reveladoras algunas de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en la última década, como la STS de 8 de octubre de 2009, que inicia esta tendencia de superación de la excepcionalidad de la custodia compartida y, sobre todo, las STS de 7 de julio y de 22 de julio de 2011. En la primera de ellas —de 7 de julio de 2011—, se señala que «(...) la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»⁷⁰⁰. En cuanto a la Sentencia de 22 de julio de 2011, en ella el Tribunal Supremo dispone que «la excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo ocho, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo, que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro»⁷⁰¹.

Por tanto, el Tribunal Supremo defiende que la expresión «*excepcionalmente*» se refiere a la ausencia de acuerdo de los progenitores, no a que el régimen de custodia compartida sea en sí mismo excepcional, o lo que es lo mismo, que la regla general es el acuerdo de los progenitores y la excepción el establecimiento judicial del régimen de guarda y custodia. En el mismo sentido se pronuncia BELTRÁ CABELLO, que señala que «(...) la excepcionalidad a que se refiere el artículo 92 del Código Civil(...) viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla»⁷⁰². Sin embargo, también hay quien

⁷⁰⁰ Vid. en este mismo sentido: STS de 29 de abril de 2013, de 19 de julio de 2013, de 25 de noviembre de 2013, de 16 de febrero de 2015, de 9 de septiembre de 2015, de 14 de octubre de 2015, de 21 de octubre de 2015, de 11 de febrero de 2016, de 9 de marzo de 2016 y de 6 de abril de 2018—entre otras—.

⁷⁰¹ En este mismo sentido se pronuncia también las STS de 19 de abril y de 25 de mayo de 2012 (entre otras).

⁷⁰² Vid. BELTRÁ CABELLO, Carlos, "Disolución del matrimonio. Efectos para los hijos. (Comentario a la STS de 10 de diciembre de 2012)", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, núm. 147, abril-2013, p. 11. Vid. en el mismo sentido: OLIVARES HUERTAS, Manuel, "Ejercicio de corresponsabilidad parental, mejor opción que custodia compartida", en: *La custodia compartida en España —coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego—*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 16.

considera que la interpretación que ha hecho nuestra jurisprudencia de la expresión «*excepcionalmente*» es contraria a la ley⁷⁰³.

Pero, como hemos visto, el alto Tribunal va más allá de negar la excepcionalidad del régimen de guarda y custodia compartida, considerando que debe ser la medida más normal y deseable. En sus pronunciamientos más recientes, llega incluso a hacer una llamada de atención a aquellas Audiencias Provinciales que no siguen su postura acerca del modo en el que debe interpretarse el artículo 92.8 Cc. y que no establecen el régimen de custodia compartida pese a no concurrir ninguna circunstancia que lo desaconseje⁷⁰⁴. Con ello, a mi juicio, el Tribunal Supremo concede una clara preferencia al régimen de custodia compartida⁷⁰⁵ —aunque también encontramos opiniones en sentido contrario⁷⁰⁶—, dando a entender que deberá adoptarse en todos aquellos supuestos en los que no exista ningún impedimento para su correcto desarrollo⁷⁰⁷.

⁷⁰³ Vid. LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel y ALONSO ESPINOSA, Francisco José, "Custodia compartida...", cit., p. 1186.

⁷⁰⁴ En concreto, la STS de 29 de marzo de 2016 realiza una contundente llamada de atención a la Audiencia Provincial de Madrid por no conceder el régimen de guarda y custodia compartida en un supuesto en el que no concurrían circunstancias negativas que impidieran su establecimiento: «La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a asuntos similares». Vid. también: STS de 9 de septiembre de 2015.

⁷⁰⁵ Vid. en este mismo sentido: O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, "Custodia compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 11, 2016, p. 9.

⁷⁰⁶ Vid. a modo de ejemplo: PÉREZ CONESA, Carmen, "Doctrina formulada por el Tribunal Supremo en torno al sistema de custodia de los menores: primacía del que mejor se adapte al interés del menor, coincida o no con la compartida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 7, 2013, p. 40: «la interpretación jurisprudencial, si bien extensiva con respecto al supuesto excepcional recogido en su apartado octavo, no implica que se considere un sistema prioritario(...), el Tribunal Supremo es proclive a destacar las bondades de la custodia conjunta, pero de sus resoluciones judiciales no creemos que pueda deducirse que prioriza tal sistema de guarda»).

⁷⁰⁷ Como consecuencia de esta nueva doctrina jurisprudencial, se ha producido un notable aumento del número de custodias compartidas otorgadas. No en vano, si atendemos a los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2009 —en el que comienza esta nueva tendencia jurisprudencial— se estableció la custodia compartida en un 9,7% de los casos —fuente: www.ine.es/prensa/np613.pdf, fecha última consulta: 06/04/2018—, mientras que en los últimos datos disponibles, correspondientes al año 2016, el porcentaje se eleva a un 28,3% —fuente: www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf, fecha última consulta: 06/04/2018—.

Por todo lo anterior, cabe señalar que la custodia compartida está avanzando en nuestra jurisprudencia de forma progresiva⁷⁰⁸ y que, pese a la literalidad del artículo 92.8 Cc., cada vez se tiende más a equipararla a la custodia individual, o incluso a dotarla de carácter preferente. Este proceso de avance de la custodia compartida hubiera tenido un reflejo legal de haber prosperado la reforma que pretendía impulsar el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que como vamos a ver a continuación, pretendía equiparar ambos regímenes de guarda y custodia⁷⁰⁹.

b) El Anteproyecto de Ley de 2013: hacia la custodia compartida

Como acabo de exponer, el carácter excepcional con el que nuestro Código recoge la custodia compartida ha sido superado por la jurisprudencia⁷¹⁰, que ha llevado a cabo una interpretación extensiva de la ley. Ello sirvió de inspiración al Gobierno para la elaboración 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 éste el 19 de julio de 2013 —aunque antes de la publicación del Anteproyecto de Ley ya comenzaron a aparecer varios indicios del imparable avance de la guarda y custodia compartida, que se materializaron a través de algunas iniciativas parlamentarias⁷¹¹—. Prueba de la influencia que la jurisprudencia tuvo en el

⁷⁰⁸ Vid. PICONTÓ NOVALES, Teresa, "Ruptura familiar y coparentalidad...", cit., p. 63.

⁷⁰⁹ Como he señalado en el primer capítulo, la Asociación de Profesores de Derecho Civil ha realizado en fechas recientes una propuesta de Código Civil, cuyo artículo 219-7.3 se muestra partidario de ir más allá de la mera equiparación entre ambos regímenes y aboga por conceder carácter preferente al régimen de custodia compartida, al señalar que: «solo se instaura un sistema de guarda individual cuando de las circunstancias concurrentes se infiera la imposibilidad de que los cónyuges compartan sus responsabilidades parentales o cuando ese régimen sea el más favorable para el interés del menor» —vid. CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, "Capítulo IX: Los efectos de la nulidad, separación y divorcio", cit., p. 39—.

⁷¹⁰ Vid. STS de 8 de octubre de 2009, STS de 27 de julio de 2011 y STS de 29 de abril de 2013 —entre otras—.

⁷¹¹ A mediados de julio de 2010, el Grupo Parlamentario Popular presentó ante el Pleno del Senado una moción que instaba al Gobierno para que modificara la legislación actual y estableciera la guarda y custodia compartida como régimen preferente —BOCG-Senado nº 500, IX Legislatura, 19 de julio de

citado Anteproyecto es que en su Exposición de Motivos se refería expresamente a dicha interpretación extensiva que la jurisprudencia viene haciendo de la excepcionalidad de la custodia compartida, y explicaba que para acometer la reforma se había tenido en consideración esa jurisprudencia⁷¹².

El Anteproyecto de Ley, aun sin dotar al régimen de custodia compartida de un carácter decididamente preferente, 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 mejor interés del menor — art. 1.4 del Anteproyecto —.

Para acometer la reforma, el artículo 1.3 del Anteproyecto pretendía modificar el artículo 92 del Código, que como sabemos es el precepto central en torno al cual gira la materia objeto de nuestro estudio. En concreto, proponía

2010 (Moción ante el Pleno, del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, por la que se insta al Gobierno a realizar las modificaciones legales necesarias para que la custodia compartida sea considerada como modelo preferente en los procesos de separación o divorcio)—. El 21 de julio de 2010, el Pleno del Senado aprobó la citada moción con 132 votos a favor, 122 en contra, y 2 abstenciones — DS del Pleno del Senado, nº 89, de 21 de julio de 2010—. En septiembre de 2010, el Grupo Municipal Popular de Madrid aprobó una iniciativa para instar al Gobierno a que introdujera las modificaciones legislativas precisas con objeto de establecer la custodia compartida de los menores como el régimen preferente en los supuestos de separación o divorcio —Proposición nº 2010/80000656—. El 3 de febrero de 2011 el Parlamento Vasco aprobó una Proposición no de Ley pidiendo al Gobierno que estableciera la custodia compartida con carácter preferente —Proposición nº 3/2011, relativa a la guardia y **custodia compartida** en situaciones de separación y divorcio—. El 9 de abril de 2012, el Grupo Parlamentario "Unión, Progreso y Democracia" presentó una Proposición no de Ley solicitando que se pusieran en marcha las modificaciones legales necesarias para establecer la custodia compartida como régimen preferente — Proposición nº 162/000275 —. Poco después, el 19 de junio de 2012, el Congreso de los Diputados aprobó una Moción por la que insta al Gobierno a que en el plazo máximo de seis meses y sin perjuicio de las especialidades correspondientes en las comunidades en las que exista un Derecho Civil Foral propio, se desarrolle la regulación legal que modifique el artículo 92 del Código Civil y cuantos otros preceptos fueran necesarios, para conseguir la viabilidad de la guarda y custodia compartida en los supuestos de ruptura de la unidad familiar —DS. Congreso de los Diputados Núm. 41 de 19/06/2012—. Posteriormente, en mayo de 2013, varias asociaciones de padres y madres separados presentaron una Iniciativa Legislativa Popular ante el Congreso de los Diputados con el objeto de que se modificara el Código Civil y se otorgará preferencia legal al régimen de guarda y custodia compartida —ILP de 8 de mayo de 2013, relativa a la Proposición de Ley de modificación del Código Civil para la extensión a todo el territorio del Estado español de las diferentes normativas forales y autonómicas reguladoras de las relaciones de los progenitores con sus descendientes comunes en caso de ruptura de la convivencia, medie o no relación conyugal—.

⁷¹² En la Exposición de Motivos del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia se señalaba que «(...) a partir de la STS de 8 de octubre de 2009, se ha venido consolidando la jurisprudencia que defiende una interpretación extensiva de esta excepcionalidad y que fija los presupuestos que deben ser exigidos para la adopción del régimen de custodia compartida, con referencias a algunos ejemplos del Derecho europeo y de las Comunidades de Aragón y Valencia».

reducirlo a tres apartados y complementarlo con la introducción de un nuevo artículo 92 bis – art. 1.4 del Anteproyecto –, en el que se regularían el grueso de las cuestiones relativas a la atribución de la guarda y custodia de los hijos en caso de disolución del matrimonio de sus progenitores y en el que el Anteproyecto pretendía introducir cambios significativos respecto al régimen actualmente vigente.

El primer punto del citado precepto era una clara muestra de que la intención del legislador era equiparar los regímenes de custodia compartida y exclusiva, eliminando cualquier preferencia legal por ninguno de ellos. En este sentido, preveía que *«el juez podrá acordar, en interés de los hijos menores, que su guarda y custodia sea ejercida por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida, determinando los periodos de convivencia con cada uno»*. Con ello, facultaba al juez para que, en interés de los hijos, decidiera qué régimen de guarda y custodia resultaba más conveniente para el caso concreto.

También se desprendía de la propia Exposición de Motivos, que señalaba que *«la introducción del artículo 92 bis del Código Civil tiene como objeto introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro(...)*».

Por ende, de haber prosperado dicha reforma, se habría superado el carácter excepcional que nuestra legislación viene otorgando a la custodia compartida cuando no existe acuerdo entre los progenitores⁷¹³ y se habría creado un régimen jurídico caracterizado por la equiparación de los regímenes de custodia compartida y exclusiva, quedando en manos del juez la decisión de optar por uno u otro régimen en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Ahora bien, dicha decisión no hubiera sido totalmente

⁷¹³ Vid. ZABALGO JIMÉNEZ, Paloma, "La supresión de la excepcionalidad en la custodia compartida", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, octubre 2013, p. 22; y IÑIGUEZ DEL VAL, Susana, "De la excepción a la realidad de la custodia compartida. Criterios para su atribución. Sentencia de 29 de abril de 2013", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 94, Enero-Abril, 2014, p. 257.

discrecional⁷¹⁴, ya que además de regirse por el interés del menor, el juez contaría con una serie de criterios adicionales –a los que posteriormente me referiré⁷¹⁵– para determinar qué régimen de guarda y custodia sería más conveniente en cada caso.

1.2. Preferencia legal por la custodia compartida: Derechos aragonés, valenciano y vasco

En al ámbito autonómico, ha habido tres leyes que han establecido la guarda y custodia como régimen preferente en defecto de acuerdo entre las partes: la aragonesa, la vasca y la valenciana –aunque recordemos que esta última fue declarada inconstitucional por el TC en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre⁷¹⁶–. Pese a que se ha discutido mucho en nuestra doctrina si la legislación catalana establece también preferencia legal por la custodia compartida, desde mi punto de vista, y como posteriormente expondré con mayor detalle⁷¹⁷, del análisis de la norma no cabe deducir que recoja dicha preferencia, sino que parece que lo que en realidad hace es equiparar uno y otro régimen de guarda y custodia –compartida y exclusiva–.

En cuanto al Derecho aragonés, la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres –posteriormente refundida en el Código del Derecho Foral de Aragón a través del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo– no sólo fue la primera ley autonómica en regular la guarda y custodia de los hijos menores, sino que además fue pionera en establecer la custodia compartida como régimen

⁷¹⁴ No cabe duda de que el nuevo régimen habría supuesto un aumento de la discrecionalidad judicial a la hora de determinar el régimen de guarda y custodia, pero que a mi juicio no tendría por qué tornarse en arbitrariedad, ya que la actuación judicial debería regirse en todo caso por el interés superior del menor –*vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián, "Custodia...", cit., p. 15; y IGLESIAS REINA, Marta, *Custodia compartida...*, cit., p. 112–.

⁷¹⁵ *Vid.* Epígrafe 3 del Capítulo IV.

⁷¹⁶ *Vid.* Epígrafe 3.2 del Capítulo II.

⁷¹⁷ *Vid.* Epígrafe 1.3 del Capítulo IV.

preferente en defecto de acuerdo entre las partes. Con ello rompió con una tradición jurídica marcada por una clara preferencia por la custodia exclusiva y abrió una senda que posteriormente continuarían las Comunidades valenciana y vasca.

La preferencia por la custodia compartida en el Derecho civil aragonés se desprende de los artículos 79.5, 80.2 y 80.5 y de la Disposición transitoria sexta CDFFA. Así mismo, la Exposición de Motivos de la refundida Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, reconocía expresamente que el objeto de la nueva regulación no era otro que el de otorgar a la custodia compartida un carácter preferente⁷¹⁸.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón también ha señalado reiteradamente que la ley aragonesa concede a la guarda y custodia compartida carácter preferente⁷¹⁹ y que sólo cabe adoptar la custodia exclusiva cuando

⁷¹⁸ Vid. Exposición de Motivos de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres: «*La principal medida que adopta esta ley es considerar la custodia compartida como el régimen de custodia que el juez adoptará de forma preferente en interés de los hijos menores a falta de pacto, salvo en los supuestos en que la custodia individual fuere lo más conveniente*».

⁷¹⁹ Vid. STSJA de 30 de septiembre y de 15 diciembre de 2011, de 18 de abril de 2012, de 17 de julio de 2013, de 10 de enero de 2014, etc. Resultan especialmente relevantes las STSJA de 1 de febrero, 8 de febrero y 9 de febrero de 2012, que recogiendo la doctrina sentada por el alto Tribunal aragonés, fijan el sentido en el que debe interpretarse la ley aragonesa: «En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor– frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011). Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales –art. 80.3 CDFFA– obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio –art. 80.2 c) CDFFA–. Por último el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada».

quede claramente acreditado que el interés superior del menor se satisface mejor con este régimen⁷²⁰.

De acuerdo a todo lo expuesto, el régimen legal preferente a adoptar en defecto de acuerdo entre los progenitores es el de custodia compartida y, por contra, la custodia exclusiva pasa a tener carácter subsidiario⁷²¹, ya que sólo se prevén dos excepciones en las que cabría adoptar el citado régimen: cuando quede acreditado que es lo más conveniente para el interés superior del menor —art. 80.2 CDFA— o cuando uno de los progenitores esté excluido del ejercicio de la guarda y custodia por incurrir en violencia doméstica o de género —art. 80.6 CDFA—.

Siguiendo la estela iniciada por el Derecho aragonés, la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven, también estableció la guarda y custodia compartida como opción preferente a adoptar por el juez en defecto de acuerdo entre las partes —de hecho, fue uno de los motivos en los que se fundamentó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de España contra dicha norma⁷²²—. Ello hizo que fuera conocida popularmente como «Ley valenciana

⁷²⁰ Al respecto resulta reveladora la Sentencia del TSJA de 5 de julio de 2012, en la que establece que «(...) la adopción de la custodia individual requiere la práctica de la necesaria prueba y su detenida valoración, puesto que sólo en caso de que esté claramente acreditado que la prevalencia del interés general del menor se satisface mejor con la custodia individual que con la prevalente de la custodia compartida, es cuando podrá ordenarse judicialmente la inaplicación de la norma general de preferencia en el supuesto concreto». *Vid.* también en este mismo sentido la STSJA de 11 de marzo de 2013.

⁷²¹ *Vid.* GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares...", cit., p. 1793.

⁷²² *Vid.* Recurso de inconstitucionalidad nº 3859/2011. En concreto, el Abogado del Estado consideró que, al dar prioridad al régimen de custodia compartida en aquellos casos en los que no existiera acuerdo entre los progenitores, se estaba anteponiendo el interés de éstos en detrimento del interés superior del menor. Al respecto, resulta cuanto menos sorprendente que no recurriera también el resto de leyes autonómicas que han establecido la custodia compartida como régimen preferente. En cualquier caso, lo cierto es que el Tribunal Constitucional no entró en esta cuestión, por considerar que la extralimitación competencial de la Ley valenciana ya era motivo suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la norma, y que, por tanto, no resultaba necesario entrar a valorar el resto de alegaciones que se recogían en el recurso —*vid.* STC 192/2016, de 16 de noviembre—.

de custodia compartida»⁷²³. La preferencia legal por la custodia compartida se desprendía de sus artículos 3 b) y 5.2. Éste es el sentido en el que fue interpretado también por los tribunales de esta Comunidad Autónoma⁷²⁴.

Al igual que hemos visto que ocurre en el Derecho aragonés, sólo se preveían dos excepciones en las que cabría apartarse del régimen preferente: cuando fuera necesario para garantizar el interés superior del menor –art. 5.4 Ley 5/2011–, o cuando uno de los progenitores estuviera excluido del ejercicio de la guarda y custodia por incurrir en violencia doméstica o de género –art. 5.6 Ley 5/2011–.

Aunque no cabe duda de la influencia que tuvo la ley aragonesa en el gran protagonismo que el legislador valenciano concedió a la custodia compartida, lo cierto es que esta tendencia normativa se anticipaba ya en la Comunidad Valenciana desde hacía algún tiempo⁷²⁵. En concreto, el artículo 22 de la Ley valenciana 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia, bajo la rúbrica “Derecho a las relaciones familiares”, supuso un claro posicionamiento del legislador valenciano en pro del régimen de guarda y custodia compartida⁷²⁶.

⁷²³ Vid. BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, “La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana...”, cit., p. 1132 y “El interés del menor como criterio de aplicación de la Ley valenciana de relaciones familiares”, *Revista Boliviana de Derecho*, Nº 19, 2015, p. 792.

⁷²⁴ Vid. SAP de Alicante de 12 de julio y de 30 de octubre de 2013: «se establece, por tanto, como regla general un régimen de convivencia compartida y, de forma excepcional, la atribución de la guarda y custodia a uno solo de los progenitores. El legislador autonómico ha instaurado una suerte de presunción *iuris tantum* de que el régimen de convivencia más beneficioso para un menor cuyos padres ya no conviven juntos es el que posibilita un contacto similar entre ambos, pues éste es, en principio, el medio más idóneo para ejercer el derecho-deber de patria potestad que incumbe a los progenitores». Vid. en este mismo sentido: STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de septiembre de 2013.

⁷²⁵ Vid. CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, “Ley Valenciana...”, cit., pp. 1-2.

⁷²⁶ Vid. art. 22 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, que dispone que «*los menores tendrán derecho a crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos. Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de éstos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses(...)*».

Por último, el legislador vasco también se ha decantado por dotar a la guarda y custodia compartida de carácter preferente⁷²⁷. La preferencia legal por la custodia compartida se desprende del artículo 9 –en concreto de los párrafos segundo, tercero y sexto– de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, así como de su Exposición de Motivos⁷²⁸.

Al igual que en los dos casos anteriores, se prevén dos excepciones en las que cabría adoptar el régimen de custodia exclusiva: cuando se considere necesario para garantizar el interés superior del menor –art. 9.6 Ley 7/2015– o cuando uno de los progenitores esté excluido del ejercicio de la guarda y custodia por incurrir en violencia doméstica o de género –art. 11.3 Ley 7/2015–.

Ahora bien, en el caso de la ley vasca cabe hablar de una tercera excepción, en la que el juez no sólo podrá adoptar la custodia exclusiva, sino que además se verá obligado a hacerlo. Me estoy refiriendo a aquellos supuestos en los que el establecimiento del régimen de custodia compartida no haya sido solicitado por ninguna de las partes. Y es que, como ya he mencionado, el legislador vasco ha excluido expresamente la posibilidad de adoptar la custodia compartida de oficio –art. 9.3 Ley 7/2015–⁷²⁹, exigiendo que exista en todo caso petición de parte.

Esta última previsión resulta incongruente con la preferencia legal que la norma vasca pretende otorgar a la custodia compartida, ya que está exigiendo para su adopción un estricto requisito que sin embargo no se prevé para el caso de la custodia exclusiva. Partiendo de ello, hay quien incluso ha llegado a cuestionar que exista realmente preferencia por la guarda y custodia

⁷²⁷ Vid. SAP de Guipúzcoa de 6 junio de 2017.

⁷²⁸ «(...) esta norma regula la custodia compartida como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio(...)» «Derecho de las y los menores de edad a crecer y vivir con ambos progenitores tras la ruptura de la pareja, en un sistema de convivencia de custodia compartida lo más igualitaria posible(...)» «(...) el juez otorgará la custodia compartida salvo cuando sea contrario al interés del menor(...)».

⁷²⁹ Vid. en este mismo sentido Exposición de Motivos de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

compartida⁷³⁰. Sin embargo, en consonancia con otros autores⁷³¹, considero que sí existe preferencia legal por el régimen de custodia compartida, pues así se desprende claramente del artículo 9 de la Ley 7/2015 y, por si quedara algún tipo de duda, lo reitera la propia Exposición de Motivos –como hemos visto unas líneas más arriba—. Ahora bien, sí cabe reconocer que la exigencia de este estricto requisito –petición de parte– hace que la preferencia legal por la custodia compartida quede parcialmente atenuada.

Una vez que he mencionado las leyes autonómicas que han establecido preferencia por la guarda y custodia compartida, quiero detenerme brevemente en algunas cuestiones que se plantean en torno a dicha opción legal.

En primer término, cabe señalar que la existencia de dicha preferencia no implica que el régimen de guarda y custodia compartida se aplique de forma automática⁷³², ya que las leyes autonómicas que la han previsto no impiden la posibilidad de que se atribuya la guarda y custodia de los hijos exclusivamente a uno de los progenitores si es lo que más conviene al interés del menor⁷³³. Por ende, nos encontramos ante una presunción *iuris tantum*, que cesará cuando exista prueba en contrario⁷³⁴ –prueba que consistirá en acreditar que el

⁷³⁰ Vid. SEISDEDOS MUIÑO, Ana, "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, Nº 3 bis, 2015, p. 148; y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Nuria, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 90.

⁷³¹ Vid. DE VERDA BEAMONTE, José Ramón y CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año Nº 91, Nº 752, 2015, p. 3391.

⁷³² Vid. SAP de Zaragoza de 19 de junio de 2012, STSJ de Aragón de 28 de septiembre de 2012, STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de septiembre de 2013 y SAP de Valencia de 7 de abril de 2014. Vid. también: MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales...", cit., p. 1458; CASTILLA BAREA, Margarita, "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 138; CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar...", cit., p. 20; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Nuria, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 80; y BECERRIL RUIZ, Diego, "Algunos mitos de la custodia compartida", en: *La custodia compartida en España —coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego—*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 81.

⁷³³ De hecho no son pocos los pronunciamientos judiciales que se decantan por la custodia individual por considerarla más conveniente para el interés superior del menor, pese a la preferencia legal por la custodia compartida —*vid.* a modo de ejemplo STSJA de 30 de septiembre de 2011, de 1 de febrero de 2012, de 8 de febrero de 2012, de 5 de julio de 2012, de 24 de julio de 2012, de 24 de septiembre de 2012 y de 19 de octubre de 2012—

⁷³⁴ Vid. en este sentido: HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "Sobre la necesidad de una nueva regulación...", cit., p. 1145; DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida de los progenitores...", cit., p. 1629;

régimen de custodia exclusiva o unilateral protege mejor el interés superior del menor —⁷³⁵.

Con base en ello hay quienes incluso consideran que no existe tal preferencia legal por la custodia compartida, bajo el argumento de que al admitirse la custodia exclusiva cuando sea más beneficiosa para el menor, el juez tiene plena libertad para adoptar el régimen que estime conveniente⁷³⁶.

En mi opinión, es cierto que el juez tiene libertad para apartarse del régimen de custodia compartida si considera que el de custodia exclusiva protege mejor el interés superior del menor. No obstante, no lo es tanto que no exista preferencia legal por la custodia compartida, ya que en aquellos casos en los que se constate que el interés superior del menor queda igualmente protegido con uno u otro régimen de guarda y custodia, el juez estará vinculado por el mandato de la ley y deberá decantarse por la custodia compartida. Por tanto, sí que existe a mi juicio en las normas aragonesa y vasca —así como en la anulada Ley valenciana— preferencia por la custodia

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Nuria, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 92; y GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "La necesidad de una completa regulación...", cit., p. 8.

⁷³⁵ No en vano, si atendemos a los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística para el año 2015, observamos que en las tres Comunidades Autónomas que han establecido preferencia legal por el régimen de custodia compartida, en la práctica todavía continúa teniendo mayor peso el régimen de custodia exclusiva. Así, en Aragón la custodia compartida se otorga en el 34% de los casos, en la Comunidad Valenciana en el 38,8%, y en País Vasco en el 25,9% —tégase en cuenta que en el caso de esta última Comunidad Autónoma, la ley que estableció la custodia compartida como opción preferente entró en vigor a mediados del año 2015, sobre el que se ha realizado el estudio—. Fuente: <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t18/p420/p01/serie/I0/&file=03014.px> (fecha última consulta: 06/04/2018).

⁷³⁶ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales...", cit., p. 1944: «(...) aunque el precepto establezca que "el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los menores" en realidad no hay tal preferencia puesto que, a renglón seguido, impide hacerlo si el régimen de custodia individual es más beneficioso para los menores (...) de donde se infiere que, a la postre, en cada caso concreto planteado, el juez tiene plena libertad para acordar el régimen de custodia compartida o individual que considere más beneficioso para los menores»; y LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel, "Decisión sobre la custodia: que la preservación del bien de los hijos sea real y no potencial", *Revista de derecho de familia*, Nº 50, 2011, pp. 290-291: «(...) el mandato al juez no es el de la custodia compartida preferente, la preferencia es el interés del menor(...) el juez ha de tomar una decisión sobre la custodia de los hijos y esa decisión ha de ser la custodia compartida o individual y de entre ambas, por cuál ha de decidir: por la más conveniente para el menor».

compartida⁷³⁷, lo cual no quiere decir obviamente que su aplicación sea automática, como he expuesto unas líneas más arriba.

En definitiva, la principal consecuencia que implica la preferencia por la custodia compartida es que, en aquellas ocasiones en las que el interés del menor quede igualmente salvaguardado con el régimen de custodia compartida y con el de custodia exclusiva, el juez deberá decantarse por el primero⁷³⁸.

En otro orden de cosas, cabe señalar que la preferencia legal por la guarda y custodia compartida tiene una incidencia indirecta en la posición negociadora de las partes⁷³⁹. En concreto, merma la posición negociadora de la mujer, pues es a quien se ha venido atribuyendo tradicionalmente la guarda y custodia de los hijos menores, junto al resto de medidas que normalmente acompañan a dicha atribución –uso de la vivienda familiar y pensión de alimentos de los menores—. Ello implicaba que tuviera una posición negociadora mucho más sólida que la del varón, ya que era conocedora de que, en defecto de acuerdo, sería ella quien probablemente recibiera la custodia de los menores y las favorables medidas de carácter patrimonial que dicha atribución normalmente conlleva. Sin embargo, con la configuración de la guarda y custodia compartida como régimen preferente, la posición negociadora de la mujer ha quedado mermada, pues la decisión judicial deja de ser tan predecible como lo ha sido tradicionalmente.

Esta incidencia que tiene la preferencia legal por la custodia compartida en la posición negociadora de las partes conlleva algunas consecuencias. Por un lado, la mujer ya no podrá contar con que en defecto de acuerdo sea quien

⁷³⁷ Vid. en este mismo sentido: LÓPEZ MARTÍNEZ, Raúl, "Legislación sobre custodia compartida...", cit., p. 185.

⁷³⁸ Vid. en este mismo sentido: ALASCIO CARRASCO, Laura, "La excepcionalidad de la custodia compartida...", cit., p. 11: «(...) así pues, la preferencia no sería que la regla de defecto es acordar siempre la custodia compartida, sino que, si en el caso en concreto, tan buena es la compartida como la individual, se optará por la compartida».

⁷³⁹ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., pp. 146 y 169; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 188, CLEMENTE DÍAZ, Miguel, *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia...*, cit., p. 91; LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel y ALONSO ESPINOSA, Francisco José, "Custodia compartida...", cit., p. 1189; y SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Título II: De las relaciones...", cit., p. 190.

predeciblemente resulte beneficiada por la resolución judicial, por lo que estará más dispuesta a llegar a un acuerdo. Pero por otro lado, es posible que se den casos en los que un progenitor varón que en realidad no pretenda la guarda y custodia compartida, la solicite con la finalidad de hacer más sólida su posición negociadora, de tal manera que termine utilizando dicha "falsa" pretensión para forzar a la mujer a desistir de determinados derechos económicos que pudieran corresponderle (uso de la vivienda, compensación por desequilibrio económico, pensión de alimentos de los hijos —que aunque en puridad pertenece a éstos, es el progenitor custodio quien lo administra—, etc.), con tal de obtener la guarda y custodia de sus hijos⁷⁴⁰.

1.3. Equiparación de los regímenes de custodia compartida y exclusiva: Derechos catalán y navarro

Me referiré ahora a las leyes catalana y navarra, que, como vamos a ver, se han decantado por equiparar los regímenes de custodia compartida y exclusiva, sin mostrar preferencia por ninguno de ellos.

En el Derecho positivo catalán, la custodia compartida se introdujo por vez primera con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña⁷⁴¹. El carácter —preferente o no— con el que la ley catalana ha previsto la custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores tiene dividida a la doctrina.

⁷⁴⁰ Es lo que algunos autores han llegado a denominar como "custodia compartida-chantaje", en la que la mujer se ve abocada a renunciar a determinados derechos por no arriesgarse a que se establezca una custodia compartida que no considera adecuada para el bienestar de su hijo —*vid.* LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel y ALONSO ESPINOSA, Francisco José, "Custodia compartida ...", cit., p. 1190—.

⁷⁴¹ Con anterioridad a la Ley 25/2010 no había en la legislación catalana mención alguna a la custodia compartida —*vid.* ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida...", cit., p. 5: «(...) no hay un reconocimiento expreso de la custodia compartida ni existe tampoco un procedimiento *ad hoc* para su fijación. De una lectura conjunta de los arts. 76.1.a), 77, 78 y 79 CF, observamos que únicamente cabe que los cónyuges acuerden esta modalidad de custodia en el convenio regulador y obtengan su aprobación judicial»—.

Por un lado existe una corriente doctrinal que entiende que el legislador catalán ha pretendido dotar a la custodia compartida de carácter preferente⁷⁴². El principal argumento esgrimido por quienes defienden esta postura es que la preferencia legal por la custodia compartida se desprende de las referencias al mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas que aparecen en los artículos 233-8.1 y 233-10.2 del Código Civil de Cataluña, así como de la mención que su Exposición de Motivos⁷⁴³ hace al principio de coparentalidad. El primero de los mencionados preceptos señala que *«la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente»*; mientras que el segundo dispone que *«la autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo»*

Sin embargo, otro sector de la doctrina mantiene –creo que acertadamente– que el Derecho catalán no establece preferencia legal por

⁷⁴² Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar...", cit., p. 1944 y "La necesidad de una completa regulación...", cit., p. 11; HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "Sobre la necesidad de una nueva regulación...", cit., p. 1134; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Estado actual de la guarda y custodia...", cit., pp. 2048-2049; GUZMÁN PÉREZ, Cristina, "La patria potestad y custodia de los hijos...", cit., p. 782; SUSO ARAICO, Anabel (dir.), "Análisis de los modelos de custodia...", cit., p. 29; BARRADA ORELLANA, Reyes, "Guarda compartida. Jurisprudencia catalana de las Audiencias Provinciales y del TSJ", *XVIIenes Jornades de Dret Català a Tossa*, 2012, p. 2; RUIZ-RICO RUIZ, Catalina, "Hacia la corresponsabilidad como derecho constitucional en las relaciones familiares: la custodia compartida", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García* —coord. JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo—, Aranzadi, Universidad de Jaén, 2012, p. 1405; RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad, "La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar", *Práctica de Tribunales*, Nº 100, 2013, p. 2; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La guarda y custodia compartida (alterna)...", cit., p. 50; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "Valoración de la normativa catalana...", cit., p. 8 y "La custodia compartida en España y en Cataluña...", cit., p. 86; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Revisión conceptual del peritaje psicológico...", cit., p. 22; LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Ruptura convivencial y custodia...", cit., p. 137 y "El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores...", cit., p. 219; y MARTÍN MONTALBÁN, Alicia, "Construyendo la custodia compartida...", cit., p. 155.

⁷⁴³ «(...) la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan el interés del hijo por continuar manteniendo una relación con ambos progenitores».

ningún régimen de guarda y custodia⁷⁴⁴. Al respecto, considero que no cabe deducir de los preceptos transcritos que el propósito del legislador haya sido dotar al régimen de custodia compartida de un carácter preferente. Y es que, el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas no puede tomarse como sinónimo de custodia compartida⁷⁴⁵, sino que lo lógico es entender que se está refiriendo al ejercicio conjunto de la patria potestad. Ni siquiera el principio de coparentalidad al que se refiere la Exposición de Motivos puede servir de base para justificar la supuesta preferencia por la custodia compartida, pues tampoco éste es un sinónimo de custodia compartida⁷⁴⁶. Además, dicho principio también puede quedar salvaguardado con el establecimiento de otro sistema de custodia —ej. guarda y custodia exclusiva para un progenitor, pero con un amplio régimen de visitas a favor de otro—.

⁷⁴⁴ Vid. DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida...", cit., p. 49; LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel, "Decisión sobre la custodia...", cit., p. 289; MONTERROSO CASADO, Esther y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María "Análisis de la regulación legal de la custodia compartida...", cit., p. 31; ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián, "Custodia...", cit., p. 15; GARCÍA BECEDAS, María José, "La custodia compartida...", cit., p. 85; GONZÁLEZ DE CHÁVEZ DE ARMAS, INÉS; PÉREZ SALAS, ANA; Y VELASCO GISBERT, M^a Luisa, *Análisis de los modelos de custodia derivados de situaciones de separación y divorcio en España*, Instituto de la Mujer (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad), 2012, p. 29; MECO TÉBAR, Fabiola, "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*, Nº 18, 2014, pp. 427 y "Drogodependencia y custodia compartida...", cit., p. 95; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia ...", cit., p. 42 y "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 604; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La regulación de la custodia compartida: una oportunidad para la consolidación de la carrera profesional de las mujeres", en: *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género* —coord. MESA MARRERO, Carolina y GRAU PINEDA, María del Carmen—, Tirant lo Blanch, 2014, p. 801; PANIZA FULLANA, Antonia, "Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 10, 2015, p. 86; DE VERDA BEAMONTE, José Ramón y MARTÍNEZ CARLOS, Pablo Joaquín, "La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven: un estudio en clave jurisprudencial", *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, Nº 1 (2), Valencia, 2015, p. 17; y BECERRIL RUIZ, Diego, "Algunos mitos...", cit., p. 81.

⁷⁴⁵ Vid. QUINTANA VILLAR, María Soledad, "La titularidad del cuidado personal y el ejercicio...", cit., p. 253.

⁷⁴⁶ Aunque algún autor se ha referido a la coparentalidad y a la custodia compartida como sinónimos —vid. GUZMÁN PÉREZ, Cristina, "La patria potestad y custodia de los hijos...", cit., p. 782—, considero que nos encontramos ante dos realidades diferentes. Para empezar porque la coparentalidad es un principio, mientras que la custodia compartida es una figura jurídica; y para seguir porque si bien el primero es uno de los fundamentos de la custodia compartida, no es exclusivo de ésta —vid. Epígrafe 2.2.B).b) del Capítulo I—.

El Tribunal Superior de Cataluña se ha pronunciado en el mismo sentido que acabo de exponer. En su Sentencia de 26 de julio de 2012 señala expresamente que el Código catalán no regula la custodia compartida con carácter preferente⁷⁴⁷.

En cuanto a Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, dedica la mayor parte de su contenido a regular la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores. A ello destina el tercero y último de sus preceptos, que es por mucho el más extenso de la ley.

Como he anticipado, el legislador foral ha previsto los regímenes de custodia compartida y exclusiva en un plano de absoluta paridad, dejando en manos del juez la decisión sobre qué régimen es más adecuado para cada supuesto concreto —en defecto de acuerdo de las partes—⁷⁴⁸. Esta equiparación entre uno y otro régimen de custodia en defecto de acuerdo entre los progenitores queda patente en el segundo párrafo del artículo 3 de la ley navarra, que dispone que *«en el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el ministerio fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos»*.

⁷⁴⁷ La Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de julio de 2012 se pronunció sobre esta cuestión en los siguientes términos: «En efecto, son diversas las resoluciones en las que nos hemos hecho eco de los indudables beneficios para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial que, frente a la custodia monoparental, tiene el sistema comúnmente conocido como custodia compartida(...). No obstante, ya desde el principio dijimos que no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos, sin perjuicio de que “de lege ferenda” pudiera construirse como una solución preferencial (STSJC 29/2008 FJ5), y más adelante tuvimos ocasión de precisar que el único criterio a tener en cuenta es el del interés del menor en cada caso, de manera que ni la custodia compartida puede ser considerada “una situación excepcional frente a la custodia monoparental” ni tampoco puede primar sobre ésta,(...) o como de forma más clara expusimos en nuestro ATSJC 131/2011 (FJ4) con cita de otros (ATSJC 3 oct. 2011 y 10 nov. 2011, a los que debe añadirse ahora la del ATSJC 22 dic. 2011 FJ3) para inadmitir sendos recursos de casación, “es incierto que en la situación legal que se contempla pueda establecerse una preferencia de la custodia compartida sobre la custodia monoparental por razón del interés superior del menor”».

⁷⁴⁸ De hecho, ello conllevó que se modificará el nombre originario que pretendía darse a la ley —“Ley de custodia compartida”—, para pasar a denominarse “Ley sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres”.

En este caso –a diferencia de lo que hemos visto que ocurría con el Derecho catalán– la doctrina es unánime en considerar que no se establece preferencia legal por ninguno de los citados regímenes de guarda⁷⁴⁹.

Por último, cabe señalar que la equiparación de los regímenes de custodia compartida y exclusiva que prevén las legislaciones catalana y navarra conlleva inevitablemente un aumento de la discrecionalidad del juez para decidir sobre el régimen de guarda y custodia, ya que la propia ley no le predispone en favor de ninguno de los regímenes existentes. Pero ello no quiere decir ni mucho menos que la decisión sea arbitraria. Lo que ocurre es que la labor interpretativa del juez adquiere mayor intensidad, y para llevarla a cabo dispone de una serie de herramientas que garantizan que la decisión final esté suficientemente motivada. En concreto, las mencionadas herramientas se materializan en una lista de criterios y elementos de valoración que debe tener en cuenta a la hora de adoptar su decisión⁷⁵⁰.

1.4. Régimen legal supletorio en el Derecho comparado

Ya he presentado en su momento las leyes que regulan la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en algunos de los ordenamientos de nuestro entorno⁷⁵¹, por lo que en este apartado pasaré directamente a hacer un breve resumen del régimen jurídico supletorio previsto en cada uno de ellos.

⁷⁴⁹ Vid. A modo de ejemplo: NANCLARES VALLE, Javier, "La custodia de los hijos en el derecho civil de Navarra", Aranzadi *civil-mercantil*, Vol. 2, Nº 1, abril, 2012, p. 99; MECO TÉBAR, Fabiola, "La custodia compartida como régimen más favorable...", cit., p. 427; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La guarda y custodia compartida (alterna)...", cit., p. 51; DE TORRES PEREA, José Manuel, "La custodia...", cit., p. 656; LÓPEZ MARTÍNEZ, Raúl, "Legislación sobre custodia compartida...", cit., p. 185; y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Nuria, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 89.

⁷⁵⁰ Vid. Epígrafe 3 del Capítulo IV.

⁷⁵¹ Vid. Epígrafe 4 del Capítulo II.

A) Régimen legal supletorio en el Derecho italiano

Como he expuesto al presentar las normas existentes en los países de nuestro entorno, el Derecho italiano utiliza dos figuras para articular el modo en el que los progenitores van a atender a sus hijos tras la ruptura matrimonial: el *affidamento* y la *collocazione*. Cabe recordar que el *affidamento* tiene como principal objeto regular la forma concreta en la que se va a ejercer la responsabilidad parental sobre los hijos y no siempre comprende la determinación del progenitor que va a convivir con el menor. En concreto, en aquellos casos en los que el *affidamento* se asigna conjuntamente a ambos progenitores —*affidamento condiviso*—, la determinación del progenitor que va a convivir junto al menor es objeto de una decisión ulterior. A esto último responde precisamente la figura de la *collocazione*.

En cuanto al régimen jurídico supletorio previsto para el *affidamento* en los supuestos en los que no existe acuerdo entre las partes, antes de la reforma del año 2006, la doctrina mayoritaria consideraba que de la ley italiana se desprendía una cierta preferencia por el *affidamento esclusivo*⁷⁵², ya que regulaba con minuciosidad esta modalidad de *affidamento* y sin embargo apenas decía nada del *congiunto* y del *alternato*. No obstante, también hay quien interpretaba que ninguna de las tres modalidades de *affidamento* tenía un carácter preferente sobre el resto⁷⁵³. En cualquier caso, lo cierto es que en la práctica se establecía el *affidamento esclusivo* en más del 90% de los casos⁷⁵⁴ —y en favor de la madre en el 85% de ellos⁷⁵⁵—. El principal argumento era que el *affidamento esclusivo* favorecía la estabilidad del menor⁷⁵⁶.

⁷⁵² Vid. CASONE, Ciro, “Affidamento alternato?...” , cit., p. 2; DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso...*, cit., p. 61; y ANSALDO, Anna, “Il divorzio”, cit., p. 177.

⁷⁵³ Vid. FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”...*, cit., pp. 79, 83 y 138.

⁷⁵⁴ Vid. FIORAVANTI, Chiara Daniela, “Separazione personale...”, cit., p. 4; CASONE, Ciro, “Affidamento alternato?...” , cit., p. 3; y FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”...*, cit., p. 81.

⁷⁵⁵ Vid. CASONE, Ciro, “Affidamento alternato?...” , cit., p. 3. Vid. también: VENCHIARUTTI, Angelo, “Diritto di visita del genitore non affidatario e dei nonni”, *Famiglia e Diritto*, fasc. 3, 1996, pp. 1 y 2.

⁷⁵⁶ Vid. Cass., 16 luglio 1992; Cass., 17 febbraio 1995; y Cass., 22 giugno 1999 —entre otras—.

Con la reforma de 2006, no sólo se introdujo en el Derecho italiano el denominado *affidamento condiviso*, sino que además se le dotó de carácter preferente – arts. 155.2 y 155 bis del *Codice Civile*, tras la redacción que les dio la Ley n° 54 de 2006 –. Así ha sido interpretado de forma prácticamente unánime por jurisprudencia⁷⁵⁷ y doctrina⁷⁵⁸.

Actualmente – tras la reforma introducida por el Decreto Legislativo n° 154 de 2013 – la preferencia por el *affidamento condiviso* se desprende de los artículos 337 ter.2 y 337 quater.1 del *Codice Civile*. El primero de ellos, aun sin utilizar la expresión *affidamento condiviso*, prevé que el juez valorará “prioritariamente” la posibilidad de que los hijos menores sean confiados a ambos progenitores⁷⁵⁹. Pese a que no se nombre expresamente, la doctrina ha considerado se está refiriendo al *affidamento condiviso*⁷⁶⁰.

En cuanto al artículo 337 quater.1, limita la posibilidad de establecer el *affidamento esclusivo* a aquellos supuestos en los que el juez motive que el *affidamento* al otro progenitor resulta contrario al interés del menor⁷⁶¹. De acuerdo a ello, se ha considerado que actualmente el *affidamento esclusivo* tiene un carácter residual, de tal manera que solo ante la presencia de comportamientos o situaciones evidentemente dañosas para los hijos puede excluirse el *affidamento condiviso*⁷⁶².

⁷⁵⁷ Vid. App. Roma, 9 maggio 2007; y Trib. Catania, 2 ottobre 2007.

⁷⁵⁸ Vid. DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso...*, cit., p. 63; FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”...*, cit., p. 137; GRASSI, Claudia, “Potestà genitoriale...”, cit., p. 1; FAVA, Giovanna, “Quando l'affido condiviso non funziona...”, cit., p. 1; IRTI, Claudia, *Affidamento condiviso...*, cit., p. 16; VECCHI, Alessandro, “Conferma da piazza cavour: l'affidamento condiviso è la regola, quello esclusivo è l'eccezione”, *Diritto e Giustizia online*, fasc. 0, 2010, p. 1; ARCERI, Alessandra, “Affidamento esclusivo...”, cit., p. 2; ASTIGGIANO, Flavio, “Affidamento condiviso...”, cit., p. 2; y BASINI, Giovanni Francesco, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...”, cit., p. 1142.

⁷⁵⁹ “Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori”.

⁷⁶⁰ Vid. FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”...*, cit., p. 185.

⁷⁶¹ “Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore”.

⁷⁶² Vid. DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso...*, cit., pp. 91 y 116; FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”...*, cit., p. 190; ANSALDO, Anna, “Il divorzio”, cit., p. 183; IRTI, Claudia, *Affidamento condiviso...*, cit., pp. 23 y 30; y VECCHI, Alessandro, “Conferma...”, cit., p. 1.

A diferencia de lo que hemos visto para el caso del *affidamento*, el *Codice Civile* italiano no prevé el régimen jurídico supletorio aplicable a la *collocazione*, limitándose a señalar en su artículo 337 ter.2 que el juez debe establecer el tiempo y la modalidad de permanencia del menor con cada progenitor⁷⁶³. Aunque lo habitual es que la *collocazione* se atribuya a uno sólo de los progenitores, ya hemos visto que resulta posible establecer un régimen de *collocazione alternata*⁷⁶⁴. En todo caso, el juez cuenta con discrecionalidad para establecer el régimen que considere más adecuado a cada caso concreto.

B) Referencia al régimen legal supletorio en otros ordenamientos de nuestro entorno

Una vez más, me voy a referir sólo a las legislaciones extranjeras que he considerado más relevantes –bien por su cercanía o bien por las peculiaridades que recogen–, obviamente en detrimento de otras cuyo análisis también podría merecer interés⁷⁶⁵, pero acometerlo hubiera supuesto apartarme en exceso de mi objeto de estudio. Todo ello debe entenderse sin perjuicio de que a lo largo del trabajo se vayan haciendo referencias a algunos aspectos concretos del resto de leyes extranjeras.

Además, cabe advertir que en este apartado se va a hacer una mera descripción del contenido de las leyes, dejando las eventuales aportaciones doctrinales y jurisprudenciales para el cuerpo del trabajo.

a) Francia

Las reglas de atribución de la guarda y custodia en el Derecho francés están previstas en artículo 373.2.9 del *Code Civil*. De acuerdo al mencionado

⁷⁶³ “*determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore*”.

⁷⁶⁴ *Vid.* Epígrafe 4.1.B) del Capítulo II.

⁷⁶⁵ Para obtener una explicación más extensa de la situación existente en el Derecho Comparado puede consultarse el siguiente trabajo de investigación: PÉREZ-VILLAR APARICIO, Rosa C. (coord.), *Estudio de derecho comparado...*, cit.

precepto, en defecto de acuerdo entre las partes, no se otorga carácter preferente a ningún régimen de guarda custodia⁷⁶⁶; o lo que es lo mismo, se equiparan los regímenes de custodia compartida –*résidence alternée*– y exclusiva⁷⁶⁷.

Además, el artículo 373.2.9 del *Code Civil* permite al juez establecer la custodia compartida provisionalmente a modo de prueba⁷⁶⁸. Tras dicho periodo, éste deberá pronunciarse definitivamente sobre la guarda y custodia del menor⁷⁶⁹. Del tenor literal del mencionado precepto podría extraerse incluso que, en caso de que el juez decida optar por el régimen de custodia compartida, tiene que fijarla obligatoriamente a modo de prueba durante un determinado periodo de tiempo⁷⁷⁰. No obstante, la jurisprudencia ha superado el tenor literal de la ley y ha precisado que el juez puede optar por establecer directamente la custodia compartida, sin que se exija por tanto dicho periodo de prueba⁷⁷¹.

b) Inglaterra

Ya hemos visto en su momento que las reglas para el establecimiento del régimen de guarda y custodia de los menores se recoge en la *Children Act* 1989. En concreto, se debe llevar a cabo mediante una “*child arrangements order*”

⁷⁶⁶ «*la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux*».

⁷⁶⁷ Vid. VARELA PORTELA, M^a José, “¿Custodia compartida o interés del/la menor?”, *XXIV Congreso Estatal de Mujeres Abogadas: el retroceso de los derechos de las mujeres en el siglo XXI*, Salamanca, 2012, pp. 18 y 25.

⁷⁶⁸ «*A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux*»

⁷⁶⁹ «*Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux*».

⁷⁷⁰ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, “La reforma de la Ley del divorcio...”, cit., p. 31; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 400; y PICONTO NOVALES, Teresa, “Relaciones entre padres e hijos...”, cit., p. 302

⁷⁷¹ Vid. *Cour de cassation*, 14 février 2006.

– Part. II, Section 8 (I) –, a través de la cual, el juez determinará con quién va a vivir el menor tras la ruptura de la convivencia de los padres.

Lo primero que llama la atención es que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, en el que como hemos visto es obligatorio determinar el régimen de guarda y custodia de los hijos menores – arts. 90.1 a) y 91 Cc. –, en el Derecho inglés no se requiere la intervención de los tribunales para la asignación de la guarda y custodia, a menos que los padres soliciten del tribunal una *child arrangements order*⁷⁷². Por tanto, la autoridad judicial sólo intervendrá cuando resulte absolutamente imposible que los progenitores organicen por sí mismos la vida familiar tras la ruptura y uno de ellos solicite dicha intervención⁷⁷³.

Respecto a la posibilidad de adoptar la custodia compartida, el juez cuenta con plena libertad para acordar que el menor viva con una sola persona o varias personas de forma alternativa, sin que exista preferencia legal por ninguno de los regímenes de guarda existentes⁷⁷⁴.

c) Bélgica

El Derecho belga otorga carácter preferente al régimen de custodia compartida – *résidence égalitaire* –⁷⁷⁵. Así se infiere del segundo párrafo del artículo 374 del *Code Civile*, que prevé que, en los supuestos de falta de acuerdo de los progenitores, el juez debe optar preferentemente por el régimen de custodia compartida, salvo que resulte contrario al interés superior del

⁷⁷² Vid. ZÚÑIGA, Ángeles, "La custodia...", cit., p. 66.

⁷⁷³ Vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 6.

⁷⁷⁴ Vid. VARELA PORTELA, M^a José, "¿Custodia compartida...", cit., p. 25; y MORERA VILLAR, Beatriz, *Guarda y custodia...*, cit., p.120.

⁷⁷⁵ Vid. PÉREZ-VILLAR APARICIO, Rosa C. (coord.), *Estudio de derecho comparado...*, cit., p. 31; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 679; VARELA PORTELA, M^a José, "¿Custodia compartida...", cit., pp. 17 y 25; y ZÚÑIGA, Ángeles, "La custodia...", cit., p. 66.

menor⁷⁷⁶. Además, ello queda reforzado por lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley de 18 de junio de 2006, por la que se modificó el *Code Civil* belga: «*contrariamente a la actual situación, ya no será el progenitor que solicite el “alojamiento igualitario” el que tendrá que demostrar la pertinencia del mismo, sino que será al progenitor que se oponga a quien le corresponda demostrar que existe una contraindicación*»⁷⁷⁷. Por ende, se produce una inversión de la carga de la prueba, que se traslada a aquel que se oponga al alojamiento igualitario⁷⁷⁸.

d) Alemania

Ya hemos visto al presentar las leyes existentes en el Derecho comparado que el ordenamiento alemán se limita a prever las reglas para la atribución del ejercicio de la patria potestad –§§ 1626 y ss. del *Bürgerliches Gesetzbuch*– y no recoge una regulación específica de la guarda y custodia.

El párrafo primero del § 1626 atribuye a ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad cuando los padres estén unidos en matrimonio⁷⁷⁹. Para el caso de que no sea así, el *Bürgerliches Gesetzbuch* prevé distintas reglas en función de si los progenitores han estado o no casados. En caso de que nunca lo hayan estado, el § 1626a(1) establece una serie de criterios específicos de atribución del ejercicio de la patria potestad⁷⁸⁰, en los que no me detendré por

⁷⁷⁶ «*A défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents*».

⁷⁷⁷ Traducción tomada de: PÉREZ-VILLAR APARICIO, Rosa C. (coord.), *Estudio de derecho comparado...*, cit., p. 31.

⁷⁷⁸ Vid. PÉREZ-VILLAR APARICIO, Rosa C. (coord.), *Estudio de derecho comparado...*, cit., p. 30.

⁷⁷⁹ «*Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge)*». La traducción al inglés es la siguiente: «*The parents have the duty and the right to care for the minor child (parental custody). The parental custody includes the care for the person of the child (care for the person of the child) and the property of the child (care for the property of the child)*» —tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—.

⁷⁸⁰ «*Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, 1. wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen), 2. wenn sie einander heiraten oder, 3. soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt*». La traducción al inglés es la siguiente: «*where the parents, at the date of*

escapar a mi objeto de estudio. Por el contrario, pasaré directamente a los supuestos en los que los progenitores del menor, después de haber estado casados, han decidido poner fin a su matrimonio.

Las reglas de atribución del ejercicio de la patria potestad de los hijos en este último supuesto –es decir, cuando se produce la ruptura matrimonial de sus progenitores– están previstas en el § 1671 del *BGB*, que establece un régimen bastante peculiar⁷⁸¹: en los supuestos de ruptura matrimonial, no habrá en principio pronunciamiento alguno acerca del ejercicio de la patria potestad, siendo la regla general el mantenimiento del ejercicio conjunto por parte de ambos progenitores. Sólo si alguno de ellos lo solicita, intervendrá la autoridad judicial atribuyendo a uno u otro el ejercicio de la patria potestad⁷⁸². Por tanto, la posibilidad de que se establezca el ejercicio exclusivo queda limitada a aquellos supuestos en los que alguno de los progenitores así lo solicite y el juez decida atender a sus pretensiones. Y es que, es posible que en defecto del mencionado acuerdo, uno de los progenitores acuda al juez solicitando que le atribuya el ejercicio exclusivo de la patria potestad pero éste no atienda a sus pretensiones, en cuyo caso estaría admitiendo tácitamente el mantenimiento del régimen compartido, aun sin acuerdo de los progenitores⁷⁸³.

*the birth of the child, are not married to one another, they have joint parental custody 1. if they declare that they wish to take on parental custody jointly (declarations of parental custody), 2. if they marry one another, or 3. if the family court transfers joint parental custody to them» —tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—. En caso de que no se dé ninguno de los anteriores supuestos, la patria potestad será ejercida en exclusiva por la madre —art. 1626^a (3): «*Apart from this, the mother has parental custody*»—.*

⁷⁸¹ «*Leben Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, so kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt(...)*». La traducción al inglés es la siguiente: «*If parents live apart for a period that is not merely temporary, and if they have joint parental custody, each parent may apply for the family court to transfer parental custody or part of parental custody to him alone*» —tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—.

⁷⁸² Vid. ZAMBRANO, Virginia, “Affidamento condiviso...”, cit., p. 294; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1484.

⁷⁸³ DE TORRES PEREA, José Manuel, “Tratamiento del interés del menor...”, cit., p. 693; y ZAMBRANO, Virginia, “Affidamento condiviso...”, cit., p. 295.

El carácter excepcional que ocupa actualmente el ejercicio exclusivo de la patria potestad en el ordenamiento jurídico alemán queda patente además si atendemos al § 1671 del *BGB*, que sólo admite su adopción en dos supuestos⁷⁸⁴: cuando el otro progenitor lo consienta y el menor no se oponga —si cuenta con más de catorce años—, o bien cuando el juez considere que el establecimiento de dicho régimen es más conveniente para el menor que el mantenimiento del régimen compartido. Al respecto, el Tribunal Constitucional alemán — *Bundesverfassungsgericht*— ha considerado que el ejercicio conjunto resulta contrario al interés del menor cuando no existe una buena relación entre las partes⁷⁸⁵.

Obviamente, sin perjuicio de que se mantenga el ejercicio conjunto de la patria potestad, el hecho de que los progenitores no convivan exige que el progenitor con el que se encuentre el menor en cada momento ejerza en exclusiva algunas de las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, en concreto las relativas a la adopción de decisiones cotidianas de escasa relevancia —§ 1687.1 *BGB*⁷⁸⁶—.

⁷⁸⁴ «(...) Dem Antrag ist stattzugeben, soweit: 1. der andere Elternteil zustimmt, es sei denn, das Kind hat das 14. Lebensjahr vollendet und widerspricht der Übertragung, oder, 2. zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht». La traducción al inglés es la siguiente: «The application is to be granted to the extent that 1. the other parent consents, unless the child has reached the age of fourteen and objects to the transfer, or 2. it is to be expected that the termination of the joint parental custody and the transfer to the applicant is most conducive to the best interests of the child»— tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—.

⁷⁸⁵ Vid. *BverfG de 18 de diciembre de 2003*.

⁷⁸⁶ «Leben Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, nicht nur vorübergehend getrennt, so ist bei Entscheidungen in Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, ihr gegenseitiges Einvernehmen erforderlich. Der Elternteil, bei dem sich das Kind mit Einwilligung des anderen Elternteils oder auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung gewöhnlich aufhält, hat die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens. Entscheidungen in Angelegenheiten des täglichen Lebens sind in der Regel solche, die häufig vorkommen und die keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben(...)». La traducción al inglés es la siguiente: «If parents who have joint parental custody live apart not merely temporarily, then in the case of decisions in matters the arrangement of which is of substantial significance for the child their mutual agreement is necessary. The parent with whom the child, with the consent of the other parent or on the basis of a court decision, customarily resides has the authority to decide alone in matters of everyday life. Decisions in matters of everyday life are as a rule such as frequently occur and that have no effects that are difficult to alter on the development of the child» —tomada de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5708, fecha última consulta: 06/04/2018—.

Finalmente, cabe referirse a la determinación del progenitor que va a convivir con el menor y asumir el cuidado diario de éste, es decir, lo que nosotros conocemos como guarda y custodia. Obviamente, cuando el ejercicio de la patria potestad se atribuye en exclusiva a uno de los progenitores, comprenderá también la convivencia y cuidado diario del menor, por lo que estos casos no plantean mayores problemas. Respecto a los supuestos en los que se mantiene el ejercicio conjunto de la patria potestad, si los progenitores no llegan a un acuerdo acerca de con quién va a residir el menor, cualquiera de ellos podrá acudir al juez para que éste decida⁷⁸⁷. Por tanto, el tratamiento que se da a esta cuestión es el mismo que se daría a cualquier otro desacuerdo que surja entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad. El hecho de que el Derecho alemán no recoja expresamente la posibilidad de que el juez establezca una convivencia alternada con ambos progenitores –lo que conocemos como guarda y custodia compartida–, ha llevado a muchos autores a interpretar que es un régimen que sólo cabe en los supuestos de mutuo acuerdo⁷⁸⁸.

e) República Checa

El *Zákon o Rodině* – Código de familia – de la República Checa recoge en su artículo 26 las reglas para la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos tras la ruptura matrimonial de sus progenitores. Resulta de especial interés lo dispuesto en su párrafo segundo, que admite la posibilidad de que el juez establezca un régimen de custodia compartida en defecto de

⁷⁸⁷ Vid. ZAMBRANO, Virginia, "Affidamento condiviso...", cit., p. 296.

⁷⁸⁸ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Criterios de atribución de la custodia compartida...", cit., p. 7 y *La concreción del interés del menor...*, cit., p. 28; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 6; DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida de los progenitores...", cit., p. 1625; VARELA PORTELA, M^a José, "¿Custodia compartida...", cit., p. 25; y PÉREZ CONESA, Carmen, "Análisis crítico de las reformas del Código Civil...", cit., p. 80.

En este sentido ha interpretado el Derecho alemán nuestro Tribunal Supremo en sus Sentencias de 8 de Octubre de 2009, de 10 de marzo de 2010 y de 11 de marzo de 2010: «(...)Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega)(...)».

acuerdo de los progenitores⁷⁸⁹ —ya hemos visto en su momento que se trata de la regulación más antigua sobre custodia compartida en el ámbito europeo—.

Cabe mencionar que hay quien del tenor literal del mencionado precepto interpreta que el Derecho checo dota a la custodia compartida de carácter preferente⁷⁹⁰. No obstante, parece que lo que en realidad hace es facultar al juez para que pueda adoptar el referido régimen de guarda⁷⁹¹, sin establecer preferencia por el mismo. De acuerdo a ello, el juez tendría libertad para decantarse por uno u otro régimen de guarda y custodia en función de las circunstancias del caso.

2. CONFIGURACIÓN CONCRETA DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

Me voy a referir a la configuración concreta que puede adoptar el régimen de guarda y custodia, tanto en los supuestos de custodia exclusiva, como en los de custodia compartida. Como veremos, estos últimos presentan mayor complejidad, ya que la custodia compartida puede organizarse de varias formas.

2.1. Configuración del régimen de custodia exclusiva

Una vez que se ha optado por establecer el régimen de custodia exclusiva, será necesario determinar varias cuestiones: a qué progenitor se le va

⁷⁸⁹ «Jsou-li oba rodiče způsobilí dítě vychovávat a mají-li o výchovu zájem, může soud svěřit dítě do společné, popřípadě střídavé výchovy obou rodičů, je-li to v zájmu dítěte a budou-li tak lépe zajištěny jeho potřeby». La traducción del mencionado precepto es la siguiente: «Si ambos padres son capaces y están interesados en cuidar al niño, la corte puede ponerlo bajo la custodia común o alterna de ambos padres si es compatible con el interés del niño y conduce a una mayor seguridad de sus necesidades» — traducción tomada de: PÉREZ-VILLAR APARICIO, Rosa C. (coord.), *Estudio de derecho comparado...*, cit., p. 51—.

⁷⁹⁰ Vid. PÉREZ-VILLAR APARICIO, Rosa C. (coord.), *Estudio de derecho comparado...*, cit., p. 51.

⁷⁹¹ Vid. en este sentido: VARELA PORTELA, M^a José, "¿Custodia compartida...", cit., p. 25

a atribuir su ejercicio, cómo se va a garantizar el mantenimiento de las relaciones entre el menor y el otro progenitor, dónde se va a fijar la residencia del menor o el modo en el que cada uno de los padres van a contribuir a sufragar los gastos de sus hijos menores.

Para determinar el progenitor que asumirá el ejercicio exclusivo de la guarda y custodia, el juez deberá valorar las circunstancias concurrentes de acuerdo a una serie de criterios y elementos de valoración –que posteriormente veremos en profundidad⁷⁹²–, a fin de determinar cuál de los padres puede satisfacer mejor el interés superior del menor.

La forma de garantizar la continuidad en las relaciones del menor con el progenitor no custodio será a través del establecimiento de un régimen de visitas entre ambos, cuya modalidad y duración también deberán ser establecidas por el juez en función de las circunstancias del caso concreto⁷⁹³.

En cuanto al lugar de residencia del menor, lo normal será que permanezca en la vivienda familiar junto al progenitor custodio, pues el propio artículo 96.1 del Código Civil prevé la atribución de uso de la vivienda familiar al menor y al progenitor al que se le haya atribuido la guarda y custodia⁷⁹⁴.

Por último, en lo que se refiere a la contribución de los progenitores al sufragio de los gastos de sus hijos menores, lo habitual será el establecimiento de una asignación periódica –que tradicionalmente conocemos como pensión de alimentos– que deberá abonar el progenitor no custodio a aquel al que se le ha atribuido la guarda del menor⁷⁹⁵.

En cualquier caso, todas estas cuestiones –régimen de visitas, atribución del uso de la vivienda familiar y contribución de cada progenitor a costear los gastos de los menores– no sólo se plantean en el régimen de custodia exclusiva, sino que también deberán resolverse en los supuestos de

⁷⁹² Vid. Epígrafe 3 del Capítulo IV.

⁷⁹³ Vid. Epígrafe 1.1.B).b) del Capítulo V.

⁷⁹⁴ Vid. Epígrafe 3.1.B).a).i) del Capítulo V.

⁷⁹⁵ Vid. Epígrafe 2.4.A).a) del Capítulo V.

custodia compartida. Por ello, serán objeto de un análisis conjunto en un capítulo específico destinado a tal efecto⁷⁹⁶.

2.2. Configuración del régimen de custodia compartida

Al abordar la configuración concreta del régimen de guarda y custodia compartida resulta necesario analizar dos aspectos por separado: por un lado, debe determinarse cómo será la organización física del régimen, y, por otro, cómo será el reparto de tiempo entre los progenitores.

Ninguna de las dos cuestiones ha sido prevista ni por nuestro Código Civil ni por los Derechos autonómicos. En cualquier caso, para determinar tanto la modalidad de guarda y custodia compartida que se va a adoptar como la temporalidad de los intercambios, primará una vez más la autonomía de la voluntad de las partes, de modo que la autoridad judicial sólo intervendrá en defecto de acuerdo. A tal efecto, cabe entender que en el convenio regulador que presenten los progenitores debe incluirse la configuración concreta del régimen de guarda y custodia⁷⁹⁷. No en vano, en el caso de que las partes se limiten a acordar el régimen de custodia compartida sin prever el contenido concreto del mismo, parece que lo adecuado será que el juez haga uso de la facultad que le otorga el artículo 777.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y requiera a los progenitores para que completen este punto. En todo caso, como he apuntado en su momento⁷⁹⁸, la mediación familiar también puede jugar un importante papel a la hora de facilitar que las partes lleguen a un acuerdo sobre la configuración concreta del régimen de guarda y custodia.

⁷⁹⁶ *Vid.* Capítulo V.

⁷⁹⁷ Esta exigencia ha sido prevista expresamente por la Ley del País Vasco 7/2015 —arts. 5.2 a).3 y 9.1— y el también pretendía introducirla en nuestro Código Civil el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la autoridad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —art. 1.1 en la redacción que hubiera dado al art. 90.1.3º Cc.—.

⁷⁹⁸ *Vid.* Epígrafe 3.1.C) del Capítulo III.

En los dos siguientes subpartados abordaré por separado las dos cuestiones que se plantean a la hora de determinar la configuración concreta del régimen de guarda y custodia compartida. A tal efecto, comenzaré refiriéndome a las modalidades de organización física que puede presentar – advirtiéndome de que, aunque se trata de una cuestión que guarda estrecha relación con la atribución que se haga del uso de la vivienda familiar⁷⁹⁹, no me voy a detener en los criterios de atribución de dicha vivienda, ya que a ello dedicaré un apartado específico del trabajo⁸⁰⁰. –. Posteriormente, aludiré a la distribución temporal.

A) Organización física

La doctrina ha identificado con carácter general dos alternativas posibles de organización del régimen de guarda y custodia compartida⁸⁰¹: que los hijos permanezcan en la misma vivienda y los progenitores vayan rotando – conocida como “custodia nido” –, o bien que sean los hijos los que roten entre las viviendas de sus padres – conocida como “niño maleta” –.

Sin embargo, siguiendo a algunos autores⁸⁰², considero que cabe hablar de una tercera alternativa de organización: aquella en la que ambos

⁷⁹⁹ Vid. ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 79.

⁸⁰⁰ Vid. Epígrafe 3.1 del Capítulo V.

⁸⁰¹ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Comentarios del nuevo artículo 92...", cit., p. 160; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 705; MORENO VELASCO, Víctor y GAUDET, John "La problemática del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EEUU", *La Ley*, Nº 7179, 2009, tomo 3, pp. 1763-1764; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida...", cit., p. 91; IGLESIAS REINA, Marta, *Custodia compartida...*, cit., pp. 78-81; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia ...", cit., p. 48.

⁸⁰² Vid. PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto, "El interés del menor y la custodia compartida (Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª, de 7 de noviembre de 2003. Publicada en la Revista de Derecho Familiar, núm. 24 de julio de 2004. Págs. 221 y 222)", *Revista de derecho de familia*, Nº 26, 2005, p. 277; SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 240; IGLESIAS REINA, Marta, *Custodia compartida...*, cit., p. 78; MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., "El tratamiento de la custodia compartida...", cit., p. 12; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 586, "Violencia de género...", cit., p. 1 y "Cuestiones controvertidas...", cit., p. 2206.

progenitores permanecen en la misma vivienda junto a sus hijos menores⁸⁰³. Aunque es la opción menos habitual en la práctica —ya que lo normal es que tras la ruptura los cónyuges cesen en su convivencia—, lo cierto es que resulta perfectamente admisible. En cualquier caso, este supuesto no plantea ninguna duda desde el punto de vista de su organización física, por lo que no me detendré más en él.

Volviendo a las dos alternativas de organización más frecuentes, la primera que he mencionado es la que nuestra doctrina ha denominado “custodia nido”⁸⁰⁴, “casa nido”⁸⁰⁵ o “niño nido”⁸⁰⁶; y que supone que los menores permanecen constantemente en la vivienda familiar y son los progenitores los que van rotando⁸⁰⁷.

Aunque a priori puede parecer la solución que menos afecta a la estabilidad de los menores⁸⁰⁸ y la más justa para los progenitores —ya que ambos podrán disfrutar del uso de la vivienda familiar en igualdad de condiciones—, lo cierto es que en la práctica plantea varios inconvenientes.

⁸⁰³ Como he expuesto en su momento, éste es el único supuesto en el que cabe hablar de custodia compartida en sentido estricto, ya que en los casos que vamos a ver a continuación ambos progenitores se alternan en el cuidado de los hijos, pero en puridad no comparten su custodia. No obstante, y por los motivos que he expuesto al referirme a esta cuestión, mantendré la utilización de la expresión custodia compartida para referirme a todos los supuestos.

⁸⁰⁴ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida", *La Ley*, Nº 7206, 2009, tomo 3, p. 2052; PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 20; YSÁS SOLANES, María, "¿Han cambiado los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja?", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* —coords. CUENA CASAS, Matilde, ANGUIA VILLANUEVA, Luis Antonio y ORTEGA DOMÉNECH, Jorge—, Dykinson, Madrid, 2013 p. 1680; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, "La vivienda familiar en caso de custodia compartida...", cit., p. 1144; DE TORRES PEREA, José Manuel, "La custodia compartida", en: *Prácticum familia 2016* —coord. ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, p. 648; y UREÑA CARAZO, Belén, "Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 6, 2015, p. 10.

⁸⁰⁵ Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida...", cit., p. 91; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales...", cit., p. 1439; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 48 y "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 620.

⁸⁰⁶ Vid. IGLESIAS REINA, Marta, *Custodia compartida...*, cit., p. 78.

⁸⁰⁷ Vid. PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto, "El interés del menor y la custodia compartida...", cit., p. 277.

⁸⁰⁸ Vid. MORENO VELASCO, Víctor y GAUDET, John "La problemática del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 1764.

En primer lugar, considero que esta modalidad de organización del régimen de guarda y custodia compartida puede ser una fuente de constantes conflictos entre los progenitores⁸⁰⁹, lo que puede terminar perjudicando al interés del menor. Y es que, el hecho de compartir una vivienda —aunque sea de forma alterna— siempre provoca problemas, ya que implica compartir diversos enseres y objetos —dormitorios, armarios, ropas etc.—⁸¹⁰ y tener que distribuirse las tareas de limpieza⁸¹¹. También pueden generarse disputas por el pago de los diversos gastos que vaya generando la vivienda o por la compra de los productos necesarios para la casa —de limpieza, alimenticios, etc.—. Además, la situación se agravará en el caso de que uno de los dos progenitores rehaga su vida con una nueva pareja⁸¹².

Por otro lado, para que esta posibilidad pueda resultar viable, es necesario que los progenitores cuenten con un cierto poder adquisitivo. Normalmente tendrán que disponer de tres viviendas⁸¹³ —además de aquella

⁸⁰⁹ Así ha sido entendido también por nuestra jurisprudencia menor —*vid.* SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2006 y 21 de febrero de 2008 y STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2008— y por nuestra doctrina —*vid.* ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 64; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 295; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "El derecho de uso de la vivienda familiar..." cit. p. 2052; HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...", cit., p. 13; y UREÑA CARAZO, Belén, "Vivienda familiar y custodia compartida...", cit., p. 10—.

⁸¹⁰ *Vid.* GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "El derecho de uso de la vivienda familiar..." cit. p. 2052; y DOMINGO MONFORTE, José, "Custodia y nido compartido: todo cambia", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 891, 2014, p. 5.

⁸¹¹ *Vid.* CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 146.

⁸¹² *Vid.* ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 64; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 295; MORENO VELASCO, Víctor y GAUDET, John "La problemática del uso de la vivienda familiar..." cit., p. 1763; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación...", cit., p. 145; DOMINGO MONFORTE, José, "Custodia y nido compartido...", cit., p. 5; ESPARZA OLCINA, Carlos, "La guarda compartida...", cit., p. 194; y UREÑA CARAZO, Belén, "Vivienda familiar y custodia compartida...", cit., p. 10.

⁸¹³ *Vid.* LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 519; GIRALT PAGÉ, Nuria, "Las modalidades de guarda y custodia...", cit., p. 808; DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar..." cit., p. 2317; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación...", cit., p. 145; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., pp. 145-146; DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "La Ley 5/2011, de 1 de abril..." cit., p. 7, "La atribución..." cit., p. 6 y "El derecho de uso de la vivienda familiar..." cit., p. 3391; ESPARZA OLCINA, Carlos, "La guarda compartida..." cit., p. 194; UREÑA CARAZO, Belén, "Vivienda familiar y custodia compartida..." cit., p. 10; y COSTAS RODAL, Lucía, "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº. 11, 2016, p. 169.

en la que residirá constantemente el menor, cada progenitor deberá contar con su propia vivienda, en la que vivirá durante los periodos en los que no se encuentre junto al menor—. Aunque también es posible establecer esta opción cuando únicamente cuenten con dos viviendas —la familiar, y otra que ocupe cada progenitor durante los periodos en los que no les toque la guarda de sus hijos—⁸¹⁴, ello conllevaría compartir no una, sino dos viviendas, lo que multiplicaría los problemas a los que me he referido en el párrafo inmediatamente anterior⁸¹⁵.

No obstante todo lo anterior, los mencionados inconvenientes no han impedido que en algunos casos nuestros tribunales se hayan decantado por esta alternativa⁸¹⁶. Y es que, habrá supuestos en los que las circunstancias concurrentes exijan adoptar esta fórmula —por ejemplo, cuando el menor padezca algún tipo de patología que requiera su reposo en un mismo domicilio⁸¹⁷—.

La otra opción de organización del régimen de custodia compartida es aquella en la que los hijos rotan entre las viviendas de sus padres, una modalidad conocida vulgarmente como “niño maleta”⁸¹⁸. A mi modo de ver,

⁸¹⁴ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "El derecho de uso de la vivienda familiar...", cit., p. 2053; y DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar...", cit., p. 2317.

⁸¹⁵ No obstante, sí encontramos algún pronunciamiento judicial en el que se ha optado por esta modalidad de guarda y custodia pese a que la familia únicamente contaba con dos viviendas —*vid.* Sentencia de 3 de octubre de 2008 del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Gijón—.

⁸¹⁶ Vid. SAP de Castellón de 4 de octubre de 2005, SAP de Castellón de 23 de octubre de 2006, SAP de Huelva de 20 de marzo de 2007, SAP de Castellón de 28 de mayo de 2008, SAP de Madrid de 27 de julio de 2007, SAP de Madrid de 28 de octubre de 2009, SAP de Madrid de 3 de marzo de 2010, SAP de Zaragoza de 29 de noviembre de 2011, SAP de Zaragoza de 6 de septiembre de 2012, SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2013, SAP de Madrid de 28 de junio de 2013, SAP de Alicante de 24 de octubre de 2013, SAP de Teruel de 5 de marzo de 2014, SAP de Zaragoza de 8 de julio de 2014, SAP de Córdoba de 30 de julio de 2014, SAP de Guipúzcoa de 26 de septiembre de 2014, SAP de Cantabria de 28 de mayo de 2015 y SAP de Zaragoza de 30 de junio de 2015.

⁸¹⁷ Vid. MECO TÉBAR, Fabiola, "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 19 de julio (EDJ 2013, 149996)", *Revista Boliviana de derecho*, Nº 19, 2015, p. 593.

⁸¹⁸ Vid. PÉREZ CONESA, Carmen, "¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida...", cit., p. 26; IGLESIAS REINA, Marta, *Custodia compartida...*, cit., p. 81; y ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, "Guarda y custodia compartida y atribución de la vivienda familiar", *Práctica de Tribunales*, Nº 119, 2016, p. 11.

ésta es la alternativa más recomendable en la mayor parte de supuestos — así lo ha entendido también buena parte de nuestra jurisprudencia menor⁸¹⁹ —.

No obstante, lo cierto es que esta modalidad de organización también presenta un importante inconveniente, y es que puede afectar a la estabilidad de los menores⁸²⁰, que se verán obligados a realizar continuas mudanzas — es precisamente lo que ha hecho que esta modalidad de organización haya sido denominada como “niño maleta” —. Sin embargo, este inconveniente puede minimizarse si los domicilios de los progenitores están próximos el uno del otro⁸²¹ y si los periodos de permanencia con cada progenitor resultan suficientemente amplios — para evitar los continuos traslados del menor —.

En conclusión, si ponderamos los inconvenientes que plantea uno y otro sistema de organización, a mi juicio resulta más recomendable que los progenitores permanezcan en sus respectivas viviendas y sean los hijos los que vayan rotando — eso sí, tratando de adoptar todas las cautelas necesarias para que esta medida afecte lo menos posible a la estabilidad de los menores —. Ello no impide, no obstante, que haya determinados supuestos en los que resulte aconsejable que el menor permanezca en la misma vivienda y sean los progenitores los que roten.

B) Reparto de tiempo entre los progenitores

⁸¹⁹ Vid. SAP de Alicante de 7 de julio de 1997, SAP de Madrid de 20 de abril de 1999, SAP de Girona de 25 de febrero de 2001, SAP de Las Palmas de 10 de noviembre de 2004, SAP de Jaén de 9 de mayo de 2005, SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006, SAP de Girona de 3 de noviembre de 2006, SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2007, SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2008, SAP de Barcelona de 8 de octubre de 2008, SAP de Toledo de 16 de mayo de 2008, SAP de Alicante de 24 de abril de 2009, SAP de Barcelona de 14 de diciembre de 2011 y SAP de Barcelona de 9 de abril de 2014.

⁸²⁰ Vid. COLL TELLECHEA, María José, "La custodia compartida", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 7, 2001, p. 34.

⁸²¹ Como veremos posteriormente —vid. Epígrafe 3.2.G) del Capítulo IV—, la proximidad entre los domicilios de los progenitores es uno de los criterios que deberá valorar el juez para decidir qué régimen de guarda y custodia resulta más conveniente en cada caso. Obviamente, el hecho de que los domicilios de los progenitores se encuentren muy alejados el uno del otro es un factor que desaconseja el establecimiento del régimen de custodia compartida —aunque puede haber algunos supuestos en los que no resulte un impedimento—.

En el supuesto de que las partes no se pongan de acuerdo y tenga que ser el juez quien decida acerca del reparto temporal de la convivencia, lo hará con base en las diferentes circunstancias que concurran en el caso concreto⁸²². Para valorarlas se apoyará en los criterios y elementos a los que me voy a referir en el siguiente apartado del trabajo, que servirán tanto para determinar qué régimen de guarda y custodia es el que mejor se adapta a cada supuesto como para decidir la configuración concreta del mismo.

Sólo encontramos tímidas referencias al aspecto del reparto temporal en la legislación aragonesa y en la anulada ley valenciana, que resultan contradictorias entre sí. Mientras la primera señala que la custodia compartida no conlleva un reparto aritmético del tiempo de permanencia con uno y otro progenitor –*vid.* Exposición de Motivos de la Ley aragonesa 2/2010, refundida en el Código del Derecho Foral de Aragón⁸²³–; la segunda parecía establecer justamente lo contrario, al señalar en su artículo 3 a) que la custodia compartida se caracteriza «(...) por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores(...)» –.

En nuestra jurisprudencia⁸²⁴ y doctrina⁸²⁵ existe casi unanimidad en considerar que, con carácter general, la custodia compartida no implica

⁸²² *Vid.* GONZÁLVIZ VICENTE, Pilar, "Condicionantes...", cit., p. 32; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 295; TENA PIAZUELO, Isaac, "La ruptura de pareja con hijos...", cit., p. 64; y PÉREZ RUFÍAN, Laura, "La jornada laboral del padre no puede ser un obstáculo para la custodia compartida", *Revista de derecho de familia*, Nº 64, 2014, p. 308.

⁸²³ La Exposición de Motivos de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, señala que «*La custodia compartida, tal y como se configura en la ley, no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuando para el cumplimiento de la finalidad de custodia compartida(...)*».

⁸²⁴ *Vid.* STS de 11 de marzo de 2010: «(...) Custodia compartida no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores(...)». *Vid.* también: STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008, SAP de Pontevedra de 8 de mayo de 2003 y SAP de Girona de 10 de junio de 2011.

⁸²⁵ *Vid.* ORTIZ IBÁÑEZ, Marina, "La Custodia Compartida de los hijos y de las hijas en casos de nulidad, separación y divorcio", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 7, 2001, p. 36; DE LOS RÍOS GONZÁLVIZ, Mercedes, "Cambio de guarda y custodia. El Síndrome de Alienación Parental. Aspectos prácticos", *Revista de derecho de familia*, Nº 27, 2005, p. 308; CASEIRAS ARROYO, Begoña, "Reforma de la Ley del Divorcio: Custodia Compartida", *Padres y Maestros*, Nº 304, noviembre-diciembre, 2006, p. 34; SARAVIA GONZÁLVIZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 204; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1449, "Consecuencias personales ...", cit., p. 95 y "Una visión crítica...",

necesariamente un reparto igualitario del tiempo⁸²⁶. En este sentido se pronunciaba también el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, cuya Exposición de Motivos señalaba expresamente que la custodia compartida no implica necesariamente que los periodos de alternancia resulten iguales⁸²⁷.

Por tanto, con la única excepción de la anulada Ley valenciana 5/2011 —en la que, como he dicho, sí parecía exigirse un reparto igualitario del tiempo—, no resulta necesario para poder hablar de custodia compartida que el menor esté en compañía de cada progenitor exactamente el cincuenta por ciento del tiempo.

Ahora bien, el hecho de que el régimen de custodia compartida no exija un reparto igualitario del tiempo puede plantear problemas para diferenciarlo de un régimen de custodia exclusiva que lleve aparejado un amplio régimen de

cit., p. 586; DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 18; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar...", cit., p. 1943; LAUROBA LACASA, María Elena, "Sentencia de 8 de octubre de 2009...", cit., p. 1496; VIÑAS MAESTRE, Dolores, "La concesión de más custodias compartidas responde a una realidad social", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, noviembre 2010, p. 14; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 162; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, "Sentencia de 11 de marzo...", cit., p.1843; DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida...", cit., p. 40; GUZMÁN PÉREZ, Cristina, "La patria potestad y custodia de los hijos...", cit., p. 778; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia compartida aragonesa...", cit., p. 226 y "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 40; MONTERROSO CASADO, Esther y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María "Análisis de la regulación legal de la custodia compartida...", cit., p. 54; PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 39; CORDERO CUTILLAS, Iciar, "Algunas consideraciones de la Ley 5/2011...", cit., p. 346; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida en España y en Cataluña...", cit., p. 86 y "Valoración de la normativa catalana...", cit., p. 9; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 39 y "Violencia de género...", cit., p. 4; DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "La Ley ...", cit., p. 22; PÉREZ RUFÍAN, Laura, "La jornada laboral del padre...", cit., p. 308; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 149; UREÑA CARAZO, Belén, "La conflictividad entre los progenitores...", cit., p. 11; y MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, "El reparto de los tiempos de estancia de los hijos menores con los progenitores en los casos de custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 11, 2016, p. 2.

⁸²⁶ No obstante, también encontramos algún autor que considera que la custodia compartida exige en todo caso un reparto igualitario del tiempo —*vid.* ROMERO NAVARRO, Fermín, "Coparentalidad...", cit., p. 20—.

⁸²⁷ *Vid.* Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia: «(...) *sin que la guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia(...)*».

comunicación, relación y estancia para el progenitor no custodio. Por ello, parece razonable entender que para que exista un régimen de custodia compartida propiamente dicho, los menores permanezcan un mínimo de tiempo con cada uno de sus progenitores⁸²⁸ — pues este es el dato clave que nos permitirá distinguirla de la custodia exclusiva con un amplio régimen de comunicación y estancias⁸²⁹—. Al respecto, la doctrina ha considerado que cabe hablar de custodia compartida cuando los menores estén en compañía de cada progenitor al menos entre el cuarenta y el cuarenta y cinco por ciento del tiempo⁸³⁰. En cualquier caso, si atendemos a la casuística, lo cierto es que sí se suele establecer un reparto igualitario del tiempo de convivencia con uno y otro progenitor.

En cuanto a la duración concreta de los periodos que el menor permanecerá con uno y otro progenitor, existen múltiples opciones, encontrando supuestos en los que se ha distribuido por horas⁸³¹, por días⁸³², por semanas⁸³³, por quincenas⁸³⁴ — en realidad, se tratará de periodos de catorce

⁸²⁸ En este punto discrepo de quienes afirman que es posible hablar de custodia compartida incluso en aquellos supuestos en los que el menor resida de forma permanente con uno de los progenitores —*vid.* LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 511—.

⁸²⁹ Aunque también pueden tenerse en cuenta otros criterios, como la existencia o no de pernoctas con ambos progenitores —*vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., pp. 147-148—.

⁸³⁰ *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 148; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 913; LÓPEZ AZCONA, Aurora, "El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida", *Revista Boliviana de derecho*, Nº 19, 2015, p. 216 y "Ruptura convivencial y custodia...", cit., p. 134; DE TORRES PEREA, José Manuel, "La custodia...", cit., p. 648; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 52 y "Título II: De las relaciones...", cit., p. 197; y MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, "El reparto de los tiempos de estancia...", cit., p. 5.

⁸³¹ *Vid.* SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003.

⁸³² *Vid.* SAP de Jaén de 9 de mayo de 2005, SAP de Girona de 3 de noviembre de 2006, SAP de Baleares de 29 de diciembre de 2006, SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, SAP de Zaragoza de 3 de mayo de 2011, SAP de Barcelona de 9 de abril de 2014, SAP de Barcelona de 12 de enero de 2016, SAP de Cádiz de 3 de mayo de 2017, SAP de Barcelona de 16 de marzo de 2017, SAP de Murcia de 11 enero de 2018, SAP de Barcelona de 16 de enero de 2018 y Auto de 22 de junio de 2010 del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Gijón.

⁸³³ *Vid.* STS de 17 de noviembre de 2015, STS de 17 de febrero de 2017, STS de 17 de enero de 2018, STS de 29 de enero de 2018 y STS de 4 abril de 2018. *Vid.* también: SAP de Alicante de 8 de mayo de 2006,

días, ya que aplicar literalmente el reparto por quincenas supondría que los cambios se producirían cada vez un día diferente de la semana⁸³⁵ —, por meses⁸³⁶, por bimestres⁸³⁷, por trimestres⁸³⁸, por cuatrimestres⁸³⁹, por periodos de cinco meses⁸⁴⁰, por semestres⁸⁴¹, por años, por cursos escolares⁸⁴², etc. Hay

SAP de Las Palmas de 14 de junio de 2006, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de septiembre de 2006, SAP de Baleares de 28 de noviembre de 2006, SAP de Alicante de 1 de febrero de 2007, SAP de Barcelona de 1 de octubre de 2007, SAP de Barcelona de 3 de marzo de 2010, SAP de Valencia de 21 de febrero de 2011, SAP de Barcelona de 14 de diciembre de 2011, SAP de Alicante de 16 de enero de 2012, SAP de Zaragoza de 7 de febrero de 2012, SAP de Barcelona de 10 de abril de 2012, SAP de Ourense de 1 de junio de 2012, SAP de Alicante de 12 de julio de 2013, SAP de Valencia de 17 de julio de 2014, SAP de Castellón de 2 de septiembre de 2014, SAP de Alicante de 25 de octubre de 2013, SAP de Alicante de 30 de octubre de 2013, SAP de Navarra de 20 de enero de 2017, SAP de Zaragoza de 14 de marzo de 2017, SAP de Valladolid de 12 enero de 2018, SAP de Madrid de 16 enero de 2018, SAP de Valladolid de 22 enero de 2018, SAP de Córdoba de 23 de enero de 2018, SAP de Valladolid de 24 enero de 2018, SAP de Asturias de 25 enero de 2018, SAP de Madrid de 5 febrero de 2018, SAP de Barcelona de 6 febrero de 2018, Sentencia de 15 de noviembre de 2005 del Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Alicante, Sentencia de 19 de julio de 2007 del Juzgado de 1ª Instancia nº 28 de Madrid, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Colmenar Viejo de 22 enero de 2018 y Sentencia de 12 de febrero de 2018 del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Salamanca.

⁸³⁴ *Vid.* STS de 19 de julio de 2013. *Vid.* también: SAP de Barcelona de 27 de julio de 2006, SAP de Baleares de 27 de febrero de 2007, SAP de Valencia de 31 de mayo de 2007, SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2007, SAP de Madrid de 17 de octubre de 2007, SAP de Valencia de 9 de abril de 2008, SAP de Toledo de 16 de mayo de 2008, SAP de Barcelona de 27 de enero de 2010, SAP de Valencia de 21 de febrero de 2011, SAP de Baleares de 20 de septiembre de 2011, SAP de Zaragoza de 28 de febrero de 2012, SAP de Valencia de 21 de octubre de 2013, SAP de Valencia de 14 de noviembre de 2013, SAP de Valencia de 5 de mayo de 2014, SAP de Alicante de 5 de mayo de 2015, SAP de Palencia de 28 de julio de 2017 y SAP de Cádiz de 11 enero de 2018.

⁸³⁵ *Vid.* FERRER ANDRÉS, Manuel, “Algunas ideas procesales y sustantivas...”, cit., p. 361.

⁸³⁶ *Vid.* SAP de Valencia de 1 de marzo de 2006, SAP de Asturias de 29 de noviembre de 2006, SAP de Valencia de 15 de enero de 2007, SAP de Valencia de 19 de junio de 2007, SAP de Sevilla de 14 de octubre de 2010, SAP de Tarragona de 26 de noviembre de 2010, SAP de Zaragoza de 6 de septiembre de 2011, SAP de Zaragoza de 14 de febrero de 2012, SAP de Alicante de 5 de diciembre de 2012, SAP de Valencia de 14 de octubre de 2013, SAP de Valencia de 19 de mayo de 2014 y SAP de Valencia de 18 de junio de 2014.

⁸³⁷ *Vid.* SAP de Zaragoza de 17 de enero de 2012, SAP de Zaragoza de 22 de mayo de 2012, SAP de Burgos de 15 de mayo de 2012 y SAP de Cádiz de 10 enero de 2018.

⁸³⁸ *Vid.* STS de 11 de marzo de 2010. *Vid.* también: SAP de Asturias de 13 de junio de 2006, SAP de Madrid de 22 de septiembre de 2006, SAP de Madrid de 12 de diciembre de 2007, SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008, SAP de Madrid de 28 de octubre de 2009, SAP de Zaragoza de 21 de junio de 2011, SAP de Zaragoza de 6 de septiembre de 2012 y Sentencia de 8 de abril de 2011 del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Sevilla.

⁸³⁹ *Vid.* STS de 12 mayo de 2017. *Vid.* también: Sentencia de 22 de junio de 2007 del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de San Javier.

⁸⁴⁰ *Vid.* SAP de Barcelona de 1 de julio de 2009.

quién incluso ha planteado la posibilidad de que no se fijen ni en convenio regulador ni en sentencia los periodos de alternancia de los menores, dejando que las partes decidan en cada momento la distribución temporal que estimen oportuna⁸⁴³. No obstante, a mi modo de ver, ello puede acarrear cierta inseguridad jurídica y terminar convirtiéndose además en un importante foco de conflictos.

Respecto a la distribución temporal que resulta más adecuada, a mi modo de ver son preferibles con carácter general los periodos de alternancia largos –a partir de 15 días–, pues así se minimiza el riesgo de que los continuos traslados terminen afectando a la estabilidad del menor. Así lo ha entendido también buena parte de nuestra jurisprudencia⁸⁴⁴ y doctrina⁸⁴⁵. Obviamente, en el caso de que se establezcan periodos de alternancia largos puede resultar aconsejable fijar un régimen de visitas en favor del progenitor que no esté con los menores en cada momento –como posteriormente veremos con mayor detalle⁸⁴⁶–.

⁸⁴¹ Vid. SAP de Córdoba de 1 de marzo de 2004, SAP de Las Palmas de 15 de abril de 2004, SAP de Baleares de 17 de septiembre de 2004, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2005, SAP de Valencia de 1 de marzo de 2007, SAP de Cantabria de 3 de abril de 2007, SAP de Zaragoza de 21 de junio de 2011, SAP de Zaragoza de 29 de noviembre de 2011, SAP de Zaragoza de 9 de mayo de 2012 y Sentencia de 3 de octubre de 2008 del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Gijón.

⁸⁴² Vid. SAP de Córdoba de 10 de marzo de 2005, SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006, SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2006, SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2006, SAP de Madrid de 25 de mayo de 2007 y SAP de Zaragoza de 24 de enero de 2012.

⁸⁴³ Vid. PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit., p. 688; y CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 151.

⁸⁴⁴ Vid. SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2006, SAP de Madrid de 21 de noviembre de 2011, SAP de Zaragoza de 25 de abril de 2012 y STSJ de Aragón de 15 de noviembre de 2013.

⁸⁴⁵ Vid. PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit., p. 688; CASEIRAS ARROYO, Begoña, "Reforma de la Ley del Divorcio...", cit., p. 34; Castillo Martínez, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores...", cit., p. 1753; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida...", cit., p. 94; VIÑAS MAESTRE, Dolors, "Medidas relativas a los hijos menores...", cit., p. 39; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "Hijos menores, custodia compartida e individual...", cit., p. 323; MECO TÉBAR, Fabiola, "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores...", cit., p. 594; y LÓPEZ AZCONA, Aurora, "El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores...", cit., p. 217 y "Ruptura convivencial y custodia...", cit., p. 135.

⁸⁴⁶ Vid. Epígrafe 1.1.B).b) del Capítulo V.

Ahora bien, cuando se trata de menores de muy corta edad, resultan más recomendables los periodos de alternancia más breves y frecuentes⁸⁴⁷ — por semanas o incluso por días —, que podrán irse alargando a medida que los menores vayan creciendo⁸⁴⁸.

3. CRITERIOS Y ELEMENTOS DE DETERMINACIÓN Y CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR

Una vez estudiado el régimen jurídico supletorio previsto tanto por el Código Civil como por las leyes autonómicas, así como las diferentes configuraciones que puede adoptar el régimen de guarda y custodia, es el momento de abordar los criterios y elementos de valoración que permitirán al juez decidir qué modalidad de guarda y custodia resulta más adecuada para cada caso.

Nuestra legislación configura el interés superior del menor —*favor filii* o *favor minoris*— como el criterio fundamental al que debe atender el juez a la hora

⁸⁴⁷ En este sentido se pronuncian los estudios de psicología infantil llevados a cabo por *Children's Rights Council* —accesibles en: goo.gl/rVQKk5 (fecha última consulta: 06/04/2018)—. Así se desprende igualmente del Informe Reencuentro de 25 de septiembre de 2002 —accesible en: goo.gl/wxaCDt (fecha última consulta: 06/04/2018)—, elaborado por la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE), con el apoyo de la Asociación Gallega de Padres y Madres Separados, la Federación de Euskadi de Padres y Madres Separados (KIDETZA), la Unión de Separados y Separadas de Madrid y la Asociación Azulfuerte —*vid.* página 12—. *Vid.* también: TENA PIAZUELO, Isaac, "La guarda compartida...", *cit.*, p. 40 y "Custodia compartida...", *cit.*, p. 238; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Criterios de atribución de la custodia compartida...", *cit.*, p. 17; y CLEMENTE DÍAZ, Miguel, *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia...*, *cit.*, p. 118.

⁸⁴⁸ A modo de ejemplo, ésta es la solución que adopta la SAP de Castellón de 23 de octubre de 2006, en la que se dirime sobre la guarda y custodia de un menor de dos años. La Audiencia Provincial establece una custodia compartida con alternancia semanal hasta que el menor cumpla seis años, momento a partir del cual la alternancia pasará a ser por periodos de cinco meses. Aunque la solución a la que llega el tribunal me parece adecuada, creo que hubiera resultado conveniente que el cambio se produjera de una forma más progresiva.

de adoptar cualquier decisión en materia de Derecho de familia⁸⁴⁹. Son numerosas las referencias al principio del interés superior del menor tanto en el ámbito internacional⁸⁵⁰ y europeo⁸⁵¹ como en nuestra legislación interna: en la Constitución⁸⁵² y en el Derecho estatal⁸⁵³ y autonómico⁸⁵⁴—; concediéndole en

⁸⁴⁹ Aunque aquí nos vamos a referir al papel que juega el interés del menor en los supuestos de ruptura matrimonial, ello no quiere decir que sea exclusivo de este tipo de procedimientos, sino que estará presente en todos aquellos casos en los que pueda verse afectado un menor de edad.

⁸⁵⁰ El principio del interés superior del menor está recogido en numerosas disposiciones internacionales: Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 —principios segundo y séptimo—, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 —arts. 23.4 y 24.1—, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre 1966 —art. 10—, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979 —arts. 5 b) y 16 d) y f)—, Exposición de Motivos del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Exposición de Motivos de la Resolución de 29 de mayo de 1987 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 20 de noviembre de 1989 —arts. 3.1, 5, 8, 9.1 y 3, 18.1, 20, 21, 37 c) y 40— y Observación General nº 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño —art. 3.1—.

⁸⁵¹ *Vid.* Convenio Europeo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia de 20 de mayo de 1980 —art. 10—, Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño —puntos 8.13 y 8.14—, Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996 —art. 3.2—, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 —art. 24.2—, Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 —arts. 12.1 b), 12.3 b), 15.1, 15.5 y 23—. Incluso en el proyecto de Constitución Europea se preveía incluir el principio de interés superior del menor en su artículo II-84.

⁸⁵² Aunque la Constitución Española no se refiere de un modo expreso a este principio, sí contiene una referencia implícita al mismo en su artículo 39. Dicho precepto reconoce a los menores la protección prevista en los Tratados internacionales, y éstos sí han previsto expresamente el interés superior del menor como el criterio fundamental a tener en cuenta en la adopción de cualquier medida relativa a los menores —*vid.* ZAERA NAVARRETE, Juan I., "La audiencia del menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentarios a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 3, 2015, p. 800—.

⁸⁵³ En cuanto al Código Civil, encontramos en él numerosas referencias al principio de interés superior del menor: art. 20.2 a), art. 90 b), art. 92.4, art. 92.8, art. 94, art. 103.1, art. 137, art. 149, art. 154, art. 156, art. 159, art. 161, art. 163, art. 170.2, art. 172.4, art. 172.8, art. 173.3, art. 173.4.4º, art. 173 bis 2º, art. 174.2, art. 176.1, art. 304 Cc., etc. Así mismo, el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducir referencias al interés superior del menor en los siguientes artículos del Código Civil: 90.2 —art. 1.1 del Anteproyecto—, 92.2 —art. 1.3 del Anteproyecto—, 92 bis.1 —art. 1.4 del Anteproyecto—, 92 bis.2 —art. 1.4 del Anteproyecto—, 92 bis.8 —art. 1.4 del Anteproyecto—, 96.2 —art. 1.8 del Anteproyecto—, 103.1 —art. 1.12 del Anteproyecto—, 103.2 —art. 1.12 del Anteproyecto—. Como no podía ser de otra manera, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, también recoge el principio del interés superior del menor en sus artículos 2, 4 y 11.2 a). También lo menciona la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 749.2, 775.1 y 5 y 777.8. Incluso el Código Penal lo recoge en sus artículos 149.2, 153 y 173.2.

⁸⁵⁴ Por poner algunos ejemplos (centrándonos en las Comunidades Autónomas que han legislado en la materia que estudiamos), el Código del Derecho Foral de Aragón se refiere al interés superior del menor

todos los casos un carácter prevalente. También los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno le han otorgado un papel fundamental dentro de sus respectivos Derechos de familia⁸⁵⁵.

Actualmente, todas las leyes existentes en materia de guarda y custodia establecen expresamente el interés superior del menor como el criterio fundamental a tener en cuenta. Así, el Código Civil lo recoge en sus artículos 90 b), 92.4, 92.8 y 103.1; el Código del Derecho Foral de Aragón en sus artículos 76.2, 77.5, 80.2 y 80.5; el Código Civil de Cataluña en sus artículos 233-3.1, 233-5.3, 233-6.6, 233-8.3, 233-10.2 y 233-11.3; La Ley Foral navarra 3/2011 en sus artículos 1.2, 3.2, 3.3 y 3.4; y la Ley del País Vasco 7/2015 en sus artículos 3 — puntos 2º y 3º —, 5.2 a).3 y 9 — puntos 1º, 2º, 3º y 6º —.

De acuerdo a lo anterior, el interés superior del menor se configura como el fin último y, por tanto, criterio rector para la determinación del

en los artículos 5.4, 5.6, 60.1, 60.2, 60.3, 64, 74.1, 76.2, 77.5, 80.2, 80.5, 89.2, 90.1, 90.2, 76.5; etc. El Código Civil de Cataluña lo recoge en los siguientes artículos: 211-6.1, 212-2.3, 222-14.2, 228-8, 233-3.1, 233-5.3, 233-6.6, 233-8.3, 233-10.2, 233-11.3, 233-15 b), 233-21.3, 235-16.3, 235-24, 235-34.3, 235-36.2, 235-39, 235-44.1 c), 235-44.2 f), 235-44.4, 235-45.2 a), 235-46, 235-47.4, 235-50, 235-51.2, 236-2, 236-5.1, 236-7, 236-10, 236-15.2, 236-15.3, 236-28.1, 240-7.3, etc. —además, también lo recoge el artículo 5 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia—. La Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres se refiere al interés superior del menor en sus artículos 1.2, 3.2, 3.3 y 3.4. La Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, en sus artículos 3.2 y 3, 5.2 a).3, 5.11, 8.1, 9.1, 2, 3 y 6, 11.4 y 5 y 12.1, 3 y 4. Y, finalmente, la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven, lo preveía en su artículo 5.4 —llama la atención que existiera una sola referencia al interés del menor en todo el articulado de la ley, pese a que la propia Exposición de Motivos señalaba que la norma se inspiraba en dicho principio—.

⁸⁵⁵ A modo de ejemplo, el Derecho francés ha previsto el principio del interés superior del menor —bajo la denominación de *l'intérêt de l'enfant* o *l'intérêt du mineur*— en los artículos 57, 89, 250.2, 311, 337, 348.3, 353, 371.1, 371.4, 373.2.1, 373.2.7, 373.2.9, 373.3, 375.1, 375.5, 375.7, 388.1, 396, 397, 399 y 403 del *Code Civil* (aunque dicho principio ya había sido utilizado por la doctrina francesa desde largo tiempo atrás, con la expresión *tout pour l'enfant* —*vid. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit., p. 16—). El Derecho italiano se refiere a él en los artículos 158, 252, 268, 273, 279, 316, 317-bis, 321, 324, 336, 336-bis, 337-ter, 337-quater, 337-sexies y 337-octies del *Codice Civile*, bajo las expresiones *l'interesse del minore* o *l'interesse dei figli*. En el Derecho inglés este principio se ha denominado *welfare of the child* o *child's welfare* —bienestar del menor—, y ha sido previsto por los diversos textos legales que se han ido sucediendo: *Guardianship of Minors Act* de 1971, *Children Act* de 1975, *Matrimonial Causes Act* de 1973, *Domestic Proceeding and Magistrates Courts Act* de 1978 y *Children Act* de 1989. Este último texto, que es el que más nos interesa desde el punto de vista de nuestro estudio, se refiere al interés superior del menor en su Part. 1, Section 1 —y en el resto del articulado va haciendo continuas referencias al mismo—. En cuanto al Derecho alemán, recoge el principio del interés superior del menor —*kindeswohl*— en los §§ 1632, 1666, 1671, 1672, 1678, 1680, 1681, 1684, 1685, 1686, 1688, 1696, 1697, 1741, 1751, 1757 y 1761 del *Bürgerliches Gesetzbuch*.

régimen de guarda y custodia, que prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que esté en juego, incluido el de sus progenitores. Así lo prevé expresamente el artículo 2.4 LOPJM, tras la redacción que le fue dada por el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 8/2015⁸⁵⁶, que, como sabemos, reforzó la protección del principio del interés superior del menor. Obviamente, ello no

⁸⁵⁶ Antes de plasmarse legalmente, ya lo había declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre, en la que señaló que «el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste». *Vid.* también STC 146/2000, de 29 de mayo y STC 185/2012, de 17 de octubre. En términos semejantes se venían pronunciando tanto el Tribunal Supremo —*vid.* STS de 27 de marzo de 2001, STS de 9 de julio de 2003, STS de 12 de julio de 2004, STS de 28 de septiembre de 2009, STS de 11 de marzo de 2010, STS de 21 de febrero de 2011, STS de 7 de julio de 2011, STS de 10 de enero de 2012, STS de 27 de abril de 2012, STS de 29 de abril de 2013— como las Audiencias Provinciales —*vid.* SAP de Huesca de 31 de marzo de 1995, SAP de Zaragoza de 9 de febrero de 1998, SAP de Castellón de 7 octubre de 1998, SAP de Valencia de 22 de abril de 1999, SAP de Valencia de 11 de julio del 2000, SAP de Cádiz de 18 de enero de 2001, SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002, SAP de Madrid de 18 de marzo de 2003, SAP de Córdoba de 3 de febrero de 2004, SAP de Madrid de 9 de julio de 2004, SAP de Las Palmas de 28 de febrero de 2005, SAP de Baleares de 29 de junio de 2005, SAP de Cádiz de 9 de septiembre de 2005, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 de octubre de 2005, SAP de Alicante de 22 de septiembre de 2006, SAP de Barcelona de 24 de julio de 2008 y SAP de Valencia de 23 de marzo de 2009 (entre otras)—. Y también la doctrina: *vid.* JIMÉNEZ LINARES, M^a Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución...", cit., p. 881; TAMBORERO DEL RÍO, Ramón, "La guarda y custodia compartida", en: *Diez años de abogados de familia*, La Ley, 2003, 1^a ed., p. 519; LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel A., SERRANO MOLINA, Alberto y SAINZ TORRES, Marta, "Ni vencedores ni vencidos en la guerra por los hijos, padre y madre compartiendo la custodia", *Crítica*, N^o 928, septiembre-octubre, 2005, p. 28; DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 721; LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, "Leyes de familia y Constitución...", cit., p. 61; IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil...*, cit., p. 49; SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 226; ESPINOSA CALABUIG, Rosario, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 24; CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores...", cit., p. 1739; TENA PIAZUELO, Isaac, "La ruptura de pareja con hijos...", cit., p. 62; TAMAYO HAYA, Silvia, "El interés del menor...", cit., pp. 46-47; MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, "El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia...", cit., pp. 101-102; PÉREZ GALVÁN, María, "Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida", *La Ley*, N^o 7206, 2009, tomo 3, p. 2056; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 256; CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, "Ley Valenciana...", cit., p. 3; LACRUZ BERDEJO, José Luis (et. al.) —revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús—, *Elementos de Derecho Civil I...*, cit., p. 98; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1220; CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "La atribución de la guarda y custodia...", cit., p. 292; LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Ruptura convivencial y custodia...", cit., p. 130; MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 5 y "La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, N^o 3 ter, 2015, p. 200; MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, "Limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores. Comentario a la STS, Sala 1^o, de lo Civil, 181/2014, de 3 de abril", *La Ley Derecho de Familia*, N^o 6, 2015, p. 118; y LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Vol. 13, N^o 1, 2015, p. 56.

quiere decir que el interés de los progenitores resulte desdeñable⁸⁵⁷, pero sí que en caso de confrontación primará el interés superior del menor. Además, servirá como apoyo para interpretar el resto de criterios previstos en las distintas leyes.

A mayor abundamiento, el *favor filii* no sólo debe ser el punto de referencia en las medidas judiciales, sino también en las de mutuo acuerdo⁸⁵⁸. Y es que, como ya hemos visto en su momento⁸⁵⁹, incluso cuando los padres hayan llegado a un acuerdo sobre el régimen de guarda y custodia, éste puede ser rechazado por el juez si considera que contraviene el interés superior del menor.

Centrándome en su contenido, y siguiendo a ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, considero que el interés superior del menor presenta una dimensión positiva y otra negativa⁸⁶⁰:

La dimensión positiva se identifica con su mayor bienestar⁸⁶¹ tanto material como emocional⁸⁶². El bienestar emocional o psíquico del menor está relacionado con sus necesidades psicológicas, familiares, educativas, sociales,

⁸⁵⁷ Vid. STC 146/2000, de 29 de mayo, STC 124/2002, de 20 de mayo, STC 144/2003, de 14 de julio, STC 71/2004, de 19 de abril, y STC 176/2008, de 22 de diciembre.

⁸⁵⁸ Vid. DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 16; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad", *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 30, 2013, p. 4; MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, "Limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 118.

⁸⁵⁹ Vid. Epígrafe 3.1.A) del Capítulo III.

⁸⁶⁰ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La reforma de la Ley del divorcio...", cit., p. 3.

⁸⁶¹ Con base en ello, hay quién ha considerado que sería más adecuado hablar de "bienestar del menor", en vez de "interés del menor" —vid. ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida como medida...", cit., p. 8—. No obstante, si tenemos en cuenta que tanto la normativa como nuestra jurisprudencia y doctrina se han referido tradicionalmente al "interés del menor", considero conveniente seguir empleando esta última expresión.

⁸⁶² Vid. SAP de Toledo de 18 de enero de 2007. Vid. también: JIMÉNEZ LINARES, M^a Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución...", cit., p. 877; GOIRIENA LEKUE, Agurtzane, "La custodia compartida...", cit., p. 54; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 118; y MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 5.

etc.⁸⁶³; mientras que el bienestar material suele vincularse a la posición económica de los progenitores⁸⁶⁴. Evidentemente, el bienestar emocional prevalecerá sobre el material, siempre que estén cubiertas las necesidades básicas de forma digna —posición que comparte tanto nuestra jurisprudencia menor⁸⁶⁵ como nuestra doctrina⁸⁶⁶—, lo que no impide sin embargo que el bienestar material también deba ser tenido en cuenta⁸⁶⁷. En cualquier caso, ambos aspectos están muy relacionados⁸⁶⁸, ya que no cabe duda de que el hecho de que el menor tenga cubiertas sus necesidades materiales favorecerá su bienestar emocional.

En cuanto a la dimensión negativa del interés superior del menor, consiste en tratar de evitarle cualquier daño, o lo que es lo mismo, adoptar las medidas que resulten necesarias para que su interés no resulte perjudicado.

Pero los principales problemas se plantean a la hora de determinar cuál es el interés superior del menor en cada caso concreto. Y es que, pese a las reiteradas referencias que nuestra legislación hace al interés superior del menor, no encontramos una definición del mismo⁸⁶⁹. Ello se debe probablemente a las

⁸⁶³ Vid. LORA, LAURA NOEMÍ, "Discurso jurídico sobre el interés superior del niño", *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*, Ediciones Suarez, 2006, p. 488; y CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, "Ley Valenciana...", cit., p. 3.

⁸⁶⁴ Así lo ha entendido tradicionalmente nuestra doctrina —vid. IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 95; y LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 118— y, tras la reforma introducida con ocasión de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia —art. 1.2—, el artículo 2.2 a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, prevé expresamente la satisfacción de las necesidades materiales y emocionales como uno de los criterios de interpretación del interés superior del menor.

⁸⁶⁵ Vid. SAP de Valencia de 17 de diciembre de 2004 y de 28 de octubre de 2013.

⁸⁶⁶ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 118.

⁸⁶⁷ Incluso pueden darse supuestos excepcionales en los que transitoriamente convenga anteponer el bienestar material al emocional. Esto puede ocurrir por ejemplo cuando el menor padezca algún tipo de enfermedad que exija mayores atenciones materiales que morales —vid. ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia...*, p. 49—.

⁸⁶⁸ Vid. IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 95.

⁸⁶⁹ Vid. ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos pero no revueltos...", cit., p. 10; y PÉREZ CONESA, Carmen, "La conflictividad entre los progenitores es incompatible con un sistema compartido de custodia por ser perjudicial para el interés del menor (STS de 30 de octubre de 2014)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 1, Nº 11, 2015, p. 128.

dificultades que encontraría el legislador para delimitarlo, ya que lo más beneficioso para un menor puede no serlo para otro – bien por sus cualidades personales o bien porque las circunstancias que lo rodean son diversas –.

La ausencia de una definición del interés superior del menor en nuestra normativa hace que nos encontremos ante un concepto jurídico indeterminado⁸⁷⁰, lo que nos obliga a atender a las circunstancias personales y

⁸⁷⁰ Así ha sido puesto de manifiesto por nuestra jurisprudencia —*vid.* Sentencia del TSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2010— y doctrina —*vid.* ALSTON, Philip y GILMOUR-WALSH, Bridget, *El interés superior del niño...*, cit., p. 13; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 54 y 57; JIMÉNEZ LINARES, M^a Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución...", cit., p. 876; LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, "Leyes de familia y Constitución...", cit., p. 61; ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 61; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida como alternativa legal...", cit., p. 670 y "El interés del menor...", cit., p. 52; GOIRIENA LEKUE, Argurtzane, "La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio", *La Ley*, N^o 6823, 2007, tomo 5, p. 1100; ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos pero no revueltos...", cit., p. 10; PÉREZ GALVÁN, María, "Problemas prácticos...", cit., p. 2056; VELA SÁNCHEZ, Antonio J., "Las relaciones de los nietos con los abuelos...", cit., p. 325; MARÍN GARCÍA, Ignacio y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel, "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y el contencioso-administrativo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N^o 2, 2010, p. 22; CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, "Ley Valenciana...", cit., p. 3; DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel, "Custodia compartida de los progenitores...", cit., p. 1621; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "Hijos menores, custodia compartida e individual...", cit., p. 326; DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, "La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N^o 1, 2013, p. 53; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Incidencia en la modificación de medidas de la convivencia con un tercero en la vivienda familiar", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* —coords. CUENA CASAS, Matilde, ANGUIA VILLANUEVA, Luis Antonio y ORTEGA DOMÉNECH, Jorge—, Dykinson, Madrid, 2013 p. 1647; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 43; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Revisión conceptual del peritaje psicológico en relación a la Custodia de Menores...", cit., p. 21; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El interés superior del menor...", cit., p. 3290 y "Estudio comparativo...", cit., p. 4; RODRÍGUEZ SANTERO, Elena María, "¿Cómo se protege el interés de los/las menores...", cit., p. 105; MORENO TORRES, Julieta, "Presente y futuro de la consideración del interés del menor en las decisiones judiciales y administrativas", *Revista de derecho de familia*, N^o 64, 2014, p. 97; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *La concreción del interés del menor...*, cit., p. 14 y "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo de la ley orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", en: *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* —coord. CABEDO MALLOL, Vicente José y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac—, Tirant lo Blanch, 2016, p. 115; MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 5 y "La determinación del interés superior del menor...", cit., p. 200; ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "Custodia compartida y mediación familiar...", cit., p. 793; GUILLÉN CATALÁN, Raquel, "El interés del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013, de 5 de febrero", *Revista Boliviana de Derecho*, N^o 19, 2015, pp. 765; ALASCIO CARRASCO, Laura, "Derecho a relacionarse con los abuelos cuando uno de los progenitores ha fallecido, necesidad de motivar la decisión y adecuarla al concreto interés del menor. Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de septiembre de 2014", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N^o 97, 2015, p. 580; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 153; ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares: anotaciones al artículo 6 de la Ley valenciana de relaciones familiares", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N^o 3 bis, 2015, p. 103; LENTI, Leonardo, "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo", *CEDAM: La nova giurisprudenza civile commentata*, Anno XXXII, N^o 1, 2016, p. 148; y VIOLA DEMESTRE,

familiares presentes en cada caso concreto para precisar cuál es el mejor interés del menor⁸⁷¹. Al respecto, como posteriormente veremos con mayor detalle, la Ley Orgánica 8/2015 ha introducido en el segundo párrafo del artículo 2 LOPJM, una serie de criterios y elementos de valoración que pueden servir de ayuda al juez para llevar a cabo dicha tarea.

A mi modo de ver, dotar a este principio de cierta flexibilidad ofrece una gran ventaja, que es precisamente la posibilidad de acomodarlo a cada supuesto concreto⁸⁷². No debemos olvidar que cada caso es un mundo, con

Isabel, "La custodia compartida no exime del pago de alimentos. Sentencia de 11 de febrero de 2016", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 102, 2016, p. 300.

⁸⁷¹ Vid. JIMÉNEZ LINARES, M^ª Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución...", cit., p. 876; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Comentarios del nuevo artículo 92...", cit., p. 147 y "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 5; SERRANO MOLINA, Alberto, "La guarda compartida ¿una regulación necesaria?", en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia* — LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (coord.)—, nº 27-29 (junio 2005), El Derecho, Madrid, 2005, p. 737; LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel A., SERRANO MOLINA, Alberto y SAINZ TORRES, Marta, "Ni vencedores ni vencidos en la guerra por los hijos...", cit., p. 28; COLÁS ESCANDÓN, Ana M^ª, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, cit., p. 63; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida como alternativa legal...", cit., p. 670 y "El interés del menor...", cit., p. 52; HOWARD, Water, "El interés del niño y adolescente...", cit., p. 28; MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, "El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia...", cit., p. 75; PÉREZ GALVÁN, María, "Problemas prácticos...", cit., p. 2056; MARÍN GARCÍA, Ignacio y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel, "Indemnización del daño moral...", cit., p. 22; MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor en el cambio de custodia", *Revista de derecho de familia*, Nº 57, 2012, p. 55; RUIZ-RICO RUIZ, Catalina, "Hacia la corresponsabilidad como derecho constitucional...", cit., p. 1402; FERNÁNDEZ GÁLVEZ, Aroa, "Guarda y custodia paterna", *Economist & Jurist*, Vol. 20, Nº 158, 2012, p. 38; RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, Nº 2, 2012, p. 92; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Incidencia en la modificación de medidas...", cit., p. 1647; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 49; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El interés superior del menor...", cit., p. 3290 y "Estudio comparativo...", cit., p. 4; RODRÍGUEZ SANTERO, Elena María, "¿Cómo se protege el interés de los/las menores...", cit., p. 105; BARRADA ORELLANA, Reyes, "Modificación de medidas en cuanto a la guarda de los hijos comunes...", cit., p. 212; MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 5; LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas...", cit., p. 58; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 153; UREÑA CARAZO, Belén, "La conflictividad entre los progenitores...", cit., p. 3; y SILLERO CROVETTO, Blanca, "Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 6, 2017, p. 16.

⁸⁷² Como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ: «la indeterminación del concepto es una de sus ventajas, en cuanto permite la adaptación de la solución a las peculiaridades del caso concreto(...)» —vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares...", p. 152—. Vid. también: ROCA TRÍAS, Encarnación, "art. 92", cit., p. 389; TAMBORERO DEL RÍO, Ramón, "La guarda...", cit., p. 519; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 18; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 269; DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, "Sobre la interpretación del interés superior del menor...", cit., p. 51; RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, "El interés superior del niño...", cit., pp. 105-106; MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 5; NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen, "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a

peculiaridades que difícilmente compartiría con otro y que, además, lo que es bueno para un menor no tiene por qué serlo para otro. En este sentido, el carácter flexible del principio del interés superior del menor permite que el juez pueda valorar las circunstancias concretas del supuesto que se le plantee y adoptar así en cada caso la decisión que más favorezca el bienestar del menor cuyo interés esté en juego.

Sin perjuicio de lo anterior, el hecho de plantear el principio de interés superior del menor como un concepto jurídico indeterminado también acarrea ciertos inconvenientes. Como han puesto de manifiesto algunos autores⁸⁷³, implica que el juez deba llevar a cabo una doble labor: por un lado, tendrá que precisar el significado y contenido del concepto del interés superior del menor — qué es o en qué consiste — y, por otro, en función de las circunstancias que concurran, determinar qué es lo que más conviene al menor en el caso concreto. Por tanto, el juez debe llevar a cabo una importante labor interpretativa para adecuar el principio del interés superior a cada supuesto concreto, con el consiguiente peligro de que la mayor discrecionalidad que se le concede pueda tornarse en arbitrariedad⁸⁷⁴. Además, puede provocar una cierta inseguridad jurídica⁸⁷⁵, ya que su decisión resultará menos predecible⁸⁷⁶.

la adolescencia", *Persona y Derecho*, Nº 73, 2015, p. 157; y CALAZA LÓPEZ, Sonia, "La tutela del «superior interés del menor» en el proceso judicial", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 7, 2015, p. 4.

⁸⁷³ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor...*, cit., pp. 193-194; y DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, septiembre 2012, p. 51.

⁸⁷⁴ Se trata de un riesgo del que también se han percatado nuestra jurisprudencia —*vid.* STS de 1 de octubre de 2010— y doctrina —*vid.* HOWARD, Walter, "El interés del niño y adolescente...", cit., p. 27; TAMAYO HAYA, Silvia, "El interés del menor...", cit., p. 54; IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, Fernando L., "Traslado internacional de menores y derecho de custodia", *Economist & Jurist*, Nº 130, 2009, pp. 47-48; BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "El interés del menor como criterio de aplicación...", cit., p. 800; y LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel y ALONSO ESPINOSA, Francisco José, "Custodia compartida...", cit., p. 1182—.

⁸⁷⁵ Vid. ALSTON, Philip y GILMOUR-WALSH, Bridget, *El interés superior del niño...*, cit., pp. 13 y 33; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, cit., p. 59; GOIRIENA LEKUE, Argurtzane, "La suficiencia de juicio del menor...", cit., p. 1100; ESPINOSA CALABUIG, Rosario, *Custodia y visita de menores...*, cit., p. 35; TAMAYO HAYA, Silvia, "El interés del menor...", cit., p. 54; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 18; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 269; IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, Fernando L., "Traslado internacional de menores...", cit., pp. 47-48; DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, "Sobre la interpretación del interés superior del menor...", cit., p. 51; DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, "La tutela del interés superior del menor...", cit., p. 53; MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 5; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "Las reglas de custodia...",

No obstante, los posibles inconvenientes que acabo de mencionar pueden minimizarse con el establecimiento de una serie de criterios y elementos de valoración en los que pueda apoyarse el juez para determinar cuál es el interés superior del menor en cada caso concreto⁸⁷⁷.

De hecho, como he adelantado la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha introducido en el segundo párrafo del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, una serie de criterios y elementos de valoración para determinar cuál es el mejor interés del menor en cada 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

cit., p. 82; y RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, "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)", *Revista Boliviana de derecho*, Nº 19, 2015, p. 572.

⁸⁷⁶ Como advierte MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, el hecho de que la decisión del juez resulte más impredecible puede traducirse además en un aumento de la litigiosidad, «(...) puesto que ambos exconvivientes pueden fácilmente pensar que sus argumentos son capaces de convencer a un juez inicialmente no predispuesto en ninguna dirección» —*vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares...", p. 152—.

⁸⁷⁷ *Vid.* RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, "La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor...", *cit.*, p. 573.

o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad».

Además, en el tercer párrafo del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 ha incluido también algunos elementos generales a tener en cuenta en la interpretación de dichos criterios: *«a) La edad y madurez del menor; b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante; c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; 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; e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales».*

Lo cierto es que, más que elementos de interpretación de los anteriores criterios, parece que se trata de nuevos criterios de determinación del interés superior del menor, por lo que quizá hubiera resultado más coherente unificarlos todos en una misma lista –como ya defendí en un trabajo anterior⁸⁷⁸—. Así se evitarían algunas reiteraciones, como la referencia al principio de igualdad y no discriminación o al libre desarrollo de la personalidad.

El establecimiento de los mencionados criterios y elementos de valoración supone un importante paso para dotar al principio del interés superior del menor de mayor concreción; y, con las consiguientes adaptaciones, pueden ser útiles para la determinación del régimen de guarda y custodia. Sin embargo, lo cierto es que los criterios previstos en el artículo 2 LOPJM son muy generales⁸⁷⁹ –como el propio precepto reconoce–, por lo que creo que resultaría conveniente que se establecieran unos más específicos para la

⁸⁷⁸ Vid. MARTÍNEZ CALVO, Javier, "La determinación del interés superior del menor...", cit., p. 204.

⁸⁷⁹ Vid. NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen, "El interés superior del menor...", cit., p. 128.

determinación del régimen de guarda y custodia de los menores⁸⁸⁰, ya que una cuestión tan importante como ésta requiere un tratamiento individualizado.

La posibilidad de introducir en nuestro Código Civil una lista con criterios y elementos de valoración específicos para la determinación del régimen de guarda y custodia estuvo presente durante la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. En este sentido, la Diputada Dña. María Olaia Fernández Davila, del Grupo Parlamentario Mixto, presentó una enmienda en la que pedía que se introdujeran algunos criterios específicos para la determinación del régimen de guarda y custodia⁸⁸¹, pero fue rechazada⁸⁸².

Además, el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia también pretendía introducir una lista de criterios y elementos de valoración específicos para la determinación de la guarda y custodia de los hijos menores: «(...) *la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; la relación que los progenitores mantengan entre sí y la vinculación con sus hijos; la dedicación de los progenitores al cuidado de los hijos durante la convivencia; el cumplimiento de sus deberes en relación con ellos; la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; la posibilidad de*

⁸⁸⁰ Vid. en este mismo sentido: MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1451; MONTERROSO CASADO, Esther y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María "Análisis de la regulación legal de la custodia compartida...", cit., p. 53; PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 33; HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, "Guarda y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación", *Revista Boliviana de Derecho*, Nº 18, 2014, pp. 592-601; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El interés superior del menor...", cit., p. 3291.

⁸⁸¹ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005: enmienda nº 32, presentada por Dña. María Olaia Fernández Davila, del Grupo Parlamentario Mixto: «la edad de los hijos, el lugar de residencia de los progenitores, la disponibilidad de un domicilio adecuado por ambos progenitores para el cuidado de los hijos e hijas, el horario laboral de los progenitores, así como otras circunstancias relevantes(...)».

⁸⁸² En concreto, fue rechazada por el Congreso de los Diputados en la sesión nº 79 (votación 39), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 18 votos a favor, 297 en contra y 8 abstenciones —vid. DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005—.

conciliación de la vida familiar y laboral de éstos; la ubicación de sus residencias habituales; los apoyos con los que cuenten; el número de hijos, y cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores y en los hijos que considere relevante para el régimen de convivencia(...)» –art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado al nuevo artículo 92.bis que pretendía introducir en nuestro Código Civil— ⁸⁸³. En realidad, lo que hacía el fallido Anteproyecto era reproducir los criterios y elementos valorativos que ya venía manejando nuestra jurisprudencia, a los que más adelante me referiré.

Sin perjuicio de todo lo anterior, la inexistencia de una lista en nuestro Código Civil no impide que puedan extraerse algunos criterios, como la recomendación de no separar a los hermanos –art. 92.5 Cc.— o la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos –art. 92.6 Cc.—. Además el propio artículo 92 Cc. recoge varios elementos de valoración que deberán ser tenidos en cuenta por el juez, como los deseos manifestados por el menor –art. 92.6 Cc.—, el informe del ministerio fiscal –art. 92.6 Cc.—, el resultado del dictamen de los especialistas –art. 92.9 Cc.—, las alegaciones de las partes –art. 92.6 Cc.— y las pruebas practicadas en la comparecencia –art. 92.6 Cc.—. Dichos criterios y elementos de valoración deberán ser aplicados y coordinados de acuerdo a los criterios y elementos que hemos visto que recoge el artículo 2 LPJM para la concreción del interés superior del menor.

Además, esta ausencia de una lista de criterios y elementos de valoración en nuestro Código Civil ha propiciado que nuestra jurisprudencia haya ido proponiendo algunos. A tal efecto, una de las primeras resoluciones en llevar a cabo esta tarea fue la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de diciembre de 2006, que mencionó los siguientes: «a) la disponibilidad

⁸⁸³ También en la propuesta de Código Civil presentada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil se recogen algunos criterios, en concreto en su artículo 219-8.1: «a) Los acuerdos alcanzados entre los progenitores; b) El grado de implicación de cada progenitor en el cumplimiento de sus obligaciones parentales con anterioridad a la ruptura; c) Las aptitudes personales de ambos padres para garantizar estabilidad al menor; d) La fluidez en las relaciones personales entre los cónyuges o, en su caso, la nula incidencia sobre el menor de las diferencias existentes entre aquéllos; e) La facilidad de ambos progenitores para conciliar vida familiar con jornada laboral; f) La opinión de los hijos, si tienen suficiente juicio; g) Informes periciales sobre la idoneidad del modelo de custodia que obren en poder del juez, por haberlos solicitado de oficio o por aportarlos alguna de las partes; h) Cualquier otro dato que el juez considere relevante para garantizar el arraigo y la estabilidad emocional del menor» —*vid.* CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, “Capítulo IX: Los efectos de la nulidad, separación y divorcio”, cit., p. 40—.

de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; b) el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, las relaciones con la familia amplia, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio; c) la ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; d) el rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; e) la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; la precaución de que quede deslindada la idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de réditos materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones».

Posteriormente fue nuestro Tribunal Supremo el que empezó a introducir diversos criterios y elementos de valoración, extraídos todos ellos del Derecho comparado —ya que la mayoría de países de nuestro entorno sí se han preocupado de recoger una lista con los criterios y elementos que deben ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de determinar el régimen de guarda y custodia de los hijos menores⁸⁸⁴—. En este sentido, las Sentencias del Tribunal

⁸⁸⁴ Por citar algún ejemplo, el *Code Civil* francés recoge una lista de criterios en su artículo 373.2.11, incluyendo los siguientes: la práctica que los padres hubieran seguido o los acuerdos a los que hubieran podido llegar anteriormente; los sentimientos expresados por el hijo menor en las condiciones previstas en el artículo 388.1; la aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro; el resultado de los informes efectuados, en su caso, teniendo en cuenta, en especial, la edad del hijo; los datos que se hubieran recogido en las posibles investigaciones y contra investigaciones sociales previstas en el artículo 373.2.12; y la presión o la violencia, de naturaleza física o psicológica, ejercida por uno de los padres en la persona de otro.

También el Derecho inglés se ha preocupado de proporcionar al juez los criterios que deberá valorar a la hora de adoptar el régimen de guarda y custodia. En este sentido, la Part. 1, Section 1 (3) de la *Children Act 1989* recoge una lista de criterios a la que denomina *Welfare Checklist* —Lista de Bienestar—, incluyendo los siguientes: los deseos y sentimientos del menor, teniendo en cuenta su edad y madurez; sus necesidades físicas, emocionales y educativas; los efectos que el cambio de circunstancias pueda tener sobre el menor; la edad, sexo, antecedentes y cualquier otra característica del menor que el tribunal considere relevante; cualquier daño padecido o que pueda padecer el menor; la capacidad de cada uno de los progenitores o de otras personas que el tribunal considere relevantes para satisfacer sus necesidades; y la extensión de los poderes al alcance del juez de acuerdo con esta Ley en el procedimiento en cuestión.

El último ejemplo al que quiero referirme es relativo al Derecho de la República Checa. El *Zákon o Rodině* —Código de Familia— recoge en su artículo 26.4 los siguientes criterios para la determinación

Supremo de 8 de octubre de 2009, de 10 de marzo de 2010, de 11 de marzo de 2010, de 1 de octubre de 2010, de 10 de enero de 2011, de 7 de julio de 2011, de 22 de julio de 2011, de 29 de abril de 2013 y de 16 de febrero de 2015 –entre otras– mencionan los siguientes: «(...) 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 los deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

Además, todas las leyes autonómicas han recogido una lista con los criterios y elementos que deberá valorar el juez para la determinación del régimen de guarda y custodia⁸⁸⁵. Los principales son los siguientes: los posibles acuerdos existentes entre las partes⁸⁸⁶; la opinión de los hijos⁸⁸⁷; su edad⁸⁸⁸; su arraigo social, escolar y familiar⁸⁸⁹; el número de hijos⁸⁹⁰; evitar separar a los

del régimen de guarda y custodia de los hijos menores: el interés del menor, su personalidad, talentos, habilidades y posibilidades de desarrollo, observando a su vez las necesidades vitales de los padres, la orientación emocional y antecedentes del niño, la capacidad y la fiabilidad de los padres para criar al niño, la estabilidad de la custodia en el futuro, la capacidad de cada padre para acordar la crianza del niño con el otro padre, los vínculos emocionales del niño con sus hermanos y hermanas, abuelos y otros familiares, así como la seguridad material que le puedan proporcionar los padres, incluidas las circunstancias relacionadas con la vivienda.

⁸⁸⁵ *Vid.* art. 80.2 CDFA, art. 233-11.1 Cc.Cat., art. 3.3 Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 5.3 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

⁸⁸⁶ *Vid.* art. 233-11.1 f) Cc.Cat. y art. 3.3 g) Ley Foral navarra 3/2011.

⁸⁸⁷ *Vid.* art. 80.2 c) CDFA, art. 233-11.1 e) Cc.Cat., art. 3.3 d) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 d) Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 5.3 b) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

⁸⁸⁸ *Vid.* art. 80.2 a) CDFA, art. 233-11.1 b) Cc.Cat., art. 3.3 a) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 c) Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 5.3 a) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

⁸⁸⁹ *Vid.* art. 80.2 b) CDFA, art. 3.3 c) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 g) Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 5.3 e) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

⁸⁹⁰ *Vid.* art. 9.3 b) Ley del País Vasco 7/2015.

hermanos⁸⁹¹; la aptitud de los progenitores⁸⁹²; el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los progenitores⁸⁹³; la dedicación pasada a la familia⁸⁹⁴; la relación existente entre las partes⁸⁹⁵; la vinculación afectiva de los hijos con cada progenitor⁸⁹⁶; la ubicación de las residencias habituales de los progenitores⁸⁹⁷; las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de los progenitores⁸⁹⁸; la disponibilidad temporal de cada progenitor⁸⁹⁹; su predisposición para permitir que el menor se relacione con el otro progenitor⁹⁰⁰; y los informes de especialistas⁹⁰¹.

Podemos observar que muchos de los criterios y elementos de valoración se repiten en todas las leyes autonómicas, como la opinión del menor, su edad o la recomendación de no separación de hermanos. Además, varios de los previstos en el ámbito autonómico resultan coincidentes con los que pueden extraerse de nuestro Código Civil, como la opinión del menor, la recomendación de no separar a los hermanos o la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos. También resultan coincidentes con algunos

⁸⁹¹ Vid. art. 80.4 CDFV, art. 233-11.2 Cc.Cat., art. 9.7 de la Ley del País Vasco 7/2015 y art. 3.7 de la Ley Foral navarra 3/2011.

⁸⁹² Vid. art. 80.2 d) CDFV, art. 233-11.1 b) Cc.Cat y art. 3.3 e) Ley Foral navarra 3/2011. Vid. también: art. 5.3 c) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

⁸⁹³ Vid. art. 3.3 b) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 e) Ley del País Vasco 7/2015.

⁸⁹⁴ Vid. art. 233-11.1 d) Cc.Cat . y art. 9.3 a) Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 5.3 c) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

⁸⁹⁵ Vid. art. 3.3 b) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 e) Ley del País Vasco 7/2015.

⁸⁹⁶ Vid. art. 233-11.1 a) Cc.Cat. y art. 9.3 a) Ley del País Vasco 7/2015.

⁸⁹⁷ Vid. art. 233-11.1 g) Cc.Cat . y art. 9.3 i) Ley del País Vasco 7/2015.

⁸⁹⁸ Vid. art. 80.2 e) CDFV, art. 3.3 f) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 h) Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 5.3 f) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

⁸⁹⁹ Vid. art. 233-11.1 g) Cc.Cat. Vid. también: art. 5.3 g) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

⁹⁰⁰ Vid. art. 233-11.1 c) Cc.Cat ., art. 3.3 b) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 e) Ley del País Vasco 7/2015.

⁹⁰¹ Vid. art. 80.3 CDFV y art. 9.3 f) Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 5.3 d) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

de que viene utilizando nuestra jurisprudencia, como la aptitud de los progenitores, la opinión del menor, la relación existente entre las partes, el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los progenitores o su dedicación pasada a la familia.

Ninguna ley establece una jerarquía entre los diferentes criterios y elementos de valoración, por lo que cabe entender que deben ser tenidos en cuenta en su conjunto⁹⁰², sin que ninguno resulte decisivo en sí mismo⁹⁰³. Siguiendo a MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ⁹⁰⁴, considero que el hecho de que la ley no concrete la importancia de cada criterio o elemento hace más impredecible la decisión judicial, lo que en la práctica puede suponer un aumento de la litigiosidad. Por ello, creo que hubiera resultado más adecuado que el propio legislador hubiera especificado el peso que se debe conceder a cada criterio o elemento.

Finalmente, las diferentes normas no han configurado los criterios y elementos de valoración como una lista cerrada —sistema de *numerus clausus*—. Por el contrario, todas ellas han previsto una cláusula de cierre en la que se admite expresamente la posibilidad de que el juez pueda tener en cuenta cualquier otra circunstancia que considere relevante⁹⁰⁵ —sistema de *numerus apertus*—. Aunque en general esta opción legislativa ha sido considerada como

⁹⁰² Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor...*, cit., p. 205; MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, "Hacia una reforma de la custodia compartida", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García* —coord. JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo—, Aranzadi, Universidad de Jaén, 2012, p. 1302; y RUIZ CALLADO, Raúl y ALCÁZAR RUIZ, Rafael, "Factores determinantes en la atribución de la custodia compartida. Un estudio sociológico en los Juzgados de Familia", en: *La custodia compartida en España* —coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego—, Dykinson, Madrid, 2017, p. 111.

⁹⁰³ Vid. VALLEJO AYALA, Lourdes L., "Efectos de la alienación parental en pleitos de custodia de menores", *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Nº 46, 2006, p. 92.

⁹⁰⁴ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 156.

⁹⁰⁵ Vid. art. 80.2 CDFA, art. 9.3 Ley del País Vasco 7/2015, art. 233-11.1 Cc.Cat. y art. 3.3 Ley Foral navarra 3/2011. Vid. también: art. 5.3 de la anulada Ley valenciana 5/2011. Así mismo, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducir esta cláusula de cierre en nuestro Código Civil —vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que habría dado al nuevo art. 92 bis 4 Cc.—.

un acierto⁹⁰⁶, a mi modo de ver, el establecimiento de dicha cláusula sin ninguna limitación conlleva algunos riesgos. Y es que, una vez más, el aumento de la discrecionalidad judicial puede comprometer la seguridad jurídica y dar lugar además a un aumento de la litigiosidad –derivada de la menor predictibilidad del resultado final del proceso–. Podría llegarse al extremo de que el juez prescindiera de todos los criterios y elementos legales y basara su decisión en cualquier otro que considerara conveniente, sin que dicha actuación pudiera reputarse contraria a la ley. Por ello, considero que hubiera resultado oportuno añadir una limitación a la mencionada cláusula de cierre, por ejemplo señalando que sólo en el caso de que los criterios y elementos legalmente previstos resulten insuficientes para resolver el asunto de que se trate, puede el juez dar a entrada a otros que estime pertinentes.

A continuación me referiré de forma individualizada a cada uno de los citados criterios y elementos de valoración. Puesto que, como he mencionado, no existe en principio un orden jerárquico entre los mencionados criterios y elementos, el orden de exposición no responde a ningún tipo de prioridad. Por lo demás, téngase en cuenta que todos los criterios y elementos que voy a exponer deben ser valorados teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor, que como vengo señalando, es el fin último al que debe atender el juez al adoptar su decisión sobre la guarda y custodia de los hijos menores.

3.1. Elementos de valoración para la determinación del régimen de guarda y custodia

A) La opinión del menor

⁹⁰⁶ Vid. MONTERROSO CASADO, Esther GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María "Análisis de la regulación legal de la custodia compartida...", cit., p. 53; y IÑIGUEZ DEL VAL, Susana, "De la excepción a la realidad de la custodia compartida...", cit., p. 264.

La opinión del menor es un elemento previsto tanto por las normas nacionales⁹⁰⁷ como por todas las leyes autonómicas existentes en la materia⁹⁰⁸. También los países de nuestro entorno lo han introducido dentro de la lista de criterios y elementos que debe seguir el juez para la atribución de la guarda y custodia de los hijos⁹⁰⁹.

Comenzaré abordando el derecho del menor a ser oído, para pasar luego a analizar el modo en el que debe llevarse a cabo la exploración del menor y terminar refiriéndome al valor que debe darse a su opinión.

a) El derecho del menor a ser oído

Este elemento de valoración guarda estrecha conexión con el derecho que tiene el menor a ser oído en la adopción de decisiones que puedan afectarle, ampliamente reconocido en la normativa internacional⁹¹⁰, europea⁹¹¹, estatal⁹¹² y autonómica⁹¹³. El citado derecho es una manifestación del principio del interés superior del menor⁹¹⁴.

⁹⁰⁷ Vid. art. 92.6 Cc. y art. 2.2 b) LOPJM.

⁹⁰⁸ Vid. art. 80.2 c) CDFV, art. 233-11.1 e) Cc.Cat., art. 3.3 d) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 d) Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 5.3 b) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

⁹⁰⁹ El Derecho francés lo ha previsto en el art. 373.2.11-2 del *Code Civil*, el Derecho inglés en la Part. 1, Section 1 (3) a) de la *Children Act 1989* y el Derecho checo en el art. 26.4 del *Zákon o Rodině* —Código de Familia—.

⁹¹⁰ Vid. Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 —arts. 5 y 12.1 y 2—.

⁹¹¹ Vid. Resolución A3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre 8 de julio de 1992 —punto 8.14—, Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 25 de Enero de 1996 —art. 3 b)—, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 —art. 24.1— y Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental —arts. 41 y 42—. Incluso llegó a estar previsto en el proyecto de Constitución Europea —art. II-85.1—.

⁹¹² Vid. arts. 92.2, 92.6, 154.3, 156.2, 158.1.6 y 159 Cc., arts. 770.4 y 777.5 Lec., arts. 2.5 a) y 9.1 y 2 LOPJM y art. 85.1 Ley 15/2015.

⁹¹³ Por poner algunos ejemplos (centrándonos en las Comunidades Autónomas que han legislado en la materia que estudiamos), el Código del Derecho Foral de Aragón se refiere al Derecho del menor a ser oído en sus arts. 6, 76.4 y 80.2 c), el Código Civil de Cataluña en los arts. 211-6.2 y 236-11.4 —también lo menciona e art. 5.4 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades

El derecho del menor a ser oído presenta una dimensión positiva y otra negativa. La dimensión positiva se refiere precisamente al derecho que tiene el menor a solicitar ser oído antes de adoptarse cualquier decisión que le atañe⁹¹⁵, mientras que la dimensión negativa supone que el menor tiene también derecho a no ser oído. Ello es consecuencia de que nos encontramos ante un derecho y no ante un deber⁹¹⁶, de tal manera que el menor es libre para ejercitarlo o no⁹¹⁷. Considero que ésta es una idea fundamental —sobre la que posteriormente volveré—, pues nos permitirá entender mejor el régimen legal vigente, que, como en seguida veremos, ha planteado algunos problemas hermenéuticos.

Tradicionalmente se han utilizado dos criterios para determinar cuándo debe escucharse al menor: la suficiencia de juicio⁹¹⁸ —que se identifica con la

en la infancia y la adolescencia—, la Ley Foral navarra 3/2011 en el art. 3.3 d) y la Ley del País Vasco 7/2015 en los arts. 3.2 y 9.3 d). *Vid.* también: art. 5.3 b) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

⁹¹⁴ *Vid.* TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 695; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 110; MORERA VILLAR, Beatriz, *Guarda y custodia...*, cit., p. 122; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La audiencia del menor en los procesos judiciales", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 7, 2015, p. 1.

⁹¹⁵ *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La edad", en: *Curso de Derecho Civil (I). Volumen II: Derecho de la Persona* —COORD. DE PABLO CONTRERAS, Pedro—, Edisofer, 2016, 5ª ed., p. 120.

⁹¹⁶ *Vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Comentarios del nuevo artículo 92...", cit., p. 130; TAMAYO HAYA, Silvia, "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia...", cit., p. 747; ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 63; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 55 y *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., pp. 76 y 91; MORENO VELASCO, Víctor, "La exploración de menores en los procesos de nulidad, separación y divorcio", *La Ley*, Nº 7378, 2010, tomo 3, p. 1437; MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor...", cit., p. 50; RODA RODA, Dionisio, *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Universidad de Murcia, 2013, p. 221. Tesis Doctoral inédita. goo.gl/Xfpng8 (fecha última consulta: 06/04/2018); NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen, "El interés superior del menor...", cit., p. 134, Espada Mallorquín, Susana, "Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales", *Revista chilena de Derecho Privado*, Nº 25, 2015, p. 258; y CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "El menor...", cit., p. 8.

⁹¹⁷ Este aspecto ha sido expresado muy bien por el Derecho francés, que supedita la audiencia a que el propio menor solicite ser oído —art. 388.1 *Code Civil*—, vetando por tanto la posibilidad de que el juez decida oír al menor de oficio.

⁹¹⁸ Lo cierto es que el término "juicio" está comenzando a ser sustituido por el de "madurez" —*vid.* arts. 154.3, 156.2 y 161.1 Cc., tras la nueva redacción que les ha dado la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia—. No obstante, en sede de guarda y custodia, nuestro Código continúa utilizando la expresión "suficiente juicio", por lo que yo también la mantendré a lo largo de estas páginas.

capacidad natural del menor de entender y querer⁹¹⁹ – y el cumplimiento de una determinada edad –estableciéndose con carácter general en doce años–. La principal diferencia entre uno y otro es que, mientras el cumplimiento de una edad concreta es un dato objetivo, la suficiencia de juicio es un criterio de carácter subjetivo. Ello implica que el juez debe valorar en cada supuesto la capacidad de juicio del menor con el fin de determinar si cuenta con la suficiente madurez para formar y expresar su propia opinión. Como se trata de una tarea que trasciende de lo estrictamente jurídico, resulta fundamental que el juez se apoye en otros profesionales para llevarla a cabo, como psicólogos o pedagogos. Así ha sido entendido tradicionalmente por nuestra doctrina⁹²⁰ y, además, tras la reforma llevada a cabo con ocasión de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, esta cuestión ha pasado a estar prevista expresamente en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Centrándome ya en el régimen legal del derecho del menor a ser oído, considero que deben diferenciarse dos supuestos: aquellos casos en los que el menor solicite ser escuchado y aquellos otros en los que no haga ninguna petición al respecto.

En cuanto al primer supuesto –que el menor que tenga suficiente juicio solicite ser oído–, lo primero que cabe preguntarse es el modo en el que puede hacer llegar al tribunal su pretensión. Aunque lo normal será que lo haga por medio de cualquiera de sus progenitores –como representantes legales del mismo– o a través de los especialistas adscritos al juzgado –en caso de que

⁹¹⁹ Vid. PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit., p. 685; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 693 y "El interés del menor...", cit., p. 74; GOIRIENA LEKUE, Argurtzane, "La suficiencia de juicio del menor...", cit., p. 1103; CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar...", cit., p. 29; NAVAS NAVARRO, Susana, "Menores, guarda compartida y plan de parentalidad...", cit., p. 51; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La audiencia del menor...", cit., p. 8.

⁹²⁰ Vid. ATIENZA LÓPEZ, José Ignacio, "El interés del menor y la custodia compartida", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, núms. 79-80, agosto-septiembre-2013, p. 51; ZAERA NAVARRETE, Juan I., "La audiencia del menor...", cit., p. 805; y LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas...", cit., p. 59.

haya llegado a entrevistarse con ellos —, nada impide, a mi modo de ver, que el propio menor se dirija directamente al juez para solicitar que se haga valer su derecho. De hecho, pese a que es una posibilidad que no está expresamente prevista en sede de guarda y custodia, sí encontramos otros supuestos en los que la ley autoriza a los menores a acudir al juez por propia iniciativa —*vid.* a modo de ejemplo: arts. 158.1, 160.2.2 y 167 y 248 Cc. —.

En todos estos supuestos en los que el menor que tenga suficiente juicio solicite ser oído, la regla general es que la audiencia debe llevarse a cabo⁹²¹, pues el art. 92.2 Cc. exige expresamente al juez que vele por el derecho del menor a ser oído. Así, sólo podrá denegarse, mediante resolución motivada, cuando el juez constate que la comparecencia del menor es contraria a su interés —art. 9.2 LOPJM—.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 11 de octubre de 2016 —*Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias vs. España*—, condenó al Estado español por haber denegado la audiencia de dos menores de once y trece años de edad que solicitaron ser oídas por el juez. Se trataba de un supuesto en el que las menores enviaron sendas cartas al juez solicitando que les escuchará de forma directa en el seno del procedimiento de divorcio de sus padres. Sin embargo, éste no las oyó personalmente y ordenó que la audiencia se practicara por el equipo técnico judicial adscrito al juzgado. Además, en el caso de la hija menor, pidió que la entrevista con el equipo técnico judicial fuera grabada, y, al negarse éste último a la grabación, la entrevista no se desarrolló. Tras dictar el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Madrid Sentencia de 17 de septiembre de 2007, la madre de las menores recurrió ante la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó el recurso en su Sentencia de 30 de septiembre de 2010. Posteriormente recurrió en amparo al Tribunal Constitucional, que el 19 de octubre de 2011 también inadmitió el recurso por carecer de especial transcendencia constitucional. Finalmente,

⁹²¹ *Vid.* TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 693; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 78; y NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen, "El interés superior del menor...", cit., p. 86.

recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por considerar vulnerado el derecho de las menores a que su causa fuera oída por el Tribunal, previsto en el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁹²². El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó Sentencia de 20 de septiembre de 2016, por la que estimo el recurso y condenó al Estado español al pago de una indemnización de 6.400 euros por daños morales y 2.000 euros por los gastos y costas del procedimiento. En su argumentación, el Tribunal consideró que la denegación del trámite de audiencia cuando un menor solicita ser oído debe ser en todo caso motivada, por lo que, ante la ausencia de motivación en el caso concreto, concluyó que se había privado indebidamente a las dos hijas de su derecho de ser oídas personalmente por el juez.

Ahora bien, los mayores problemas se plantean en aquellos supuestos en los que el menor no solicita comparecer ante el tribunal. Al respecto, nuestra legislación venía estableciendo tradicionalmente que el juez debía oír al menor cuando tuviera suficiente juicio y, en todo caso, cuando fuera mayor de doce años. En este sentido, artículo 92.1 del Código Civil —tras la redacción que le fue dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio— disponía que *«las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años»*. En términos semejantes se pronunciaba el artículo 159 del Código Civil —tras la redacción que le fue dada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre—, señalando que *«si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años»*. También los artículos 770.4 y 777.5 de la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 establecían la obligación de oír al menor cuando tuviera suficiente juicio y, en todo caso, cuando fuera mayor de doce años. El primero de los citados

⁹²² El citado precepto dispone que *«toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil(...)»*.

preceptos disponía que «cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años», mientras que el segundo señalaba que «si hubiere hijos menores o incapacitados, el tribunal recabará informe del ministerio fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a éstos, si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años».

Por ende, el juez se veía obligado a oír al menor con suficiente juicio o que resultara mayor de doce años, con independencia de que lo estimase conveniente o no. Ésta es la solución que han previsto también todas las Comunidades Autónomas que han legislado en materia de guarda y custodia⁹²³.

Sin embargo, en cuanto al marco normativo nacional se refiere, esta materia se ha visto afectada por dos importantes reformas, llevadas a cabo a través de dos leyes: la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio y la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. Para que pueda comprenderse mejor el régimen actual, voy a referirme por separado a la situación creada por cada una de las mencionadas reformas.

i) El derecho del menor a ser oído tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Durante la tramitación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, surgieron amplios debates parlamentarios sobre el modo en el que debía regularse el derecho del menor a ser oído, y fueron varios los Grupos Parlamentarios que presentaron enmiendas solicitando que se mantuviera la regla tradicional de que el juez oyera al menor cuando tuviera

⁹²³ Vid. arts. 6 y 80.2 c) CDFA, arts. 211-6.2 y 236-11.4 Cc.Cat, art. 3.3 d) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 3.2 y 9.3 d) Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 5.3 b) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

suficiente juicio y, en todo caso, cuando fuera mayor de doce años⁹²⁴. Sin embargo, ninguna de las mencionadas enmiendas prosperó⁹²⁵ y finalmente la Ley se apartó de dicha regla, introduciendo en el artículo 92.6 del Código Civil y en el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dos importantes novedades respecto a la normativa anterior a 2005: en primer lugar, suprimió la referencia a un concreto límite de edad, por lo que aparentemente la suficiencia de juicio pasó a ser el único criterio que debía valorarse; y en segundo lugar, parece que eliminó también la obligatoriedad de oír a los menores que tuvieran suficiente juicio —pasando a tener carácter potestativo para el juez—, ya que de acuerdo a los mencionados preceptos, el juez debe escucharlos sólo «(...) *cuando se estime necesario*(...)».

Pero por otro lado, tanto el artículo 159 del Código Civil como el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil mantenían la obligatoriedad de oír a los menores que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años, contraponiéndose por tanto a las nuevas reglas que hemos visto que preveían el artículo 92.6 del Código Civil y al artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Prueba de este carácter obligatorio era la utilización de un término imperativo —«*el juez oirá*»— y la ausencia de referencia alguna a que se considere o no necesaria la audiencia.

Ello dio lugar a la existencia de tres posiciones diferentes en nuestra doctrina acerca del modo en el que debía interpretarse el régimen legal vigente.

Un sector de la doctrina entendía que era obligatorio oír en todo caso al menor que contase con suficiente juicio o fuera mayor de doce años⁹²⁶, por

⁹²⁴ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005: enmienda nº 81, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y enmienda nº 42, presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde – Izquierda Unida – Iniciativa per Catalunya Verds.

⁹²⁵ La enmienda nº 81 del Grupo Parlamentario Popular fue rechazada por el Congreso de los Diputados en la sesión nº 79 (votación 50), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 136 votos a favor, 176 en contra y 14 abstenciones —*vid.* DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005—; y la enmienda nº 42 del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde – Izquierda Unida – Iniciativa per Catalunya Verds en la sesión nº 79 (votación 41), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 135 votos a favor, 175 en contra y 16 abstenciones —*vid.* DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005—.

⁹²⁶ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., pp. 134,135 y 144.

considerar que así lo imponía el artículo 92.2 del Código Civil, al prever que el juez «*velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos*». Sin embargo, considero que del precepto transcrito no cabía extraer el carácter imperativo de la audiencia del menor, puesto que se trata de un derecho que el menor puede querer ejercitar o no. Aunque el juez debe velar porque se respete ese derecho —a solicitar ser oído—, ello no implica a mi modo de ver que esté obligado a practicar la audiencia cuando ésta no sea solicitada por el propio menor.

Otra corriente doctrinal defendía que, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, había cesado por completo la obligación de oír al menor, que quedaba supeditada a que el juez lo estimase necesario⁹²⁷. Su argumento era que el artículo 92.6 del Código Civil suponía una norma especial respecto al régimen de audiencia previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ésta es la postura de la que parecía partir nuestro Tribunal Constitucional, que en sus Sentencias 139/2008, de 26 de mayo y 163/1009, de 29 de junio consideró que sólo resultaba necesario oír al menor cuando se estimara necesario⁹²⁸.

Por último, un sector mayoritario de la doctrina consideraba que las reglas previstas en nuestra normativa eran diversas en función de si se trataba de un procedimiento contencioso o consensual⁹²⁹. Así, mientras en el

⁹²⁷ Vid. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 224; y LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 264.

⁹²⁸ Vid. STC 139/2008, de 26 de mayo y 163/2009, de 29 de junio: «No existe una obligación de los jueces de Familia en España para escuchar en un juicio a los niños menores de edad para fijar algunas de las condiciones del divorcio de sus padres, y por tanto, no se produce una lesión de derechos fundamentales de los hijos recogidos en la Carta Magna(...) La audiencia del menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor». Con ello, el Tribunal Constitucional matiza la doctrina que había sentado anteriormente —*vid.* STC 152/2005, de 6 de junio—, de acuerdo a la cual, la falta de audiencia del menor que contara con suficiente juicio o hubiera cumplido los doce años debía acarrear en todo caso la nulidad de las actuaciones.

⁹²⁹ Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia...", cit., p. 747 y "La custodia compartida...", cit., pp. 691-692; ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 63; GOIRIENA LEKUE, Argurtzane, "La suficiencia de juicio del menor...", cit., p. 1102; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., pp. 197 y 288; NANCLARES VALLE,

procedimiento contencioso debía oírse a los menores que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años; en el procedimiento de mutuo acuerdo la audiencia quedaba supeditada a que el juez la estimase necesaria. A mi modo de ver, ésta era la interpretación más acertada, ya que pese al carácter impreciso del Código Civil, la legislación procesal resultaba bastante clarificadora. Así, mientras el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –referido a los procedimientos de mutuo acuerdo– eliminaba la obligatoriedad de oír al menor que tuviese suficiente juicio o fuese mayor de doce años, el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil – relativo a los procedimientos contenciosos – mantenía dicha obligación.

ii) El derecho del menor a ser oído tras la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

Posteriormente, en el año 2009, el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –relativo a los procedimientos contenciosos– fue modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial –punto 343 del artículo 15–. Tras dicha reforma, pasó a disponer que se oirá al menor «(...) cuando se estime necesario(...)», aunque termina diciendo que se oirá «(...) en todo caso, a los mayores de doce años».

Ello ha dado lugar a que, una vez más, hayan aparecido en nuestra doctrina posiciones encontradas en cuanto al modo en el que debe interpretarse la legislación vigente.

Al respecto, la corriente doctrinal mayoritaria considera que, tras la reforma, sólo se debe escuchar al menor cuando tenga suficiente juicio y el juez lo estime necesario, con independencia de que el procedimiento sea contencioso

Javier, "La guarda y custodia de los hijos menores...", cit., pp. 144; y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "De los efectos comunes...", cit., p. 212.

o de mutuo acuerdo⁹³⁰ —que ahora pasarían a tener el mismo tratamiento legal—; o lo que es lo mismo: ha desaparecido la obligatoriedad de oír a los menores que tengan suficiente juicio, quedando supeditada la audiencia a que el juez la considere necesaria. Ésta es la interpretación que ha llevado a cabo la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2009⁹³¹ y es por la que se ha decantado también el Tribunal Constitucional⁹³². Y es que, a mi modo de ver, ésta es la interpretación que debe darse al régimen legal vigente, por los argumentos que paso a exponer a continuación.

En primer lugar, si atendemos a un criterio temporal, hay que concluir que el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —que fue el último reformado, en el año 2009— goza de aplicación preferente; y el mencionado precepto es muy claro al supeditar la audiencia a que el juez la estime necesaria —algo que ya hacían con anterioridad el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 92.6 del Código Civil—⁹³³. En segundo lugar,

⁹³⁰ Vid. DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, María Soledad, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 728; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., p. 1556; MORENO VELASCO, Víctor, "La exploración de menores...", cit., p. 1437; VIÑAS MAESTRE, Dolores, "Medidas relativas a los hijos menores...", cit., p. 13; MARÍN MORANTE, José Gabriel, "Reflexiones sobre la custodia compartida...", cit., pp. 7-8; CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar...", cit., pp. 28-29; GONZÁLEZ DE CHÁVEZ DE ARMAS, INÉS; PÉREZ SALAS, ANA; Y VELASCO GISBERT, M^a Luisa, *Análisis de los modelos de custodia...*, cit., p. 23; AGUILERA RODERO, Juan, "El progenitor no custodio...", cit., p. 1044; MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, "Hacia una reforma...", cit., p. 1292; LIÑÁN GARCÍA, Ángeles, "El ejercicio de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 22; RODA RODA, Dionisio, *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad...*, cit., p. 232; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "El ejercicio de la patria potestad en igualdad de condiciones...", cit., p. 473; MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., "El tratamiento de la custodia compartida...", cit., p. 7; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La audiencia del menor...", cit., pp. 3-5 y "Violencia de género...", cit., p. 4; y CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "El menor...", cit., p. 7.

⁹³¹ Vid. Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre: «(...) la audiencia del menor que tenga suficiente juicio no se configura ahora como imperativa sino como susceptible de modulación por el juez a través del inciso que subordina la decisión a que se estime necesario».

⁹³² Como hemos visto unas líneas más arriba, nuestro Tribunal Constitucional ya se había posicionado en favor de esta interpretación incluso con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial —vid. STC 139/2008, de 26 de mayo y 163/2009—.

⁹³³ Vid. Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre: «La aparente antinomia habrá de resolverse(...) teniendo en cuenta el argumento cronológico de ser *lex posterior*. Por tanto, habrá de entenderse que, siendo inexcusable garantizar el derecho del niño a expresar su opinión y ser oído, el trámite concreto de audiencia del menor no es imperativo y que su práctica queda subordinada a que se estime necesario».

si atendemos al principio de especialidad, el artículo 96.2 del Código Civil – dedicado a la determinación del régimen de guarda y custodia tras la ruptura de los progenitores – goza de preferencia sobre su artículo 159, que es el último resquicio que queda en nuestra legislación del carácter imperativo de la audiencia del menor.

Dentro de esta corriente doctrinal existen algunos autores que, pese a coincidir en que se ha eliminado la obligatoriedad de oír al menor que tenga suficiente juicio, consideran que en los procedimientos contenciosos se mantiene la obligatoriedad de oír en todo caso a los mayores de doce años⁹³⁴. Su argumento es la coletilla final que recoge el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «(...) *en todo caso, a los mayores de doce años*». Sin embargo, a mi modo de ver, lo que cabe deducir de la expresión «*en todo caso*» es que se presume que los mayores de doce años cuentan con suficiente juicio, y no que deban ser escuchados siempre – una presunción que también está prevista en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor –.

No obstante todo lo anterior, todavía existe un sector de la doctrina que considera que debe escucharse en todo caso a los menores que tengan suficiente juicio o sean mayores de doce años⁹³⁵. El principal argumento que esgrimen es que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, prevé la necesidad de escuchar al menor en todas aquellas decisiones que le afecten.

⁹³⁴ Vid. PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Modificación de medidas...", cit., p. 1342; y ZAERA NAVARRETE, Juan I., "La audiencia del menor...", cit., p. 808.

⁹³⁵ Vid. ESCUDERO GUTIÉRREZ, Isabel, "Una visión diferente...", cit., p. 85; GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Menores...", cit., p. 996; ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lisette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 183; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "El régimen de visitas...", cit., p. 88; NANCLARES VALLE, Javier, "La custodia de los hijos...", cit., p. 94; DE LAMA AYMÁ, Alejandra, "Posibilidad de modificar el régimen de guarda y custodia por incumplimiento del régimen de visitas: criterios", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 93, 2013, p. 435; MORERA VILLAR, Beatriz, *Guarda y custodia...*, cit., pp.123-124; LÓPEZ JARA, Manuel, "Aspectos procesales de la guarda y custodia...", cit., p. 5; DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 759, 2017, p. 349.

Ésta última interpretación es la que parecía seguir el Tribunal Supremo en un primer momento. En este sentido, en su Sentencia de 20 de octubre de 2014 consideró que existía obligación de escuchar en todo caso a los menores que tengan suficiente juicio o cuenten con más de doce años⁹³⁶. Los argumentos que utilizó resultan, a mi modo de ver, más que discutibles. Por un lado, puso de relieve la doctrina del Tribunal Constitucional que emana de su Sentencia 152/2005, de 6 de junio, una doctrina que como hemos visto ya ha sido superada por otras Sentencias posteriores –*vid.* STC 139/2008, de 26 de mayo y 163/2009, de 29 de junio de 2009– y que, precisamente, se posicionan en sentido contrario. Por tanto, se apoyaba en una doctrina constitucional que está a todas luces obsoleta. Por otro lado, consideró que tanto la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, como la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 establecen la obligatoriedad de oír a los menores que cuenten con suficiente juicio o sean mayores de doce años. Sin embargo, si vamos a las mencionadas normas, observamos que ni la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 –art. 12– ni la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor –art. 9– establecen la obligación de oír en todo caso a los mayores de doce años⁹³⁷. Además, parece que el alto Tribunal olvidó que el derecho del menor a ser oído es precisamente eso, un derecho –y no una obligación–. Por ende, si el menor no solicita la audiencia –o lo que es lo mismo, decide no ejercitar su derecho–, no se vulnerará su derecho a ser oído por el hecho de que el juez no considere necesario recabar su opinión. A mayor abundamiento, como nos recuerda la Audiencia Provincial de Valladolid en su Sentencia de 24 de mayo de 2006, el

⁹³⁶ *Vid.* STS de 20 de octubre de 2014: «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de doce años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005».

⁹³⁷ Aunque es cierto que el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, presume que el menor que tenga más de doce años cuenta ya con capacidad de juicio, en ningún momento dice que exista obligación de escuchar en todo caso a los mayores de doce años.

artículo 9 LOPJM, no debe ser tomado de forma aislada, sino en el contexto de la propia Ley en la que se incluye, cuyo objeto no es otro que la protección del interés del menor. De acuerdo a ello, si el menor no solicita ser oído y además el juez no estima necesario oírle, no existe vulneración alguna del interés superior del menor, que queda plenamente protegido.

Lo cierto es que un tiempo después el Tribunal Supremo comenzó a suavizar su postura y, en su Sentencia de 10 de julio de 2015, admitió la posibilidad de que el juez pueda prescindir de la audiencia del menor cuando considere que su práctica es innecesaria e intrascendente para la determinación del régimen de guarda y custodia⁹³⁸.

En definitiva, considero que la interpretación que debe darse a la legislación vigente es que se ha eliminado la obligatoriedad de oír al menor que tenga suficiente juicio o sea mayor de doce años. Por ende, el juez sólo debería oír al menor cuando éste solicite ser oído⁹³⁹ o cuando, no mediando petición, concurren dos requisitos: que tenga suficiente juicio y que el juez lo estime necesario.

A mayor abundamiento, considero que el menor puede negarse a ser oído aun en el caso de que el juez le requiera⁹⁴⁰, pues como ya he expuesto, el derecho de menor a ser oído incluye también su derecho a no hacerlo, o lo que es lo mismo, nos encontramos ante un derecho y no ante un deber. Y es que, como señala con acierto ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, «el juez tiene

⁹³⁸ Vid. STS de 10 de julio de 2015: «(...) la aparente contradicción entre el CC y la LEC es aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre los Derechos del Niño, que permiten al juez prescindir de la práctica de estas pruebas, en aras al interés superior del menor, motivando su razonamiento. En el caso que nos ocupa, entiende la Sala que la medida fue denegada de forma motivada, pues consideró que su práctica era innecesaria e intrascendente en relación al cambio o la determinación del progenitor custodio o al establecimiento de un nuevo sistema de guarda y que tal denegación, por tanto, no afectaba a la esfera personal y familiar del menor».

⁹³⁹ La petición que no proceda del menor, sino del resto de personas legitimadas de acuerdo al artículo 92.6 del Código Civil y al artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considero que no resultará suficiente en sí misma para que se practique la audiencia, siendo ineludible que el juez la considere necesaria.

⁹⁴⁰ Vid. MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor...", cit., p. 50.

obligación de oírle sólo en la medida en que el menor tiene derecho a ser oído»⁹⁴¹.

En cualquier caso, sería conveniente de *lege ferenda* que, para unificar el sistema de una vez por todas, el artículo 159 del Código Civil fuera reformado —puesto que, como hemos visto, es la única norma que mantiene la obligatoriedad de oír a los menores que tengan suficiente juicio o sean mayores de doce años— y se eliminara así la discordancia que existe entre el mencionado precepto y los artículos 92.6 del Código Civil y 770.4 y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁴².

Como habrá podido extraerse de mis palabras a lo largo de estas líneas, considero acertada la supresión de la obligatoriedad de escuchar en todo caso a los menores que tengan suficiente juicio o sean mayores de doce años, algo con lo que coincide buena parte de nuestra doctrina⁹⁴³ —aunque también existen opiniones disidentes⁹⁴⁴—. Debe tenerse en cuenta que son muchos los perjuicios que la comparecencia puede causarle al menor, como el alto coste emocional o el conflicto de lealtades al que puede enfrentarse⁹⁴⁵. Por ello, creo que en la medida de lo posible debe evitarse hacer pasar al menor por una situación tan traumática y estresante como lo es el hecho de participar en un procedimiento judicial.

⁹⁴¹ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 55 y *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 93.

⁹⁴² Tal y como defendí en un trabajo anterior —*vid.* MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 9—.

⁹⁴³ Vid. DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, María Soledad, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 728; TAMAYO HAYA, Silvia "La custodia compartida...", cit., pp. 690 y 693 y "El interés del menor...", cit., p. 73; DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 115; ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., pp.51 y 184; MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 9; y CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "El menor...", cit., p. 9. Incluso la Fiscalía General del Estado se ha mostrado favorable a la supresión de la obligatoriedad de la audiencia del menor —*vid.* Fiscalía General del Estado, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit., pp. 23 y 24—.

⁹⁴⁴ Vid. LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, "Leyes de familia y Constitución...", cit., p. 78.

⁹⁴⁵ Vid. TAMBORERO DEL RÍO, Ramón, "La guarda...", cit., p. 518; y TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El síndrome de alienación parental: Una forma de maltrato*, EOS: Psicología Jurídica, Madrid, 2006, p. 32.

Y es que, aun cuando habrá supuestos en los que la audiencia resulte necesaria, habrá también otros muchos en los que sea absolutamente prescindible. Esto ocurrirá por ejemplo cuando exista un acuerdo entre las partes que sea razonable y respetuoso con el principio del interés superior del menor; o cuando, pese a tratarse de un procedimiento contencioso, no se estime necesario por resultar suficientes el resto de pruebas practicadas.

Por otro lado, parece muy complicado establecer una regla general en cuanto a la edad a partir de la cual los niños tienen suficiente juicio⁹⁴⁶, ya que dependerá de la madurez psicológica y del desarrollo intelectual y emocional de cada niño⁹⁴⁷. Además, la capacidad de juicio no se adquiere en un instante, sino que se trata de un proceso que se va desarrollando de forma progresiva⁹⁴⁸.

Esta postura de tratar de apartar al menor de los perjuicios que pudiera causarle el hecho de intervenir en un proceso judicial ha sido seguida también por la mayoría de países de nuestro entorno. En cuanto al Derecho francés, que se refiere al derecho del menor a ser oído en el artículo 388.1 del *Code Civil*, supedita la audiencia a que el propio menor solicite ser oído y el juez no lo estime contrario a su interés, por lo que no cabría en principio que el juez decidiera oírlo de oficio. Además, no se fija ningún límite concreto de edad, utilizando como único criterio la suficiencia de juicio del menor. En el caso del Derecho italiano, si bien prevé que el juez escuche al menor que tenga suficiente juicio o sea mayor de doce años, continúa diciendo que no deberá oírle cuando la audiencia sea contraria al interés del menor o resulte manifiestamente innecesaria –art. 336–bis del *Codice Civile*–. Por tanto, a *sensu contrario*, cabe

⁹⁴⁶ Así lo ha reconocido el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla, en su Sentencia de 1 de septiembre de 2010.

⁹⁴⁷ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor...*, cit., pp. 220-221; PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit., p. 685; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 692 y "El interés del menor...", cit., p. 74; GOIRIENA LEKUE, Argurtzane, "La suficiencia de juicio del menor...", cit., p. 1103; MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor...", cit., p. 74; ATIENZA LÓPEZ, José Ignacio, "El interés del menor...", cit., p. 51; MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 9; y LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas...", cit., p. 59.

⁹⁴⁸ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor...*, cit., p. 221.

extraer que sólo deberá escucharse al menor cuando el juez lo estime necesario y la audiencia no comprometa su interés. Y respecto al Derecho inglés, no se recoge en la *Children Act 1989* ninguna mención a la posibilidad de que el menor sea oído por el juez, por lo que cabe entender que si éste quiere conocer la opinión del menor, deberá hacerlo a través de los informes emitidos por el correspondiente equipo técnico judicial⁹⁴⁹.

Para cerrar este apartado, simplemente señalar que la falta de audiencia del menor en aquellos casos en los que deba producirse – bien porque el menor con suficiente juicio solicite ser oído o bien porque el juez lo estime necesario y el menor no se oponga –, supondrá una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁵⁰ – art. 24.1 CE–. La consecuencia será por tanto la nulidad de las actuaciones y la retrotracción del procedimiento al momento en el que debía tener lugar la audiencia⁹⁵¹, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 238.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

b) Modo en el que debe llevarse a cabo la audiencia del menor

La audiencia del menor puede tener lugar tanto en primera como en segunda instancia – o en ambas –⁹⁵². Además, tal y como se desprende tanto de la legislación internacional – art. 12.2 Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 – como de nuestra normativa interna – art. 9.2 LOPJM –, su opinión puede conocerse de tres formas diferentes: mediante los

⁹⁴⁹ En el ámbito del Derecho anglosajón estos equipos reciben el nombre de *Children and Family Court Advisory Support Service* (CAFCAS).

⁹⁵⁰ Como ha señalado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional – *vid.* STC 224/2002, de 25 de noviembre y 17/2006, de 30 de enero, entre otras –, el derecho del menor a ser oído es una manifestación de su derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que su negación injustificada supone una vulneración del mencionado derecho.

⁹⁵¹ *Vid.* STS de 14 de mayo de 1987, STS de 30 de abril de 1991 y STS de 20 de octubre de 2014.

⁹⁵² *Vid.* SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Nota práctica sobre guarda y custodia...", cit., p. 240, "La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida", *Revista de derecho civil aragonés*, Nº 18, 2012, p. 24 y "La custodia compartida aragonesa...", cit., p. 256.

informes elaborados por el equipo técnico judicial adscrito al juzgado⁹⁵³, a través de una persona que lo represente, o bien compareciendo directamente ante el juez, en lo que conocemos como “exploración judicial del menor”.

La elección de una u otra modalidad de audiencia dependerá de las circunstancias que concurran, aunque con carácter general, considero que resulta preferible que la opinión del menor sea conocida bien a través del informe del equipo técnico judicial o bien por medio de la persona que le represente, reservando la exploración judicial para supuestos excepcionales⁹⁵⁴. En cualquier caso, pese a que la última palabra acerca del modo en el que se va a llevar a cabo la audiencia corresponde al juez, parece razonable que el posicionamiento del menor en favor de una modalidad concreta tenga un peso importante en la elección final⁹⁵⁵.

En cuanto a la primera opción, como es lógico, exige que previamente el equipo técnico judicial se haya entrevistado con el menor para recabar su opinión y plasmarla en el correspondiente informe, que posteriormente remitirá al juez.

Respecto a la posibilidad de que la opinión del menor se conozca a través de la comparecencia de terceras personas, el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, admite dos opciones: que sea el propio menor el que designe a la persona que lo represente o bien que actúen en su nombre sus representantes legales u otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitir su opinión objetivamente. Como es evidente, en materia de guarda y custodia debe descartarse la representación paterna, debido a la existencia de intereses contrapuestos entre los progenitores –art. 9.2 LOPJM–, por lo que tiene que recaer necesariamente sobre alguna de las demás personas a las que se refiere el

⁹⁵³ Vid. STC 22/2008, de 31 de enero de 2008 y 163/2009, de 29 de junio y Sentencias del TSJ de Aragón de 5 de julio de 2012, de 19 de octubre de 2012 y de 18 de julio de 2013 —entre otras—.

⁹⁵⁴ Vid. en este mismo sentido: DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, María Soledad, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 728; y TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 693.

⁹⁵⁵ Vid. en este mismo sentido: JIMÉNEZ LINARES, M^a Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución...", cit., p. 887.

precepto –ej. parientes o allegados del menor–. Además, en contra de la opinión de algún autor⁹⁵⁶, considero que no cabe en este caso el nombramiento de un defensor judicial, ya que el conflicto de intereses se da entre los propios padres, y no entre éstos y el menor –que es el supuesto de hecho que recoge el artículo 163 del Código Civil para que proceda el nombramiento del defensor judicial–.

Finalmente, la tercera forma de dar audiencia al niño es a través de la denominada “exploración judicial del menor”, que supone la comparecencia del menor por sí mismo ante el juez⁹⁵⁷. Al respecto, las únicas previsiones que encontramos en nuestra legislación acerca del modo de proceder en la exploración del menor son que se debe realizar de forma adecuada a su «situación y desarrollo evolutivo» –art. 9.1 LOPJM– y garantizando «que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses» –art. 770.4 Lec.–.

Ante la falta de concreción legal, nuestra doctrina propone que se lleve a cabo en un ambiente relajado y suprimiendo ciertas formalidades, como el uso de togas u otros signos de la Justicia que puedan intimidar al menor⁹⁵⁸. En este mismo sentido, se considera conveniente que se desarrolle fuera de la Sala de Vistas⁹⁵⁹, por ejemplo en el despacho del juez o en la oficina del equipo técnico judicial.

⁹⁵⁶ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 39.

⁹⁵⁷ Sobre la exploración judicial del menor, vid. ampliamente: GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, "El menor en el proceso civil", Anuario de justicia de menores, nº 16, 2016, pp. 119-148.

⁹⁵⁸ Vid. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 212; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 63; MORENO VELASCO, Víctor, "La exploración de menores...", cit., p. 1435; PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Modificación de medidas...", cit., p. 1344; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La audiencia...", cit., p. 1249; GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, "El menor...", cit.; y NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen, "El interés superior del menor...", cit., p. 137. Vid. también: Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

⁹⁵⁹ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 199; MORENO VELASCO, Víctor, "La exploración de menores...", cit., p. 1435; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La modificación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 1576; PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Modificación de medidas...", cit., p. 1344; y GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, "El menor...", cit. Vid. también: Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

Un aspecto controvertido es el relativo a las personas que deben estar presentes en el momento de la exploración del menor. Al respecto, no cabe duda de que deben participar tanto el juez como el ministerio fiscal –tal y como ha señalado el propio Tribunal Constitucional⁹⁶⁰–. Además, es recomendable que en la exploración esté presente algún miembro del equipo técnico judicial⁹⁶¹, con objeto de que pueda ayudar al juez a conocer la voluntad real del niño –ésta es una posibilidad que prevé expresamente tanto el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor–. Por contra, parece que no resulta conveniente que asistan a la exploración los padres del niño u otros familiares⁹⁶² –incluidos los profesionales que les representen⁹⁶³–, pues

⁹⁶⁰ Vid. STC 17/2006, de 30 de enero: «los arts. 138.2 y 754 LEC permiten, en efecto, celebrar las audiencias de menores a puerta cerrada y de manera reservada, esto es, sin asistencia de las partes(...), pero tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al ministerio fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso (art. 749.2 LEC) de forma imparcial (art. 124.2 CE y 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos es necesario permitir su intervención preceptiva en la exploración, a fin de que el fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias».

⁹⁶¹ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, cit., p. 134; RAMÍREZ GONZÁLEZ, Marta, *Cuando los padres se separan. Alternativas de custodia para los hijos [Guía práctica]*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, p. 55; DE TORRES PEREA, José Manuel, "Tratamiento del interés del menor...", cit., pp. 713-714; CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores...", cit., p. 1748; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 199; SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 212; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 264; ALTIERI MASSA, Santiago, "El derecho del niño y adolescente a ser oído", en: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008, p. 41; MORENO VELASCO, Víctor, "La exploración de menores...", cit., p. 1436; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La modificación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 1578; TEJEDOR HUERTA, Asunción, "El Interés de los Menores...", cit., p. 72; MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor...", cit., p. 59; GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, "El menor en el proceso civil". *XXIII Jornadas Ius Familiae: Edades legales y capacidades especiales*, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 2014; LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas...", cit., p. 63; NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen, "El interés superior del menor...", cit., p. 134; ZAERA NAVARRETE, Juan I., "La audiencia del menor...", cit., p. 807; y CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "El menor...", cit., p. 5. Vid. también: Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

⁹⁶² Vid. ALTIERI MASSA, Santiago, "El derecho del niño...", cit., p. 41; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 61; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 298; MORENO VELASCO, Víctor, "La exploración de menores...", cit., p. 1435; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La modificación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 1578 y "La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales", *La Ley*, Nº 7956, 2012, tomo 4, p. 1248; PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Modificación de medidas...", cit., p. 1343; GARCIMARTÍN MONTERO,

ello aumentaría al nivel de presión al que queda sometido el menor. Además, esta postura es coherente con lo dispuesto tanto por el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor –que exige que la exploración del menor se lleve a cabo «*cuidando preservar su intimidad*»– como por el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –que prevé que se realice «*sin interferencias de otras personas*»–.

En lo que concierne al acto de la exploración, parece que el primer paso consiste en informar convenientemente al menor acerca de los aspectos sobre los que debe pronunciarse⁹⁶⁴, así como las razones por las que resulta necesario conocer su opinión –art. 9.1 LOPJM–. Las preguntas que se le formulen deben estar encaminadas a que el menor pueda expresar libremente sus gustos y preferencias, sin que se vea obligado a declarar sobre hechos controvertidos o a manifestar su opinión sobre los mismos⁹⁶⁵ –recordemos que no es un interrogatorio⁹⁶⁶, ya que el menor no comparece como parte ni como testigo–. A modo de ejemplo, considero que en ningún caso se le debe preguntar directamente con qué progenitor prefiere vivir⁹⁶⁷, ya que para cualquier persona resultaría muy complicado –e incluso traumático– decantarse por su

Regina, "El menor...", cit.; y ZAERA NAVARRETE, Juan I., "La audiencia del menor...", cit., p. 806. Vid. también: Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986, de 15 de diciembre: «nunca se desarrollará en presencia de los padres».

⁹⁶³ Vid. en este sentido: LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 264. No obstante, también hay quien considera que han de concurrir al acto de la audiencia los abogados y procuradores de las partes –vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 192–.

⁹⁶⁴ Vid. ATIENZA LÓPEZ, José Ignacio, "El interés del menor...", cit., p. 51.

⁹⁶⁵ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 64; MORENO VELASCO, Víctor, "La exploración de menores...", cit., p. 1435; y ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La audiencia...", cit., p. 1248.

⁹⁶⁶ Vid. Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986, de 15 de diciembre: «la exploración de los menores nunca puede identificarse con un interrogatorio porque no se trata de una prueba testifical(...)».

⁹⁶⁷ Vid. en este mismo sentido: PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit., p. 686; PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 7; CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "El menor...", cit., p. 5; y RODA RODA, Dionisio, "La prueba pericial en los procedimientos de familia: Peritos, testigos peritos, procedencia, práctica y valoración", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, Nº 50, 2016, p. 26.

padre o por su madre ante un supuesto de ruptura matrimonial. Y es que, debe evitarse en todo caso provocar en el menor un conflicto de lealtades, como nos recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 17 de enero de 2012 – caso *Kopf y Liberda* contra Austria –.

Respecto al modo en el que debe recogerse el resultado de la exploración, la ausencia de una regulación específica ha propiciado que se hayan venido utilizando diferentes fórmulas⁹⁶⁸, aunque lo más habitual es que se haga constar mediante un acta levantada por el letrado de la administración de justicia – antiguo secretario judicial – ⁹⁶⁹. En cualquier caso, independientemente de la fórmula que se use para plasmar el resultado de la exploración, considero que no debe darse traslado del mismo a las partes⁹⁷⁰ – ni tampoco explicitarlo directamente en la Sentencia⁹⁷¹ –, pues ello conllevaría una vulneración del artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor – que, como hemos visto, exige que se preserve la intimidad del menor –.

c) Valor que debe darse a la opinión del menor

Una vez vistas las vicisitudes que se plantean en torno al derecho del menor a ser oído y analizado el modo en el que tiene que llevarse a cabo la

⁹⁶⁸ En ocasiones la exploración es grabada a través de medios audiovisuales, o bien elabora el juez un informe en el que incluye sus impresiones sobre lo manifestado por el menor, etc. —*vid.* VIÑAS MAESTRE, Dolors, "Medidas relativas a los hijos menores...", cit., p. 32; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La audiencia...", cit., p. 1249; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La audiencia del menor...", cit., p. 8—.

⁹⁶⁹ Esta es la opción que se hubiera seguido en todos los casos si hubiera prosperado la reforma impulsada 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, puesto que el artículo 2.3 de dicho texto pretendía incluir en el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo siguiente: «*del resultado de la exploración de los hijos se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual*». Cabe mencionar que la redacción original del Anteproyecto no recogía esta modificación, que fue introducida posteriormente a petición de la Fiscalía General del Estado —*vid. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit., p. 53—.

⁹⁷⁰ *Vid.* en este mismo sentido: VIÑAS MAESTRE, Dolors, "Medidas relativas a los hijos menores...", cit., p. 32.

⁹⁷¹ *Vid.* en este mismo sentido: ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, SEIJO MARTÍNEZ, María Dolores y FARIÑA RIVERA, Francisca, "Razonamientos judiciales...", cit., p. 62.

práctica de la audiencia, interesa detenerse ahora en el valor que debe darse a la opinión del menor.

Al respecto, existe unanimidad en nuestra jurisprudencia⁹⁷² y doctrina⁹⁷³ en considerar que la opinión del menor no tiene carácter vinculante para el juez, algo que parece bastante lógico, puesto que los deseos manifestados por el menor no siempre van a coincidir con su interés real⁹⁷⁴ — que, como vengo repitiendo, es el fin último al que debe atender el juez —. Por ende, el derecho del menor a ser oído no debe confundirse con el derecho a decidir⁹⁷⁵, que corresponde exclusivamente al juez. De hecho, aunque en

⁹⁷² Vid. a modo de ejemplo SAP de Valencia de 26 de noviembre de 2001, SAP de A Coruña de 21 de marzo de 2006, SAP de Navarra de 17 de noviembre de 2006, SAP de La Rioja de 28 de mayo de 2007, SAP de Barcelona de 4 de julio de 2007 SAP de Granada de 2 de octubre de 2009 y SAP de Tarragona de 21 de marzo de 2014 —entre muchas otras—.

⁹⁷³ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, cit., p. 124; DE MARINO BORREGÓ, Rubén, "Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna...", cit., p. 251; LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel A., SERRANO MOLINA, Alberto y SAINZ TORRES, Marta, "Ni vencedores ni vencidos en la guerra por los hijos...", cit., p. 28; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 695 y "El interés del menor...", cit., p. 79; ALTIERI MASSA, Santiago, "El derecho del niño...", cit., p. 43; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 42; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 294; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales...", cit., p. 1945; MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor...", cit., p. 59; PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Modificación de medidas...", cit., p. 1328; NANCLARES VALLE, Javier, "La custodia de los hijos...", cit., p. 96; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, Carlos, "Régimen común...", cit. p. 199; NÚÑEZ NÚÑEZ, María, "La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores...", cit., p. 89; BARRADA ORELLANA, Reyes, "Modificación de medidas en cuanto a la guarda de los hijos comunes...", cit., p. 212; MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 8; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La audiencia del menor...", cit., p. 9.

⁹⁷⁴ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, cit., p. 98; RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia...", cit., p. 328; DE MARINO BORREGÓ, Rubén, "Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna...", cit., pp. 251-252; LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel A., SERRANO MOLINA, Alberto y SAINZ TORRES, Marta, "Ni vencedores ni vencidos en la guerra por los hijos...", cit., p. 28; LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, "Leyes de familia y Constitución...", cit., p. 65; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., pp. 290-291; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 42; CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, "Ley Valenciana...", cit., p. 3; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La modificación del régimen de guarda y custodia por la voluntad del hijo", *La Ley*, Nº 7600, 2011, tomo 2, p. 1576; MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor...", cit., p. 59; TEJEDOR HUERTA, Asunción, "El Interés de los Menores...", cit., p. 72; DE LAMA AYMÁ, Alejandra, "Posibilidad de modificar el régimen de guarda y custodia...", cit., p. 439; NÚÑEZ NÚÑEZ, María, "La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores...", cit., p. 89; MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 8; LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas...", cit., p. 63; y MECO TÉBAR, Fabiola, "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores...", cit., p. 594.

⁹⁷⁵ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, cit., p. 124; ALTIERI MASSA, Santiago, "El derecho del niño...", cit., p. 43; CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, "Ley Valenciana...", cit., p. 3; BARRADA ORELLANA, Reyes, "Modificación de medidas en cuanto a la guarda de los hijos comunes...", cit., p. 212.

muchas ocasiones nuestros tribunales siguen la opinión del menor⁹⁷⁶, no es raro encontrar pronunciamientos en los que se apartan de los deseos manifestados por éste⁹⁷⁷.

Ahora bien, el hecho de que la opinión del menor no resulte determinante no significa que no deba tenerse en cuenta. Lo que ocurre es que deberá ser valorada junto al resto de elementos de los que dispone el juez⁹⁷⁸ —a los que me voy a ir refiriendo en las siguientes páginas—.

Además, las apreciaciones y valoraciones del menor acerca de la conducta de cada uno de sus progenitores pueden resultar muy útiles para que el juez pueda conocer la realidad familiar con más precisión⁹⁷⁹, lo que le ayudará a determinar qué progenitor presenta mayores aptitudes para asumir la guarda y custodia de sus hijos —o si ambos presentan aptitudes suficientes—

⁹⁷⁶ *Vid.* a modo de ejemplo: STS de 11 de febrero de 2016, STS de 29 de marzo de 2016. *Vid.* también: SAP de Málaga de 14 de julio de 2005, SAP de Valladolid de 16 de junio de 2006, SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, SAP de Murcia de 26 de febrero de 2007, SAP de Madrid de 15 de marzo de 2007, SAP de Alicante de 4 de abril de 2007, SAP de Ciudad Real de 20 de abril de 2007, SAP de Asturias de 27 de abril de 2007, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de abril de 2007, SAP de Madrid de 11 de octubre de 2007, SAP de Madrid de 27 de diciembre de 2007, SAP de Jaén de 26 de diciembre de 2008, SAP de Baleares de 13 de julio de 2009, SAP de Valencia de 7 de octubre de 2009, SAP de Baleares de 11 de mayo de 2010, SAP de Barcelona de 18 de mayo de 2010, SAP de La Rioja de 21 de junio de 2010, SAP de Málaga de 16 de julio de 2010, SAP de Ciudad Real de 16 de febrero de 2011, SAP de Segovia de 3 de junio de 2011, SAP de Zaragoza de 14 de junio de 2011, SAP de Navarra de 29 de septiembre de 2011, SAP de Girona de 5 de diciembre de 2011, SAP de Ourense de 19 de julio de 2012, SAP de Murcia de 25 de marzo de 2013, SAP de Valencia de 23 de septiembre de 2013, SAP de Valencia de 30 de abril de 2014, SAP de Valencia de 21 de julio de 2014, SAP de Alicante de 5 de mayo de 2015, SAP de Barcelona de 12 enero de 2018, SAP de Zaragoza de 16 enero de 2018 y SAP de Ávila de 1 febrero de 2018.

⁹⁷⁷ *Vid.* a modo de ejemplo: STS de 9 de octubre de 2015, STS de 22 septiembre de 2017 y STS de 17 enero de 2018. *Vid.* también: SAP de Zaragoza de 27 de noviembre de 1995, SAP de Toledo de 11 de noviembre de 1999, SAP de Barcelona de 28 de abril de 2003, SAP de Barcelona de 9 de junio de 2004, SAP de Barcelona de 22 de julio de 2004, SAP de Baleares de 29 de junio de 2005, SAP de Málaga de 30 de junio de 2008, SAP de Asturias de 28 de abril de 2010, SAP de Barcelona de 9 de febrero de 2010, SAP de Barcelona de 7 de noviembre de 2010, SAP de Madrid de 5 de julio de 2013, SAP de Alicante de 12 de julio de 2013, SAP de Castellón de 8 de octubre de 2014 y SAP de Alicante de 7 de mayo de 2015.

⁹⁷⁸ *Vid.* LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel A., SERRANO MOLINA, Alberto y SAINZ TORRES, Marta, "Ni vencedores ni vencidos en la guerra por los hijos...", cit., p. 28; TAMAYO HAYA, Silvia, "El interés del menor...", cit., p. 79; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales...", cit., p. 1945; y MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 8.

⁹⁷⁹ *Vid.* LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel A., SERRANO MOLINA, Alberto y SAINZ TORRES, Marta, "Ni vencedores ni vencidos en la guerra por los hijos...", cit., p. 28; y ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La modificación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 1576.

A mayor abundamiento, la utilidad de la opinión del menor no se agota con la determinación del régimen de guarda y custodia, sino que también puede ser relevante para configurar el sistema de organización concreta del régimen de guarda y custodia acordado o para establecer el correspondiente régimen de relaciones con el progenitor que no tenga consigo al menor⁹⁸⁰.

Para valorar la opinión del menor, el juez deberá atender a diversos factores. Algunos de ellos están previstos en nuestra normativa⁹⁸¹, como su edad o su madurez y grado de discernimiento – art. 9.1 LOPJM y art. 12.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 –⁹⁸². En cuanto a la edad, debe darse mayor relevancia a su opinión cuanto mayor sea – particularmente cuando esté próximo a la mayoría de edad⁹⁸³ – y, en el caso de los Derechos navarro y aragonés, con especial consideración a los mayores de catorce años – art. 3 d) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 80.2 c) CDFa –.

Pero además, el juez tendría tener en cuenta otros factores, como el posible conflicto de lealtades ante el que pueda encontrarse el menor⁹⁸⁴; los motivos que le hayan llevado a pronunciarse en uno u otro sentido⁹⁸⁵, ya que en

⁹⁸⁰ Vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia individual...", cit., p. 26.

⁹⁸¹ El art. 9.1 LOPJM señala que deberán tenerse en cuenta debidamente las opiniones del menor «*en función de su edad y madurez*» y, a nivel internacional, el art. 12.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 dispone en términos idénticos que la opinión del menor deberá ser tenida en cuenta «*en función de la edad y madurez del niño*».

⁹⁸² El art. 9.1 LOPJM señala que deberán tenerse en cuenta debidamente las opiniones del menor «*en función de su edad y madurez*» y, a nivel internacional, el art. 12.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 dispone en términos idénticos que la opinión del menor deberá ser tenida en cuenta «*en función de la edad y madurez del niño*».

⁹⁸³ Vid. TEJEDOR HUERTA, Asunción, "El Interés de los Menores...", cit., p. 72.

⁹⁸⁴ Vid. DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 96.

⁹⁸⁵ Vid. GOIRIENA LEKUE, Argurtzane, "La suficiencia de juicio del menor...", cit., p. 1101; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 155; DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 32; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La modificación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 1576; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 42.

muchas ocasiones pueden responder a móviles egoístas o caprichosos⁹⁸⁶, como la mayor permisibilidad de uno y otro progenitor; o la existencia de posibles presiones o manipulaciones procedentes de una o ambas partes⁹⁸⁷ – incluso de un tercero⁹⁸⁸ –, que en el peor de los casos pueden responder a que el menor se encuentre afectado por la denominada alienación parental⁹⁸⁹, a la que posteriormente me referiré con mayor detalle⁹⁹⁰.

B) Resultado de los informes exigidos legalmente

El Código Civil hace referencia a dos tipos de informes: el del ministerio fiscal –previsto en los puntos 6 y 8 de su artículo 92– y los emitidos por especialistas debidamente cualificados –que se recogen en el artículo 92.9 Cc.–. A continuación me referiré a ambos por separado.

⁹⁸⁶ Vid. DE MARINO BORREGÓ, Rubén, "Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna...", cit., p. 252; RAMÍREZ GONZÁLEZ, Marta, *Cuando los padres se separan...*, cit., p. 55; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 696; DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 32; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La modificación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 1576; CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, "Ley Valenciana...", cit., p. 3; PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Modificación de medidas...", cit., p. 1328; y LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas...", cit., p. 63.

⁹⁸⁷ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, cit., pp. 125 y 133-134; DÍAZ SIERRA, María del Carmen, "El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio rector del interés superior del menor", *Revista uruguaya de derecho de familia*, Nº 15, 2000, p. 192; DE MARINO BORREGÓ, Rubén, "Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna...", cit., p. 252; RAMÍREZ GONZÁLEZ, Marta, *Cuando los padres se separan...*, cit., p. 55; VALLEJO AYALA, Lourdes L., "Efectos de la alienación parental...", cit., pp. 86 y 92; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 696; GOIRIENA LEKUE, Argurtzane, "La suficiencia de juicio del menor...", cit., p. 1101; DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 32; ALTIERI MASSA, Santiago, "El derecho del niño...", cit., p. 41; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 155; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 42; ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 186; CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, "Ley Valenciana...", cit., p. 3; TEJEDOR HUERTA, Asunción, "El Interés de los Menores...", cit., p. 72; PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Modificación de medidas...", cit., p. 1328; y LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas...", cit., p. 63.

⁹⁸⁸ Vid. ALTIERI MASSA, Santiago, "El derecho del niño...", cit., p. 43; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 42.

⁹⁸⁹ Esto es lo que ocurre por ejemplo en los supuestos enjuiciados por las SAP de Asturias de 9 de junio de 2004, SAP de Murcia de 1 de julio de 2005, SAP de Sevilla de 24 de octubre de 2008 y SAP de Barcelona de 22 de septiembre de 2010. Incluso el TEDH, en su Sentencia de 13 de julio del 2000, considera que la voluntad de un menor está viciada por padecer el Síndrome de Alienación Parental.

⁹⁹⁰ Vid. Epígrafe 3.2.H).a) del Capítulo IV.

En cuanto a la intervención del ministerio fiscal, como he expuesto en su momento⁹⁹¹, es preceptiva en cualquier procedimiento en el que se vean involucrados menores de edad. En este sentido, antes de pronunciarse sobre la guarda y custodia de los hijos, el juez debe recabar en todo caso informe del ministerio fiscal – art. 92.6 Cc. –.

Ya he analizado el valor de dicho informe al referirme a los requisitos que exige nuestro Código para establecer el régimen de custodia compartida, por lo que me remito a lo señalado anteriormente⁹⁹². Cabe recordar, no obstante, que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la necesidad de que el informe del ministerio fiscal resultara favorable para la adopción del régimen de custodia compartida – *vid.* STC 185/2012, de 17 de octubre –, por lo que actualmente el informe emitido por este órgano no vincula al juez.

A continuación, me centraré en los dictámenes emitidos por los distintos especialistas, cuya intervención está prevista tanto en nuestra normativa estatal⁹⁹³ como en todas las leyes autonómicas que han entrado a regular la cuestión de la guarda y custodia de los hijos menores⁹⁹⁴. De hecho, la emisión de informes relacionados con la determinación del régimen de guarda y custodia se ha convertido en la tarea más frecuente que deben llevar a cabo los equipos técnicos judiciales adscritos a los juzgados⁹⁹⁵.

⁹⁹¹ *Vid.* Epígrafe 1.1.A).b) del Capítulo IV.

⁹⁹² *Vid.* Epígrafe 1.1.A).b) del Capítulo IV.

⁹⁹³ *Vid.* art. 92.9 Cc., art. 339.5 Lec. y art. 2.5 b) LOPJM. También los mencionaba el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia – *vid.* arts. 1.4 y 2.3 del Anteproyecto, en la redacción que pretendían dar al nuevo art. 92 bis.3 Cc. y al art. 770.1.4 Lec., respectivamente –.

⁹⁹⁴ *Vid.* art. 80.3 CDFA, Disposición adicional sexta Cc.Cat., art. 3.2 Ley Foral navarra 3/2011 y arts. 9.3.f), 9.4 y 9.6 Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 5.3 d) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

⁹⁹⁵ Tanto es así, que «se calcula que al menos el 80 por 100 de la demanda de periciales psicológicas en los Juzgados de Familia corresponde a asuntos matrimoniales y de ellos una proporción variable pero en todo caso no inferior a la mitad, son dictámenes de custodia» – *vid.* RAMÍREZ GONZÁLEZ, Marta, *Cuando los padres se separan...*, cit., p. 51; y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, JARNE ESPARCIA, Adolfo y CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier, "Informe pericial psicológico en tribunales de familia: análisis de su estructura, metodología y contenido", *Escritos de Psicología*, Vol. 8, Nº 1, 2015, p. 45.

Del artículo 92.9 del Código Civil se deduce que la solicitud por el juez de los dictámenes de especialistas no es preceptiva⁹⁹⁶, ya que se limita a señalar que «podrá» recabarlos, otorgándole así un carácter claramente facultativo⁹⁹⁷. Lo mismo ocurre, en todas las normas autonómicas. Las mayores dudas se planteaban en el caso de la anulada Ley valenciana 5/2011, ya que, al incluir el informe de los especialistas como uno de los criterios que debe seguir el juez antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor —art. 5.3 d)—, pudiera parecer que éste estaba obligando a recabarlo en todo caso⁹⁹⁸. Sin embargo, considero que lo que pretendió establecer el legislador valenciano es que, en caso de que se contara con informes de especialistas, debían tenerse en cuenta para la determinación del régimen de guarda y custodia; y no que fuera preceptivo recabarlos. Algo parecido sucede en el caso de la Ley del País Vasco 7/2015, ya que también incluye el informe de los especialistas dentro de los criterios para la determinación del régimen de guarda y custodia —art. 9.3 f)—. Sin embargo, en este caso no cabe duda acerca del carácter facultativo de los mismos, ya que el propio artículo 9.4 de la referida ley utiliza la expresión

⁹⁹⁶ Así ha sido interpretado por nuestra jurisprudencia —*vid.* STS de 2 de noviembre de 2011, STS de 30 de octubre de 2014, SAP de Barcelona de 23 de octubre de 2012: «(...) la propuesta a los tribunales para que acuerden la elaboración de los informes psicosociales en el seno del proceso no es una prueba pericial típica, sino que su práctica depende exclusivamente de que el tribunal que tiene a su cargo el enjuiciamiento considere oportuno y necesario ordenar tal intervención cuando los intereses del menor lo aconsejen(...)» y SAP de Asturias de 16 de enero de 2015 — y doctrina —*vid.* RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida impuesta por el juez...", cit., p. 200; IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 114; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 696; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Una visión crítica...", cit., p. 586 y "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1449; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La guarda y custodia compartida (alterna)...", cit., p. 52; DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar: un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia", *La Ley*, Nº 8299, 2014, tomo 2, p. 1.413; CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "El menor...", cit., pp. 11-12; y LÓPEZ JARA, Manuel, "Aspectos procesales de la guarda y custodia...", cit., p. 4.

⁹⁹⁷ Lo cierto es que durante la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda en el Senado —enmienda nº 38— en la que pedía que el dictamen fuera preceptivo en aquellos casos en los que se pretendiera establecer el régimen de custodia compartida sin que existiera acuerdo entre las partes —*vid.* BOCG. Senado Núm. II-14-c de 26/05/2005—. No obstante, no terminó prosperando.

⁹⁹⁸ Ésta es la interpretación a la que llega CORDERO CUTILLAS —*vid.* CORDERO CUTILLAS, Iciar, "Algunas consideraciones de la Ley 5/2011...", cit., p. 351—.

«podrá» —al igual que hemos visto que hace nuestro Código—, excluyendo con ello la obligación de recabarlos en todo caso.

Pese a que no resulta preceptivo recabar informe de especialistas, lo cierto es que sí resulta conveniente⁹⁹⁹. En este sentido, aunque hay quien considera que sólo se debe recurrir a estos dictámenes cuando sea estrictamente necesario —en casos de patologías, adicciones, posible violencia de género, etc.—¹⁰⁰⁰, a mi modo de ver, pueden ser de utilidad en cualquier supuesto en el que se quiera profundizar en el conocimiento de la situación familiar y en la aptitud de los progenitores para asumir los cuidados de sus hijos menores¹⁰⁰¹.

Estos dictámenes pueden ser de dos tipos: de parte —art. 335 y ss. Lec.— o de designación judicial —art. 339 y ss. Lec.—. En el segundo supuesto, el juez podrá ordenar su emisión de oficio o bien a petición de una de las partes o del ministerio fiscal¹⁰⁰². Hay autores que consideran que debería excluirse la posibilidad de presentar peritos de parte en este tipo de procedimientos, con objeto evitar el trasiego continuo de los menores por diferentes especialistas y lograr a su vez una mayor objetividad en la elaboración los informes¹⁰⁰³. En este sentido, el Grupo Parlamentario Vasco llegó a presentar una enmienda durante la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, proponiendo que únicamente pudiera presentarse el

⁹⁹⁹ Vid. IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 115; y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Una visión crítica...", cit., p. 586 y "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1449.

¹⁰⁰⁰ Vid. CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "El menor...", cit., p. 11.

¹⁰⁰¹ La aptitud de los progenitores es uno de los criterios que se vienen utilizando para la concreción del interés del menor en la determinación del régimen de guarda y custodia. A él me referiré más adelante con detenimiento —vid. Epígrafe 3.2.B) del Capítulo IV—.

¹⁰⁰² Vid. IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 115; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 170; y MORERA VILLAR, Beatriz, *Guarda...*, cit., p. 129.

¹⁰⁰³ Vid. PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit., p. 688; TAMAYO HAYA, Silvia, "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia...", cit., p. 747 y "La custodia compartida...", cit., p. 698; y CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, "Una visión crítica sobre la regulación de la custodia compartida...", cit., p. 15.

dictamen encargado por el juez al equipo psico-asistencial adscrito a la Administración de Justicia¹⁰⁰⁴. No obstante, no terminó prosperando¹⁰⁰⁵.

A mi modo de ver, negar la posibilidad de presentar dictámenes encargados por las partes a especialistas privados podría atentar contra su derecho a usar todos los medios de prueba que estimen necesario y, en concreto, el relativo a poder aportar al proceso el dictamen de peritos –art. 335.1 Lec.–. No cabe duda de que con carácter general tendrán mayor peso los informes elaborados por los profesionales designados judicialmente –por las razones que más adelante expondré–, pero no debe excluirse por ello la posibilidad de que las partes puedan presentar sus propios peritos.

Respecto a los profesionales encargados de elaborar estos dictámenes, el artículo 92.9 del Código Civil se refiere a «*especialistas debidamente cualificados*». La redacción originaria del Proyecto de Ley que dio lugar a la Ley 15/2005, se refería exclusivamente a «*un facultativo*», pero tras diversas enmiendas solicitando la modificación de dicha expresión¹⁰⁰⁶, fue sustituida por «*especialistas debidamente cualificados*». En el mismo sentido se pronuncia el artículo 2.5 b) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que habla de «*profesionales cualificados o expertos*». Aunque en ninguna de las dos normas se especifica en qué consiste dicha cualificación¹⁰⁰⁷, cabe entender que se está refiriendo a la necesidad de que los profesionales que intervengan cuenten con formación especializada. Con carácter general, el

¹⁰⁰⁴ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005: enmienda nº 38, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV).

¹⁰⁰⁵ La enmienda fue rechazada por el Congreso de los Diputados en su sesión nº 79 (votación 43), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 143 votos a favor, 162 en contra y 19 abstenciones –vid. DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005–.

¹⁰⁰⁶ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005: enmienda nº 33, presentada por Dña. María Olaia Fernández Davila, del Grupo Parlamentario Mixto, enmienda nº 42, presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde – Izquierda Unida – Iniciativa per Catalunya Verds y enmienda nº 81, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.

¹⁰⁰⁷ Vid. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 214.

encargado de elaborar el dictamen será un psicólogo o un trabajador social¹⁰⁰⁸, aunque la expresión «*especialistas debidamente cualificados*» da a entender que puede hacerse extensivo a otros profesionales —médicos¹⁰⁰⁹, psiquiatras, pedagogos, terapeutas, educadores, etc.—¹⁰¹⁰. Además, parece razonable pensar que no debería bastar con estar en posesión de alguna de las mencionadas titulaciones, sino que sería necesario contar también con formación específica en materia de familia y menores¹⁰¹¹.

Por otro lado, aunque la ley no lo dice expresamente¹⁰¹², cabe entender que los dictámenes que el juez solicite serán elaborados por el equipo técnico judicial adscrito al juzgado¹⁰¹³ o, cuando el juzgado no cuente con dicho equipo,

¹⁰⁰⁸ Vid. AGUILAR CUENCA, José Manuel, *S.A.P.: Síndrome de Alienación Parental*, Almuzara, 2004, p. 26; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 44; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Valoración del Informe Pericial sobre la Custodia de Menores en Sentencias Judiciales: Estudio comparativo entre informes privados y oficiales", *Escritos de Psicología*, Vol. 8, Nº 3, 2015, p. 14; y RODA RODA, Dionisio, "La prueba pericial en los procedimientos de familia...", cit., pp. 21-22.

¹⁰⁰⁹ Aunque la utilidad de los informes médicos en esta materia es limitada, lo cierto es que pueden tener cierta relevancia para detectar la posible existencia de violencia de género —*vid.* LANGA MUELA, Adrián, *Custodia compartida en Aragón*, cit., pp. 64-65—, lo que daría lugar a la aplicación de las prohibiciones previstas en el art. 92.7 Cc —*vid.* Epígrafe 3.2.E.b) del Capítulo IV—.

¹⁰¹⁰ Vid. MONTERO AROCA, Juan, *Guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 217; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, "El menor en las situaciones de crisis familiar...", cit., p. 133; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 697; TIRADO ESTRADA, Jesús José, "Especialización de la jurisdicción de familia. Términos para el debate e implantación", en: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* —dirs. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María y GARCÍA CRIADO, Juan José—, Estudios de Derecho Judicial, Nº 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 367; IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 115; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 293; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 109; y LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas...", cit., p. 65.

¹⁰¹¹ Vid. TIRADO ESTRADA, Jesús José, "Especialización de la jurisdicción de familia...", cit., p. 367; y LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas...", cit., p. 67.

¹⁰¹² La ausencia de una regulación específica de los equipos técnicos judiciales ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina —*vid.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *La reforma de la Ley del divorcio...*, cit., p. 40; y LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 170—. En este sentido, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía corregir esta deficiencia normativa y recoger expresamente los equipos técnicos judiciales en nuestro Código Civil —*vid.* art. 92 bis.3 Cc., en la redacción que le hubiera dado el art. 1.3 del Anteproyecto—.

¹⁰¹³ Los equipos técnicos judiciales fueron creados en el año 1983 por el Ministerio de Justicia como instrumento de apoyo en los Juzgados de familia y su principal misión asesorar al juez en todas aquellas cuestiones para las que sea requerido por éste —*vid.* PAZ RODRÍGUEZ, Juan Ignacio, "La prueba pericial", *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, 2009, p. 1—. Aunque es

por el profesional que designe el propio juez de acuerdo a lo previsto en el artículo 339 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰¹⁴.

Respecto al tipo de procedimiento, podrá hacerse uso de ellos tanto en los procesos contenciosos como en los de mutuo acuerdo —cuando el juez lo estime necesario para comprobar que las medidas acordadas resultan convenientes para el interés superior del menor¹⁰¹⁵ o bien cuando las partes lo aporten voluntariamente¹⁰¹⁶—.

El informe pericial puede emitirse en diferentes momentos a lo largo del procedimiento: en fase de medidas provisionalísimas —art. 104 Cc.—, de medidas provisionales —art. 103 Cc.— o bien de cara a adoptar las medidas definitivas¹⁰¹⁷. También pueden jugar un papel importante en los procesos iniciados por alguno de los progenitores para modificar las medidas adoptadas en la sentencia¹⁰¹⁸. Incluso cabría recurrir a estos dictámenes de forma periódica una vez que el procedimiento ha concluido, como seguimiento de las medidas adoptadas en la sentencia¹⁰¹⁹, aunque lo razonable es que esta posibilidad se reserve únicamente para los casos en los que existan dudas sobre el correcto desarrollo de las medidas establecidas. En todo caso, con independencia del momento en el que se emita el dictamen, es conveniente que sea ratificado en presencia judicial, para que los especialistas que lo han elaborado puedan explicar el contenido del mismo y ser sometidos a las pertinentes preguntas de

frecuente el uso de diversas denominaciones para referirse a ellos —ej. equipo psicossocial—, mantendré la utilización de la expresión “equipo técnico judicial” por ser la que emplea la legislación vigente —art. 92.6 Cc. y arts.770.4 y 777.5 Lec.—.

¹⁰¹⁴ Vid. ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 62.

¹⁰¹⁵ Vid. SORIANO IBÁÑEZ, Benito, "Los procesos de familia...", cit., p. 27.

¹⁰¹⁶ Vid. ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 62.

¹⁰¹⁷ Vid. MECERREYES JIMÉNEZ, L. José, "La práctica pericial psicológica en los juzgados de familia", *Papeles del psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, Nº 73, 1999, p. 1.

¹⁰¹⁸ Vid. AGUILAR CUENCA, José Manuel, S.A.P..., cit., p. 26.

¹⁰¹⁹ Vid. SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia", en: *Custodia compartida y protección de menores* —TAPIA PARREÑO, José Jaime—, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 192; y CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 126.

aclaración que les formulen las partes o el propio juez¹⁰²⁰ –arts. 346 y 347 Lec. –.

A la hora de realizar su informe, los profesionales podrán acudir a diferentes técnicas, como la observación –directa o indirecta–, las entrevistas –individuales o grupales–, las visitas domiciliarias, el análisis documental, etc.¹⁰²¹

Con carácter general, se viene considerando conveniente que los dictámenes consten de dos partes: una en la que se harán constar datos de carácter objetivo y otra en la que los especialistas que los elaboren emitirán su opinión o diagnóstico¹⁰²².

En cuanto a su contenido concreto, el artículo 92.9 Cc. señala expresamente que el informe debe versar sobre el ejercicio de la patria potestad y el régimen de guarda y custodia. A tal efecto, creo que deberían analizarse cuestiones tales como la aptitud de los progenitores¹⁰²³, sus condiciones de vida¹⁰²⁴ o la existencia de conflictividad entre ellos¹⁰²⁵ –incluyendo la posible

¹⁰²⁰ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 47 y *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1179; LANGA MUELA, Adrián, *Custodia compartida en Aragón*, cit., p. 66; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Valoración del Informe Pericial...", cit., p. 12; y RODA RODA, Dionisio, "La prueba pericial en los procedimientos de familia...", cit., pp. 21-22

¹⁰²¹ Vid. MECERREYES JIMÉNEZ, L. José, "La práctica pericial psicológica...", cit., pp. 1-9; y SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social...", cit., p. 187.

¹⁰²² Vid. LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 293; SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social...", cit., p. 193; y HERNÁNDEZ ESCOBAR, Ana, "Guarda y custodia compartida y periciales de los trabajadores sociales", *La Toga*, Nº 185, 2012, p. 58.

¹⁰²³ Esta es una cuestión que sí recoge expresamente la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que al referirse al contenido que deben recoger estos dictámenes, incluye «*la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los y las menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor no conviviente u otras personas*». En los mismo términos se pronunciaba el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que preveía que se incluyera dentro del contenido de estos dictámenes «*la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad, del régimen de guarda y custodia de los hijos, y sobre la estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor no conviviente u otras personas*» —vid. arts. 1.4 y 2.3 del Anteproyecto, en la redacción que pretendían dar al nuevo art. 92 bis.3 Cc. y al art. 770.1.4 Lec., respectivamente—

¹⁰²⁴ Vid. MECERREYES JIMÉNEZ, L. José, "La práctica pericial psicológica...", cit., p. 9.

presencia de indicios de violencia de género¹⁰²⁶, lo que daría lugar a la aplicación de las prohibiciones previstas en el artículo 92.7 del Código Civil¹⁰²⁷ —. Además, cabe entender que también podrá incluir otros aspectos — ej. necesidades específicas detectadas en el menor, etc. —¹⁰²⁸, bien a petición de cualquiera de las partes o bien porque los propios especialistas consideren oportuno pronunciarse sobre ellos. Por último, hay que tener en cuenta que cuando el dictamen se elabore por encargo judicial, deberá centrarse especialmente en los aspectos sobre los que el propio juez haya solicitado una valoración¹⁰²⁹.

Hay quien se opone a que los especialistas incluyan en sus dictámenes recomendaciones concretas acerca de lo que debe hacer el juez —ej. establecer un determinado régimen de guarda y custodia o adoptar una concreta configuración del mismo—, pues ello puede condicionar su decisión¹⁰³⁰. Aunque creo que no les falta razón, lo cierto es que en la práctica es más que frecuente que ocurra¹⁰³¹, en muchos casos a petición del propio juez.

¹⁰²⁵ Vid. ARCH MARÍN, Mila, "Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: implicaciones para las recomendaciones de guarda y custodia", *Papeles del Psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, Vol. 31, Nº 2, 2010 (Ejemplar dedicado a: Rol profesional del psicólogo educativo; psicología de la educación en I+D+i), p.186.

¹⁰²⁶ Vid. PAZ RODRÍGUEZ, Juan Ignacio, "La prueba...", cit., p. 1.

¹⁰²⁷ Vid. Epígrafe 3.2.E).b) del Capítulo IV.

¹⁰²⁸ Vid. en este sentido RAMÍREZ GONZÁLEZ, Marta, *Cuando los padres se separan...*, cit., p. 41; y SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 215.

¹⁰²⁹ Vid. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Revisión conceptual del peritaje psicológico...", cit., p. 20.

¹⁰³⁰ Vid. CLEMENTE DÍAZ, Miguel, *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia...*, cit., p. 157; y RODA RODA, Dionisio, "La prueba pericial en los procedimientos de familia...", cit., pp. 29-30. Vid. también: SAP de Cádiz de 31 enero de 2018.

¹⁰³¹ Sirva de ejemplo el estudio llevado a cabo por RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, JARNE ESPARCIA y CARBONELL SÁNCHEZ entre enero de 2007 y diciembre de 2013, en el que analizaron 111 informes periciales incluidos en expedientes contenciosos en los Juzgados de Familia de Barcelona y en el que atestiguaron que alrededor de 2/3 de ellos incluían recomendaciones acerca del régimen de guarda y custodia que debía adoptarse —vid. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, JARNE ESPARCIA, Adolfo y CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier, "Informe pericial psicológico...", cit., p. 53—.

Centrándome en los efectos de estos dictámenes, la importancia que se les debe conceder es indudable¹⁰³², entre otras razones, porque están dotados de una presumible objetividad¹⁰³³ y neutralidad¹⁰³⁴. Además, debemos tener en cuenta que el juez no puede ser experto en todas las materias, por lo que los informes de los especialistas debidamente cualificados pueden constituir un instrumento de gran utilidad para el juzgador¹⁰³⁵.

Ahora bien, aun sin negar la enorme importancia que deben tener los informes emitidos por los especialistas, lo cierto es que no vinculan al juez¹⁰³⁶, que deberá valorarlos conforme a las reglas de la sana crítica —art. 348 Lec.—¹⁰³⁷, como ocurre con toda prueba pericial¹⁰³⁸ —aunque en este caso se trate de

¹⁰³² En este sentido, son numerosos los pronunciamientos judiciales que subrayan la importancia que debe concederse a los informes periciales —*vid.* a modo de ejemplo SAP de Girona de 25 de febrero de 2001, SAP de Valencia de 15 de enero de 2007, SAP de Badajoz de 15 de enero de 2007, SAP de Vizcaya de 19 de enero de 2007, SAP de Madrid de 22 de febrero de 2007, SAP de Asturias de 23 de febrero de 2007, SAP de Madrid de 11 de abril de 2007, SAP de Alicante de 16 de mayo de 2007, SAP de Cádiz de 31 de mayo de 2007, SAP de Zaragoza de 15 de noviembre de 2011, STSJA de 5 de julio de 2012, SAP de Zaragoza de 19 de junio de 2012 y SAP de Zaragoza de 12 de diciembre de 2012—.

¹⁰³³ *Vid.* SAP de Girona de 25 de febrero de 2001. *Vid.* también: RODA RODA, Dionisio, "La prueba pericial en los procedimientos de familia...", cit., p. 17.

¹⁰³⁴ *Vid.* RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Revisión conceptual del peritaje psicológico...", cit., p. 11.

¹⁰³⁵ *Vid.* JIMÉNEZ LINARES, M^a Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución...", cit., p. 884; DE TORRES PEREA, José Manuel, "Tratamiento del interés del menor...", cit., p. 678; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., pp. 124 y 292; y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Revisión conceptual del peritaje psicológico...", cit., p. 20.

¹⁰³⁶ Así ha sido entendido por nuestra jurisprudencia —*vid.* STS de 13 de febrero de 2015 y STSJA de 9 de febrero y de 24 de julio de 2012 y de 10 de enero de 2014— y doctrina —*vid.* TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 697; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 292; ROMERO COLOMA, "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica...", cit., p. 1.558; UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, "Sentencia de 1 de octubre de 2010...", cit., p. 1218; CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar...", cit., p. 24; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia individual como excepción...", cit., p. 13; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia ...", cit., p. 39—.

¹⁰³⁷ *Vid.* MONTERO AROCA, Juan, *Guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 219; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida...", cit., p. 86; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia individual como excepción...", cit., p. 13, "La custodia compartida aragonesa...", cit., p. 246, "Nota práctica sobre guarda y custodia...", cit., p. 239 y "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 58; CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar...", cit., p. 24; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia ...", cit., p. 39.

¹⁰³⁸ *Vid.* STS de 19 de diciembre de 2005, de 17 de octubre de 2006, de 16 de enero de 2007, de 19 de septiembre de 2007, de 29 de mayo de 2008, de 22 de julio de 2009, de 8 de noviembre de 2011 y de 13 de febrero de 2015.

una prueba pericial de carácter especial¹⁰³⁹ –. De hecho, pese a que en muchas ocasiones nuestros tribunales siguen lo dispuesto en los informes elaborados por los especialistas¹⁰⁴⁰, no es raro encontrar pronunciamientos en los que se apartan de los mismos¹⁰⁴¹.

Como he anticipado, en caso de que en el procedimiento existan informes contradictorios –algo bastante frecuente en la práctica¹⁰⁴²–, se suele conceder un mayor peso a los informes emitidos por los equipos técnicos judiciales adscritos al juzgado –o, en su defecto, por los peritos designados judicialmente– que a los dimanantes de peritos privados de parte¹⁰⁴³. Aunque este hecho ha sido criticado por algún autor¹⁰⁴⁴, lo cierto es que parece bastante lógico si tenemos en cuenta que estos últimos suelen tener acceso sólo al progenitor que contrata sus servicios –y como mucho a los hijos–¹⁰⁴⁵, por lo que, sin poder acceder al otro progenitor, la evaluación de la situación familiar será en todo caso parcial¹⁰⁴⁶. No en vano, es habitual que alguno de los progenitores se niegue a participar en la prueba pericial propuesta por el otro.

¹⁰³⁹ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 174: «(...) el dictamen de especialistas debidamente cualificados constituye una prueba pericial de carácter especial, ya que no comparte todas las características de la prueba pericial ordinaria».

¹⁰⁴⁰ Vid. a modo de ejemplo: STS de 11 de marzo de 2010. Vid. también: STSJA de 25 de julio de 2013, SAP de Valencia de 21 de julio de 2005, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de enero de 2007, SAP de Ourense de 20 de febrero de 2009, SAP de A Coruña de 24 de octubre de 2011, SAP de Valencia de 15 de enero de 2014, SAP de Murcia de 21 de abril de 2014, SAP de Cáceres de 21 marzo de 2017, SAP de Murcia de 25 enero de 2018, SAP de Lugo de 31 enero de 2018 y SAP de Pontevedra de 31 enero 2018.

¹⁰⁴¹ Vid. a modo de ejemplo: STS de 19 de julio de 2013, STS de 25 de abril de 2016. Vid. también: STSJA de 9 de febrero de 2012, SAP de Valencia de 5 de mayo de 2005, SAP de Barcelona de 12 de enero de 2006, SAP de Cáceres de 16 de octubre de 2006, SAP de Madrid de 30 de mayo de 2008, SAP de Murcia de 4 de febrero de 2011, SAP de Zaragoza de 13 de septiembre de 2011 y SAP de Alicante de 12 de julio, SAP de Alicante de 30 de octubre de 2013 y SAP de Guadalajara de 15 enero de 2018.

¹⁰⁴² Vid. MONTERO AROCA, Juan, *Guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 224.

¹⁰⁴³ Vid. SAP de Barcelona de 13 de mayo de 2009 y SAP de Zaragoza de 8 de marzo de 2011.

¹⁰⁴⁴ Vid. RODA RODA, Dionisio, "La prueba pericial en los procedimientos de familia...", cit., p. 36.

¹⁰⁴⁵ Vid. RAMÍREZ GONZÁLEZ, Marta, *Cuando los padres se separan...*, cit., p. 155; y MARTÍN MONTALBÁN, Alicia, "Construyendo la custodia compartida...", cit., p. 156.

¹⁰⁴⁶ Vid. IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 114; y CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, "Ley Valenciana...", cit., p. 13.

Finalmente, cabe entender que en aquellos casos en los que un perito de parte tenga acceso a los mismos datos que el designado judicialmente, los informes de unos y otros tendrán un valor similar¹⁰⁴⁷ – siempre eso sí, que el perito de parte haya sido designado de un modo por el que quede garantizada su imparcialidad –. En este sentido, el Derecho catalán ha sido el único que ha admitido expresamente la equiparación entre los dictámenes de parte y los judiciales, exigiendo para ello que el perito de parte «(...) *haya sido designado por un colegio profesional o una entidad reconocida por la Administración a partir de un censo de especialistas y de modo que se garantice la objetividad, imparcialidad y capacidad técnica*» – Disposición adicional sexta Cc.Cat. –.

C) Posibles acuerdos entre las partes

Ya hemos visto en su momento que, cuando las partes llegan a un acuerdo sobre los efectos de la ruptura de su matrimonio, lo harán constar en el documento correspondiente y el juez se limitará a comprobar que dicho acuerdo no resulte dañoso para el menor o gravemente perjudicial para alguna de las partes¹⁰⁴⁸. Ahora bien, para que el procedimiento se sustancie por los trámites del mutuo acuerdo, es necesario que las partes lleguen a un acuerdo sobre todas y cada una de las medidas definitivas a adoptar¹⁰⁴⁹. En caso contrario, continuará el litigio contencioso, aunque parece que se limitará a aquellos aspectos en los que existan discrepancias¹⁰⁵⁰.

Las únicas leyes que se refieren expresamente a los acuerdos alcanzados por las partes – la catalana¹⁰⁵¹ y la navarra¹⁰⁵² – se han limitado a

¹⁰⁴⁷ Vid. en este sentido: CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "El menor...", cit., p. 13.

¹⁰⁴⁸ Vid. Epígrafe 3.1.A) del Capítulo III.

¹⁰⁴⁹ Vid. PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit, p. 679; CASTILLA BAREA, Margarita, "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 123; y SOLÉ RESINA, Judith, "La guarda y custodia...", cit., p. 98.

¹⁰⁵⁰ Vid. UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis, "La Ley 5/2012...", cit., p. 1205.

¹⁰⁵¹ Vid. art. 233-11.1 f) Cc.Cat.

¹⁰⁵² Vid. art. 3.3 g) Ley Foral navarra 3/2011

incluirlos entre los aspectos a valorar el juez en la determinación del régimen de guarda y custodia. Sin embargo, cabe entender que el juez deberá respetar el acuerdo alcanzado por las partes – siempre que no resulte dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para alguna de las partes – y limitarse a resolver sobre los aspectos en los que no se haya llegado a un acuerdo¹⁰⁵³.

Por tanto, cuando los progenitores hayan acordado tanto el régimen de guarda y custodia como su configuración concreta, pese a que no logren un consenso sobre el resto de cuestiones atinentes a su ruptura, parece que el juez deberá respetar dicho acuerdo – siempre que no sobrepase los límites previstos legalmente –.

Este elemento de valoración puede resultar útil, sin embargo, en aquellos casos en los que los cónyuges no hayan alcanzado un acuerdo acerca del régimen de guarda y custodia de sus hijos menores –o habiéndolo alcanzado, no se pongan de acuerdo sobre la configuración concreta del mismo– pero sí sobre otras medidas que regirán su ruptura –ej. atribución del uso de la vivienda familiar–. No en vano, dichos acuerdos pueden ser tomados en consideración por el juez a la hora de decidir sobre la determinación del régimen de guarda y custodia y/o su configuración concreta.

D) Las alegaciones de las partes y otras pruebas practicadas en la comparecencia

El artículo 92.6 del Código Civil prevé que, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia, así como el resto de pruebas practicadas¹⁰⁵⁴. Con ello, parece que se está refiriendo tanto a las manifestaciones que hagan los progenitores en el momento de su declaración ante el juez como al resultado de

¹⁰⁵³ En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nos recuerda en su Sentencia de 8 de marzo de 2010 que debe darse preferencia a los acuerdos alcanzados por las partes. *Vid.* también: ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "Eficacia de los pactos familiares", cit., p. 50.

¹⁰⁵⁴ También el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducir esta previsión en el tercer párrafo del nuevo artículo 92 bis que hubiera adicionado al Código Civil —art. 1.4 del Anteproyecto—

la prueba testifical –en el caso de que ésta se lleve a cabo—. Además, se incluirá cualquier otra prueba que se practique, es decir, toda actuación que tenga por objeto demostrar la existencia de un hecho o la verdad de una afirmación¹⁰⁵⁵.

En cuanto a alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia, cabe señalar que el juez puede interrogar a las partes a petición de alguna de ellas o bien de oficio –arts. 752.1 y 774.2 Lec.—. Ello le permitirá conocer de primera mano la voluntad de cada uno de los progenitores respecto a la asunción de los cuidados de sus hijos menores¹⁰⁵⁶, como ha puesto de manifiesto nuestra jurisprudencia menor¹⁰⁵⁷. A modo de ejemplo, si detecta que una de las partes no se muestra realmente interesada en asumir la guarda y custodia de sus hijos menores, podría ser un factor determinante para excluir la custodia compartida y atribuírsela al progenitor que está realmente interesado en ella¹⁰⁵⁸. Además, el interrogatorio de las partes puede ser clave para conocer la situación y circunstancias de cada padre, así como para valorar otros de los criterios a los que me voy a referir posteriormente, como la aptitud de los progenitores, las relaciones que mantienen entre sí y con sus hijos, la presencia de posibles indicios de violencia de género, etc.

Respecto a la prueba testifical, consistirá en el interrogatorio de determinadas personas que pudieran ser conocedoras de la realidad familiar –familiares, amigos, vecinos, profesores, etc.¹⁰⁵⁹—. Una vez más, es una prueba que el juez debe valorar de acuerdo a las reglas de la sana crítica –art. 348 Lec.—. Además, en este caso deberá hacerlo con especial cautela, pues es

¹⁰⁵⁵ Vid. CLEMENTE DÍAZ, Miguel, *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia...*, cit., p. 138.

¹⁰⁵⁶ La Ley del País Vasco 7/2015 ha sido la única norma que ha recogido expresamente la voluntad de los progenitores como uno de los criterios a valorar por el juez en la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos menores –art. 9.3 h)–.

¹⁰⁵⁷ Vid. a modo de ejemplo: SAP de Coruña de 21 de marzo de 2007.

¹⁰⁵⁸ Vid. MONTERO AROCA, Juan, *Guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 217; y CASTILLA BAREA, Margarita, "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos...", cit., pp. 122-123.

¹⁰⁵⁹ Vid. ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, SEIJO MARTÍNEZ, María Dolores y FARIÑA RIVERA, Francisca, "Razonamientos judiciales...", cit., p. 59.

frecuente que los testigos tengan una mayor vinculación con alguna de las partes y que, como consecuencia de ello, su visión de la situación familiar pudiera no ser del todo objetiva¹⁰⁶⁰.

3.2. Criterios para la determinación del régimen de guarda y custodia

A) La recomendación de no separar a los hermanos

La separación de los hermanos tiene carácter excepcional, y así se ha plasmado en el artículo 92.5 de nuestro Código Civil, en el que se compele al juez a que "procure" no separar a los hermanos¹⁰⁶¹. Por ende, a tenor de lo dispuesto en el citado precepto, la regla general será que los hermanos permanezcan juntos tras la ruptura de sus progenitores.

La recomendación de no separar a los hermanos fue introducida en nuestro Código Civil con ocasión de las reformas de 1981¹⁰⁶². Con anterioridad a las mencionadas reformas, el artículo 68 Cc. otorgaba al juez discrecionalidad absoluta para determinar con quién se quedaban los hijos –todos con un

¹⁰⁶⁰ *Vid.* LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 302.

¹⁰⁶¹ El fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía mantener esta recomendación de no separar a los hermanos —art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al artículo 92 bis.4 Cc.—. En la redacción originaria del Anteproyecto (2013), la recomendación de no separar a los hermanos se recogía en el art. 92 bis.7, lo cual resultaba, a mi juicio, bastante desafortunado, ya que este punto del precepto se refería a las cautelas que debía adoptar el juez para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda y custodia acordado. Al respecto, me pareció acertado que, tras la modificación de 2014, se pretendiera incluir en el punto cuarto junto al resto de criterios que debía valorar el juez para determinar el régimen de guarda y custodia.

¹⁰⁶² *Vid.* Epígrafe 2.2.A).b) del Capítulo II.

progenitor o distribuidos entre ambos— ¹⁰⁶³ , e incluso en ocasiones se fomentaba la separación de los hermanos¹⁰⁶⁴.

Las diferentes leyes autonómicas, mantienen el mismo criterio que el Código Civil en el sentido de tratar de evitar la separación de los hermanos, e incluso van más allá de la mera recomendación. El Código del Derecho Foral de Aragón recoge este aspecto en su artículo 80.4; el Código Civil de Cataluña —en adelante Cc.Cat.— en su artículo 233-11.2; la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, en sus artículos 9.7 y 11.6 y, por último, la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, en su artículo 3.7. La única norma que no preveía esta cuestión era la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven —declarada inconstitucional por el TC en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre—. No obstante, debemos partir de que el criterio rector en la fijación del régimen de guarda y custodia es el del interés superior del menor, y raramente éste aconsejará separar a los hermanos, por lo que como regla general permanecían juntos también en el caso del Derecho valenciano —aun cuando el legislador no lo había previsto expresamente—.

Cabe preguntarse si la recomendación de no separar a los hermanos se circunscribe a los hermanos de doble vínculo o abarca también a los hermanos de vínculo sencillo, es decir, si en los supuestos de vínculo sencillo debe otorgarse preferencia a la no separación de hermanos —en cuyo caso uno de ellos podría vivir con quien no es su progenitor— o a la convivencia del menor junto a su progenitor biológico. En la jurisprudencia es posible encontrar pronunciamientos en los que se señala que dicha recomendación no se limita a los hermanos de doble vínculo, sino que incluye también los supuestos de

¹⁰⁶³ *Vid.* LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel, "Interés superior del menor y custodia...", cit., p. 36.

¹⁰⁶⁴ *Vid.* Proyecto de Código Civil de 1851 —art. 94—, Proyecto de Código Civil de 1869 —art. 125—, Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio 1870 —arts. 97 y 98—, y redacción originaria del Código Civil de 1889 —art. 70—.

hermanos de vínculo sencillo¹⁰⁶⁵. No obstante, en otros casos ha considerado que el propósito del legislador ha sido la no separación de los hermanos de doble vínculo, pero que tal recomendación no se extiende a los hermanos de vínculo sencillo¹⁰⁶⁶. A mi juicio, esta última posición resulta más razonable, sin perjuicio de que la existencia de hermanos de vínculo sencillo pueda ser tenida en cuenta por el juez para establecer el régimen de guarda y custodia¹⁰⁶⁷. De todos modos, siguiendo a SERRANO GARCÍA¹⁰⁶⁸, parece que lo lógico sería tratar de atribuir la guarda y custodia del menor a su progenitor biológico, pues con carácter general sus vínculos con éste serán más fuertes. Ello sin negar que pueda darse algún caso en el que el interés del menor aconseje separarlo de su progenitor biológico y dejarlo a cargo del que venía siendo pareja de éste, en cuya coyuntura sí que convendría plantear esta opción. Pero en todo caso, esta posibilidad debe tener un carácter muy excepcional, y ya no cabría hablar de guarda y custodia sino de simple guarda, puesto que se englobaría dentro de los supuestos de atribución de la guarda a un tercero distinto de los progenitores –en este caso a un allegado–¹⁰⁶⁹.

Sin perjuicio de todo lo anterior, puede haber supuestos en los que la separación de los hermanos no sólo no sea perjudicial para los menores, sino

¹⁰⁶⁵ Vid. STS de 20 de noviembre de 2013. En la citada Sentencia se atribuye la guarda de una menor al que había venido siendo el compañero sentimental de su madre, con objeto de no separarla de su hermana, aun cuando este no era su progenitor biológico. Vid. también: SAP de A Coruña de 18 enero de 2018.

¹⁰⁶⁶ En este sentido, cabe destacar las Sentencias del TSJ de Aragón de 16 de julio de 2013 y 17 de febrero de 2014: «(...) está concebido para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo nacidos del matrimonio o de la relación de pareja de hecho existente entre quienes posteriormente han roto dichos vínculos. Considerarlo de otro modo excedería del propósito del legislador, y resultaría de imposible cumplimiento en el caso de que cada uno de los anteriores consortes hubiera excedido a una nueva relación sentimental y tuviera hijos habidos con sus nuevas parejas». Vid. también SAP de Navarra de 29 de enero de 1993, SAP de Madrid de 17 de febrero de 2011 y SAP de Zaragoza de 27 de septiembre de 2011.

¹⁰⁶⁷ Vid. LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores....", cit., p. 145.

¹⁰⁶⁸ Vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia individual como excepción...", cit., p. 34.

¹⁰⁶⁹ Vid. Epígrafe 3 del Capítulo I.

que resulte lo más conveniente¹⁰⁷⁰. En estos casos es posible apartarse de la recomendación prevista en nuestro Código¹⁰⁷¹. A modo de ejemplo, se ha decidido optar por la separación de los hermanos en supuestos en los que existía una gran diferencia de edad entre ellos¹⁰⁷², cuando éstos habían manifestado su deseo de vivir separados¹⁰⁷³, cuando la convivencia separada de los hermanos había venido siendo habitual en el supuesto concreto¹⁰⁷⁴ o cuando existía una incompatibilidad fraternal¹⁰⁷⁵ o paterno-filial¹⁰⁷⁶ grave¹⁰⁷⁷, etc.

En estos supuestos, el Código Civil deja abierta la puerta a que los padres o el propio juez se decanten por atribuir el cuidado de unos hermanos a un progenitor y el de los restantes al otro, pues, como hemos visto, la previsión del artículo 92.5 de nuestro Código no es excluyente, sino que no pasa de ser una recomendación que claudicará si el mejor interés del menor así lo requiere. Prueba de ello además es la previsión del artículo 96.2 Cc., que contempla la asignación del uso de la vivienda familiar cuando unos hijos queden a cargo de

¹⁰⁷⁰ Vid. CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores...", cit., p. 1742.

¹⁰⁷¹ A modo de ejemplo, la SAP de Salamanca de 28 de marzo de 2002 pone de manifiesto que el criterio de no separación de los hermanos, que «viene siendo aplicado en la mayoría de los casos, debe ceder en supuestos concretos en que concurren circunstancias especiales que impongan dar prioridad al supremo interés del menor (...)». También la SAP de Asturias de 26 de mayo de 2009.

¹⁰⁷² Vid. SAP de Murcia de 14 de octubre de 2003, SAP de Córdoba de 26 de marzo de 2004 y SAP de Huesca de 10 de marzo de 2015.

¹⁰⁷³ Vid. SAP de Tarragona de 6 de febrero de 1992, SAP de Soria de 29 de diciembre de 1997, SAP de Castellón de 17 de marzo de 1999, SAP de Barcelona de 10 de enero de 2007, SAP de Zaragoza de 8 de marzo de 2011 y SAP de Navarra de 28 de septiembre de 2012.

¹⁰⁷⁴ Vid. SAP de la Rioja de 28 de enero de 2004: «(...) resultaría más perjudicial para el interés de las menores quebrar esta convivencia actual que cuenta, además, con una duración superior a un año (que es mucho tiempo en la vida de las menores) porque no puede ignorarse que uno de los principios fundamentales en la determinación de la guarda de los menores es la estabilidad (...)», y SAP de Zaragoza de 23 de julio de 2012.

¹⁰⁷⁵ Vid. SAP de Alicante de 27 de enero de 2005 y SAP de A Coruña de 6 febrero de 2018.

¹⁰⁷⁶ Vid. SAP de Barcelona de 20 de julio de 2007.

¹⁰⁷⁷ Vid. ARCH MARÍN, Mila y JARCE ESPARCIA, Adolfo José, "Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia...", cit., p. 29.

un progenitor y otros a cargo del otro, dando con ello por sentado que esta es una opción perfectamente posible.

Semejante es la situación en las leyes autonómicas, en las que, aun cuando van más allá de la mera recomendación de no separar a los hermanos, admiten la separación cuando las circunstancias concurrentes lo justifiquen¹⁰⁷⁸.

También nuestra jurisprudencia se ha mostrado partidaria de la separación de hermanos en aquellos supuestos en los que existan razones fundadas¹⁰⁷⁹ y, en concreto, cuando así convenga al mejor interés del menor¹⁰⁸⁰.

En aquellos casos en los que se opte por separar a los hermanos –por concurrir las circunstancias excepcionales a las que me vengo refiriendo–, dicha separación podrá ser prácticamente total, en los supuestos en que se atribuye el cuidado de cada uno de los hermanos a un progenitor distinto¹⁰⁸¹ –y en los que la relación entre los hermanos quedará reducida al régimen de comunicación que se establezca entre ellos–; o bien parcial, cuando se atribuye el cuidado de un hermano a uno de los progenitores y el del otro a ambos de forma alterna. En este último supuesto, es obvio que los menores disfrutarán de amplias etapas de convivencia, por lo que considero que si se decide separar a los hermanos, esta última opción puede resultar más recomendable. De hecho, pese a que no es muy común en los pronunciamientos de nuestros

¹⁰⁷⁸ Vid. art. 80.4 CDFA, art. 233-11.2 Cc.Cat., art. 9.7 de la Ley del País Vasco 7/2015 y art. 3.7 de la Ley Foral navarra 3/2011.

¹⁰⁷⁹ Vid. STS de 12 de julio de 2004.

¹⁰⁸⁰ Vid. SAP de Madrid de 24 de noviembre de 2006, SAP de Barcelona de 9 de septiembre de 2004, SAP de Zamora de 20 de julio de 2006, SAP de Barcelona de 27 de julio de 2009, SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2010, SAP de Valencia de 16 de diciembre de 2009, SAP de Córdoba de 26 de marzo de 2004, SAP de Navarra de 28 de septiembre de 2012, SAP de Alicante de 27 de enero de 2005, SAP de Madrid de 30 de junio de 2010, SAP de Asturias de 19 de mayo de 2010, SAP de Guadalajara de 12 de mayo de 2010, SAP de Castellón de 22 de marzo de 2010 y SAP de Huesca de 10 de marzo de 2015 (entre otras).

¹⁰⁸¹ He utilizado la expresión separación "total" para diferenciarla de aquellos supuestos en los que existirán amplios periodos de convivencia entre los menores, a los que he denominado separación parcial. No obstante, normalmente dicha separación no será total, pues con carácter general se establecerá un régimen de relaciones entre hermanos que garantice el mantenimiento de sus lazos afectivos.

tribunales¹⁰⁸², sí es posible encontrar supuestos en los que se opta por esta posibilidad¹⁰⁸³.

En cualquier caso, y aun en aquellos supuestos en los que excepcionalmente se decida la separación de los hermanos por considerarse que es lo más conveniente a su interés, deberá garantizarse el derecho de estos a seguir relacionándose entre sí. Así ha sido puesto de manifiesto por nuestra doctrina¹⁰⁸⁴ y nuestra jurisprudencia menor¹⁰⁸⁵. Además, tras la reforma llevada a cabo con ocasión de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁰⁸⁶, dicho derecho de relación está expresamente recogido en el artículo 160.2 de nuestro Código Civil¹⁰⁸⁷. Así mismo, el derecho de los menores a mantener una relación constante con sus hermanos ha sido previsto por la mayoría de leyes autonómicas que han entrado a regular en la materia¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸² No resulta raro que nuestros tribunales no se decanten normalmente por establecer la custodia compartida con respecto a unos hijos y la custodia exclusiva con respecto a los otros, ya que el mandato legal de acuerdo al cual los hermanos no deben ser separados tiene como consecuencia lógica que, si se determina la un determinado régimen de custodia respecto a un menor, se extienda también a restantes —*vid. en este mismo sentido* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 159—.

¹⁰⁸³ *Vid.* SAP de Valencia de 1 de marzo de 2005.

¹⁰⁸⁴ *Vid.* CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores...", cit., p. 1739; y DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 29.

¹⁰⁸⁵ *Vid.* SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2006: «(...) concurren excepcionales circunstancias que justifican las medidas adoptadas, pues no es posible establecer en todos los casos medidas que impidan la separación de los mismos (...), sin perjuicio de propiciar el encuentro de dichos hermanos, en la medida que sea posible, tanto en los periodos de visitas establecidos como en cualquier otro(...)».

¹⁰⁸⁶ *Vid.* art. 2.10 Ley 26/2015.

¹⁰⁸⁷ El fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia tenía previsto incluirlo también en los artículos 90.1 b) y 92.2 —*vid.* arts. 1 y 4, en la redacción que pretendía dar a los arts. 90.1 b) Cc. y 92.2 Cc., respectivamente—.

¹⁰⁸⁸ *Vid.* arts. 75.2, 77.2 b) y 79.2 a) CDFa, arts. 233-1.1 c), 233-2.2 c), 233-4.1, 233-12.1 y 236-4.2 Cc.Cat. y arts. 1.1, 5.2 a).3 y 7.2 c) Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: arts. 1 y 4.2 b) de la Ley valenciana 5/2011 —declarada inconstitucional por el TC en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre— y art. 22.4 de la Ley valenciana 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia..

B) La aptitud de los progenitores

La aptitud personal de los progenitores es un criterio que ha sido recogido de forma expresa por algunas normas autonómicas¹⁰⁸⁹ y que el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia –ya citado– pretendía introducir también en nuestro Código Civil¹⁰⁹⁰.

La aptitud de los progenitores debe entenderse referida a la capacidad natural que tienen los padres para asumir el cuidado de sus hijos menores¹⁰⁹¹. Además, algún autor ha extendido este requisito de aptitud a aspectos tales como el tiempo de que disponga cada progenitor o la actitud de colaboración en atención de los hijos¹⁰⁹². Sin embargo, considero que el hecho de contar con mayor o menor tiempo libre no es una cuestión que afecte a la aptitud para atender las necesidades de sus hijos menores; ni tampoco lo es la actitud de colaboración en la atención de los hijos. No debe confundirse aptitud con actitud, ya que es perfectamente posible que una persona sea apta para asumir

¹⁰⁸⁹ Vid. art. 80.2 d) CDFA y art. 3.3 b) y e) de la Ley Foral navarra 3/2011. Vid. también: art. 5.3 c) de la anulada Ley valenciana 5/2011. En cuanto a la Ley del País Vasco 7/2015, no recoge a simple vista ninguna mención a las aptitudes personales de los progenitores. Ahora bien, es más que posible que ello se deba a un error en la dicción de la norma y que en realidad el legislador sí pretendiera incluir dicho criterio. En este sentido, si nos fijamos en la letra a) del artículo 9.3 de la ley vasca, parece que cuando se utiliza la expresión «actitudes personales» se quiere hablar de «aptitudes personales», pero se utiliza un término impreciso. Ello por dos motivos principales: en primer lugar, porque al omitir la referencia a la aptitud de los progenitores dentro de los criterios de determinación del régimen de guarda y custodia se estaría apartando del resto de ordenamientos autonómicos y de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, en segundo lugar, porque la actitud de los progenitores ya se recoge de forma expresa en la letra h) del artículo 9.3, por lo que carecería de sentido que la referencia a este criterio se reiterará también en la letra a) del mencionado precepto.

¹⁰⁹⁰ Vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado al nuevo art. 92 bis.4 Cc.

¹⁰⁹¹ Vid. RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida impuesta por el juez...", cit., p. 192; VIÑAS MAESTRE, Dolors, "Medidas relativas a los hijos menores...", cit., p. 20; CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar...", cit., p. 30; MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor...", cit., p. 55; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales...", cit., p. 1460; y MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 7. Vid. también: SAP de Murcia de 25 enero de 2018.

¹⁰⁹² Vid. CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación de la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores...", cit., p. 1.741. También SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social...", cit., p. 200; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores...", cit. p. 1.945; y MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor en el cambio de custodia...", cit. p. 50.

el cuidado de los menores y sin embargo muestre una actitud negativa al respecto, o que, por el contrario, mantenga una actitud positiva, pero no resulte apta por concurrir en ella alguna de las circunstancias a las que en seguida me referiré.

Hay que partir de la presunción de que todos los progenitores poseen aptitud para cuidar a sus hijos menores, ya que el Código Civil la presupone al otorgarles automáticamente la patria potestad cuando se determina la filiación –art. 154 Cc.–, negándola sólo en aquellos casos en los que procede la privación de la patria potestad –art. 170 Cc.–. Por tanto, la aptitud de ambos padres para asumir el ejercicio de la guarda y custodia de sus hijos se presume¹⁰⁹³ –se trata, eso sí, de una presunción *iuris tantum*, que cesará cuando se pruebe que concurre alguna circunstancia que menoscaba dicha aptitud¹⁰⁹⁴–

Con base en lo anterior, quizá pueda sorprender la introducción de este criterio de determinación del régimen de guarda y custodia. Y es que, en principio, sólo en los casos en los que los incumplimientos por parte de uno de los progenitores dé lugar a la privación de la patria potestad –art. 170 Cc.– cabría considerar que no hay aptitud para el ejercicio de la guarda y custodia.

Sin perjuicio de ello, parece que a lo que tanto la ley como la jurisprudencia¹⁰⁹⁵ se están refiriendo con “aptitud de los progenitores” es a la posibilidad de que, pese a que ambos progenitores tengan aptitud para ejercer la guarda y custodia, uno de ellos pueda tener mayores cualidades psicológicas o conductuales para cuidar al menor¹⁰⁹⁶. Y es que, si la falta de aptitud de

¹⁰⁹³ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Criterios de atribución de la custodia compartida...", cit., p. 5; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Nota práctica sobre guarda y custodia...", cit., p. 241 y "La custodia individual...", cit., p. 26; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1262.

¹⁰⁹⁴ Vid. STSJA de 30 de septiembre de 2011, de 18 de abril de 2012 y de 17 de julio de 2013.

¹⁰⁹⁵ Vid. a modo de ejemplo SAP de Barcelona de 25 de julio de 2007, en la que, pese a reconocer que ambos progenitores son aptos para el ejercicio de la guarda y custodia, considera que la aptitud de la madre es mayor. En modo semejante se pronuncia las SAP de Madrid de 23 de septiembre y de 30 de septiembre de 2010.

¹⁰⁹⁶ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1355.

alguno de ellos fuera total, debería haber sido privado de la patria potestad y no procedería siquiera dirimir la posibilidad de atribuirle la guarda y custodia. Por ende, las referencias que haga de aquí en adelante a la de falta de aptitud de los progenitores, deben entenderse hechas a aquellos supuestos en los que la aptitud de uno de los progenitores resulta menor que la del otro —ya que en otro caso procedería la privación de la patria potestad—.

Partiendo de esta premisa, voy a pasar a analizar los diferentes factores que pueden incidir en aptitud de los progenitores para el ejercicio de la guarda y custodia de sus hijos. Comenzaré refiriéndome a los que se han considerado más relevantes —enfermedades, adicciones o estilos de vida poco adecuados—, para pasar posteriormente a otros que, en ocasiones, también pueden provocar falta de aptitud de uno de los progenitores —medios materiales con los que cuenten y convivencia con un tercero—. Finalmente, aludiré al sexo de los padres, aunque como veremos, es discutible que tenga incidencia en su aptitud para cuidar convenientemente a los hijos.

a) Enfermedades, adicciones y estilos de vida poco adecuados

Los supuestos más frecuentes en los que la aptitud de uno de los progenitores para ejercer la guarda y custodia puede quedar en entredicho son los relativos a la existencia de enfermedades, que normalmente serán de carácter psíquico¹⁰⁹⁷ —como esquizofrenia, depresiones, obnubilación de la conciencia, trastornos de personalidad graves, trastorno obsesivo-compulsivo, etc.¹⁰⁹⁸—, aunque en algunas ocasiones se incluyen también las minusvalías físicas¹⁰⁹⁹ —parálisis, hemiplejías, cuadriplejías, etc.—. Así mismo, nuestra

¹⁰⁹⁷ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 501; CATALÁN FRÍAS, M^a José (et. al.), "Motivos Alegados por los Progenitores...", cit., pp. 33-34; SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social...", cit., p. 200; PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 75; MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor...", cit., p. 51; y NOVO PÉREZ, Mercedes (et. al.), "¿Cómo motivan los jueces la capacidad de los progenitores en las resoluciones judiciales?", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 23, 2013, p. 48.

¹⁰⁹⁸ Vid. CATALÁN FRÍAS, M^a José (et. al.), "Motivos Alegados por los Progenitores...", cit., p. 34.

¹⁰⁹⁹ Vid. CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 177.

doctrina ha considerado como falta de aptitud de un progenitor el hecho de padecer algún tipo de adicción –alcoholismo ¹¹⁰⁰ , drogadicción ¹¹⁰¹ , ludopatía ¹¹⁰² , etc.– o mantener un estilo de vida poco adecuado – mendicidad¹¹⁰³, delincuencia¹¹⁰⁴, prostitución¹¹⁰⁵, etc. –.

Ahora bien, la concurrencia de las citadas circunstancias en alguno de los progenitores no siempre va a resultar causa suficiente para excluirle de la guarda y custodia de sus hijos, ya que para ello es necesario que realmente interfieran de manera importante en la necesaria disposición para atender a los menores¹¹⁰⁶. Además, en el caso de las personas con discapacidad, debe tenderse en cuenta en cuenta que tras la aprobación el 13 de diciembre de 2006 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se reconoce expresamente su derecho a fundar una familia –art. 23.1 a)–, así como a ejercer las funciones de guarda sobre sus hijos menores –art. 23.2– y a

¹¹⁰⁰ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 501; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 173; CATALÁN FRÍAS, M^a José (et. al.), "Motivos Alegados por los Progenitores...", cit., pp. 33-34; PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 75; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 250, y MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor...", cit., p. 51.

¹¹⁰¹ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 501; SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social...", cit., p. 200; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 173; CATALÁN FRÍAS, M^a José (et. al.), "Motivos Alegados por los Progenitores...", cit., pp. 33-34; PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 75; y MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor...", cit., p. 51.

¹¹⁰² Vid. SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social...", cit., p. 200.

¹¹⁰³ Vid. CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 173; y SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social...", cit., p. 200.

¹¹⁰⁴ Vid. SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social...", cit., p. 200; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 173; y NOVO PÉREZ, Mercedes (et. al.), "¿Cómo motivan los jueces la capacidad de los progenitores...", cit., p. 48.

¹¹⁰⁵ Vid. SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social...", cit., p. 200; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 173; y CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 253.

¹¹⁰⁶ Vid. JIMÉNEZ LINARES, M^a Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución...", cit., p. 895; CATALÁN FRÍAS, M^a José (et. al.), "Motivos Alegados por los Progenitores...", cit., p. 33; y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Revisión conceptual del peritaje psicológico...", cit., p. 25.

no ser separados de éstos en razón de su discapacidad –art. 23.4–¹¹⁰⁷; si bien supeditando todo ello a que no resulte contrario al interés superior del menor –art 23.2 y 4–.

Así, en los supuestos de enfermedades psíquicas, habrá que determinar en cada caso si la asunción del ejercicio de la guarda y custodia resulta o no contraria al interés superior del menor. Para ello, deberán valorarse aspectos tales como la gravedad que revista la enfermedad¹¹⁰⁸, la evolución –si tiene carácter transitorio o permanente¹¹⁰⁹, si se está siguiendo o no el tratamiento necesario para su sanación¹¹¹⁰, etc.–, el entorno familiar –si existen personas cercanas que puedan intervenir en caso de detectar alguna anomalía–¹¹¹¹, etc. En nuestra jurisprudencia menor encontramos numerosos ejemplos en los que se ha privado a uno de los progenitores del ejercicio de la guarda y custodia por el padecimiento de enfermedades mentales¹¹¹², pero también existen otros en los que se otorga la guarda y custodia al progenitor afectado por una enfermedad psíquica al considerar que no interfiere en el correcto cuidado de los hijos¹¹¹³.

¹¹⁰⁷ A modo de ejemplo, basándose en dicha Convención, la SAP Málaga de 17 de febrero de 2016 revoca la declaración de desamparo de un menor por estar fundada únicamente en la discapacidad de su progenitora, al considerar que la enfermedad de la madre no ha supuesto un impedimento para el desempeño de las funciones que le son atribuidas por ostentar la patria potestad.

¹¹⁰⁸ Vid. CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 177.

¹¹⁰⁹ Vid. JIMÉNEZ LINARES, M^a Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución...", cit., p. 895.

¹¹¹⁰ Vid. VIÑAS MAESTRE, Dolors, "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura...", cit., p. 21.

¹¹¹¹ Vid. VIÑAS MAESTRE, Dolors, "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura...", cit., p. 21.

¹¹¹² Vid. SAP de Soria de 8 de abril de 1996, que deniega la guarda y custodia a la madre por padecer fuertes depresiones; SAP de Cuenca de 17 de diciembre de 1998, que excluye a la madre del ejercicio de la guarda y custodia por padecer un trastorno psicótico que le genera problemas psicosociales; SAP de Las Palmas de 24 de abril de 2007, en la que se concede al padre la custodia de la hija menor, dado que el estado de salud mental de la madre le hacía perder el control y ponía en peligro la integridad de su hija; SAP de Málaga de 29 de diciembre de 2007, en la que se atribuye la custodia al padre por padecer la madre una enfermedad mental por la que ha sido declarada incapaz en un grado del 65%; SAP de Zaragoza de 15 de julio de 2008, en la que se otorga la custodia exclusiva al padre porque la madre padece un elevado nivel de distorsión emocional; y SAP de Asturias de 14 de mayo de 2009, en la que se atribuye la custodia a la madre debido a que el padre padece un trastorno bipolar.

¹¹¹³ Vid. STS de 22 febrero de 2017, en la que se establece el régimen de custodia compartida pese a que el padre padece un trastorno depresivo, SAP de Soria de 29 de diciembre de 1997, en la que otorga la guarda y custodia a la madre pese a padecer esquizofrenia paranoide, por considerar que se encontraba

Cuando se trate de enfermedades o minusvalías físicas, será necesario determinar si es posible que el progenitor afectado pueda atender al menor sin que se vea menoscabado el interés superior de este último —aunque sea con la ayuda de una tercera persona¹¹¹⁴—. En la práctica es frecuente que el padecimiento de una enfermedad o minusvalía de carácter físico no constituya un obstáculo suficiente para la atribución de la guarda y custodia¹¹¹⁵.

En cuanto a las adicciones, los supuestos más frecuentes en los que se pone en entredicho la aptitud para asumir la guarda y custodia son aquellos en los que alguno de los progenitores padece alcoholismo¹¹¹⁶ o drogadicción¹¹¹⁷. Ahora bien, una vez más, es necesario que ello incida en su capacidad para atender correctamente al menor. A modo de ejemplo, habrá que atender a aspectos tales como el tipo de adicción —si es estable o esporádica—, la sustancia consumida¹¹¹⁸, repercusión que puede tener en el menor, etc.¹¹¹⁹.

en una fase estable de la misma; SAP de Girona de 26 de enero de 2006, que otorga la custodia a la madre aunque padece depresión, por considerar que ello no le inhabilita para cuidar a su hijo; y SAP de Madrid de 28 de julio de 2009, que atribuye la guarda y custodia a la madre aunque padece un cierto desequilibrio psicológico, puesto que no le incapacita para asumir las funciones inherentes al cuidado de los menores.

¹¹¹⁴ Vid. CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 177.

¹¹¹⁵ Vid. a modo de ejemplo: SAP de Murcia de 19 de mayo 1993, que atribuye la guarda y custodia al padre pese a padecer ceguera; SAP de Madrid de 8 de octubre de 2008 y SAP de Jaén de 20 de diciembre de 2010, que otorgan la custodia de los hijos a la madre pese a que cuenta con una movilidad reducida debido a la minusvalía que padece; o SAP de Barcelona de 16 de enero de 2018, que establece un régimen de custodia compartida pese a que el padre padece una minusvalía del 58%.

¹¹¹⁶ Vid. SAP de Álava de 12 de marzo de 2001: «(...) se pone de manifiesto un elevado consumo de alcohol, hasta que resulta necesario programar las sesiones terapéuticas en horario de mañana, debido a que no se puede intervenir con el paciente a primeras horas de la tarde debido a los efectos del alcohol(...) resulta que la situación de la madre es mejor que la del padre para prestar la debida asistencia al hijo común rechazándose en consecuencia el régimen de custodia compartida», SAP de Castellón de 19 de junio de 2007, SAP de Córdoba de 15 de noviembre de 2007 y SAP de Guipúzcoa de 30 marzo de 2017.

¹¹¹⁷ Vid. SAP de La Rioja de 10 de julio de 2006.

¹¹¹⁸ Por ejemplo, se ha considerado como determinante para excluir a un progenitor de la guarda y custodia el consumo de cocaína — vid. SAP de La Rioja de 10 de julio de 2006—, pero no así el de cannabis —SAP de Málaga de 22 de junio de 2010 y SAP de Castellón de 19 de septiembre de 2014—.

¹¹¹⁹ Vid. MECO TÉBAR, Fabiola, "Drogodependencia y custodia compartida...", cit., p. 96.

Respecto a los estilos de vida poco adecuados, en ocasiones se ha considerado que debe excluirse del ejercicio de la guarda y custodia a aquel progenitor que se mueva en ambientes de delincuencia – máxime cuando se encuentra en prisión¹¹²⁰ – o prostitución¹¹²¹. Resulta más discutible, sin embargo, si determinadas prácticas religiosas que sigan los progenitores pueden ser concebidas como un indicador de falta de aptitud para el cuidado de sus hijos menores. En principio, debemos partir de la libertad ideológica, religiosa y de culto que asiste a todos los ciudadanos –art. 16 CE– y de la igualdad de todos los españoles ante la ley, con independencia de la religión que profesen –art. 14 CE–. De acuerdo a ello, no cabría discriminar a uno de los progenitores por el hecho de practicar una determinada religión¹¹²². Ahora bien, siguiendo a BARCIA LEHMANN, cabe entender que cuando lleve a cabo prácticas religiosas que puedan resultar dañinas para los menores –ej. ablación–, sí sería posible negar su aptitud para la guarda y custodia y excluirle, por tanto, del ejercicio de la misma¹¹²³.

Como ya hemos visto en su momento, el juez puede auxiliarse en los informes que emitan los distintos especialistas para valorar todas estas cuestiones¹¹²⁴. También las apreciaciones que el menor haga acerca de sus padres pueden ser muy útiles para que el juez pueda detectar, en alguno de los progenitores, la presencia de circunstancias que revelen su falta de aptitud para asumir la guarda y custodia de sus hijos¹¹²⁵.

¹¹²⁰ *Vid.* SAP de Ávila de 15 de mayo de 1996.

¹¹²¹ *Vid.* SAP de Castellón de 20 de julio de 1998, que otorga la custodia al padre por quedar acreditado que la madre se dedica a la prostitución.

¹¹²² *Vid.* en este sentido la SAP de Almería de 14 de junio de 1999, que no considera relevante para la atribución de la guarda y custodia que la madre pertenezca a una congregación de Testigos de Jehová: «el que la madre tenga sus propias convicciones religiosas no puede ser causa de privación de un derecho, en cuanto viene amparada por el contenido del artículo 14 de la Constitución Española y lo contrario supondría una discriminación vedada por nuestra Carta Magna(...)».

¹¹²³ *Vid.* BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Custodia compartida...", cit., p. 455.

¹¹²⁴ *Vid.* Epígrafe 3.1.B) del Capítulo IV.

¹¹²⁵ *Vid.* Epígrafe 3.1.A).c) del Capítulo IV.

Por otro lado, cabe entender que, si la circunstancia determinante de la falta de aptitud de unos de los progenitores –enfermedades, adicciones, etc.– cesa, se le debería tener como apto para el ejercicio de la guarda y custodia¹¹²⁶. Ahora bien, en la práctica también hay casos en los que, pese a haber desaparecido las causas que provocaban la falta de aptitud de uno de los progenitores, no se ha estimado conveniente atribuirle la guarda y custodia de sus hijos, por considerarlo perjudicial para la estabilidad del menor¹¹²⁷.

b) Carencia de medios materiales

Una cuestión muy discutida es si la carencia de medios materiales por parte de alguno de los progenitores puede constituir una causa de inaptitud para el ejercicio de la guarda y custodia. Por un lado, existe un sector doctrinal que considera que la insuficiencia de recursos supone una imposibilidad material para el ejercicio de la guarda y custodia, por lo que aquel progenitor que la padece debería ser excluido del mismo¹¹²⁸ –aunque no parece llegarse al extremo de exigir para establecer la custodia compartida que ambos progenitores tengan un nivel económico similar¹¹²⁹–. Sin embargo, existe otra corriente –más acertada a mi juicio– que no considera que la mala situación económica de uno de los progenitores constituya argumento suficiente para

¹¹²⁶ Así fue entendido por la SAP de Castellón de 16 de febrero de 1999, que atribuyó la guarda y custodia de un menor a su madre, pese a que fue drogadicta durante cierto tiempo, basándose en que la progenitora había sido tratada en varios centros de rehabilitación y quedaba acreditada su rehabilitación; lo mismo que la SAP de Valencia de 19 de mayo de 2014, que estableció la custodia compartida pese a que la madre había sido cocainómana en el pasado. También la SAP de Sevilla de 31 de enero de 2007 se decantó por atribuir a la madre el ejercicio de la guarda y custodia, pese a que había padecido alcoholismo durante varios años.

¹¹²⁷ A modo de ejemplo, la SAP de Valencia de 7 de noviembre de 1997 desestima la petición de atribución de la guarda y custodia compartida porque, pese a que el informe médico acredita la recuperación de la progenitora de su enfermedad psicológica, podría incidir negativamente en la estabilidad del menor.

¹¹²⁸ Vid. IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil...*, cit., p. 123; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 186; HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...", cit., p. 11; y AGUILERA RODERO, Juan, "El progenitor no custodio...", cit., p. 1048.

¹¹²⁹ Vid. TALAVERA SÁNCHEZ, Irma, "La nueva regulación...", cit., p. 5.

excluirle del ejercicio de la guarda y custodia¹¹³⁰. Y es que, aunque no cabe duda de la necesidad de que el menor tenga cubiertas sus necesidades materiales — así lo exige además el artículo 2.2 a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹¹³¹ —, la carencia de recursos para atender al menor por parte de uno de los progenitores puede compensarse con el establecimiento de la correspondiente pensión alimenticia a cargo del otro progenitor¹¹³². Además, ya hemos visto en su momento que, con carácter general, el bienestar emocional o psíquico del menor debe prevalecer sobre el bienestar material¹¹³³.

Sin perjuicio de ello, sí parece razonable exigir al menos que el progenitor que asuma la guarda y custodia —ya sea individual o compartida— cuente con una vivienda adecuada para acoger al menor¹¹³⁴, tal y como han puesto de manifiesto jurisprudencia¹¹³⁵ y doctrina¹¹³⁶. A modo de ejemplo,

¹¹³⁰ Vid. CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, "¿El patrimonio de la sociedad conyugal condiciona la aplicación de la custodia compartida en situaciones de crisis matrimoniales?", en: *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial* —coords. GONZÁLEZ-ORÚS, Martín; CHARRO, Fernando; MIRANDA MENDOZA, Eduardo; SOSA OLÁN, Henry; VAQUERO PINTO, María José; y ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo—, Vol. 3, 2012, p. 89; MECO TÉBAR, Fabiola, "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 3, 2015, p. 186; y DE TORRES PEREA, José Manuel, "La custodia...", cit., p. 650.

¹¹³¹ El mencionado precepto se refiere expresamente a «(...) *la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas*».

¹¹³² Más adelante me referiré en profundidad a la contribución de los progenitores a los gastos de los menores —*vid.* Epígrafe 2 del Capítulo V—.

¹¹³³ *Vid.* Epígrafe 3 del Capítulo IV.

¹¹³⁴ Ya hemos visto en su momento —*vid.* Epígrafe 3 del Capítulo IV— que durante la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la Diputada Dña. María Olaia Fernández Davila, del Grupo Parlamentario Mixto, presentó una enmienda —nº 32— en la que pedía que se introdujeran algunos criterios específicos para la determinación del régimen de guarda y custodia, y entre ellos estaba el relativo a la disponibilidad de un domicilio adecuado para el cuidado de los hijos —*vid.* BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005—. No obstante, dicha enmienda fue rechazada por el Congreso de los Diputados en la sesión nº 79 (votación 39), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 18 votos a favor, 297 en contra y 8 abstenciones —*vid.* DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005—.

¹¹³⁵ *Vid.* STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008 y SAP de Barcelona de 9 de enero de 2013.

¹¹³⁶ *Vid.* PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit., p. 687; y DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 99.

nuestra jurisprudencia ha considerado determinante para rechazar la custodia compartida el hecho de que el padre viva en casa de los abuelos paternos y no disponga de una habitación adecuada para los menores¹¹³⁷ o que viva en un piso de treintaicinco metros cuadrados con una sola habitación¹¹³⁸. Ello no quiere decir obviamente que se deba otorgar prioridad en la asunción de la guarda y custodia al progenitor que cuente con una vivienda más sofisticada¹¹³⁹ —salvo que el menor padezca alguna minusvalía física o psíquica que requiera que la vivienda cuente con determinadas características¹¹⁴⁰—. Hay quien incluso ha llegado a proponer la creación de lugares de acogida con cargo al presupuesto público para que el progenitor que no cuente con una vivienda adecuada pueda ejercer la guarda y custodia¹¹⁴¹.

c) Convivencia con un tercero

No es infrecuente que, tras la ruptura matrimonial, uno o ambos progenitores rehagan su vida sentimental con una nueva pareja y pasen a convivir con ella —ya sea porque contraen nuevas nupcias, porque se constituyen como pareja de hecho o porque inician una convivencia *more uxorio*—.

Con carácter general, tanto jurisprudencia¹¹⁴² como doctrina¹¹⁴³ coinciden en que la convivencia con un tercero no constituye una causa de inaptitud para el ejercicio de la guarda y custodia.

¹¹³⁷ Vid. SAP de Barcelona de 8 de abril de 2014.

¹¹³⁸ Vid. SAP de Pontevedra de 6 de marzo de 2007.

¹¹³⁹ Vid. SANAHUJA BUENAVENTURA, María, "La custodia compartida...", cit., p. 23: «se ha llegado al absurdo de considerar más imprescindible que el menor mantenga la casa con piscina, que conservar la relación con su padre».

¹¹⁴⁰ Vid. Epígrafe 3.2.H).a) del Capítulo IV.

¹¹⁴¹ Vid. CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, "¿El patrimonio de la sociedad conyugal...", cit., p. 89.

¹¹⁴² Tanto el Tribunal Supremo —vid. STS de 10 de marzo de 2010, de 7 de julio de 2011 y de 25 de abril de 2014— como las Audiencias Provinciales —vid. SAP de Granada de 14 de diciembre de 1992 y SAP de Cáceres de 26 de junio de 2012—.

Ahora bien, esto será así siempre que la nueva situación amorosa no ponga en riesgo el bienestar del menor¹¹⁴⁴. Así, a modo de ejemplo, se ha excluido de la guarda y custodia a un progenitor cuando su nueva pareja es una persona conflictiva¹¹⁴⁵, cuando los menores no la aceptan¹¹⁴⁶, no mantienen buena relación con ella¹¹⁴⁷ o incluso le tienen miedo tras haber sufrido presuntos maltratos por su parte¹¹⁴⁸.

d) Sexo

Lo que no cabría considerar como falta de aptitud, a mi modo de ver, es el hecho de pertenecer a uno u otro sexo, pues ello podría entrar en colisión con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, ampliamente reconocido tanto por el Derecho internacional¹¹⁴⁹ y europeo¹¹⁵⁰, como por nuestra legislación interna: por la Constitución¹¹⁵¹ y por el Derecho

¹¹⁴³ Vid. ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia...*, p. 133; MONTERO AROCA, Juan, *Guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 77; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., pp. 189-190; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., pp. 168 y 170; SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social...", cit., p. 187; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 135; DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "La Ley 5/2011, de 1 de abril...", cit., p. 43; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Estudio comparativo...", cit., p. 16 y "Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas...", cit., p. 2211.

¹¹⁴⁴ Vid. SAP de Cáceres de 26 de junio de 2012. Vid. también: ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia...*, p. 133; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 190; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 169; y CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 135.

¹¹⁴⁵ Vid. SAP de Madrid de 10 enero de 2018.

¹¹⁴⁶ Vid. STSJ de Aragón de 19 de octubre de 2012 y SAP de Valencia de 18 de junio de 2014.

¹¹⁴⁷ Vid. SAP de Madrid de 19 de mayo de 2010.

¹¹⁴⁸ Vid. SAP de León de 20 de enero del 2000.

¹¹⁴⁹ Vid. art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que prevé que los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. En este mismo sentido se pronuncia también el artículo 6.2 c) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979.

¹¹⁵⁰ Vid. art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000.

¹¹⁵¹ Vid. arts. 9.2, 14, 32 y 35.1 CE.

estatal¹¹⁵² y autonómico¹¹⁵³—. Esta postura es compartida casi unánimemente por nuestra doctrina¹¹⁵⁴, aunque también hay autores que la matizan, por considerar que la desigualdad real de hombres y mujeres en las sociedades actuales excusa de un trato jurídico igualitario entre ambos¹¹⁵⁵ o que el reconocimiento de una mayor aptitud a la figura materna queda justificado por el hecho de que ésta ha estado unida al menor desde el mismo momento de su concepción¹¹⁵⁶.

En cualquier caso, ya hemos ido viendo a lo largo de este escrito que, poco a poco, se va cesando en la idea de que la madre está más capacitada para asumir el cuidado de sus hijos menores, lo que obliga a abandonar la idea de que la custodia a favor de la madre resulta más beneficiosa para el interés superior del menor¹¹⁵⁷. En este sentido, hace ya algunos años que nuestro legislador eliminó la tradicional de regla de que los menores de corta edad quedaran en todo caso a cargo de la madre¹¹⁵⁸. Ello no impide sin embargo que, cuando nos encontramos ante niños muy pequeños —especialmente aquellos

¹¹⁵² Vid. art. 66 Cc. También debe tenerse en consideración la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo artículo 3 proclama el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. Además, el artículo 4 de del mencionado texto legal prevé que la igualdad entre hombres y mujeres constituye un principio informador que deberá observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Sin perjuicio de todo ello, lo cierto es que se echa de menos alguna referencia a la igualdad en las relaciones familiares en la Ley Orgánica 3/2007, como también ha advertido RUIZ-RICO RUIZ —*vid.* RUIZ-RICO RUIZ, Catalina, "Hacia la corresponsabilidad como derecho constitucional...", cit., p. 1402—.

¹¹⁵³ Vid. a modo de ejemplo arts. 75.2 y 76.3 b) CDFA; arts. 1.2 y 3.4 Ley Foral navarra 3/2011; y art. 9.5 Ley del País Vasco 7/2015.

¹¹⁵⁴ Vid. a modo de ejemplo: RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia...", cit., p. 311; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 201; ROSALES, Juan Carlos, "Desigualdad y exilio...", cit., p. 246; y MORERA VILLAR, Beatriz, *Guarda y custodia...*, cit., p. 94.

¹¹⁵⁵ Vid. BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, "La custodia compartida desde un análisis de género: Estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares", en: *La Custodia Compartida a Debate* —ed. PICONTO NOVALES, Teresa—, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Nº 56, Dykinson, Madrid, 2012, p. 132; y ALMEDA SAMARANCH, Elisabet, "Monoparentalidad y responsabilidad parental...", cit., p. 127.

¹¹⁵⁶ Vid. LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel, "Decisión sobre la custodia...", cit., p. 292: «el reconocimiento de una mayor aptitud a la figura materna queda justificado por el hecho de que ha estado unida al menor desde el mismo momento de su concepción.

¹¹⁵⁷ Vid. SOLÉ RESINA, Judith y YSÁS SOLANES, María, "Custodia compartida...", cit., p. 751.

¹¹⁵⁸ Vid. Epígrafe 2.2.A).b) del Capítulo II.

que se encuentran en periodo de lactancia —, pueda resultar recomendable que permanezcan en compañía de la madre, como posteriormente veremos¹¹⁵⁹.

Aunque el avance de nuestra jurisprudencia hacia el reconocimiento de una idéntica aptitud de hombre y mujeres para cuidar a sus hijos quizá esté siendo algo lento —ya que continúa partiendo en muchos casos de una mayor aptitud de la madre¹¹⁶⁰ —, han ido apareciendo varios pronunciamientos judiciales que afirman expresamente que se presumen las mismas capacidades en hombres y mujeres para ejercer la guarda y custodia y que no existe, por ende, una presunción de idoneidad en ninguno de los progenitores¹¹⁶¹ — aunque en la práctica, todavía son mayoritarios los casos en los que la guarda y custodia se atribuye a la madre¹¹⁶² —.

Por tanto, parece razonable partir de que ambos progenitores son aptos para el ejercicio de la guarda y custodia independientemente de su sexo —salvo que concurra alguna de las causas de inaptitud que ya he analizado anteriormente—. Ahora bien, a mi modo de ver —y en consonancia con la doctrina de nuestros tribunales¹¹⁶³ —, ello no implica que deba adoptarse siempre la custodia compartida o que la atribución del ejercicio de la guarda y custodia a uno sólo de los progenitores suponga una vulneración del principio

¹¹⁵⁹ *Vid.* Epígrafe 3.2.F) del Capítulo IV.

¹¹⁶⁰ *Vid.* a modo de ejemplo STS de 14 de febrero de 2005: «(...) está en la línea de una larga experiencia que encuentra en el diario contacto con la madre un elemento esencial en el desarrollo de la personalidad infantil». *Vid.* también: SAP de Barcelona de 25 de abril de 2002: «(...) hay que reconocer que socialmente se considera que, cuando los niños son de corta edad, es preferible que su guarda y custodia se atribuya a la madre en los casos de separación(...)».

¹¹⁶¹ *Vid.* SAP de Barcelona de 7 de febrero de 2005: «(...) ninguno de los progenitores tiene un derecho preferente respecto al otro, pues superado ya el criterio legal favorable a las madres, tanto el padre como la madre tienen un igual derecho-deber para asumir la custodia ordinaria de los hijos en las situaciones de crisis de la pareja». En el mismo sentido: SAP de Baleares de 29 de junio de 2005, SAP de Burgos de 3 de noviembre de 2006, SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, SAP de Alicante de 16 de mayo de 2007 y SAP de Alicante de 24 de abril de 2009.

¹¹⁶² De hecho, si atendemos a los últimos datos disponibles por el Instituto Nacional de Estadística, correspondientes al año 2016, podemos observar que la custodia se atribuye a la madre en el 66,2% de los casos, al padre en el 5%, y se establece la custodia compartida en el 28,3% de los supuestos —fuente: www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf, fecha última consulta: 06/04/2018—.

¹¹⁶³ *Vid.* STC 1/2001, de 15 de enero, STS de 22 de mayo de 1999 y STS de 9 de junio de 2003.

de igualdad¹¹⁶⁴. Debe tenerse en cuenta que el interés superior del menor es el principio rector en materia de guarda y custodia, por lo que primará sobre el principio de igualdad de los progenitores¹¹⁶⁵.

C) Cumplimiento de sus obligaciones por parte de los progenitores y contribución de cada uno al cuidado de los menores

Un criterio que también ha venido manejando nuestra jurisprudencia es relativo al cumplimiento de sus obligaciones por parte de los progenitores. Sería razonable entender que este criterio se refiere al cumplimiento por parte de los progenitores de los deberes inherentes a la patria potestad. Pero de acuerdo a ello, en principio concurriría siempre, puesto que en caso contrario el progenitor incumplidor debería haber sido privado de la patria potestad y por ende también de la posibilidad de asumir la custodia del menor.

Sin embargo, pueden darse determinados incumplimientos de menor entidad que, por su levedad, no constituyan causa de privación de la patria

¹¹⁶⁴ En este mismo sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria —*vid.* a modo de ejemplo: MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "De los efectos comunes...", cit., p. 213; y SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia compartida aragonesa...", cit., p. 187 y "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 76—, aunque también existe alguna opinión disidente —*vid.* RUIZ-RICO RUIZ, Catalina, "Hacia la corresponsabilidad como derecho constitucional...", cit., p. 1397 y 1399—.

¹¹⁶⁵ Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia —*vid.* a modo de ejemplo: STS de 22 de mayo de 1999: «(...) la atribución de la custodia a la madre no es inconstitucional ya que el criterio que debe prevalecer en el momento de acordar la custodia de los hijos no es el derecho a la igualdad de los padres (art. 14 CE) sino el de la protección integral del menor por parte de los poderes públicos (art. 39 CE) » y STS de 27 de septiembre de 2011. *Vid.* también, en la jurisprudencia menor: SAP de Valencia de 3 de octubre de 2005: «con la denegación de la custodia compartida no se vulnera el artículo 14 CE(...) se olvida que no es dicho precepto de la Constitución el que ha de prevalecer en la resolución de contiendas de este tipo, sino el de protección de la prole que consagra el artículo 39 CE, en armonía con el artículo 92 Cc. y 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor(...)» y STSJ de Aragón de 22 de noviembre de 2012 y de 4 de marzo de 2014— y doctrina —*vid.* TENA PIAZUELO, Isaac, "La guarda compartida...", cit., p. 40, "La ruptura de pareja con hijos...", cit., p. 63 y "Custodia compartida...", cit., p. 236; TAMAYO HAYA, Silvia, "El interés del menor...", cit., p. 69; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 143; PICONTO NOVALES, Teresa, "Ruptura familiar y coparentalidad...", cit., pp. 67-68; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 186; y BELTRÁ CABELLO, Carlos, "Disolución del matrimonio...", cit., p. 12—.

potestad¹¹⁶⁶; o bien casos en los que exista un cumplimiento más correcto o exacto por un progenitor que por el otro. Hay que entender que estos son los supuestos a los que se está refiriendo nuestra jurisprudencia.

De acuerdo a lo anterior, más que de cumplimiento de sus obligaciones, cabría hablar de cómo ha sido la contribución de cada progenitor al cuidado de sus hijos menores. De hecho, la mayor parte de normas autonómicas se refieren expresamente a este aspecto —la catalana, la vasca y también la anulada Ley valenciana—¹¹⁶⁷, y el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducirlo también en nuestro Código Civil¹¹⁶⁸.

Para valorar este criterio, el juez deberá atender al modo en el que los progenitores han contribuido al cuidado de los menores en dos momentos: durante la convivencia conyugal y una vez que ésta ha cesado¹¹⁶⁹.

a) Contribución de cada progenitor al cuidado de los menores constante la convivencia conyugal

El cumplimiento de las obligaciones parentales constante la convivencia conyugal se relaciona con la práctica anterior de los progenitores o, lo que es lo mismo, con la contribución de cada uno de ellos al cuidado de sus hijos menores —un criterio procedente del Derecho anglosajón al que se le suele conocer con el nombre de *“approximation presumption”*¹¹⁷⁰ o *“approximation*

¹¹⁶⁶ Téngase en cuenta que para que proceda la privación de la patria potestad debe tratarse de incumplimientos graves, constantes y reiterados —*vid.* STS de 27 de noviembre de 2003—.

¹¹⁶⁷ El Código Civil de Cataluña se refiere en su artículo 233-11-1 d) a la «dedicación anterior al cuidado de los hijos», la Ley del País Vasco 7/2015, en su artículo 9.3 a), a la «práctica anterior de los progenitores», y en su artículo 9.3 e), al «cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas», y la anulada Ley valenciana 5/2011, en su artículo 5.3 c), se refería a la «dedicación pasada a la familia».

¹¹⁶⁸ El artículo 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil, hablaba de «contribución anterior al cuidado de los hijos».

¹¹⁶⁹ Así nos lo recuerda la SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 2009.

¹¹⁷⁰ *Vid.* DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida...", cit., p. 19.

standard”¹¹⁷¹ —. Parece que el objetivo de este criterio es el mantenimiento del *statu quo* anterior a la ruptura. Además, el hecho de que pueda utilizarse para condicionar el modelo de guarda y custodia permite que adquiera virtualidad práctica la obligación que el artículo 68 del Código Civil impone a los cónyuges de «(...) *compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes*»¹¹⁷².

También la jurisprudencia ha reiterado la conveniencia de valorar la contribución de cada progenitor al cuidado de los menores —bien para establecer un régimen de custodia compartida¹¹⁷³ o bien para otorgársela de forma exclusiva a una de las partes¹¹⁷⁴—; y la doctrina mayoritaria también se muestra partidaria de otorgar a este criterio un peso importante en la decisión judicial¹¹⁷⁵. Y es que, resulta comprensible tener en cuenta cuál de los

¹¹⁷¹ Vid. LANGA MUELA, Adrián, *Custodia compartida en Aragón...*, cit., pp. 61-62; y CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 177.

¹¹⁷² Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Criterios de atribución de la custodia compartida...", cit., p. 15, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 793 y *La concreción del interés del menor...*, cit., p. 45.

¹¹⁷³ Vid. SAP de Madrid de 31 de octubre de 2006 y SAP de Murcia de 27 de octubre de 2009.

¹¹⁷⁴ Vid. STS de 10 de diciembre de 2012, STS de 7 de junio de 2013 y STS de 22 septiembre de 2017. Vid. también: SAP de Baleares de 1 de septiembre de 2004, SAP de Madrid de 24 de marzo de 2006, SAP de Las Palmas de 18 de abril de 2006, SAP de Málaga de 24 de abril de 2007, SAP de Madrid de 2 de enero de 2008, SAP de Madrid de 4 de julio de 2008, SAP de Vizcaya de 31 de octubre de 2008, SAP de Baleares de 8 de abril de 2011, SAP de Valencia de 12 de diciembre de 2012, SAP de Barcelona de 4 de febrero de 2013, SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2013, SAP de Barcelona de 27 de febrero de 2013, SAP de Tarragona de 14 de junio de 2013, SAP de Murcia de 18 de julio de 2013, SAP de León de 27 de septiembre de 2013, SAP de Valencia de 21 de octubre de 2013, SAP de Valencia de 22 de julio de 2014, SAP de Alicante de 6 de mayo de 2015, SAP de Pontevedra de 29 noviembre de 2017, SAP de Murcia de 25 enero de 2018 y Auto de 14 de febrero de 2011 del Juzgado de 1ª Instancia nº 25 de Madrid.

¹¹⁷⁵ Vid. ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, SEIJO MARTÍNEZ, María Dolores y FARIÑA RIVERA, Francisca, "Razonamientos judiciales...", cit., p. 58; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 308; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 500; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., pp. 173-174 y 185; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., p. 1558; HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...", cit., p. 19; VIÑAS MAESTRE, Dolors, "La concesión de más custodias compartidas...", cit., p. 12; UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, "Sentencia de 1 de octubre de 2010...", cit., p. 1223; LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel, "Decisión sobre la custodia...", cit., p. 294; SUSO ARAICO, Anabel (dir.), "Análisis de los modelos de custodia...", cit., p. 26; PICONTÓ NOVALES, Teresa, "Ruptura familiar y coparentalidad...", cit., p. 57; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida...", cit., p. 85; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales...", cit., p. 1459; DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida...", cit., p. 19; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1330; CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis,

progenitores venía asumiendo el cuidado de los hijos menores antes de producirse la ruptura, o si éste era compartido por ambos¹¹⁷⁶. No parece admisible que un progenitor que durante la convivencia no se ha ocupado del cuidado de sus hijos pretenda posteriormente que se establezca un régimen de guarda y custodia compartida, una actitud a la que de manera peyorativa e irónica se le suele denominar “síndrome del padre súbito”¹¹⁷⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, siguiendo a MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ¹¹⁷⁸ —entre otros¹¹⁷⁹—, considero que este criterio debe aplicarse de forma flexible. Ello por dos motivos: en primer lugar, porque toda persona puede cambiar sus hábitos¹¹⁸⁰, por lo que es posible que un progenitor que no ha contribuido igualitariamente al cuidado de los hijos durante la convivencia se muestre dispuesto a hacerlo una vez que ésta ha cesado; y, en segundo lugar, porque no es extraño que si uno de los progenitores trabajaba durante el matrimonio y el otro estaba a cargo de la casa, existiera entre ambos un pacto —expreso o tácito— por el que este último asumiera en mayor medida el cuidado de los hijos menores¹¹⁸¹. Así ha sido interpretado también por buena parte de la jurisprudencia¹¹⁸².

“Ley Valenciana...”, cit., p. 13; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier y JARNE ESPARCIA, Adolfo, “Revisión conceptual del peritaje psicológico...”, cit., p. 26; MORAGA GARCÍA, M^a Ángeles, “Igualdad...”, cit., p. 483; y VIOLA DEMESTRE, Isabel, “La custodia compartida...”, cit., p. 303.

¹¹⁷⁶ Vid. MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Determinación del régimen de guarda y custodia...”, cit., p. 6.

¹¹⁷⁷ Vid. PINTO ANDRADE, Cristóbal, “La custodia compartida en la práctica judicial...”, cit., p. 167.

¹¹⁷⁸ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, “La regulación de la custodia compartida...”, p. 161.

¹¹⁷⁹ Vid. AGUILAR CUENCA, José Manuel, *Con mamá...*, cit., p. 85; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 178; y DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, “La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana...”, cit., p. 11.

¹¹⁸⁰ AGUILAR CUENCA señala que «Contra esta situación podemos reflexionar que el reparto de papeles previo no puede ser tomado como patrón de comportamiento fijo, una vez que las condiciones que llevaron a su aceptación por parte de los miembros de la pareja han cambiado radicalmente. Si no asumiéramos este principio, tendríamos que cuestionarnos, por ejemplo, la posibilidad de rehabilitación en los presos...». (AGUILAR CUENCA, José Manuel, *Con mamá...*, cit., p. 85)

¹¹⁸¹ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, “La regulación de la custodia compartida...”, p. 161: «(...) la toma en consideración de esta circunstancia debe ser atemperada en algunos casos: destacadamente, cuando la menor dedicación a sus hijos de uno de los miembros de la pareja (más habitualmente el varón) se debe a una mayor dedicación a la obtención de recursos económicos con que hacer frente a las necesidades familiares(...) respondiendo ello a un acuerdo entre los convivientes en tal sentido». Vid.

Tras la ruptura es posible que se mantenga esta situación, y que uno de los progenitores trabaje y el otro permanezca al cuidado de su casa, pudiendo este último dedicar mayores atenciones al menor. Pero también es muy probable que aquel progenitor que durante la convivencia no trabajaba tenga que buscarse un medio de vida tras la ruptura.

Por todo ello, opino que este criterio sólo debe ser tenido en cuenta para establecer el régimen de guarda y custodia en aquellos casos en los que la contribución anterior al cuidado de los menores por parte de uno y otro progenitor haya sido muy dispar¹¹⁸³ –y siempre que dicha contribución desigual no encuentre justificación en un pacto expreso o tácito de los propios cónyuges acerca de la distribución de las tareas domésticas–.

En cambio, pienso que puede resultar muy útil para distribuir los periodos de permanencia de los menores con cada progenitor en los supuestos de custodia compartida, de tal manera que la diferente contribución de los padres al cuidado del menor pudiera servir para modular la distribución del tiempo de convivencia con éste –recuérdese que la custodia compartida no exige un reparto igualitario del tiempo¹¹⁸⁴–.

también: AGUILAR CUENCA, José Manuel, *Con mamá...*, cit., p. 62; SOLÉ RESINA, Judith y YSÁS SOLANES, María, "Custodia compartida...", cit., p. 737; RUIZ-RICO RUIZ, Catalina, "Hacia la corresponsabilidad como derecho constitucional...", cit., p. 1403; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 169; y BECERRIL RUIZ, Diego, "Algunos mitos...", cit., p. 74.

¹¹⁸² Resulta especialmente reveladora la Sentencia del TSJ de Aragón de 6 de junio de 2012, que señala que «(...) la realidad preexistente relativa al cuidado y atención al menor, constante el matrimonio, no debe ser trasladada acríticamente a la situación de divorcio, ya que en aquella situación los cónyuges pueden repartir su tiempo y dedicar mayor o menor intensidad a la atención al menor, sin que ello implique que aquel que se ha dedicado preferentemente a tareas laborales se ha desvinculado de la atención y educación del hijo, o está incapacitado para ello. El reparto de funciones entre los cónyuges durante el tiempo de convivencia matrimonial no es vinculante para las decisiones a adoptar en supuestos de separación o divorcio, pues a partir de la ruptura de la convivencia ambos pueden asumir las cargas relativas a la custodia de los hijos menores, siempre que tengan capacidad para ello y no consten antecedentes de desatención o descuido». *Vid.* también en este sentido: STSJ de Cataluña de 6 noviembre 2017, SAP de Barcelona de 1 de octubre de 2013 y SAP de Alicante de 24 de octubre de 2013.

¹¹⁸³ A modo de ejemplo, la SAP de Murcia de 26 de junio de 2012 señala que el establecimiento de la custodia compartida no exige que existiera con anterioridad a la ruptura un reparto cuantitativo del 50% del tiempo en la atención de los menores, sino que basta con una implicación cualitativa semejante.

¹¹⁸⁴ *Vid.* Epígrafe 2.2.B) del Capítulo IV.

b) Contribución de cada progenitor al cuidado de los menores una vez que se ha puesto fin a la convivencia

El grado de cumplimiento de sus obligaciones por parte de los progenitores una vez que ha cesado la convivencia es una muestra de la predisposición de cada uno de ellos para continuar atendiendo correctamente a sus hijos menores tras el establecimiento de las medidas acordadas judicialmente. Esto podrá valorarse en dos supuestos: cuando los cónyuges hayan estado separados de hecho durante un determinado tiempo antes de iniciar el procedimiento judicial de separación o divorcio¹¹⁸⁵; o bien cuando, estando ya separados o divorciados, alguna de las partes pretenda la modificación del régimen de guarda y custodia establecido.

Los incumplimientos más frecuentes en estos casos tienen que ver con la desatención del menor¹¹⁸⁶, aunque en ocasiones también se han considerado relevantes otro tipo de incumplimientos, como los relativos a las obligaciones de índole económico¹¹⁸⁷ o la obstrucción de las relaciones entre el menor y el otro progenitor. En cuanto a este último aspecto, la mayor predisposición de uno de los progenitores para permitir las relaciones del menor con el otro —un criterio procedente del Derecho anglosajón al que se le suele conocer como *friendly parent*¹¹⁸⁸ — ha sido concebida por nuestra jurisprudencia¹¹⁸⁹ y

¹¹⁸⁵ Por ejemplo, es habitual atribuir la guarda y custodia al progenitor que ha convivido de forma continuada con el menor desde el momento en el que se produce la separación de hecho —*vid.* SAP de Barcelona de 26 de julio de 2007, SAP de Sevilla de 10 de noviembre de 2008 y SAP de Barcelona de 18 de mayo de 2010—.

¹¹⁸⁶ *Vid.* SAP de Baleares de 20 de julio de 2010, en la que «(...)se acuerda el cambio de custodia a favor del padre al detectarse una desatención continuada por parte de la progenitora guardadora que se apreciaba por la tristeza y desaliño personal de la hija, absentismo escolar importante sin justificar y retraso escolar».

¹¹⁸⁷ A modo de ejemplo, la SAP de Alicante de 3 de marzo de 2005 incluye el cumplimiento por parte de los progenitores de sus obligaciones económicas como uno de los criterios para la determinación del régimen de guarda y custodia.

¹¹⁸⁸ *Vid.* LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 382; y SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "El régimen de visitas...", cit., p. 90.

¹¹⁸⁹ Son numerosos los pronunciamientos en nuestra jurisprudencia menor en los que se ha atribuido la guarda y custodia a aquel progenitor que tiene una mayor predisposición para favorecer las relaciones del menor con el otro —*vid.* SAP de Madrid de 5 de julio de 1999, SAP de Castellón de 26 de julio de 2006, SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2007, SAP de Barcelona de 19 de junio de 2007, SAP de

doctrina¹¹⁹⁰ como un aspecto muy positivo para atribuirle la guarda y custodia. De hecho, tanto el Código Civil de Cataluña –art. 233-11.1 c)– como la Ley del País Vasco 7/2015 –art. 9.3 e)– lo recogen expresamente; y también pretendía hacerlo el legislador nacional a través del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹¹⁹¹.

Aunque puede ser un criterio a tener en cuenta, la jurisprudencia no ha considerado determinante el hecho de que el menor haya convivido mayoritariamente con uno de los progenitores tras la ruptura¹¹⁹², pese a que ello conlleve, obviamente, que dicho progenitor haya asumido el cuidado del menor con mayor intensidad durante ese periodo. Nuevamente, ello puede ocurrir en dos supuestos: cuando los cónyuges hayan estado separados de hecho durante un determinado tiempo antes de iniciar el procedimiento judicial de separación o divorcio o cuando estén ya separados o divorciados. En el primer caso, hay que entender que esta situación –que suele obedecer a la existencia de un pacto expreso o tácito entre las propias partes– tiene carácter provisional y, a mi modo de ver, no les vincula para la determinación futura del régimen de guarda y custodia. Y en cuanto al segundo supuesto, el hecho de que uno de los progenitores ejerza en exclusiva la guarda y custodia –porque se la ha atribuido el juez o porque se ha acordado en convenio regulador– no impide que posteriormente pueda instarse una modificación de medidas y el juez acuerde el ejercicio compartido de la guarda y custodia –como posteriormente veremos con mayor detalle¹¹⁹³–.

Barcelona de 15 de diciembre de 2009, SAP de Madrid de 25 de enero de 2010, SAP de Madrid de 26 de julio de 2010, SAP de Ourense de 21 de diciembre de 2010 y SAP de Valencia de 9 de enero de 2013—.

¹¹⁹⁰ Vid. ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia...*, p. 199; y GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Comentarios del nuevo artículo 92...", cit., p. 150.

¹¹⁹¹ Vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil.

¹¹⁹² Vid. STS de 21 de octubre de 2015, STS de 30 de diciembre de 2015, STS de 4 de febrero de 2016, STS de 11 de febrero de 2016 y STS de 11 enero de 2018.

¹¹⁹³ Vid. Epígrafe 1 del Capítulo VI.

D) Disponibilidad temporal de cada progenitor y posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar

Ya hemos visto en el epígrafe anterior que la contribución anterior de los progenitores al cuidado de los menores está determinada en muchos casos por la disponibilidad temporal con la que contaba cada uno de ellos. Por ello la disponibilidad temporal de cada progenitor para atender al menor tras la ruptura del matrimonio también deberá ser tomada en cuenta por el juez para la determinación del régimen de guarda y custodia. Ello guarda estrecha relación con su situación profesional y sus posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, una cuestión que ha sido prevista por todas las leyes autonómicas¹¹⁹⁴. En el marco del Derecho común, también fue contemplada la posibilidad de incluir este criterio durante la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, a raíz de una enmienda presentada por la Diputada Dña. María Olaia Fernández Davila, del Grupo Parlamentario Mixto¹¹⁹⁵. No obstante, dicha enmienda terminó siendo rechazada¹¹⁹⁶. Además, también el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducirlo en nuestro Código Civil¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁴ Vid. art. 80.2 e) CDFA, art. 233-11.1 g) Cc.Cat., art. 3.3 f) Ley Foral Navarra 3/2011 y art. 9.3 h) Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 5.3 g) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹¹⁹⁵ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005: enmienda nº 32, presentada por Dña. María Olaia Fernández Davila, del Grupo Parlamentario Mixto, en la que pedía que se introdujeran algunos criterios específicos para la determinación del régimen de guarda y custodia, entre los que se encontraba el horario laboral de los progenitores.

¹¹⁹⁶ En concreto, la enmienda fue rechazada por el Congreso de los Diputados en la sesión nº 79 (votación 39), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 18 votos a favor, 297 en contra y 8 abstenciones —vid. DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005—.

¹¹⁹⁷ Vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil.

Para valorar este criterio hay que atender al tiempo real con el que cuenta cada progenitor para atender al menor¹¹⁹⁸, algo que estará determinado sobre todo por sus obligaciones laborales, pero también por otros factores como las actividades de ocio, compromisos sociales, etc.¹¹⁹⁹.

Si un progenitor no trabaja, contará con mucho más tiempo para dedicar a sus hijos que su excónyuge, lo que en ocasiones ha llevado a un sector de nuestra jurisprudencia a considerarlo más idóneo para ejercer la guarda y custodia¹²⁰⁰. Sin embargo, a mi modo de ver, el hecho de que uno de los progenitores se encuentre en situación de desempleo no es motivo suficiente para atribuirle la guarda y custodia. Ello, por dos motivos: porque podría entrar en contradicción con el principio constitucional del derecho al trabajo – art. 35 CE –, en la medida en que se penaliza en el acceso a la guarda y custodia a aquel progenitor que goza de un empleo; y porque el hecho de estar en desempleo es una situación coyuntural que puede cambiar¹²⁰¹. De hecho, existen sentencias que consideran que el hecho de que uno de los progenitores se encuentre en situación de desempleo no es determinante para atribuirle la guarda y custodia¹²⁰² e incluso algunas valoran de forma positiva la estabilidad laboral de aquel progenitor que cuenta con un empleo estable¹²⁰³.

Los problemas suelen plantearse especialmente en aquellos casos en los que alguno de los progenitores tiene un horario laboral que dificulta la asunción de las obligaciones inherentes a la guarda y custodia. Con carácter general, tanto jurisprudencia como doctrina han considerado que el hecho de

¹¹⁹⁸ Vid. SAP de Valladolid de 31 de marzo de 2004 y SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2010. Vid. también: CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., pp. 163-164.

¹¹⁹⁹ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales...", cit., pp. 1945-1946.

¹²⁰⁰ Vid. SAP de Toledo de 20 de julio de 1992, SAP de A Coruña de 27 de noviembre de 1996 y SAP de Albacete de 10 de febrero de 1998.

¹²⁰¹ Vid. MONTERO AROCA, Juan, *Guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 98.

¹²⁰² Vid. SAP de Barcelona de 6 de mayo de 1998, SAP de Girona de 13 de octubre de 2009 y SAP de Barcelona de 25 de mayo de 2011.

¹²⁰³ Vid. SAP de Navarra de 29 de enero de 1993 y SAP de Barcelona de 21 de noviembre de 1996.

contar con jornadas laborales muy largas¹²⁰⁴ o por turnos rotatorios¹²⁰⁵ puede dificultar el ejercicio de la guarda y custodia –lo que, sin embargo, en algunas ocasiones, no ha constituido un obstáculo para atribuir la guarda y custodia¹²⁰⁶ o para establecer la custodia compartida¹²⁰⁷—. También ha recibido una valoración negativa por parte de nuestra jurisprudencia y doctrina el hecho de que deban realizarse desplazamientos continuados o de cierta permanencia por razón del trabajo¹²⁰⁸ –aunque, una vez más, hay alguna excepción¹²⁰⁹—.

Por otro lado, puede ocurrir que ambos progenitores carezcan por separado de suficiente tiempo para atender correctamente al menor, en cuyo caso puede resultar muy conveniente establecer un régimen de custodia compartida¹²¹⁰.

En cualquier caso, aunque la custodia compartida exige que ambos padres puedan conciliar la vida laboral y familiar, no parece que deba exigirse como requisito ineludible que ambos progenitores cuenten con las mismas

¹²⁰⁴ Vid. STS de 21 junio de 2017, STS de 22 septiembre de 2017, STSJ de Aragón de 8 de febrero de 2012, SAP de Guipúzcoa de 14 de abril de 1999, SAP de Barcelona de 23 de octubre de 2007, SAP de Barcelona de 15 de julio de 2009 y SAP de Madrid de 28 de mayo de 2010. Vid. también: DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, María Soledad, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 728; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 164; y CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, "Ley Valenciana...", cit., p. 14.

¹²⁰⁵ Vid. STSJ de Aragón de 8 de febrero de 2012 y SAP de Cádiz de 29 de marzo de 2012. Vid. también: CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 164; y CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, "Ley Valenciana...", cit., p. 14. Vid. también: SAP de Málaga de 25 abril de 2017.

¹²⁰⁶ Vid. SAP de Barcelona de 26 de julio de 1999. Vid. también: PÉREZ RUFÍAN, Laura, "La jornada laboral del padre...", cit., p. 308.

¹²⁰⁷ Vid. STSJ de Aragón de 15 de diciembre de 2011 y de 26 de octubre de 2012, SAP de Barcelona de 8 de junio de 2011, SAP de Zaragoza de 13 de septiembre de 2011, SAP de Barcelona de 2 de octubre de 2013, SAP de Álava de 27 de octubre de 2014 y SAP de Salamanca de 21 de noviembre de 2017.

¹²⁰⁸ Vid. SAP de Valencia de 31 de marzo de 2004, SAP de Zaragoza de 12 de abril de 2011 y SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 2013. Vid. también: LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 308; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 20; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 164; HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...", cit., p. 19; y ESCUDERO GUTIÉRREZ, Isabel, "Una visión diferente...", cit., p. 83.

¹²⁰⁹ Vid. SAP de Ourense de 28 de junio de 2013. Vid. también: ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1266.

¹²¹⁰ Vid. en este sentido: SAP de Murcia de 10 de febrero de 2009.

posibilidades de conciliación— tal y como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina¹²¹¹ y la jurisprudencia¹²¹²—.

Y es que, aun cuando uno de los progenitores encuentre dificultades de tiempo para proporcionar todos los cuidados que requiere el menor, nada impide a mi juicio que en algunas ocasiones pueda delegar su cuidado en terceras personas —siempre que no se convierta en una práctica habitual—, especialmente cuando se trata de familiares directos del menor —si los tiene, y están dispuestos a asumir su cuidado—, cuya relación con él puede proporcionarle tan beneficiosos efectos¹²¹³. Así ha sido entendido también por buena parte de nuestra jurisprudencia¹²¹⁴ y doctrina¹²¹⁵ e incluso la Ley del País Vasco 7/2015 lo admite tácitamente al incluir en su artículo 9.3 i) los apoyos con los que cuenten los progenitores como criterio a tener en cuenta para determinar el régimen de guarda y custodia —al igual que hacía el fallido

¹²¹¹ Vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Nota práctica sobre guarda y custodia...", cit., p. 241 y "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 68.

¹²¹² Vid. STSJ de Aragón de 10 de enero de 2014 y SAP de Zaragoza de 29 de noviembre de 2011 y de 30 de marzo de 2012.

¹²¹³ Vid. MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 7.

¹²¹⁴ Vid. STS de 28 febrero de 2017, STSJ de Aragón de 28 de septiembre de 2012 y de 18 de diciembre de 2013, SAP de Vizcaya de 2 de julio de 1998, SAP de Toledo de 16 de febrero de 2011, SAP de Barcelona de 25 de mayo de 2011, SAP de Murcia de 20 de marzo de 2012, SAP de Alicante de 28 de noviembre de 2012, SAP de Alicante de 11 de marzo de 2013, SAP de Ourense de 28 de junio de 2013, SAP de Alicante de 12 de julio de 2013, SAP de Valencia de 16 de junio de 2014 SAP de Castellón de 24 de octubre de 2014, SAP de Baleares de 23 de diciembre de 2015 y SAP de Valladolid de 22 marzo de 2017.

¹²¹⁵ Vid. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia...", cit., p. 312; CATALÁN FRÍAS, M^a José (et. al.), "Motivos Alegados por los Progenitores...", cit., p. 35; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Nota práctica sobre guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 241 y "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 68; BETELU SEMINARIO, Virginia, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 73; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1266; LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Ruptura convivencial y custodia...", cit., pp. 143-144; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 165; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, "La guarda de hecho en nuestro Código Civil", *Revista jurídica del notariado*, N^o 94, 2015, p. 20; FRÍAS RODRÍGUEZ, Itziar, "Guarda y custodia compartida: criterios jurisprudenciales que podrían desaconsejar su adopción", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, N^o 9, julio-diciembre, 2016, p. 115.

Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹²¹⁶ — .

No obstante, hay voces en nuestra jurisprudencia¹²¹⁷ y doctrina¹²¹⁸ que se oponen a esta posibilidad, por considerar que en estos casos sería más conveniente que el menor estuviera en compañía del otro progenitor. En este sentido parecía pronunciarse también la anulada Ley valenciana 5/2011, al referirse en su artículo 5.3 g) a la disponibilidad de cada progenitor para mantener un trato “directo” con el menor.

A mi modo de ver, siguiendo a JIMÉNEZ LINARES¹²¹⁹, la disponibilidad temporal de los progenitores constituye un factor a tener en cuenta para determinar el régimen de guarda y custodia, pero no tiene carácter determinante. Sin embargo, al igual que ocurría con los criterios que he abordado en el apartado anterior, puede resultar especialmente útil para distribuir los periodos de permanencia de los menores con uno y otro progenitor, de tal manera que la existencia de un desequilibrio importante del tiempo disponible entre ambos pudiera servir para matizar la distribución del tiempo de convivencia con el menor, atribuyendo el cuidado de éste durante periodos más largos a aquel progenitor que goce de más tiempo libre.

E) Relaciones de las partes entre sí y con sus hijos

¹²¹⁶ Vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil.

¹²¹⁷ Vid. SAP de Guipúzcoa de 14 de abril de 1999 y SAP de Valladolid de 31 de marzo de 2004.

¹²¹⁸ Vid. AGUILAR CUENCA, José Manuel, *Con mamá y con papá*, Almuzara, 2006, p. 122; VIÑAS MAESTRE, Dolors, "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura...", cit., p. 40; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "Los abusos del régimen de visitas como supuestos de incumplimientos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 844, 2012, p. 8; CORDERO CUTILLAS, Iciar, "Algunas consideraciones de la Ley 5/2011...", cit., p. 352; y LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel y ALONSO ESPINOSA, Francisco José, "Custodia compartida...", cit., p. 1185.

¹²¹⁹ Vid. JIMÉNEZ LINARES, M^a Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución...", cit., p. 893.

En este apartado voy a referirme a tres aspectos por separado: la relación existente entre las partes, la posible presencia de violencia doméstica y la relación o vinculación entre los hijos y cada progenitor.

a) Relación existente entre las partes

La relación existente entre las partes tras la ruptura es un criterio que ha previsto expresamente tanto nuestro Código Civil –art. 92.6–¹²²⁰ como la mayoría de las leyes autonómicas sobre guarda y custodia –Cataluña, Navarra y País Vasco–¹²²¹. También la jurisprudencia ha reiterado que el tipo de relación que mantienen las partes puede ser especialmente relevante para el posible establecimiento de un régimen de custodia compartida¹²²², ya que la existencia de una buena relación favorece el correcto desarrollo del mismo.

El modo en que debe interpretarse este criterio es una de las cuestiones que más controversias provoca en la práctica y, como vamos a ver, ha dado lugar a amplias discusiones en nuestra jurisprudencia y doctrina.

AGUILAR CUENCA ha identificado tres modelos de relaciones entre los progenitores tras la ruptura¹²²³: progenitores cooperativos, que son «aquellos que hablan entre ellos sobre los temas que incumben a sus hijos» e «intentan evitar conflictos»; progenitores conflictivos, que son «aquellos que, incluso manteniendo un contacto con el otro progenitor acerca de sus hijos, usan argumentos cargados de críticas» y «están más preocupados por entorpecer

¹²²⁰ El fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia también pretendía introducirlo dentro de los criterios de determinación del régimen de guarda y custodia —*vid.* art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil—.

¹²²¹ *Vid.* art. 233-11.1c) Cc.Cat, art. 3.3 b) Ley Foral Navarra 3/2011 y art. 9.3 e) Ley del País Vasco 7/2015.

¹²²² Véanse a modo de ejemplo: SAP de Barcelona de 26 de abril de 2004 y de 3 de mayo de 2004; SAP de León de 13 de octubre de 2006; SAP de Madrid de 23 de mayo del 2000, de 25 de octubre de 2002, de 9 de julio de 2004 y de 24 de octubre de 2006; SAP de Sevilla de 1 de abril de 2009; SAP de Álava de 20 de junio de 2002; SAP de Asturias de 10 de diciembre de 2003; SAP de Girona de 9 de febrero del 2000 y de 27 enero de 2004; y SAP de Alicante de 21 de mayo de 2004, entre otras.

¹²²³ *Vid.* AGUILAR CUENCA, José Manuel, *Con mamá...*, cit., p. 97.

mutuamente su labor que por llegar a acuerdos»¹²²⁴; y progenitores desconectados, «implicados en la vida de sus hijos, pero que prefieren adoptar cada uno un estilo de crianza distinto».

Obviamente, el modelo cooperativo es el más recomendable y, de darse, no cabe duda acerca de la conveniencia de establecer un régimen de custodia compartida.

En el caso de padres desconectados —sin ningún tipo de relación—, considero que no debe excluirse de forma automática la posibilidad de adoptar la custodia compartida, salvo que dicha desconexión derive en una conflictividad relevante. No obstante, ésta es una cuestión sobre la que nuestra jurisprudencia no termina de ponerse de acuerdo¹²²⁵.

Tampoco resulta claro cómo se debe proceder cuando nos encontramos ante padres entre los que existe una conflictividad moderada. Ello ha dado lugar a la aparición de diferentes posturas acerca del modo en el que se debe valorar este criterio:

Por un lado, hay una corriente doctrinal¹²²⁶ y jurisprudencial¹²²⁷ que se opone al establecimiento de la custodia compartida en todos aquellos casos en

¹²²⁴ Dentro de los progenitores conflictivos considero que cabría apreciar un subtipo, representado por aquellos entre los que existen —o han existido— episodios de violencia de género. A ello me referiré en la última parte de este epígrafe.

¹²²⁵ El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña señaló en su Sentencia de 8 de marzo de 2010 que «no se debe confundir conflictividad con falta de comunicación, y sólo la primera es la que obstaculiza la custodia compartida». Pero el Tribunal Supremo no parece compartir dicha postura y en su Sentencia de 9 de marzo de 2016 excluyó la aplicación del régimen de custodia compartida debido a que los progenitores «se relacionan sólo por medio de SMS y de sus letrados», lo que «abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos».

¹²²⁶ Vid. PONS SALVADOR, Gema y DEL BARRIO GÁNDARA, Victoria, "El efecto del divorcio sobre la ansiedad de los hijos", *Psicothema*, Vol. 7, Nº 3, 1995, p. 493; PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit. p. 687; VIVAS TESÓN, Inmaculada, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit., p. 758; LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, Laura, "La novedosa figura de la custodia compartida...", cit., p. 89; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Cuestiones de Derecho de Familia...", cit., p. 70; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, "Sentencia de 11 de marzo...", cit., p. 1845; ARCH MARÍN, Mila (et. al.), "Child custody assessment: a field survey of Spanish forensic psychologists' practiques", *The European journal of psychology applied to legal context*, Vol. 3, Nº 2, 2011, p. 124; PÉREZ CONESA, Carmen, "Análisis crítico de las reformas del Código Civil...", cit., p. 79 y "La conflictividad entre los progenitores...", cit., p. 131; MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., "El tratamiento de la custodia compartida...", cit., p. 7; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "Valoración de la normativa catalana...", cit., pp. 18-19; SOTO ROMÁN, Jelitzka, "Implicaciones de la diversidad humana y familiar en la evaluación de la custodia compartida", *Análisis. (S. Juan P.R., 1999)*, Vol. 15, Nº 1, 2014, p. 23; LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel y ALONSO ESPINOSA, Francisco José, "Custodia

los que las relaciones entre las partes no son buenas o existe algún tipo de conflicto. A modo de ejemplo, se rechaza la custodia compartida cuando las partes no tienen una relación «de absoluta cordialidad y acuerdo»¹²²⁸, existe «cierto grado de conflictividad»¹²²⁹, no mantienen la suficiente «comunicación»¹²³⁰ o «cooperación y confianza»¹²³¹, o bien no tienen una «relación fluida»¹²³².

compartida...”, cit., p. 1190; y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, "Inconstitucionalidad del artículo 92.8 del Código Civil...”, cit., p. 1654.

¹²²⁷ Tanto en nuestro Tribunal Supremo —*vid.* STS de 24 de octubre de 2014 y de 30 de octubre de 2014— como en la jurisprudencia menor —*vid.* SAP de Palencia de 10 de febrero de 1999, SAP de Guipúzcoa de 14 de mayo de 1999, SAP de Valencia de 14 de junio de 1999, SAP de Girona de 9 de febrero del 2000, SAP de Madrid de 23 de mayo del 2000, SAP de Barcelona de 3 de marzo de 2004, SAP de Barcelona de 9 de enero de 2006, SAP de Álava de 20 de junio de 2002, SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002, SAP de Asturias de 10 de diciembre de 2003, SAP de Girona de 27 de enero de 2004, SAP de Barcelona de 26 de abril de 2004, SAP de Madrid de 9 de julio de 2004, SAP de Barcelona de 22 de julio de 2004, SAP de Alicante de 3 de marzo de 2005, SAP de Navarra de 15 de junio de 2005, SAP de Castellón de 15 de noviembre de 2005, SAP de Málaga de 7 de septiembre de 2005, SAP de Barcelona de 12 de enero de 2006, SAP de Baleares de 7 de marzo de 2006, SAP de Madrid de 4 de abril de 2006, SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006, SAP de León de 12 de mayo de 2006, SAP de Barcelona de 16 de mayo de 2006, SAP de Castellón de 27 de junio de 2006, SAP de Barcelona de 9 de octubre de 2006, SAP de Jaén de 26 de octubre de 2006, SAP de Burgos de 8 de enero de 2007, SAP de Las Palmas de 26 de enero de 2007, SAP de Murcia de 5 de febrero de 2007, SAP de Segovia de 9 de febrero de 2007, SAP de Murcia de 13 de febrero de 2007, SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2007, SAP de Murcia de 13 de febrero de 2007, SAP de Alicante de 22 de febrero de 2007, SAP de Madrid de 2 de marzo de 2007, SAP de Salamanca de 7 de marzo de 2007, SAP de Vizcaya de 20 de marzo de 2007, SAP de Las Palmas de 17 de mayo de 2007, SAP de Madrid de 2 de enero de 2008, SAP de Castellón de 21 de enero de 2008, SAP de León de 22 de febrero de 2008, SAP de Granada de 11 de julio de 2008, SAP de Madrid de 11 de septiembre de 2008, SAP de Ourense de 20 de febrero de 2009, SAP de Madrid de 6 de marzo de 2009, SAP de Baleares de 31 de marzo de 2009, SAP de Sevilla de 1 de abril de 2009, SAP de Madrid de 13 de abril de 2009, SAP de Cantabria de 12 de mayo de 2009, SAP de Girona de 13 de octubre de 2009, SAP de Madrid de 30 de noviembre de 2009, SAP de Barcelona de 29 de diciembre de 2009, SAP de Madrid de 5 de enero de 2010, SAP de Barcelona de 22 de abril de 2010, SAP de Asturias de 28 de abril de 2011, SAP de Madrid de 1 de septiembre de 2011, SAP de Barcelona de 12 de diciembre de 2011 y SAP de Pontevedra de 21 de septiembre de 2012—.

¹²²⁸ *Vid.* SAP de Madrid de 4 de abril de 2006, SAP de Barcelona de 16 de mayo de 2006 y SAP de Girona de 13 de octubre de 2009.

¹²²⁹ *Vid.* SAP de Barcelona de 12 de enero de 2006, SAP de Castellón de 27 de junio de 2006, SAP de Murcia de 13 de febrero de 2007, SAP de Vizcaya de 20 de marzo de 2007, SAP de Madrid de 2 de enero de 2008, SAP de León de 22 de febrero de 2008, SAP de Madrid de 11 de septiembre de 2008, SAP de Sevilla de 1 de abril de 2009, SAP de Ourense de 20 de febrero de 2009 y SAP de Madrid de 13 de abril de 2009. *Vid.* también: PÉREZ CONESA, Carmen, "Análisis crítico de las reformas del Código Civil...", cit., p. 79 y "La conflictividad entre los progenitores...", cit., p. 131.

¹²³⁰ *Vid.* SAP de Alicante de 3 de marzo de 2005, SAP de Navarra de 15 de junio de 2005, SAP de Madrid de 4 de abril de 2006, SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006, SAP de Barcelona de 16 de mayo de 2006, SAP de Granada de 11 de julio de 2008, SAP de Madrid de 6 de marzo de 2009 y SAP de Baleares de 31 de marzo de 2009.

Por otro lado, existe un sector doctrinal¹²³³ y jurisprudencial¹²³⁴ que considera que la relación existente entre las partes no es determinante para acordar o denegar el régimen de custodia compartida —salvo que se trate de supuestos de conflictividad extrema—, mostrándose partidario de dicho régimen también en aquellos casos en los que existan malas relaciones entre los progenitores. En este sentido parecía pronunciarse también la anulada Ley valenciana 5/2011, al prever en su artículo 5.2 que las malas relaciones entre las partes no son obstáculo para adoptar la custodia compartida¹²³⁵. Los principales argumentos esgrimidos por quienes defienden esta postura son los siguientes:

¹²³¹ Vid. SAP de Barcelona de 3 de marzo de 2004, SAP de Madrid de 4 de abril de 2006 y SAP de Madrid de 2 de marzo de 2007. Vid. también: BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, "Sentencia de 11 de marzo...", cit., p. 1845.

¹²³² Vid. SAP de Guipúzcoa de 14 de mayo de 1999, SAP de Jaén de 26 de octubre de 2006, SAP de Las Palmas de 26 de enero de 2007 y de 17 de mayo de 2007, SAP de León de 22 de febrero de 2008, SAP de Cantabria de 12 de mayo de 2009 y SAP de Barcelona de 29 de diciembre de 2009. Vid. también: VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Cuestiones de Derecho de Familia...", cit., p. 70; y VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "Valoración de la normativa catalana...", cit., pp. 18-19.

¹²³³ Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia...", cit., p. 749 y "La custodia compartida...", cit., p. 700; IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida...*, cit., pp. 181-182; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., pp. 464-465 y "Custodia compartida, acuerdos de los padres...", cit., p. 244; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., pp. 37-38; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 186; HERNANDO RAMOS, Susana, "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida...", cit., p. 2039; DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., pp. 287, 321, 366 y 377; SANAHUJA BUENAVENTURA, María, "La custodia compartida...", cit., p. 13; DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida...", cit., pp. 14-15 y 18; BETELU SEMINARIO, Virginia, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 76; MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, "Hacia una reforma...", cit., p. 1303; GONZÁLEZ DE CHÁVEZ DE ARMAS, INÉS; PÉREZ SALAS, ANA; Y VELASCO GISBERT, M^a Luisa, *Análisis de los modelos de custodia...*, cit., p. 87; CORDERO CUTILLAS, Iciar, "Algunas consideraciones de la Ley 5/2011...", cit., p. 347; y VARELA ÁLVAREZ, Carmen, "Custodia compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N^o 870, 2013, p. 3.

¹²³⁴ Vid. STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2010 y STSJ de Aragón de 28 de septiembre de 2012 y de 30 de septiembre de 2013. Vid. también: SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002, SAP de Valencia de 22 de julio de 2005, SAP de Zaragoza de 22 de septiembre de 2005, SAP de Girona de 3 de noviembre de 2006, SAP de Zaragoza de 14 de noviembre de 2006, SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, SAP de Cantabria de 3 de abril de 2007, SAP de Barcelona de 21 de junio de 2007, SAP de Barcelona de 4 de julio de 2007, SAP de Castellón de 22 de enero de 2008, SAP de Girona de 13 de octubre de 2009, SAP de Huesca de 16 de marzo de 2012, SAP de Valencia de 19 de mayo de 2014 y SAP de Valencia de 7 de julio de 2014.

¹²³⁵ Obviamente se excluyen de dicha regla los supuestos de conflictividad extrema. Así lo ha interpretado la jurisprudencia de la Comunidad Valenciana, que ha considerado que, en supuestos de alta conflictividad —ej. existencia de denuncias mutuas por infracciones penales—, se superan los parámetros que el artículo 5.2 de la Ley valenciana considera compatible con el régimen de custodia compartida y, por tanto, debe excluirse la aplicación de dicho régimen —vid. SAP de Alicante de 30 de enero de 2014—.

de aceptar la conflictividad como obstáculo definitivo para la custodia compartida, «bastaría a una parte el provocarla para así evitar ese régimen»¹²³⁶, los conflictos «son inherentes a toda crisis matrimonial contenciosa»¹²³⁷ y, si la conflictividad de los progenitores fuera un obstáculo para la custodia compartida, «también lo sería para el régimen de visitas» en un supuesto de custodia exclusiva¹²³⁸.

Entre las dos posturas a las que acabo de referirme, ha aparecido en nuestra jurisprudencia¹²³⁹ y doctrina¹²⁴⁰ una posición intermedia que aboga por el establecimiento de la custodia compartida aunque la relación entre las partes no sea buena o concurra una conflictividad moderada, siempre y cuando exista un mínimo grado de entendimiento. Partiendo de esta posición, nuestro Tribunal Supremo ha ido incluso más allá y ha fijado la siguiente doctrina –

¹²³⁶ Vid. SAP de Zaragoza de 22 de septiembre de 2005, SAP de Girona de 13 de octubre de 2009, SAP de Valencia de 19 de mayo de 2014 y SAP de Valencia de 7 de julio de 2014.

¹²³⁷ Vid. STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2010 y STSJ de Aragón de 28 de septiembre de 2012. Vid. también: SAP de Valencia de 22 de julio de 2005, SAP de Girona de 3 de noviembre de 2006 y SAP de Barcelona de 21 de septiembre de 2011. Vid. también: LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 465 y "Custodia compartida, acuerdos de los padres...", cit., p. 244; FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della famiglia e diritto alla "bigenitorialità"...*, cit., pp. 78 y 200; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 37; DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 321 y 377; DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida...", cit., pp. 14-15; BETELU SEMINARIO, Virginia, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 76; y CORDERO CUTILLAS, Iciar, "Algunas consideraciones de la Ley 5/2011...", cit., p. 347.

¹²³⁸ Vid. STSJ de Aragón de 28 de septiembre de 2012 y SAP de Huesca de 16 de marzo de 2012. Vid. también: CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 186; DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida...", cit., p. 18; y SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Nota práctica sobre guarda y custodia...", cit., p. 242.

¹²³⁹ Vid. STS de 16 de febrero de 2015, de 11 de febrero de 2016, de 30 de abril de 2016, de 17 de enero de 2018 y de 4 de abril de 2018. Vid. también: STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2010, SAP de Barcelona de 18 de julio de 2007, SAP de Córdoba de 3 de octubre de 2007, SAP de Madrid de 2 de noviembre de 2007, SAP de Zaragoza de 14 de junio de 2011, SAP de Cáceres de 21 marzo de 2017 y SAP de Madrid de 2 febrero de 2018.

¹²⁴⁰ Vid. ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 64; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1451 y "Consecuencias personales...", cit., pp. 99-100; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 166; LAUROBA LACASA, María Elena, "Sentencia de 8 de octubre de 2009...", cit., p. 1505; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "Los inconvenientes para la concesión de la custodia compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 873, 2013, p. 5; y PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 161.

que posteriormente sería seguida por otros tribunales¹²⁴¹ —: «(...) las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés superior del menor»¹²⁴².

A mi modo de ver, esta última postura resulta la más acertada, por cuanto la concurrencia de cierta conflictividad entre ambos progenitores no debe suponer un obstáculo insalvable para acordar el régimen de custodia compartida, hasta el punto de negarlo sistemáticamente¹²⁴³. No debemos obviar que tras un proceso de ruptura matrimonial es frecuente que la relación entre las partes no sea especialmente cordial, más aún cuando los pormenores del divorcio se dirimen de forma contenciosa, por lo que el establecimiento de este requisito de forma taxativa supondría excluir el régimen de custodia compartida en prácticamente la totalidad de los casos, bastando con que uno de los progenitores, que deseara la custodia exclusiva para sí, decidiera no colaborar. Además, acordar un régimen de custodia conjunta puede favorecer una mejora en las relaciones entre las partes¹²⁴⁴, que se verán obligadas a mantener una cooperación más intensa en los aspectos relativos al menor — aunque también hay quien opina lo contrario¹²⁴⁵ —. Incluso cabría pensar en la

¹²⁴¹ Vid. STSJ de Aragón de 9 de febrero de 2012 y SAP de Madrid de 24 de octubre de 2011.

¹²⁴² Vid. STS de 22 de julio de 2011, de 9 de marzo de 2012, de 29 de noviembre de 2013 y de 17 de diciembre de 2013.

¹²⁴³ Vid. MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 3.

¹²⁴⁴ Vid. en este sentido: STS de 16 de febrero de 2015. Vid. también: STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2010 y SAP de Baleares de 17 de septiembre de 2004, SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, SAP de Alicante de 24 de abril de 2009 y SAP de Córdoba de 23 enero de 2018. Vid también: FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della famiglia e diritto alla "bigenitorialità"...*, cit., pp. 78; MORALES ORTEGA, Helena y CASTILLO BOLAÑO, Jennifer, "La custodia parental compartida: un análisis desde la perspectiva de género y de derecho", *Justicia*, Nº 20, 2011, p. 69; TEJEIRO SALGUERO, Ricardo y GÓMEZ VALLECILLO, Jorge, "Divorcio, custodia y bienestar del menor: una revisión de las investigaciones en Psicología", *Apuntes de Psicología*, Vol. 29, Nº 3, 2011, p. 429; DE LAMA AYMÁ, Alejandra, "Posibilidad de modificar el régimen de guarda y custodia...", cit., p. 439; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 162; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Análisis de las atribuciones de guarda y custodia de menores en las sentencias judiciales", *Acción psicológica*, Vol. 12, Nº 1, 2015, p. 8; y MARÍN RULLÁN, Marta, DUJO LÓPEZ, Víctor y HORCAJO GIL, Pedro José, "Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español...", cit., p. 122.

¹²⁴⁵ Vid. LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel, "Interés superior del menor y custodia...", cit., p. 42.

posibilidad de que los progenitores se sometieran a mediación para reconducir su relación personal¹²⁴⁶, o bien recurrieran al denominado coordinador parental o coordinador de parentalidad, que ya hemos visto en su momento que tiene como principal función ayudar a las partes a resolver los conflictos que puedan surgir en el desarrollo del régimen de guarda y custodia¹²⁴⁷.

Por todo lo anterior, en consonancia con la doctrina más reciente del Tribunal Supremo, considero que la custodia compartida no exige en todo caso una buena relación entre las partes. El dato clave en la interpretación de este criterio consistirá en determinar si la conflictividad que pueda existir entre las partes perjudica o no el interés del menor, pues sólo en el primer caso debe entenderse como una causa de exclusión de la custodia compartida. Además, la posible mala relación entre las partes puede compensarse, por ejemplo, si los progenitores mantienen un proyecto educativo común¹²⁴⁸.

Ahora bien, esto será así siempre que la conflictividad existente entre las partes sea moderada, pues en aquellos casos en los que resulta extrema, existe práctica unanimidad en nuestra jurisprudencia¹²⁴⁹ y doctrina¹²⁵⁰ en

¹²⁴⁶ *Vid.* PÉREZ RUFÍAN, Laura, "La jornada laboral del padre...", cit., p. 308.

¹²⁴⁷ *Vid.* Epígrafe 3.1.C) del Capítulo II.

¹²⁴⁸ *Vid.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales...", cit., pp. 99-100 y "Una visión crítica...", cit., p. 588; CLEMENTE DÍAZ, Miguel, *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia...*, cit., p. 92; y PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 157. *Vid.* también: SAP de Valencia de 22 de julio de 2005.

¹²⁴⁹ Tanto por parte del Tribunal Supremo —*vid.* STS de 3 de octubre de 2011, de 9 de marzo de 2012, de 29 de noviembre de 2013, de 30 de octubre de 2014 y de 30 de septiembre de 2015— como de las Audiencias Provinciales —*vid.* SAP de Valencia de 14 de julio de 1999, SAP de Baleares de 20 de julio de 1999, SAP de Burgos de 15 de diciembre de 2003, SAP de León de 13 de octubre de 2006, SAP de Madrid de 24 de octubre de 2006, SAP de Madrid de 8 de febrero de 2007, SAP de Tarragona de 2 de marzo de 2007, SAP de Sevilla de 16 de marzo de 2007, SAP de Barcelona de 26 de junio de 2007, SAP de Vizcaya de 31 de octubre de 2008, SAP de Sevilla de 1 de abril de 2009, SAP de Almería de 27 de diciembre de 2012, SAP de Guadalajara de 15 enero de 2018, SAP de Alicante de 30 de enero de 2014, SAP de Cáceres de 24 de enero de 2018, SAP de Badajoz de 31 enero de 2018 y SAP de Cantabria de 5 febrero de 2018—

¹²⁵⁰ *Vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 18; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida y las malas relaciones...", cit., p. 295; MONTERROSO CASADO, Esther y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María "Análisis de la regulación legal de la custodia compartida...", cit., p. 51; CORDERO CUTILLAS, Iciar, "Algunas consideraciones de la Ley 5/2011...", cit., p. 347; LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Ruptura convivencial y custodia...", cit., pp. 144-145; PINTO ANDRADE,

considerar que queda excluida la posibilidad de adoptar la custodia compartida. Y es que, parece difícil pensar en un supuesto de conflictividad extrema en el que el interés del menor no se vea perjudicado.

En aquellos casos en los que se excluya la aplicación de la custodia compartida debido a la existencia de conflictividad entre las partes –bien porque es extrema o bien porque, siendo moderada, perjudica al interés del menor–, algún autor ha considerado que lo razonable sería atribuírsela a aquel progenitor que haya resultado menos culpable de la situación, evitando así premiar con el ejercicio de la guarda y custodia al progenitor que provoque los conflictos¹²⁵¹. Dicha solución parece razonable, aunque, a mi modo de ver, sólo resulta adecuada en aquellos casos en los que el interés superior del menor quede igualmente garantizado con la atribución de su guarda y custodia a uno u otro progenitor, pues en caso contrario deberá recaer sobre aquel con el que se satisfaga en mayor medida dicho interés superior. No debemos olvidar que éste es el fin último al que debe atenderse en la determinación del régimen de guarda y custodia.

b) Existencia de violencia doméstica

Interesa referirse de forma específica a aquellos supuestos en los que la relación existente entre las partes va más allá de la conflictividad, apareciendo conductas constitutivas de violencia doméstica.

Se trata de una cuestión que adquiere gran relevancia en materia de guarda y custodia, debido al negativo impacto que pueden tener sobre el interés superior del menor las situaciones de violencia intrafamiliar. Téngase en cuenta que, tal y como ha puesto de manifiesto MORAGA GARCÍA, la violencia doméstica supone un ataque directo a los valores que han de presidir la familia, además de un daño directo a los miembros que componen la misma, incluidos

Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 159; DE TORRES PEREA, José Manuel, "La custodia...", cit., p. 646; y UREÑA CARAZO, Belén, "La conflictividad entre los progenitores...", cit., p. 5.

¹²⁵¹ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 18.

los hijos¹²⁵². Por ello, tanto en el ámbito del Derecho internacional como en el de nuestro Derecho interno, encontramos referencias a la necesidad de proteger a los menores ante situaciones violentas que puedan darse en el seno de la familia:

En cuanto al Derecho internacional, cabe destacar el artículo 31 del Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011, sobre Prevención y Lucha contra la Violencia Doméstica y Violencia contra las Mujeres, que impone a los Estados partes el establecimiento de «(...) *medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio*».

En nuestro Derecho interno, el artículo 2.2 c) de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno «*libre de violencia*»¹²⁵³. En este sentido, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género –art. 65– y el Código Penal¹²⁵⁴ –art. 153 en relación al art. 46– facultan al juez para suspender o inhabilitar para el ejercicio de la guarda y custodia al inculcado por violencia de género. Incluso podría adoptarse esta medida al amparo del artículo 158.6 Cc., que, como sabemos, permite al juez dictar las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Pero además, tanto el Código Civil –art. 92.7– como las leyes autonómicas¹²⁵⁵ han decidido abordar de forma específica esta cuestión en sede

¹²⁵² Vid. MORAGA GARCÍA, M^a Ángeles, "Igualdad...", cit., p. 490. Vid. también, en términos semejantes: VEGA TORRES, Susana, "Malos tratos y menores", cit., p. 131; y DAZA BONACHELA, María del Mar, "Comentario victimológico al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio", *La Ley*, N^o 8214, 2013, tomo 5, p. 1329.

¹²⁵³ Tras la redacción que le fue dada por el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

¹²⁵⁴ En adelante, CP.

¹²⁵⁵ Vid. art. 80.6 CDFV, art. 233-11.3 Cc.Cat., art. 3.8 Ley Foral navarra 3/2011 y art. 11.3 Ley del País Vasco 7/2015 —aunque llama la atención que lo incluya dentro del artículo destinado al régimen de visitas—. Vid. también: art. 5.6 de la anulada Ley valenciana 5/2011. En el caso de la Ley del País Vasco 7/2015, téngase en cuenta que, como he señalado en su momento —vid. Epígrafe 3.2 del Capítulo II—,

de guarda y custodia, contemplando la violencia doméstica como una causa de exclusión del ejercicio de dicha figura –aunque, como posteriormente veremos con mayor detalle, los presupuestos que prevén las diferentes normas para aplicarla no son coincidentes entre sí—. La misma regla recogía también el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹²⁵⁶.

Hay quien ha considerado que la inclusión de esta cuestión dentro de la regulación específica de la guarda y custodia resultaba innecesaria¹²⁵⁷, toda vez que nuestro ordenamiento recoge ya un amplio abanico de medidas que tienen por objeto la protección de los hijos menores de edad en los supuestos en los que existe violencia en el ámbito familiar. No obstante, a mi modo de ver, no está de más incidir en ella también en sede de guarda y custodia, pues la importancia que presenta desde el punto de vista de la protección del interés superior del menor la hace merecedora de una regulación específica.

A mayor abundamiento, tanto el artículo 65 de la LOPIVG como el artículo 153 CP se aplican exclusivamente a los supuestos de violencia de género, mientras que el Código Civil hace referencia a la violencia doméstica, un concepto más amplio y que permite abarcar un mayor número de supuestos. No en vano, mientras que la violencia de género se refiere exclusivamente a aquellos casos en los que ésta es ejercida por parte del hombre contra la mujer, la violencia doméstica incluye la que ejerce tanto el hombre como la mujer¹²⁵⁸, y, además, contra cualquier miembro del entorno familiar¹²⁵⁹.

el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Éibar ha planteado ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad en relación a los puntos 3º, 4º y 5º de su artículo 11, por posible vulneración del artículo 149.1.8.ª de la CE (cuestión de inconstitucionalidad nº 2764/2017). Dicha cuestión de inconstitucionalidad ha sido admitida a trámite por el TC mediante Providencia de 18 de julio de 2017 (BOE nº 183, de 2.08.2017), encontrándose a la espera de pronunciamiento definitivo.

¹²⁵⁶ Vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado al quinto punto del nuevo art. 92 bis que pretendía introducir.

¹²⁵⁷ Vid. RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida: génesis...", cit., p. 162. Vid. también: *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit., pp. 34-36.

¹²⁵⁸ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 355; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 423; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Estado actual

Centrándome ya en la regulación que ofrece el Código Civil, como he adelantado, su artículo 92.7, en su primer apartado, excluye la posibilidad de adoptar la custodia compartida «*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*». Además, en su inciso segundo, impide también establecer la custodia compartida cuando «*el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*». A modo de simple mención, cabe entender que ambas previsiones resultan de aplicación tanto a los procedimientos contenciosos como a los de mutuo acuerdo, tal y como ha sido puesto de manifiesto por nuestra jurisprudencia¹²⁶⁰ y doctrina¹²⁶¹.

Lo primero que llama la atención del artículo 92.7 del Código Civil es que se refiera sólo a la exclusión de la custodia compartida, y, sin embargo, no diga nada de la custodia exclusiva. Y es que, si se prohíbe adoptar la custodia compartida, con más razón habría que apartar de la custodia exclusiva a quien sea el responsable de las conductas violentas. Por ello, nuestra doctrina¹²⁶² y

de la guarda y custodia...”, cit., p. 2050; y LÓPEZ AZCONA, Aurora, “Ruptura convivencial y custodia...”, cit., p. 147 y “El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores...”, cit., p. 229.

¹²⁵⁹ En este sentido, tal y como prevé el artículo 173.2 del Código Penal, la violencia doméstica es aquella que se ejerce sobre «*quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*». Vid. también: PÉREZ VEGA, Ángeles, “La guarda y custodia compartida de los hijos...”, cit., p. 689; y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, “La guarda de hecho...”, cit., p. 704.

¹²⁶⁰ Vid. SAP de Castellón de 25 de enero de 2008 y SAP de Barcelona de 26 de noviembre de 2008.

¹²⁶¹ Vid. PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 30; LANGA MUELA, Adrián, *Custodia compartida en Aragón*, cit., p. 68; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1387; ESPARZA OLCINA, Carlos, “La guarda compartida...”, cit., p. 198; y MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Determinación del régimen de guarda y custodia...”, cit., p. 11.

¹²⁶² Vid. LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, “Leyes de familia y Constitución...”, cit., p. 73; TAMAYO HAYA, Silvia, “La custodia compartida como alternativa legal...”, cit., p. 689; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, “Una visión crítica sobre la regulación de la custodia compartida...”, cit., p. 9 y *El interés del menor...*, cit.,

jurisprudencia¹²⁶³ han considerado que la prohibición del artículo 92.7 Cc. se extiende también a la custodia exclusiva. De hecho, si atendemos a los ordenamientos autonómicos, observamos que todos ellos excluyen tanto la custodia compartida como la posibilidad de atribuir la custodia exclusiva al presunto agresor ¹²⁶⁴, al igual que pretendía hacer también el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia ¹²⁶⁵

Una vez hecho este inciso, voy a referirme por separado los dos supuestos que recoge el artículo 92.7:

i) Estar 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.

Ya hemos visto que el primer punto del artículo 92.7 Cc. se refiere a aquellos supuestos en los que «*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*». Por tanto, estarán incluidos los delitos previstos en los artículos 138 y ss. CP – homicidio, asesinato e inducción al suicidio –, 147 y ss CP – lesiones –, 163 y ss. CP – detención ilegal, secuestro, amenazas, coacciones y torturas – y 178 y ss. CP – agresión sexual, violación, abuso sexual, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores –¹²⁶⁶.

p. 113; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 421; ESPARZA OLCINA, Carlos, "La guarda compartida...", cit., p. 206; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (et. al), *Curso de Derecho Civil (IV)*..., cit. p. 202. Vid. también: Conclusiones del II Encuentro de Jueces, Fiscales y Secretarios Judiciales con Abogados de Familia —celebrado en Madrid durante los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005.

¹²⁶³ Vid. a modo de ejemplo: SAP de Cádiz de 12 de junio de 2007.

¹²⁶⁴ Vid. art. 80.6 CDFA, art. 233-11.3 Cc.Cat., art. 3.8 Ley Foral navarra 3/2011 y art. 11.3 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 5.6 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹²⁶⁵ Vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado al quinto punto del nuevo art. 92 bis que pretendía introducir.

¹²⁶⁶ Vid. STC 59/2008, de 14 de mayo. Vid. también: SAP de Zaragoza de 3 de mayo de 2011.

Respecto al grado de autoría, siguiendo a LANGA MUELA, cabe interpretar que se incluyen todas las modalidades de responsabilidad criminal recogidas en los artículos 28 y 29 del Código Penal —autores, inductores, cooperadores necesarios y cómplices—¹²⁶⁷.

En cuanto a las posibles víctimas, el artículo 92.7 del Código Civil se refiere al cónyuge y a los hijos que convivan con ambos. Al respecto, quizá hubiera resultado conveniente ampliar su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que las conductas delictivas se dirijan contra los hijos de ambos o de cualquiera de ellos, con independencia de que convivan junto a sus padres, así como contra otros parientes que residan en el hogar familiar. De hecho, se propuso durante la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, por parte del Diputado D. José Antonio Labordeta Subías¹²⁶⁸ y de la Diputada Dña. María Olaia Fernández Davila¹²⁶⁹, ambos del Grupo Parlamentario Mixto. No obstante, ninguna de las dos enmiendas prosperó¹²⁷⁰.

Cabe preguntarse si la exclusión del ejercicio de la guarda y custodia cuando concurren las circunstancias a las que se refiere el art. 92.7 Cc. es imperativa o, por el contrario, el juez puede resolver en modo diverso. A mi juicio —y, siguiendo la opinión de RUIZ DE LA CUESTA—, dado que la regulación del art. 92.7 Cc. no introduce ninguna expresión que permita concluir que el juez goza de cierta discrecionalidad, hay que entender que la exclusión de la guarda y custodia en estos supuestos es una regla taxativa que no admite

¹²⁶⁷ Vid. LANGA MUELA, Adrián, *Custodia compartida en Aragón*, cit., p. 66.

¹²⁶⁸ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005: enmienda nº 5, presentada por D. José Antonio Labordeta Subías, del Grupo Parlamentario Mixto, en la que se proponía la sustitución de la expresión «(...) o de los hijos que convivan con ambos» por «(...)o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio».

¹²⁶⁹ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005: enmienda nº 31, presentada por Dña. María Olaia Fernández Davila, del Grupo Parlamentario Mixto, en la que se pedía que se añadiera «(...) o de los ascendientes u otros familiares».

¹²⁷⁰ En concreto, fueron rechazadas por el Congreso de los Diputados en la sesión nº 79 (votación 39), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 18 votos a favor, 297 en contra y 8 abstenciones —vid. DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005—.

excepciones¹²⁷¹ —y lo mismo cabe decir en el caso de los ordenamientos autonómicos¹²⁷²—. De hecho, así ha sido interpretado por la mayoría de resoluciones judiciales¹²⁷³. Aunque es cierto que también encontramos algún pronunciamiento en nuestra jurisprudencia menor en el que el juez se aparta del tenor literal de la norma —en supuestos en los que las conductas violentas son de escasa entidad¹²⁷⁴—, lo que, a mi modo de ver, supone una interpretación *contra legem* que, por consiguiente, debería quedar descartada.

Otro aspecto que hay que plantearse es el momento en el que se debe estar incurso en un proceso penal. Al respecto, cabe entender que se incluirán tanto los supuestos en los que el procedimiento penal comience antes de que lo haga el civil, como aquellos en los que se inicie una vez que el proceso civil ya esté en marcha.

También puede ocurrir que la violencia entre las partes se produzca con posterioridad a la conclusión del procedimiento de ruptura matrimonial, es decir, una vez que ya se ha establecido el régimen de guarda y custodia. No se plantean excesivos problemas cuando el autor de las conductas violentas es el

¹²⁷¹ *Vid.* RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad, "La atribución de la custodia compartida...", cit., p. 10

¹²⁷² La única excepción la encontramos en la Ley del País Vasco 7/2015, que sí concede una cierta discrecionalidad al juez, pero, como posteriormente veremos, sólo en aquellos supuestos en los que ambos progenitores hayan sido condenados por violencia doméstica. La misma previsión recogía admitía el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —*vid.* art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.6 que pretendía introducir en nuestro Código Civil—. La anulada Ley valenciana 5/2011 iba más allá y exigía para excluir a un progenitor de la guarda y custodia que su atribución pudiera suponer un riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Por tanto, parece que si el juez consideraba que no suponía un riesgo para el menor, podía establecer la custodia compartida o incluso atribuírsela en exclusiva al presunto responsable de las conductas violentas.

¹²⁷³ *Vid.* Tanto de nuestro Tribunal Supremo —*vid.* STS de 7 de abril de 2011, STS de 22 de julio de 2011, STS de 4 de febrero de 2016, STS de 25 de abril de 2016 y STS de 26 de mayo de 2016— como de las Audiencias Provinciales —*vid.* SAP de Álava de 12 de marzo de 2001, SAP de Murcia de 29 de junio de 2006, SAP de Barcelona de 9 de marzo de 2007, SAP de Barcelona de 12 de abril de 2007, SAP de Toledo de 25 de abril de 2007, SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2007, SAP de Madrid de 26 de junio de 2007, SAP de Las Palmas de 27 de noviembre de 2007, SAP de Burgos de 12 de mayo de 2008, SAP de Barcelona de 18 de julio de 2008, SAP de Valencia de 22 de septiembre de 2009 y SAP de Barcelona de 8 de julio de 2011—.

¹²⁷⁴ *Vid.* SAP de Castellón de 23 de octubre de 2006, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de enero de 2007 y SAP de Zaragoza de 20 de diciembre de 2013.

varón, pues al tratarse de violencia de género, cabría aplicar el artículo art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y el artículo 153 del Código Penal y, con base en ellos, el juez podría mediante auto suspenderle del ejercicio de la guarda y custodia¹²⁷⁵. Ahora bien, el problema surge cuando la autora es la mujer, pues nuestro ordenamiento no prevé nada al respecto. A mi entender, el modo de proceder en estos casos será la interposición de la correspondiente demanda de modificación de medidas definitivas, pues considero que la presencia de conductas violentas entre las partes constituye una alteración de las circunstancias en los términos exigidos por nuestra legislación – arts. 90.3 y 91 Cc. y 775 Lec. –¹²⁷⁶.

Pero la cuestión que más problemas plantea es determinar qué debemos entender exactamente por «*estar incurso en un proceso penal*», pues una vez más nos encontramos ante una redacción bastante imprecisa y abierta a diversas interpretaciones, lo que puede incluso comprometer la seguridad jurídica¹²⁷⁷. No en vano, su indefinición ha dado lugar a la aparición de diferentes posturas doctrinales: así, hay quien considera que basta con estar incurso en una causa por la presunta comisión de cualquiera de los delitos a los que alude el artículo 92.7 del Código Civil¹²⁷⁸, mientras que otros entienden que el precepto se refiere a aquellos supuestos en los que el presunto autor sea investigado o encausado¹²⁷⁹ – términos que han sustituido al tradicional de

¹²⁷⁵ Vid. PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit., p. 692; SARAIVA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 234; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 41; y ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 226.

¹²⁷⁶ Vid. en este mismo sentido: LÓPEZ JARA, Manuel, "Aspectos procesales de la guarda y custodia...", cit., p. 10.

¹²⁷⁷ Vid. CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, "Una visión crítica sobre la regulación de la custodia compartida...", cit., p. 7 y *El interés del menor...*, cit., p. 109; y ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián, "Custodia...", cit., p. 14.

¹²⁷⁸ Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 689.

¹²⁷⁹ Vid. GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia...", cit., p. 99; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 422; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 109; y BONACHERA VILLEGAS, Raquel, "La atribución de la guarda y custodia...", cit., p. 2.

imputado tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica¹²⁸⁰—. Incluso hay quien interpreta que resulta necesario que exista sentencia condenatoria firme¹²⁸¹.

A mi modo de ver, del tenor del artículo 92.7 del Código Civil cabe deducir que basta con estar incurso en una causa penal, sin necesidad de que exista auto de imputación, ni, mucho menos, sentencia condenatoria firme. Ello sin perjuicio de que la opción adoptada por el legislador pueda resultar discutible, que de hecho creo que lo es, por las razones que en seguida expondré.

En lo que sí parece coincidir la doctrina —salvo alguna excepción¹²⁸²— es en que no basta con la interposición de una mera denuncia o querrela¹²⁸³, siendo necesario como mínimo que el juez la admita a trámite e incoe las correspondientes diligencias —lo que hará cuando a su parecer existan indicios suficientes de la posible comisión del delito de que se trate—. Parece bastante lógico, pues de lo contrario se estaría abonando el camino para la interposición de posibles denuncias falsas. Y es que, como algún autor ha puesto de manifiesto, esta medida puede generar «... el incentivo perverso de que el cónyuge que no desee la custodia compartida realice denuncias falsas para

¹²⁸⁰ La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal —a través del apartado veintiuno de su artículo único— y sustituyó el término “imputado” por el de “investigado” o “encausado”, reservando este último término para referirse a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto.

¹²⁸¹ Vid. ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., p. 1557.

¹²⁸² Vid. SERRANO CASTRO, Francisco, "Hacia un nuevo modelo de corresponsabilidad...", cit., p. 26.

¹²⁸³ Vid. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 229 y 232; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 422; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1386, BONACHERA VILLEGAS, Raquel, "La atribución de la guarda y custodia...", cit., p. 2.

evitar que ésta se acuerde»¹²⁸⁴. Por ello me parece especialmente oportuna la previsión que pretendía introducir en nuestro Código Civil el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que, a fin de evitar posibles denuncias falsas, en su artículo 1.4 facultaba al juez para que pusiera en conocimiento del ministerio fiscal las acusaciones que se revelasen inciertas, con objeto de que pudieran depurarse las correspondientes responsabilidades¹²⁸⁵.

En todo caso, como adelantaba, la regla prevista en el primer inciso del artículo 92.7 del Código Civil resulta cuanto menos cuestionable. De hecho, creo que sería razonable que para aplicar esta prohibición no bastara con estar incurso en un proceso penal, sino que se exigiera que el presunto autor hubiera sido condenado¹²⁸⁶, o, al menos, que existieran datos mínimamente sólidos que acreditaran la veracidad de la denuncia interpuesta¹²⁸⁷. En caso contrario, se podría estar vulnerando el derecho constitucional a la presunción de

¹²⁸⁴ Vid. ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC...", cit., p. 14. Vid. también en términos semejantes: AGUILAR CUENCA, José Manuel, *S.A.P...*, cit., p. 41 y *Con mamá...*, cit., p. 23; RODRÍGUEZ ARREDONDO, M^a Paz, "Padres de primera y segunda categoría: los puntos de encuentro familiar", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1^a ed., p. 225; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1453; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "Hijos menores, custodia compartida e individual...", cit., p. 328; LIÑÁN GARCÍA, Ángeles, "El ejercicio de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 23; y HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, "Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 319.

¹²⁸⁵ Vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado al quinto párrafo del nuevo artículo 92 bis que pretendía introducir en nuestro Código Civil.

¹²⁸⁶ Vid. en este mismo sentido: MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Una visión crítica...", cit., p. 591 y "Consecuencias personales...", cit., p. 103; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 109; HERNANDO RAMOS, Susana, "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida...", cit., p. 2042 y "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...", cit., p. 14; ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lisette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 340; LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen, "Efectos personales del divorcio...", cit., p. 332; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Violencia de género...", cit., p. 8. La propuesta de Código Civil presentada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil también aboga en su artículo 219-7.5 porque se exija que exista sentencia condenatoria firme —vid. CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, "Capítulo IX: Los efectos de la nulidad, separación y divorcio", cit., p. 39—.

¹²⁸⁷ Vid. en este sentido: GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 41; y MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 10.

inocencia¹²⁸⁸ – consagrado en el art. 24.2 CE – y se correría el riesgo de privar injustamente a los menores de la compañía de su progenitor¹²⁸⁹. Pensemos que es perfectamente posible que finalmente se acuerde su absolución, en cuyo caso tanto los menores como el propio progenitor habrían sufrido unas consecuencias negativas que no tendrían por qué haber soportado.

Por ello, me parecen mucho más razonables las previsiones que recogen los Derechos autonómicos, que exigen que, o bien se haya dictado resolución judicial motivada en la que consten indicios fundados y racionales de criminalidad¹²⁹⁰ – en el caso de Aragón y Navarra –¹²⁹¹, o bien exista sentencia condenatoria firme – en el caso de Cataluña y País Vasco –¹²⁹². En términos

¹²⁸⁸ Vid. GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia...", cit., p. 99; PÉREZ MAYOR, Adrián, "La entelequia de la custodia...", cit., p. 813; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, "Una visión crítica sobre la regulación de la custodia compartida...", cit., p. 7 y *El interés del menor...*, cit., p. 109; HERNANDO RAMOS, Susana, "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida...", cit., p. 2042 y "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...", cit., p. 14; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales...", cit., p. 103 y "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1453; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., p. 1557; ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lisette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 340; LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen, "Efectos personales del divorcio...", cit., p. 332; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "El ejercicio de la patria potestad en igualdad de condiciones...", cit., p. 472; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Violencia de género...", cit., p. 8; y UREÑA CARAZO, Belén, "La conflictividad entre los progenitores...", cit., p. 12.

¹²⁸⁹ Vid. CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, "Ley Valenciana...", cit., p. 17.

¹²⁹⁰ Dicha resolución judicial motivada podrá ser, además de la sentencia condenatoria, el auto de procesamiento, el auto de transformación en procedimiento abreviado, el auto de incoación de diligencias previas o el auto acordando continuar el procedimiento por el trámite del Tribunal de Jurado –vid. MARÍN MORANTE, José Gabriel, "Reflexiones sobre la custodia compartida...", cit., p. 9–.

¹²⁹¹ Vid. art. 80.6 CDFA y art. 3.8 b) Ley Foral navarra 3/2011. En la misma línea se pronunciaba también la anulada Ley valenciana 5/2011 –art. 5.6–, pero, como ya he adelantado, ésta iba más allá y exigía para excluir a un progenitor de la guarda y custodia que su atribución pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. En este sentido, la SAP de Valencia de 16 de junio de 2014 declaró que «(...) la lectura de la norma, revela que, para no dar lugar a la custodia compartida ha de concurrir la doble circunstancia de que "se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad" y que "a tenor de dicho indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor"(...)».

¹²⁹² Vid. art. 233-11.3 Cc.Cat. y art. 11.3 Ley del País Vasco 7/2015. En el caso de la norma catalana, exige además que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas de las conductas violentas. No obstante, como he señalado al inicio de este apartado, la presencia de violencia en el ámbito familiar siempre supone un daño directo a los hijos, por lo que considero que se trata de una previsión que, a efectos prácticos, no tiene mayor relevancia.

semejantes se pronunciaba el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que aunaba ambas reglas, exigiendo de forma alternativa¹²⁹³ que existiera sentencia condenatoria firme o que se hubiera dictado resolución judicial motivada en la que se constatasen indicios fundados y racionales de criminalidad¹²⁹⁴.

De hecho, creo que lo conveniente sería que el juez civil no se pronunciara con carácter definitivo hasta que se hubiera dictado sentencia en el proceso penal o bien se hubiera emitido una resolución judicial motivada acerca de la culpabilidad del presunto autor. Ello sin perjuicio de que haya casos en los que ello no resulte necesario, por resolverse de forma conjunta los procesos civil y penal. Téngase en cuenta que, como hemos visto en su momento¹²⁹⁵, con carácter general, cuando existe violencia de género, el Juzgado de Primera Instancia o de Familia pierde su competencia objetiva para conocer el asunto de que se trate. Por ende, cuando es el hombre el que está incluso en un proceso penal, lo normal será que el juez civil que esté conociendo pierda su competencia en favor del juez de violencia sobre la mujer, por lo que el proceso civil y el penal se dirimirán simultáneamente.

Puede ocurrir, no obstante, que no proceda la inhibición del juez civil, por no concurrir los presupuestos del artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil —ya analizados¹²⁹⁶—. Ante esta eventualidad —al igual que ocurrirá cuando se trate de supuestos de violencia intrafamiliar distinta a la

¹²⁹³ Aunque conviene advertir que los efectos previstos cuando concurriera una u otra circunstancia no eran idénticos: así, mientras que en el caso de existir condena penal por sentencia firme se excluía al condenado tanto del ejercicio de la guarda y custodia como del posible establecimiento de un régimen de visitas, en los supuestos en los que concurriera una resolución judicial motivada en la que se constatasen indicios racionales de criminalidad la prohibición solo alcanzaba al régimen de custodia, y no así al régimen de visitas —*vid.* Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit., pp. 96-97—.

¹²⁹⁴ *Vid.* art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado al quinto párrafo del nuevo artículo 92 bis que pretendía introducir en nuestro Código Civil.

¹²⁹⁵ *Vid.* Epígrafe 1 del Capítulo III.

¹²⁹⁶ *Vid.* Epígrafe 1 del Capítulo III.

de género—, será el juez civil el encargado de aplicar las previsiones del artículo 92.7 del Código Civil. Pues bien, es en estos casos en los que creo que podría resultar conveniente que el proceso civil se suspendiera hasta que se pronunciara el juez penal, quedando pendiente únicamente de sentencia —con la adopción o mantenimiento de las medidas provisionales que correspondan—¹²⁹⁷.

No niego que la postura que acabo de exponer puede conllevar ciertos riesgos, por cuanto es posible que se den supuestos en los que, al no haberse dictado todavía sentencia en el proceso penal, se acuerde el régimen de guarda y custodia compartida o bien se atribuya al presunto agresor —aunque sea con carácter provisional— y, finalmente, ésta resulte condenatoria, con los consiguientes peligros a los que podría haber estado sometido el menor durante el tiempo que dure la vigencia del citado régimen. No obstante, considero que dichos peligros podrían evitarse, o al menos minimizarse, mediante el establecimiento de especiales cautelas por parte del juez en aquellos supuestos en los que exista un procedimiento penal por la presunta comisión de los delitos a los que se refiere el art. 92.7.Cc.¹²⁹⁸. El establecimiento de dichas cautelas quedaría amparado por el art. 92.6 Cc., y, a mi juicio, permitiría evitar los perversos efectos de cortar la relación entre un menor y su progenitor cuando no exista causa cierta para ello, lo que a su vez garantizaría la salvaguarda del interés del menor.

Cabe preguntarse también el modo en el que debe proceder el juez en caso de que ambos progenitores estén incurso en un proceso penal o hayan sido condenados por alguno de los delitos a los que se refiere tanto el Código Civil como las leyes autonómicas. Hay que entender que en estos supuestos ninguno de los progenitores podrá ostentar la guarda y custodia, y será el juez

¹²⁹⁷ *Vid.* en este mismo sentido: RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad, "La atribución de la custodia compartida...", cit., pp. 9-10.

¹²⁹⁸ Dichas cautelas no están previstas en el Código Civil. Al respecto, cabe proponer algunas, como por ejemplo que los intercambios se realicen en los denominados Puntos de Encuentro Familiar, o que se lleve a cabo un control periódico de la situación a través de entrevistas con los progenitores, exploración del menor, etc. En cualquier caso sería conveniente de *lege ferenda* que nuestro Código recogiera expresamente las cautelas a adoptar en estos supuestos.

quien deba acordar lo procedente¹²⁹⁹. Y, como no puede ser de otra manera, lo procedente será la atribución de la guarda del menor a un tercero, con base en el artículo 103.1 del Código Civil. Como hemos visto en el primer capítulo de esta obra¹³⁰⁰, el mencionado precepto establece que «*excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea*».

La única norma que alude expresamente a la hipótesis de que los dos progenitores estén incurso en un proceso penal o hayan sido condenados por violencia de género, la Ley del País Vasco 7/2015, establece que el juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos e hijas menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos — art. 11.5—¹³⁰¹.

Sin embargo, la Ley vasca admite que, excepcionalmente, en interés de los hijos e hijas, y atendiendo a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, el juez atribuya el ejercicio de la guarda y custodia a ambos o a alguno de ellos¹³⁰². Al respecto, siguiendo a PÉREZ CONESA¹³⁰³, considero que resulta de difícil justificación que se abra la puerta a la posible atribución de la guarda y custodia a quien ha sido condenado por hechos delictivos de tal entidad. Además, sorprende que se admita esta posibilidad cuando ambos progenitores han sido condenados y, sin embargo, se niegue cuando sólo lo ha sido uno de ellos — pues ya hemos visto que, en este último caso, la exclusión del ejercicio de la guarda y custodia opera de forma imperativa, también al amparo de la ley vasca — .

¹²⁹⁹ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 154; y SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia individual...", cit., p. 38.

¹³⁰⁰ Vid. Epígrafe 3 del Capítulo I.

¹³⁰¹ La misma regla se recogía en el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.6 que pretendía introducir en nuestro Código Civil—.

¹³⁰² Una vez más, es una posibilidad que también admitía el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.6 que pretendía introducir en nuestro Código Civil—.

¹³⁰³ Vid. PÉREZ CONESA, Carmen, "Análisis crítico de las reformas del Código Civil...", cit., p. 82.

En otro orden de cosas, cabe entender que en caso de que el acusado resulte finalmente absuelto, podrá instar el correspondiente procedimiento de modificación de medidas definitivas con base en la alteración de las circunstancias que dicha sentencia absolutoria supone —arts. 90.3 y 91 Cc. y 775 Lec.—¹³⁰⁴. En este sentido, la mayoría de leyes autonómicas —con la única excepción de la catalana— han previsto expresamente que las medidas adoptadas serán revisables en los supuestos en los que recaiga resolución absolutoria¹³⁰⁵. Algunas de las mencionadas normas —la aragonesa y la navarra— exigen además que dicha resolución absolutoria sea firme, por lo que parece que sólo incluyen la sentencia y el auto de sobreseimiento libre. No obstante, a mi modo de ver, sería conveniente incorporar también el auto de sobreseimiento provisional¹³⁰⁶, tal y como pretendía hacer el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹³⁰⁷. No en vano, la omisión del sobreseimiento provisional como supuesto habilitante para la revisión del régimen de guarda y custodia podría resultar contraria al derecho a la

¹³⁰⁴ Así lo ha señalado expresamente nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de abril de 2016. *Vid.* también en este mismo sentido: PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit., p. 690; SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., pp. 231-232; BONACHERA VILLEGAS, Raquel, "La atribución de la guarda y custodia...", cit., p. 3; y LÓPEZ JARA, Manuel, "Aspectos procesales de la guarda y custodia...", cit., p. 9.

¹³⁰⁵ *Vid.* Disposición adicional cuarta CDFA, art. 3.8 Ley Foral navarra 3/2011 y art. 11.3 Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 5.6 de la anulada Ley valenciana 5/2011 y art. 1.4 del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.5 que pretendía introducir en nuestro Código Civil—.

¹³⁰⁶ En este mismo sentido se pronunció la Fiscalía General del Estado en su Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en relación a la violencia sobre la mujer —conclusión vigesimoquinta—: «Si el procedimiento penal finaliza por sentencia absolutoria, sobreseimiento libre (arts. 637.1 y 2 Lecrim.) o sobreseimiento provisional (art. 641.1 y 2 Lecrim.), será posible revisar la resolución civil que haya vetado la atribución de la custodia a ese progenitor por razón del procedimiento penal».

¹³⁰⁷ Aunque en su redacción originaria se refería únicamente a la sentencia absolutoria y al sobreseimiento libre, tras las críticas recibidas por parte del Consejo General del Poder Judicial —*vid. Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit., p. 16— pasó a incluir también el sobreseimiento provisional —art. 1.4 del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.5 que pretendía introducir en nuestro Código Civil—.

presunción de inocencia que reconoce el artículo 24 de nuestra Constitución, ya que los efectos de dicho principio se limitarían solamente al ámbito penal, o lo que es lo mismo, a efectos civiles —que son los que aquí nos ocupan— no se le tendría como inocente¹³⁰⁸.

En todo caso, la revisión de las medidas a la que me he referido en el párrafo anterior sólo será necesaria en el supuesto de que no se haya suspendido el proceso civil hasta el momento en el que se resuelva el penal, una opción que, como he señalado, creo que sería la más conveniente. Y es que, de adoptarse tal solución, la resolución absolutoria dictada en la jurisdicción penal ya habría sido tenida en cuenta en el momento de establecer las medidas definitivas en el proceso civil —y, entre ellas, el régimen de guarda y custodia—

Por otro lado, la revisión del régimen de guarda y custodia establecido también debería resultar posible, a mi modo de ver, cuando se produzca la extinción de la responsabilidad penal¹³⁰⁹. Se trata de una posibilidad que, una vez más, sólo ha previsto la Ley del País Vasco 7/2015 —art. 11.3 y 4—. También la recogía el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —*vid.* art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.5 que pretendía introducir en nuestro Código Civil—, que, como sabemos, no llegó a prosperar.

ii) Existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Finalmente, como he adelantado al inicio de este apartado, el segundo párrafo del art. 92.7 Cc. excluye igualmente la aplicación de la custodia

¹³⁰⁸ Resulta de interés a este respecto lo señalado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 34/1983, de 6 de mayo: «el auto de sobreseimiento provisional, por su propia naturaleza, no puede jurídicamente afectar a la presunción de inocencia y, en consecuencia, el sobreseído ha de ser tenido como inocente a todos los efectos, incluido por supuesto el ejercicio de sus derechos, dado que no se ha producido una decisión condenatoria en forma de sentencia».

¹³⁰⁹ Las causas de extinción de la responsabilidad penal están previstas en el art. 130 CP. Algunas de las mencionadas causas son irrelevantes en la materia que nos ocupa —ej. muerte del reo—, pero otras sí pueden tener cierta trascendencia, como por ejemplo el cumplimiento de la condena, la remisión definitiva de la pena, la prescripción del delito o la prescripción de la pena.

compartida cuando «*el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*». Se trata de una previsión que también se recoge en la mayoría de leyes autonómicas¹³¹⁰ y que el fallido Anteproyecto de Ley al que vengo refiriéndome pretendía mantener también en la redacción que hubiera dado al quinto punto del nuevo art. 92 bis Cc.¹³¹¹—. La única norma que no prevé dicha regla es la Ley del País Vasco 7/2015, que, aunque en su artículo 11.3 contempla la posible presencia de indicios de violencia doméstica, no establece imperativamente la exclusión del ejercicio de la guarda y custodia como consecuencia de dichos indicios, sino que se limita a señalar que el juez deberá tenerlos en cuenta a la hora de fijar el régimen de guarda y custodia.

Una vez más, se plantea la duda de cuándo puede considerarse que existen “indicios fundados” de violencia doméstica¹³¹². Parece claro que no debería bastar con una mera sospecha, sino que habría que exigir que, al menos, existiera algún tipo de prueba que acreditase que realmente nos encontramos ante un posible supuesto de violencia doméstica¹³¹³.

Además, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 49 bis.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando tales indicios puedan ser constitutivos de un delito de violencia de género, el juez civil deberá poner en marcha el mecanismo para la posible atribución de la competencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, siempre que se den los presupuestos para el conocimiento de la causa por este órgano —previstos en el artículo 87 ter.3 de la

¹³¹⁰ Vid. art. 80.6 CDFA, art. 233-11.3 Cc.Cat., art. 3.8 Ley Foral navarra 3/2011. Vid. también: art. 5.6 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹³¹¹ Vid. art. 1.4 del Anteproyecto.

¹³¹² Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, “La custodia compartida...”, cit., p. 689.

¹³¹³ Vid. en este mismo sentido: IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil...*, cit., pp. 45-46; MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, “El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, en: *Custodia compartida y protección de menores* -TAPIA PARREÑO, José Jaime -, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 104; y MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Determinación del régimen de guarda y custodia...”, cit., p. 11.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial —¹³¹⁴. A tal efecto, el juez deberá citar a las partes a una comparecencia con el ministerio fiscal que se celebrará en las siguientes veinticuatro horas, a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el ministerio fiscal habrá de decidir si procede, en las veinticuatro horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el juez civil continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente — art. 49 bis.2 Lec. —.

c) Vinculación de cada progenitor con los hijos

La relación o vinculación existente entre el menor y cada uno de sus padres es un criterio que ha previsto expresamente el Código Civil — art. 92.6—¹³¹⁵, así como las leyes catalana¹³¹⁶ y vasca¹³¹⁷. Encuentra su fundamento en la teoría del apego — ampliamente estudiada en psicología —¹³¹⁸ y requiere valorar aspectos tales como el afecto, la empatía, o el entendimiento existente entre cada progenitor y el menor¹³¹⁹.

¹³¹⁴ Vid. ESPARZA OLCINA, Carlos, "La guarda compartida...", cit., p. 198.

¹³¹⁵ Una vez más, también el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia también pretendía introducirlo dentro de los criterios de determinación del régimen de guarda y custodia —vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil—.

¹³¹⁶ Vid. art. 233-11.1 a) Cc.Cat.

¹³¹⁷ Vid. art. 9.3 a) Ley del País Vasco 7/2015.

¹³¹⁸ Vid. MORENO TORRES, Julieta, "Presente y futuro de la consideración del interés del menor...", cit., p. 101; y GAYÁ, Verónica, "Los hijos son a medias: la custodia compartida de los hijos tras el divorcio busca su hueco", *El Siglo de Europa*, Nº 1122, 2015, p. 49.

¹³¹⁹ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1228.

Nuestra jurisprudencia¹³²⁰ y doctrina¹³²¹ viene exigiendo para acordar la custodia compartida que exista un vínculo afectivo de los menores con ambos padres. De hecho, en muchas ocasiones este aspecto ha sido determinante para acordarla ¹³²² o rechazarla ¹³²³ — pese a que también existe algún pronunciamiento que resta importancia a esta cuestión¹³²⁴ —.

Respecto a los casos en los que se opta por la custodia exclusiva, este criterio también se ha utilizado como base para asignar su ejercicio al progenitor que tiene una mayor vinculación afectiva con el menor¹³²⁵.

A mi modo de ver, se trata, de un criterio que debe aplicarse con cierta cautela. Hay que tener en cuenta que las relaciones entre las personas son cambiantes y que favorecer un contacto continuado del menor con el progenitor con el que no tiene buena relación puede ayudar a que alcancen una mayor vinculación afectiva o a resolver los posibles conflictos que existan entre uno y otro¹³²⁶. A ello hay que añadir que es posible que la falta de afecto del menor hacia uno de sus padres se deba a maniobras manipulativas por parte del otro¹³²⁷ —.

¹³²⁰ *Vid.* SAP de Alicante de 3 de marzo de 2005, SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006, SAP de Las Palmas de 26 de julio de 2007, SAP de Girona de 13 de octubre de 2009 y SAP de Valencia de 21 de julio de 2014. *Vid.* también, en este mismo sentido, las Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

¹³²¹ *Vid.* por todos: PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit, p. 687.

¹³²² *Vid.* STS de 19 de julio de 2013. *Vid.* también: SAP de Granada de 6 de noviembre de 2009 y SAP de Alicante de 16 de mayo de 2007.

¹³²³ *Vid.* SAP de Madrid de 5 de marzo de 2007, SAP de Las Palmas de 26 de julio de 2007, SAP de Sevilla de 10 de octubre de 2007, SAP de Toledo de 29 de junio de 2010 y SAP de Barcelona de 24 enero de 2018.

¹³²⁴ *Vid.* STSJ de Aragón de 30 de septiembre de 2013 y STSJ de Aragón de 18 enero de 2018.

¹³²⁵ *Vid.* STS de 30 de mayo de 2016. *Vid.* también: SAP de Sevilla de 10 de octubre de 2007, SAP de Baleares de 18 de junio de 2008, SAP de Madrid de 23 de julio de 2009, SAP de Toledo de 29 de junio de 2010 y SAP de Valencia de 12 de diciembre de 2012.

¹³²⁶ *Vid.* en este sentido: STS de 22 septiembre de 2017.

¹³²⁷ *Vid.* Epígrafe 3.2.H).a) del Capítulo IV.

Por todo ello, considero que sólo debe excluirse a un progenitor del ejercicio de la guarda y custodia cuando su relación con el menor sea extremadamente conflictiva –en cuyo caso, cabría replantear incluso la conveniencia de establecer un régimen de visitas¹³²⁸– y siempre que no encuentre su origen en el padecimiento de alienación parental por parte del menor.

F) Edad de los hijos

Hasta la reforma operada con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, el Código Civil establecía que los menores de corta edad debían quedar siempre a cargo de la madre, siguiendo la conocida como "doctrina de los años tiernos" o "filosofía de la tierna edad" –tal y como hemos visto en el recorrido realizado por la evolución normativa en materia de guarda y custodia¹³²⁹–. Al respecto, se fueron estableciendo diferentes límites de edad: primero tres años¹³³⁰, después cinco¹³³¹ y, finalmente, siete¹³³².

Como he anticipado, la Ley 11/1990, de 15 de octubre, modificó el artículo 159 del Código Civil y eliminó esta regla. Sin embargo, ello no significa que la edad de los menores no deba tenerse en cuenta. Basta observar que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, menciona la edad y madurez del menor como uno de los criterios a seguir para

¹³²⁸ Vid. Epígrafe 1.1.A) del Capítulo V.

¹³²⁹ Vid. Epígrafes 2.2.A).a) y 2.2.A).b) del Capítulo II.

¹³³⁰ Vid. Proyectos de Código Civil de 1836 –art. 189–, de 1851 –art. 82– y de 1869 –art. 108–; Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 –art. 88.2–; y redacción originaria del Código Civil de 1889 –arts. 70 y 73–.

¹³³¹ Vid. Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 –art. 17–.

¹³³² Vid. Ley de 24 de abril de 1958 –art. 73– y nuestro Código Civil –art. 159–, tras la reforma introducida en el mismo por la Ley 11/1981.

concretar el interés superior del menor –art. 2.3 a)– que, como vengo repitiendo, es el fin último al que debe atenderse en la determinación del régimen de guarda y custodia—¹³³³. Además, casi todas las leyes autonómicas¹³³⁴ –con la única excepción de la catalana– han incluido la edad de los hijos entre los criterios en los que debe fijarse el juez a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia¹³³⁵. También nuestra jurisprudencia lo ha considerado un criterio relevante¹³³⁶.

En el caso del Derecho aragonés, hay incluso quien mantiene que el artículo 79.5 del Código del Derecho Foral de Aragón muestra preferencia por la custodia individual cuando se trata de menores de corta edad¹³³⁷. Dicho precepto –al que más adelante me referiré nuevamente– prevé que, cuando se haya acordado un régimen de custodia individual en atención a la edad de los hijos, se revise en un determinado plazo a fin de plantear la conveniencia de sustituirlo por un régimen de custodia compartida; y, con base en dicha dicción, se ha llegado a considerar que «(...)contempla como elemento desfavorable y contrario a la custodia compartida la corta edad de los hijos»¹³³⁸. No obstante, resulta discutible que sea ésta la *ratio legis* de la norma aragonesa, máxime si

¹³³³ Ya hemos visto en su momento –*vid.* Epígrafe 3 del Capítulo IV– que durante la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la Diputada Dña. María Olaia Fernández Davila, del Grupo Parlamentario Mixto, presentó una enmienda –nº 32– en la que pedía que se introdujeran algunos criterios específicos para la determinación del régimen de guarda y custodia, y entre ellos estaba el de la edad del menor –*vid.* BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005–. No obstante, dicha enmienda fue rechazada por el Congreso de los Diputados en la sesión nº 79 (votación 39), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 18 votos a favor, 297 en contra y 8 abstenciones –*vid.* DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005–.

¹³³⁴ *Vid.* art. 80.2 a) CDFA, art. 3.3 a) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 c) Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 5.3 a) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹³³⁵ También pretendía hacerlo el legislador nacional 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 –*vid.* art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil–.

¹³³⁶ *Vid.* STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008. *Vid.* también: SAP de Alicante de 3 de marzo de 2005 y SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006.

¹³³⁷ *Vid.* GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales...", cit., p. 1945.

¹³³⁸ *Vid.* GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales...", cit., p. 1945.

tenemos en cuenta la preferencia que muestra por la custodia compartida en el resto de su articulado.

En cualquier caso, como pone de manifiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, todo conduce a pensar que la mención a la edad del menor dentro de los criterios de determinación del régimen de guarda y custodia tiene por objeto «justificar la atribución de la custodia individual a la madre en caso de hijos de corta edad»¹³³⁹. Podría tratarse, por tanto, de uno de los últimos resquicios de la regla que recogía nuestra legislación anterior a la Ley 11/1990 de dejar a los menores de corta edad a cargo de la madre –aunque, como el propio autor reconoce, se supera el automatismo que conllevaba tradicionalmente dicha regla¹³⁴⁰–.

Para valorar este criterio, considero que deben analizarse dos supuestos por separado: el de los menores que se encuentran en periodo de lactancia y el de aquellos que ya han superado dicha etapa. En cuanto a los primeros, tanto doctrina ¹³⁴¹ como jurisprudencia ¹³⁴² se inclinan mayoritariamente por establecer un régimen de custodia individual en favor de la madre –aunque también encontramos alguna opinión en sentido contrario¹³⁴³–.

Los mayores problemas se han planteado en aquellos casos en los que nos encontramos ante menores que ya han superado la etapa de lactancia, pero que todavía se encuentran en una edad muy temprana. En primer lugar, no queda claro qué debe entenderse por “corta edad”. Hay quien ha considerado

¹³³⁹ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 157.

¹³⁴⁰ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 157.

¹³⁴¹ Vid. CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 156; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., p. 1558; MONTERROSO CASADO, Esther y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María "Análisis de la regulación legal de la custodia compartida...", cit., p. 51; y CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 244.

¹³⁴² Vid. STS de 4 abril de 2018 y SAP de Barcelona de 14 de mayo de 2010.

¹³⁴³ Vid. VALLEJO ORELLANA, Reyes, SÁNCHEZ-BARRANCO, Fernando y SÁNCHEZ-BARRANCO, Pablo, "Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 24, Nº 92, 2004, p. 92. El argumento que se da es que los bebés desarrollan el mismo nexo con ambas figuras parentales y que los varones pueden generar sobre los bebés una influencia muy positiva en el ámbito cognitivo. Vid. también: SAP de Pontevedra de 19 de junio de 2013.

que el límite debe situarse en los tres años¹³⁴⁴, otros estiman que en cinco años¹³⁴⁵ e incluso hay quien lo eleva a los doce años¹³⁴⁶. En segundo término, jurisprudencia y doctrina tampoco terminan de ponerse de acuerdo sobre el régimen de guarda y custodia más conveniente para estos menores.

Por un lado, existe una corriente doctrinal¹³⁴⁷ y jurisprudencial¹³⁴⁸ que considera que, cuando nos encontramos ante menores de corta edad, es preferible siempre la custodia exclusiva —normalmente en favor de la madre—. El principal argumento esgrimido por quienes defienden esta posición es que la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 prevé en su sexto principio que «*salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de su madre*»¹³⁴⁹. Sin embargo, como mantiene SANAHUJA BUENAVENTURA¹³⁵⁰, no parece tan claro que el fin perseguido por dicha norma sea el de exigir que el cuidado de los niños de corta edad deba realizarlo permanentemente la madre. Más bien, parece que está aludiendo a la inconveniencia de apartarlos de ésta de manera prolongada e incluso indefinida. Además, debe tenerse en cuenta el momento histórico en el que se redactó dicha norma, marcado por la existencia

¹³⁴⁴ Vid. STSJ de Aragón de 28 de septiembre de 2012 y SAP de Zaragoza de 2 de diciembre de 2011. Vid. también: SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia individual...", cit., p. 19, "La custodia compartida aragonesa...", cit., p. 251 y "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 34.

¹³⁴⁵ Vid. ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., p. 1558.

¹³⁴⁶ Vid. SAP de Las Palmas de 28 de febrero de 2005 y SAP de León de 12 de mayo de 2006. Vid. también: ESCUDERO GUTIÉRREZ, Isabel, "Una visión diferente...", cit., p. 90.

¹³⁴⁷ Vid. ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 64; SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social...", cit., p. 198; ESCUDERO GUTIÉRREZ, Isabel, "Una visión diferente...", cit., p. 90; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., p. 1558; y GAYÁ, Verónica, "Los hijos son a medias...", cit., p. 49.

¹³⁴⁸ En este sentido, se ha denegado el establecimiento de un régimen de custodia compartida con base en la corta edad del menor en supuestos en los que éste contaba con un año —vid. SAP de Salamanca de 15 de julio de 2009, SAP de Valencia de 9 de mayo de 2014—, dos años —vid. STSJ de Aragón de 13 de julio de 2011, SAP de Asturias de 7 de noviembre de 2003 y SAP de Murcia de 13 de febrero de 2007—, con tres años —vid. SAP de Barcelona de 25 de enero de 2002, SAP de Valencia de 13 de mayo de 2003 y SAP de Córdoba de 26 de noviembre de 2008—, con cuatro años —vid. SAP de Asturias de 10 de diciembre de 2003 y SAP de Zaragoza de 7 de enero de 2004—, etc.

¹³⁴⁹ Vid. STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008.

¹³⁵⁰ Vid. SANAHUJA BUENAVENTURA, María, "La custodia compartida...", cit., p. 19.

de un modelo de familia en el que la madre asumía casi en exclusiva el cuidado de los hijos. Por último, cabe traer a colación también la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, que en su artículo 7 reconoce el derecho del menor a ser cuidado por ambos padres.

Ello ha contribuido a que, en contraposición a la postura anterior, hayan aparecido voces en nuestra jurisprudencial¹³⁵¹ y doctrina¹³⁵² que, sin negar que la edad de los hijos constituye un factor a tener en cuenta para el establecimiento del régimen de guarda y custodia, no ven tan claro que la corta edad del menor haga preferible el régimen de custodia exclusiva.

En otro orden de cosas, parece razonable entender que, en aquellos casos en los que se opte por establecer la custodia exclusiva con base en la corta edad del hijo, se haga con carácter provisional, previendo la posibilidad de que se modifique una vez que el menor supere determinada edad. Como he anticipado, ésta es una cuestión que el Código del Derecho Foral de Aragón ha previsto expresamente en su artículo 79.5, disponiendo que *«cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida»*. Del tenor literal del precepto cabe extraer dos conclusiones: en primer lugar, que el legislador aragonés impone al juez la obligación de que, cuando acuerde la custodia individual por razón de la corta edad del menor, fije el plazo concreto para que se revise dicho régimen¹³⁵³; y, en segundo lugar, que la sustitución del régimen de custodia individual por el de custodia compartida no se llevará a cabo de forma automática, ya que únicamente se refiere a la posibilidad de revisar el régimen

¹³⁵¹ A modo de ejemplo, se ha establecido el régimen de custodia compartida en supuestos en los que el menor contaba con un año —*vid.* SAP de A Coruña de 24 de octubre de 2011—, con dos años —*vid.* SAP de Zaragoza de 15 de octubre de 2003, SAP de Castellón de 23 de octubre de 2006 y de 24 de octubre de 2014—, con tres años —STSJ de Aragón de 25 septiembre de 2012 y de 28 de septiembre de 2012 y SAP de Barcelona de 21 de septiembre de 2012—, etc.

¹³⁵² *Vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 20; y SANAHUJA BUENAVENTURA, María, "La custodia compartida...", cit., p. 18.

¹³⁵³ *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 158.

«a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida»¹³⁵⁴ — entiendo que el medio adecuado para ello sería la interposición de una demanda de modificación de medidas¹³⁵⁵ — .

A mi modo de ver, podría resultar interesante de *lege ferenda* que, cuando se estableciera un régimen de custodia exclusiva en atención a la corta edad del menor, se pasara de forma automática a un régimen de custodia compartida en el momento en que el menor alcanzara una edad determinada, estableciendo así un régimen que nuestra doctrina ha denominado “custodia mixta”¹³⁵⁶. De hecho, es posible encontrar algún pronunciamiento que ha llegado a esta solución¹³⁵⁷. Y es que, considero que se debe tratar de desjudicializar lo máximo posible la relación entre las partes, por lo que carece de sentido imponerles la obligación de volver a instar un proceso judicial para modificar el régimen de guarda y custodia. Por el contrario, la posibilidad de acudir a la vía judicial debería reservarse para aquellos casos en los que se produzca una alteración de las circunstancias que desaconseje el cambio de régimen previsto en la sentencia. No obstante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 775 de la Lec., parece complicado que pueda procederse a la modificación sin que intervenga el juez para determinar si en ese momento concreto, y, con esas circunstancias concretas del menor y su entorno, lo procedente es el cambio¹³⁵⁸. De acuerdo a ello, parece que una cláusula con este

¹³⁵⁴ Esto es lo que hace por ejemplo la SAP de Zaragoza de 30 de marzo de 2012, que fija el régimen de custodia exclusiva a favor de la madre hasta que el menor cumpla doce años, previendo que, a partir de ese momento, el régimen podrá ser revisado.

¹³⁵⁵ *Vid.* Epígrafe 1.2 del Capítulo VI.

¹³⁵⁶ *Vid.* SERRANO GARCÍA, José Antonio, “La custodia individual como excepción...”, cit., p. 21, “La custodia compartida aragonesa...”, cit., p. 253, “Nota práctica sobre guarda y custodia...”, cit., p. 240, “Guarda y custodia de los hijos...”, cit., p. 63, “La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...”, cit., p. 51 y “Título II: De las relaciones...”, cit., p. 197.

¹³⁵⁷ *Vid.* SAP de Zaragoza de 20 de marzo de 2012 —ratificada por la el TSJ de Aragón en su Sentencia de 26 de octubre de 2012—. En concreto, se otorga la custodia exclusiva a la madre hasta que el menor cumpla tres años y, a partir de dicho momento, se pasa automáticamente a un régimen de custodia compartida. También la SAP de Asturias de 31 de octubre de 2016, que atribuye la custodia exclusiva a la madre hasta que el menor cumpla dieciocho meses y, a partir de dicho momento, se pasa automáticamente a un régimen de custodia compartida.

¹³⁵⁸ *Vid.* Epígrafe 1.4.A) del Capítulo VI.

contenido carecerá de eficacia directa, por lo que la modificación deberá llevarse a cabo a través del correspondiente proceso de modificación de medidas¹³⁵⁹.

Por último, cabe señalar que, como ocurre con otros criterios que hemos ido viendo, su utilidad va más allá de la determinación del régimen de guarda y custodia, pudiendo servir como herramienta para la configuración concreta del mismo. En concreto, puede ser especialmente relevante para concretar los periodos de alternancia en la custodia compartida¹³⁶⁰ –ya hemos visto en su momento que, en caso de menores de corta edad, es conveniente que los periodos de alternancia sean más cortos¹³⁶¹—. En este caso, el régimen establecido debería tener carácter provisional e irse alargando a medida que aumente la edad de los menores.

G) Estabilidad del menor y lugar de residencia de los progenitores

Cuando se produce la ruptura de una pareja con hijos, la estabilidad de éstos suele verse seriamente comprometida, ya que van a tener que enfrentarse a inevitables cambios en su estilo de vida¹³⁶². Por ello, resulta necesario minimizar las posibles perturbaciones que estos cambios puedan causar en el menor¹³⁶³, tal y como exige además el art. 2.3 d) de la Ley Orgánica 1/1996, de

¹³⁵⁹ Vid. Epígrafe 1.2 del Capítulo VI.

¹³⁶⁰ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Criterios de atribución de la custodia compartida...", cit., p. 17.

¹³⁶¹ Vid. Epígrafe 2.2.B) del Capítulo IV.

¹³⁶² Vid. PONS SALVADOR, Gema y DEL BARRIO GÁNDARA, Victoria, "El efecto del divorcio...", cit., p. 489; RAMÍREZ GONZÁLEZ, Marta, *Cuando los padres se separan...*, cit., p. 70; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., pp. 1328-1329; MORENO TORRES, Julieta, "Presente y futuro de la consideración del interés del menor...", cit., p. 102; y DE DIOS PÉREZ, Juan Francisco, "El impacto en los hijos de la separación de la pareja y su relación con la Modalidad individual o compartida de custodia", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 11, 2016, p. 2.

¹³⁶³ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, cit., p. 128; TAMAYO HAYA, Silvia, "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia...", cit., p. 751; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., pp. 153-154; DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 152; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1329; y MORENO TORRES, Julieta, "Presente y futuro de la consideración del interés del menor...", cit., p. 102.

15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que menciona expresamente la necesidad de «*minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro*».

La estabilidad del menor presenta dos dimensiones: una física y otra emocional o afectiva¹³⁶⁴. La estabilidad física viene determinada por el mantenimiento del mismo lugar de residencia, mientras que la estabilidad emocional se refiere al lado afectivo, es decir, a la conservación de las relaciones del menor —con uno y otro progenitor, con la familia extensa, con los compañeros de colegio, con su círculo de amigos, etc.—. Aunque ambas dimensiones están estrechamente relacionadas, nuestra doctrina considera que, en caso de discrepancia entre una y otra, debe primar la estabilidad emocional¹³⁶⁵.

En todo caso, la estabilidad del menor —tanto física como emocional— estará condicionada por el mantenimiento, en lo posible, de la situación precedente a la ruptura¹³⁶⁶, para lo que resulta recomendable que conserve su arraigo social, escolar y familiar¹³⁶⁷. Tanto es así, que la mayoría de leyes

¹³⁶⁴ Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia...", cit., p. 745; RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida impuesta por el juez...", cit., p. 194; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 518; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1452 y "Consecuencias personales...", cit., p. 102; y DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida...", cit., p. 24.

¹³⁶⁵ Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia...", cit., p. 745; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 518; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1452 y "Consecuencias personales...", cit., p. 102; y DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida...", cit., p. 24.

¹³⁶⁶ Vid. SAP de Soria de 23 de noviembre de 1998, SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2007 y SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 2009. Vid. también: DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 99.

¹³⁶⁷ El mantenimiento del arraigo social supone que el menor continúe relacionándose con su círculo de amigos y conocidos —vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia...", cit., p. 751; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales...", cit., p. 1945; y DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 99—. En cuanto al arraigo escolar, aconseja que el menor continúe en el mismo colegio —vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia...", cit., p. 751; y DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 99—. Finalmente, el arraigo familiar estará marcado por el mantenimiento de las relaciones con su familia extensa —vid. DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 99—.

autonómicas – con la única excepción de la catalana¹³⁶⁸ – mencionan el arraigo del menor entre los criterios de determinación del régimen de guarda y custodia¹³⁶⁹. Además, de haber prosperado el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, se hubiera incluido también en nuestro Código Civil¹³⁷⁰.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, nuestra jurisprudencia venía considerando que la custodia compartida era contraria a la estabilidad del menor¹³⁷¹ –de hecho, como hemos visto en su momento¹³⁷², constituía el argumento más frecuente para oponerse a dicho régimen–. Sin embargo, poco a poco se ha superado esta postura y, hoy en día, se ha impuesto la idea de que la custodia compartida no supone en sí misma una alteración de la estabilidad del menor¹³⁷³. Incluso se ha llegado a considerar que puede favorecer el mantenimiento de su arraigo familiar, ya que le permite

¹³⁶⁸ Aunque el Código Civil de Cataluña no recoge expresamente el arraigo del menor entre los criterios de determinación del régimen de guarda y custodia, sí que se refiere de forma indirecta al arraigo familiar en su artículo 233-11.1 a), que alude a «*las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares*» —*vid.* en este sentido: GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales...", cit., p. 1945; VIÑAS MAESTRE, Dolors, "Medidas relativas a los hijos menores...", cit., p. 22; LANGA MUELA, Adrián, *Custodia compartida en Aragón*, cit., p. 71; y GONZÁLEZ DE CHÁVEZ DE ARMAS, INÉS; PÉREZ SALAS, ANA; Y VELASCO GISBERT, M^a Luisa, *Análisis de los modelos de custodia...*, cit., p. 31—.

¹³⁶⁹ *Vid.* art. 80.2 b) CDFA, art. 3.3 c) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 g) Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 5.3 e) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹³⁷⁰ *Vid.* art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil.

¹³⁷¹ *Vid.* SAP de Navarra de 11 de noviembre de 1992, SAP de Cuenca de 30 de septiembre de 1996, SAP de Almería de 11 de febrero de 1998, SAP de Segovia de 28 de febrero de 1998, SAP de Barcelona de 30 de abril de 1999, SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1999, SAP de Barcelona de 5 de octubre del 2000, SAP de Cádiz de 18 de enero de 2001, SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002, SAP de Almería de 20 de octubre de 2003, SAP de Albacete de 1 de diciembre de 2003, SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2003, SAP de Baleares de 13 de abril de 2004 y SAP de Valladolid de 13 de julio de 2004.

¹³⁷² *Vid.* Epígrafe 1.1.B).a).i) del Capítulo IV.

¹³⁷³ *Vid.* STS de 8 de octubre de 2009, de 11 de marzo de 2010 y de 7 de julio de 2011. *Vid.* también: STSJ de Aragón de 18 de julio de 2013, STSJ de Valencia de 6 de septiembre de 2013 y SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008.

relacionarse con ambos progenitores de forma más frecuente y, por extensión, con la familia de uno y otro¹³⁷⁴.

Sin embargo, ello no quiere decir que no haya algunos casos en los que el establecimiento del régimen de custodia compartida pueda poner en riesgo la necesaria estabilidad del menor. El supuesto más frecuente en el que esto ocurre se da cuando uno de los progenitores fija su residencia en otra localidad tras la ruptura matrimonial, ya que, para hacer efectiva la estabilidad física y emocional del menor, parece conveniente que continúe residiendo en el mismo lugar en el que lo venía haciendo¹³⁷⁵. De hecho, la ubicación de las viviendas de los progenitores es un aspecto que ha sido incluido por algunas leyes autonómicas —la catalana¹³⁷⁶ y la vasca¹³⁷⁷— entre los criterios a valorar para la determinación del régimen de guarda y custodia. En cuanto al Derecho común, durante la tramitación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se estudió la posibilidad de exigir como requisito para la custodia compartida que la ubicación de los domicilios de los progenitores no comprometiera la necesaria estabilidad del menor¹³⁷⁸ —aunque finalmente no se incluyó dicha previsión en el texto definitivo—; y, posteriormente, el fallido

¹³⁷⁴ Vid. SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008. Vid. también en este mismo sentido: CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 154.

¹³⁷⁵ Vid. SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2003 y SAP de Zaragoza de 7 de febrero de 2012. Vid. también: PICONTO NOVALES, Teresa, "Ruptura familiar y coparentalidad...", cit., p. 68.

¹³⁷⁶ Vid. art. 233-11.1 g) Cc.Cat.

¹³⁷⁷ Vid. art. 9.3 i) Ley del País Vasco 7/2015.

¹³⁷⁸ A tal efecto, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda en el Senado —enmienda nº 37— por la que pretendía añadir al art. 92.8 Cc. que «en todo caso se asegure que la ubicación de los domicilios de los padres el menor gozará de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de su personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones mejorables» —vid. BOCG. Senado Núm. II-14-c de 26/05/2005—. Como se puede observar, la redacción era más que mejorable, pero ello no impide entender el sentido de la previsión que se pretendía introducir. Además, la Diputada Dña. María Olaia Fernández Davila, del Grupo Parlamentario Mixto, presentó una enmienda —nº 32— en la que pedía que se introdujeran algunos criterios específicos para la determinación del régimen de guarda y custodia, y entre ellos estaba el relativo al lugar de residencia de los progenitores —vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-16-8 de 15/03/2005—. No obstante, dicha enmienda fue rechazada por el Congreso de los Diputados en la sesión nº 79 (votación 39), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 18 votos a favor, 297 en contra y 8 abstenciones —vid. DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005—.

Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia también pretendía introducir en el Código Civil la ubicación de las viviendas de los progenitores entre los criterios a valorar para la determinación del régimen de guarda y custodia¹³⁷⁹. Así mismo, nuestra jurisprudencia ha reiterado que es un criterio que debe ser tenido en cuenta por el juez¹³⁸⁰.

Con carácter general, tanto jurisprudencia¹³⁸¹ como doctrina¹³⁸² se muestran contrarias al establecimiento del régimen de custodia compartida

¹³⁷⁹ Vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil.

¹³⁸⁰ Vid. STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008. Vid. también: SAP de Alicante de 3 de marzo de 2005, SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006, SAP de Girona de 13 de octubre de 2009, SAP de Granada de 6 de noviembre de 2009 y SAP de Barcelona de 21 de diciembre de 2009.

¹³⁸¹ Tanto el Tribunal Supremo —vid. STS de 8 de octubre de 2009, de 11 de marzo de 2010, de 1 de marzo de 2016 y de 10 de enero de 2018— como las Audiencias Provinciales —vid. SAP de Girona de 28 de febrero de 2001, SAP de Ciudad Real de 23 de octubre de 2001, SAP de Madrid de 7 de diciembre de 2001, SAP de Alicante de 6 de marzo de 2003, SAP de Castellón de 27 de junio de 2003, SAP de Córdoba de 14 de julio de 2003, SAP de Córdoba de 12 de septiembre de 2005, SAP de Girona de 13 de octubre de 2005, SAP de Valencia de 18 de enero de 2006, SAP de Burgos de 3 de noviembre de 2006, SAP de Jaén de 19 de enero de 2007, SAP de Sevilla de 12 de febrero de 2007, SAP de Alicante de 22 de febrero de 2007, SAP de Huelva de 30 de marzo de 2007, SAP de Barcelona de 17 de abril de 2007 y SAP de Zaragoza de 12 de diciembre de 2007, SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2011, SAP de Zaragoza de 7 de febrero de 2012, SAP de Castellón de 7 de septiembre de 2012, SAP de Barcelona de 18 de junio de 2013, SAP de Cáceres de 26 de junio de 2013, SAP de Granada de 20 de septiembre de 2013, SAP de Ciudad Real de 23 de septiembre de 2013, SAP de Toledo de 21 de octubre de 2013, SAP de Málaga de 22 de octubre de 2013, SAP de Huelva de 27 de octubre de 2013, SAP de Las Palmas de 4 de noviembre de 2013, SAP de Valencia de 11 de noviembre de 2013, SAP de Tarragona de 4 de diciembre de 2013, SAP de Valencia de 11 de diciembre de 2013, SAP de Murcia de 3 de enero de 2014, SAP de Castellón de 24 de febrero de 2014, SAP de Baleares de 18 de marzo de 2014, SAP de Tarragona de 21 de marzo de 2014 y SAP de Tarragona de 22 enero de 2018—.

¹³⁸² Vid. DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, María Soledad, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 725; ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 64; TALAVERA SÁNCHEZ, Irma, "La nueva regulación...", cit., p. 5; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., pp. 301-302; IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil...*, cit., p. 170; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa...", cit., pp. 19-20, "Criterios de atribución de la custodia compartida...", cit., p. 16 y *La concreción del interés del menor...*, cit., p. 46; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 192; CASTILLA BAREA, Margarita, "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 122; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis...", cit., p. 1559; GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Menores...", cit., p. 998; PÉREZ CONESA, Carmen, "¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida...", cit., p. 26; CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar...", cit., p. 28; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1276; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales...", cit., p. 1460; CLEMENTE DÍAZ, Miguel, *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia...*, cit., p. 93; GAYÁ, Verónica, "Los hijos son a medias...", cit., pp. 48-49; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia

cuando no existe cierta proximidad entre los domicilios de los progenitores – pese a que también hay quien considera que, aunque la cercanía de los domicilios es recomendable para el establecimiento del régimen de custodia compartida, no es imprescindible¹³⁸³ –. Con ello, se pretende garantizar un entorno estable para el menor¹³⁸⁴, evitando las perturbaciones que pudiera causarle el cambio del lugar de residencia –que suele ir acompañado de cambios de colegio, de amistades, de hábitos o rutinas, de actividades, etc. –.

Antes de proseguir, cabe hacer una breve puntualización. A mi modo de ver, sólo resulta admisible exigir la proximidad de los domicilios de los progenitores para el establecimiento de la modalidad de custodia compartida en la que son los menores los que cambian de domicilio –conocida como “niño maleta”¹³⁸⁵–, ya que si éstos permanecen en la misma vivienda y los que van rotando son los padres –modalidad que conocemos como “custodia nido”¹³⁸⁶–, es irrelevante la distancia geográfica que separe sus domicilios a efectos de la estabilidad del menor.

Una vez realizada la anterior advertencia, voy a proceder a analizar la interpretación que se ha hecho de este criterio. La principal cuestión a dilucidar es la distancia máxima que puede considerarse aceptable para que proceda el establecimiento de un régimen de custodia compartida¹³⁸⁷. Al respecto, parece claro que si ambos progenitores residen en la misma localidad, no habrá

compartida en la práctica judicial..., cit., p. 163; MECO TÉBAR, Fabiola, "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores...", cit., p. 591; y MARTÍN MOLINA, Alejandro Andrés, "Cuestiones actuales...", cit., p. 4. *Vid.* también: Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

¹³⁸³ *Vid.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Una visión crítica...", cit., p. 590, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1452 y "Consecuencias personales...", cit., p. 102; y HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...", cit., p. 8.

¹³⁸⁴ *Vid.* SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2006, SAP de Sevilla de 12 de febrero de 2007, SAP de Alicante de 22 de febrero de 2007, SAP de Barcelona de 17 de abril de 2007 y SAP de Zaragoza de 12 de diciembre de 2007.

¹³⁸⁵ *Vid.* Epígrafe 2.2.A) del Capítulo IV.

¹³⁸⁶ *Vid.* Epígrafe 2.2.A) del Capítulo IV.

¹³⁸⁷ *Vid.* SERRANO MOLINA, Alberto, "La guarda compartida...", cit., p. 740.

problema para que el régimen de guarda y custodia compartida pueda desarrollarse con normalidad¹³⁸⁸. Y es que, resultaría excesivo exigir –como hace algún autor¹³⁸⁹– que las viviendas de ambos progenitores estuvieran ubicadas en el mismo barrio. De hecho, nuestra jurisprudencia ha considerado determinante en favor de la custodia compartida el hecho de que los dos progenitores tengan su residencia en el mismo municipio¹³⁹⁰.

Mayores problemas plantean aquellos supuestos en los que los progenitores residen en distintas localidades. Con carácter general, cuando existe mucha distancia entre ellas, la jurisprudencia ha denegado el régimen de custodia compartida –ej. 1.012 km¹³⁹¹, 890 km¹³⁹², 638 km¹³⁹³, 615 km¹³⁹⁴, 485 km¹³⁹⁵, 343 km¹³⁹⁶, 292 km¹³⁹⁷, 166 km¹³⁹⁸, etc. –. Por contra, en aquellos casos en

¹³⁸⁸ *Vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Criterios de atribución de la custodia compartida...", cit., p. 16; y PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 163.

¹³⁸⁹ *Vid.* DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, María Soledad, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 725.

¹³⁹⁰ *Vid.* STS de 17 febrero de 2017, SAP de Barcelona de 16 de septiembre de 1998, SAP de Girona de 28 de febrero de 2001, SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003, SAP de Barcelona de 16 de mayo de 2006, SAP de León de 26 de febrero de 2007, SAP de Baleares de 27 abril de 2007, SAP de A Coruña de 17 de abril de 2008 y SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008. *Vid.* también la SAP de Alicante de 24 de abril de 2009, en la que se otorga la custodia compartida, pero se condiciona a que el padre fije su domicilio en la misma ciudad donde reside el menor.

¹³⁹¹ *Vid.* STS de 10 de enero de 2018, que rechaza la custodia compartida en un supuesto en el que uno de los progenitores vive en Jerez de la Frontera y el otro en Rentería.

¹³⁹² *Vid.* SAP de Zaragoza de 20 de julio de 2012, que deniega la custodia compartida porque uno de los progenitores reside en Zaragoza y el otro en Marbella.

¹³⁹³ *Vid.* STS de 19 octubre de 2017, que rechaza la custodia compartida en un caso en el que uno de los progenitores reside en Salamanca y el otro en Alicante.

¹³⁹⁴ *Vid.* SAP de Huelva de 10 de diciembre de 2007, que rechaza la custodia compartida en un supuesto en el que uno de los progenitores vive en Madrid y el otro en Huelva.

¹³⁹⁵ *Vid.* SAP de Barcelona de 18 de noviembre de 2003, que se opone a la custodia compartida porque uno de los progenitores reside en Barcelona y el otro en Pamplona.

¹³⁹⁶ *Vid.* SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2006, que deniega la custodia compartida debido a que uno de los progenitores reside en Madrid y el otro en Mérida.

¹³⁹⁷ *Vid.* STS de 1 de marzo de 2016, que se opone a la custodia compartida porque uno de los progenitores reside en Granada y el otro en Cádiz.

¹³⁹⁸ *Vid.* SAP de Castellón de 26 de julio de 2006, que rechaza la custodia compartida porque uno de los progenitores tiene su domicilio en Castellón y el otro en Zaragoza.

los que las localidades están más o menos próximas, nuestra jurisprudencia no termina de ponerse de acuerdo acerca de la conveniencia de establecer la custodia compartida. A modo de ejemplo, se ha rechazado en supuestos en los que existe una distancia de 10 km¹³⁹⁹, 12 km¹⁴⁰⁰, 23 km¹⁴⁰¹, 29 km¹⁴⁰², 40 km¹⁴⁰³, 43, km¹⁴⁰⁴, etc.; y, sin embargo, se ha admitido en otros en los que la distancia era de 6 km¹⁴⁰⁵, 11 km¹⁴⁰⁶, 15 km¹⁴⁰⁷, 34 km¹⁴⁰⁸, 46 km¹⁴⁰⁹ o incluso 71 km¹⁴¹⁰. Por tanto, no se sigue un criterio uniforme respecto a la distancia máxima que puede existir entre los domicilios de los progenitores para que proceda el establecimiento de la custodia compartida.

No plantean tantas dudas aquellos casos en los que los progenitores residen en diferentes países, en los que la jurisprudencia se muestra contraria a

¹³⁹⁹ *Vid.* SAP de Cádiz de 29 de marzo de 2012. En este supuesto uno de los progenitores vive en San Fernando (Cádiz) y el otro en El Marquesado, una zona rural que dista de San Fernando unos 10 km.

¹⁴⁰⁰ *Vid.* STSJ de Aragón de 4 de septiembre de 2013. En este caso uno de los progenitores vive en Zaragoza y el otro en La Puebla de Alfindén.

¹⁴⁰¹ *Vid.* SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2011. En este supuesto uno de los progenitores reside en Barcelona y el otro en Sabadell.

¹⁴⁰² *Vid.* SAP de A Coruña de 1 de diciembre de 2010. En este caso uno de los progenitores reside en A Coruña y el otro en Abegondo.

¹⁴⁰³ *Vid.* SAP de Cantabria de 5 febrero de 2018. En este supuesto uno de los progenitores reside en Cabezón de la Sal y el otro en Santander.

¹⁴⁰⁴ *Vid.* SAP de Madrid de 7 de diciembre de 2001. En este caso, uno de los progenitores residía en Madrid y el otro en Villanueva de la Cañada

¹⁴⁰⁵ *Vid.* SAP de Barcelona de 9 de abril de 2014. En este caso uno de los progenitores vive en Olesa de Montserrat y el otro en Esparraguera.

¹⁴⁰⁶ *Vid.* SAP de Valencia de 11 de diciembre de 2013 y de 18 de mayo de 2015. En ambos supuestos, uno de los progenitores vive en Valencia y el otro en Torrent.

¹⁴⁰⁷ *Vid.* STSJ de Aragón de 9 de octubre de 2013. En este supuesto uno de los progenitores vive en Zaragoza y el otro en María de Huerva.

¹⁴⁰⁸ *Vid.* STSJ de Valencia de 6 de septiembre de 2013. En este supuesto uno de los progenitores reside en Denia y el otro en Gandía.

¹⁴⁰⁹ *Vid.* STS de 9 de junio de 2017. En este caso uno de los progenitores vive Alfarrasí y el otro en Beneixama.

¹⁴¹⁰ *Vid.* SAP de Alicante de 18 de abril de 2013. En el supuesto enjuiciado uno de los progenitores reside en Moraira y el otro en el Campello —ambos municipios situados en la Provincia de Alicante—.

la custodia compartida de forma prácticamente unánime¹⁴¹¹. Es algo que resulta bastante lógico, pues a los posibles perjuicios que hemos visto para la estabilidad del menor se unen los derivados del cambio de cultura, costumbres, sistema educativo, idioma, clima, etc.

Sin perjuicio de todo lo anterior, considero que la distancia geográfica entre los domicilios no es el factor más relevante a tener en cuenta, sino el tiempo efectivo que el menor debe dedicar a los desplazamientos. No podemos obviar que una mayor cercanía de las residencias no implica necesariamente que el tiempo del desplazamiento de una a otra vaya a ser más corto —ej. en ocasiones puede llevar más tiempo ir de un punto a otro de una gran ciudad que recorrer el trayecto entre dos municipios—.

En cualquier caso, si se opta por el establecimiento de la custodia compartida en supuestos en los que los progenitores residen en localidades lejanas o incluso en otros países —en aquellos supuestos en los que excepcionalmente se admita—, parece que lo más recomendable sería una alternancia anual o por cursos escolares¹⁴¹². Además, cuando dicha alternancia se va a producir entre un municipio español y otro extranjero, sería conveniente que los menores acudieran a centros educativos con sedes en ciudades de distintos países, como el Instituto Cervantes, el Liceo Francés, el Instituto Británico, el Colegio Alemán, etc., ya que el hecho de contar con el mismo

¹⁴¹¹ Vid. SAP de Valencia de 2 de abril de 2003 —en la que se rechaza la custodia compartida porque uno de los progenitores vive en España y el otro en Reino Unido—, SAP de Girona de 9 de enero de 2008 —que deniega la custodia compartida en un supuesto en el que uno de los progenitores reside en España y el otro en Francia—, SAP de Baleares de 23 enero de 2018 —que rechaza la custodia compartida porque el padre vive en España y la madre en Brasil— y SAP de Tarragona de 2 febrero de 2018 —que deniega la custodia compartida en un supuesto en el que uno de los progenitores vive en Marruecos y el otro en España—.

En otros caso se ha establecido la custodia compartida con el apercibimiento de que, si alguno de los progenitores trasladara su residencia al extranjero, se revocaría dicho régimen —*vid.* SAP de Barcelona de 19 de septiembre de 2008, en la que se establece la custodia compartida con la prevención de que si la madre decide trasladarse a su ciudad natal (Hong Kong), la guarda y custodia pasaría automáticamente al padre—.

¹⁴¹² Vid. SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social...", cit., p. 198; y CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 159.

idioma básico y el mismo programa de estudios, facilita el cambio de uno a otro¹⁴¹³.

Finalmente, si se rechaza la custodia compartida con base en la lejanía de las residencias de los progenitores –y el argumento es precisamente tratar de garantizar la estabilidad del menor–, parece razonable que la guarda y custodia se otorgue preferentemente al progenitor que viva en la misma localidad en la que residía la familia con anterioridad a la ruptura¹⁴¹⁴. No obstante, habrá que tener en cuenta el resto de circunstancias concurrentes en el caso para determinar qué solución es más beneficiosa para el interés superior del menor.

H) Posibles riesgos para la salud y formación del menor

Otro de los aspectos a valorar en la determinación del régimen de guarda y custodia es la existencia de posibles riesgos para la salud y la formación del menor¹⁴¹⁵. A continuación voy a referirme por separado a ambas cuestiones.

a) Posibles riesgos para la salud del menor: especial referencia a alienación parental

A nadie escapa la importancia de apartar al menor de cualquier tipo de riesgo que pueda afectar negativamente a su salud. Pese a que son muchos los potenciales peligros a los que pueden enfrentarse los hijos menores, aquí voy a abordar únicamente a aquellos que resultan más habituales en la práctica.

¹⁴¹³ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1276.

¹⁴¹⁴ Vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia individual...", cit., p. 21.

¹⁴¹⁵ Vid. SAP de Girona de 13 de octubre de 2009.

A modo de ejemplo, si uno de los progenitores reside en un lugar poco salubre o peligroso, no es recomendable atribuirle el ejercicio de la guarda y custodia¹⁴¹⁶.

También puede ocurrir que el menor padezca algún tipo de discapacidad que exija una especial dedicación¹⁴¹⁷ —en cuyo caso deberían valorarse las posibilidades que tienen ambos progenitores para proporcionársela¹⁴¹⁸— o que requiera que permanezca siempre en el mismo domicilio¹⁴¹⁹. En este sentido, encontramos un pronunciamiento en nuestra jurisprudencia menor en el que se rechaza la custodia compartida porque la menor padece una discapacidad del noventa por ciento y se considera conveniente que permanezca en el mismo domicilio y en compañía de la madre, que es quien ha venido proporcionándole los cuidados especiales que requiere¹⁴²⁰. No obstante, en otras ocasiones se ha considerado que el hecho de que un menor requiera especial dedicación puede hacer recomendable el establecimiento del régimen de custodia compartida¹⁴²¹.

¹⁴¹⁶ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1356.

¹⁴¹⁷ Vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales...", cit., p. 1461; y SOTO ROMÁN, Jelitza, "Implicaciones de la diversidad humana y familiar...", cit., p. 17.

¹⁴¹⁸ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1243.

¹⁴¹⁹ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares...", p. 159; y MECO TÉBAR, Fabiola, "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores...", cit., p. 593.

¹⁴²⁰ Vid. SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2011: «(...) es determinante para la organización cotidiana de la menor Marta, su importante problema de salud, pues se ha acreditado que padece una encefalopatía estática con tetraparesia espástica, epilepsia, osteoporosis, pubertad precoz, por lo que tiene reconocida una disminución del 90%. Su situación en la práctica es que no habla, no puede estar de pie y debe estar siempre en silla de ruedas(...) consideramos que Marta debe continuar bajo la custodia de la madre, sin los constantes cambios semanales de vivienda que propone el padre, siendo la madre quien puede proporcionarle los cuidados que la menor precisa(...)». Vid. también: STS de 19 octubre de 2017, en la que se atribuye la custodia a la madre porque el menor era autista y necesitaba mucha estabilidad, y, además, era la madre la que le había cuidado hasta ahora; y STS de 18 enero de 2018, en la que se considera más conveniente el régimen de custodia exclusiva por padecer el menor una discapacidad del 53%.

¹⁴²¹ Vid. SAP de Córdoba de 23 de enero de 2018. En el mencionado pronunciamiento, el juez impone la custodia compartida de un menor que padece una discapacidad de un 33% —pese al rechazo de uno de

Así mismo, puede suceder que el propio menor lleve a cabo determinadas conductas que pongan en riesgo su salud —ej. consumo de alcohol, estupefacientes, etc.—, lo que exigirá valorar la capacidad de cada progenitor para abordar la situación y ponerle fin.

Pero los supuestos más habituales en la práctica tienen que ver con los riesgos que pueden incidir en la salud psicológica del menor. De hecho, es frecuente que tras la ruptura matrimonial de sus padres, aparezca una cierta ansiedad por separación, que es aquella «relacionada con el alejamiento del hogar o de aquellas personas a quienes el sujeto está vinculado(...) que provoca malestar clínicamente significativo o deterioro social, académico o de otras áreas importantes de la actividad del menor»¹⁴²². Por ello, resulta muy importante tratar de garantizar el equilibrio psicológico del menor¹⁴²³.

Merece especial consideración en este punto el denominado Síndrome de Alienación Parental —en adelante, S.A.P.—, por haber llegado a considerarse como uno de los desórdenes más frecuentes que sufren los menores tras la ruptura de sus padres¹⁴²⁴. Aunque, como en seguida veremos, resulta discutible que se trate de un síndrome en sentido estricto.

La expresión S.A.P. —en inglés *Parental Alienation Syndrome (P.A.S.)*— fue acuñada en 1985 por el psiquiatra y psicoanalista estadounidense Richard GARDNER ¹⁴²⁵, que fue el primero en estudiar en profundidad esta problemática¹⁴²⁶. De hecho, pese a su fallecimiento en el año 2003, sigue siendo el principal referente teórico del S.A.P.¹⁴²⁷

los progenitores— con el objetivo de distribuir entre ambos padres la prestación de los cuidados que requiere.

¹⁴²² Vid. AGUILAR CUENCA, José Manuel, *Con mamá...*, cit., p. 47.

¹⁴²³ Vid. SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 2009.

¹⁴²⁴ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 384.

¹⁴²⁵ Vid. GARDNER, Richard A., "Recent Trends in Divorce and Custody Litigation", *Academy Forum*, Volume 29, Number 2, Summer, 1985, p. 3.

¹⁴²⁶ Aunque anteriormente otros autores ya habían advertido los efectos que pueden provocar en el menor la manipulación de uno de los progenitores para predisponerlo en contra del otro. En este sentido, se utilizaron expresiones como "Síndrome de Medea", "Síndrome de la madre maliciosa" o

GARDNER definió el S.A.P. como «un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña»¹⁴²⁸. Por tanto, el rasgo fundamental del S.A.P. es la manipulación o programación del hijo por parte de uno de los padres para que odie al otro sin ninguna justificación¹⁴²⁹.

Como anticipaba, existe una amplia discusión acerca de si la alienación parental puede ser calificada como un verdadero síndrome. Lo cierto es que el S.A.P. no ha sido reconocido por ninguna asociación científica y no se recoge en las clasificaciones internacionales de enfermedades. En este sentido, la alienación parental no es reconocida como síndrome ni por el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM V-TR)¹⁴³⁰ ni por los Criterios de Clasificación internacional de enfermedades (CIE-10)¹⁴³¹. Ello ha llevado a un sector de nuestra jurisprudencia¹⁴³² y doctrina¹⁴³³ a rechazar la

“Programación Parental en el Divorcio” —*vid.* DE LOS RÍOS GONZÁLEZ, Mercedes, “Cambio de guarda y custodia...”, cit., p. 305; y ARCH MARÍN, Mila, “El síndrome de alienación parental...”, cit., p. 124—.

¹⁴²⁷ *Vid.* ESCUDERO NAFS, Antonio, AGUILAR REDORIA, Lola y DE LA CRUZ LEIVA, Julia, “La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): «terapia de la amenaza»”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 28, Nº 102, Madrid, 2008, p. 285.

¹⁴²⁸ Traducción tomada de AGUILAR CUENCA, José Manuel, *S.A.P...*, cit., p. 21.

¹⁴²⁹ *Vid.* GÓMEZ MAGAN, Pilar, “Síndrome de Alienación Parental (SAP)”, *Revista de derecho de familia*, Nº 38, 2008, p. 66; y ROS GARCÍA, Elia (et. al.), “Síndrome de Alienación Parental”, *XVII Jornades de Foment de la Investigació*, Universitat Jaume I, 2013, p. 8.

¹⁴³⁰ *Vid.* Asociación Americana de Psiquiatría, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales*, American Psychiatric Publishing, 2013, 5ª ed.

¹⁴³¹ *Vid.* O.M.S., *Clasificación Internacional de Enfermedades: décima versión*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2009, 8ª ed.

¹⁴³² *Vid.* SAP de Málaga de 28 de septiembre de 2010.

¹⁴³³ *Vid.* SAN SEGUNDO MANUEL, Rosa, “Maltrato y separación...”, cit., p. 162 y “El SAP una nueva forma de violencia de género”, en: *Custodia responsable y sus obstáculos: el SAP* —et. al. PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, Ana Mª—, Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres, Madrid, 2011, p. 73; PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, Ana Mª, “Las trampas de la custodia compartida y la ficción del SAP”, en: *Custodia*

existencia del S.A.P., e incluso hay quien lo ha considerado una nueva forma de violencia de género contra la mujer¹⁴³⁴.

Sin embargo, existe otra corriente en la doctrina ¹⁴³⁵ y la jurisprudencia¹⁴³⁶ que ha comenzado a admitir la existencia del Síndrome de Alienación Parental. Uno de los hitos más importantes en el reconocimiento del S.A.P. fue la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de

responsable y sus obstáculos: el SAP —et. al. PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, Ana M^a—, Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres, Madrid, 2011, p. 21; CAREAGA CASTRILLO, Pilar, "Mitos y realidades sobre el SAP", en: *Custodia responsable y sus obstáculos: el SAP* —et. al. PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, Ana M^a—, Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres, Madrid, 2011, pp. 53-56; BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, "La custodia compartida desde un análisis de género...", cit., p. 153; y CLEMENTE DÍAZ, Miguel, *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia...*, cit., p. 178.

¹⁴³⁴ Vid. SAN SEGUNDO MANUEL, Rosa, "El SAP...", cit., p. 73; y BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, "La custodia compartida desde un análisis de género...", cit., p. 153.

¹⁴³⁵ Vid. AGUILAR CUENCA, José Manuel, *S.A.P...*, cit., p. 13 y "El uso de los hijos en los procesos de separación: El Síndrome de Alienación Parental", *Revista de derecho de familia*, N^o 29, 2005, p. 76; TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El síndrome de alienación parental...*, cit., pp. 79 y 120; BAUTISTA CASTELBLANCO, Carmen Lucy, "Síndrome de Alienación Parental: Efectos Psicológicos", *Tesis Psicológica*, N^o 2, noviembre 2007, p. 67; ESCUDERO NAFS, Antonio, AGUILAR REDORIA, Lola y DE LA CRUZ LEIVA, Julia, "La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP)...", cit., p. 285; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 384; GÓMEZ MAGAN, Pilar, "Síndrome de Alienación Parental...", cit., p. 66; SERRANO CASTRO, Francisco, "Examen de las causas, consecuencias y soluciones de las interferencias parentales desde la perspectiva judicial", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1^a ed., p. 118; BEYEBACH, Mark, "La repercusión sobre el menor de los procesos de ruptura matrimonial: aspectos emocionales y relacionales", en: *Custodia compartida y protección de menores* —TAPIA PARREÑO, José Jaime—, Cuadernos de Derecho Judicial, N^o II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 309; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales...", cit., pp. 85-86; AGUILAR SALDÍVAR, Ahída, "El síndrome de alienación parental (SAP): Sus implicaciones en la custodia-régimen de visitas", *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, N^o 9, 2010, p. 10; DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 115; TEJEIRO SALGUERO, Ricardo y GÓMEZ VALLECILLO, Jorge, "Divorcio, custodia y bienestar del menor...", cit., p. 427; GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Menores...", cit., p. 995; GAFFAL, Margit, "Parental Alienation...", cit., p. 7; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1255; y ROS GARCÍA, Elia (et. al.), "Síndrome...", cit., p. 8.

¹⁴³⁶ Vid. STS de 30 de junio de 2009. Vid. también: SAP de Murcia de 23 de abril de 2002, SAP de Córdoba de 20 de marzo de 2003, SAP de Valencia de 17 de junio de 2003, SAP de Alicante de 9 de marzo de 2004, SAP de Zaragoza de 24 de mayo de 2004, SAP de Asturias de 9 de junio de 2004, SAP de Asturias de 15 de julio de 2004, SAP de Murcia de 1 de julio de 2005, SAP de Asturias de 29 de septiembre de 2005, SAP de Asturias de 10 de febrero de 2006, SAP de Madrid de 8 de junio de 2006, SAP de Murcia de 3 de julio de 2006, SAP de Barcelona de 1 de febrero de 2007, SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2007, SAP de Baleares de 7 de febrero de 2008, SAP de Vizcaya de 27 de marzo de 2008, SAP de Cádiz de 16 de abril de 2008, SAP de Sevilla de 24 de octubre de 2008, SAP de León de 2 de abril de 2009, SAP de Almería de 13 de mayo de 2009, SAP de Barcelona de 13 de abril de 2010, SAP de Madrid de 6 de mayo de 2010, SAP de Asturias de 20 de mayo de 2010, SAP de Málaga de 22 de julio de 2010, SAP de Barcelona de 22 de septiembre de 2010, SAP de Córdoba de 3 de noviembre de 2010, SAP de Asturias de 8 de abril de 2011 y SAP de Alicante de 8 de septiembre de 2011.

julio del 2000 — *Elholz vs. Alemania*—¹⁴³⁷. En dicho pronunciamiento, se condena al Estado alemán a indemnizar a un padre por los daños y perjuicios que se le han causado al denegarle el régimen de visitas con base en las manifestaciones vertidas por su hijo de cinco años, que era supuesta víctima de S.A.P.

No es el propósito de este trabajo entrar en debates acerca de su consideración o no como trastorno psiquiátrico. De hecho, en adelante utilizaré la expresión “alienación parental”, prescindiendo del término “síndrome”, pues como hemos visto, por el momento no cuenta con el reconocimiento de la comunidad médica.

Lo que es un hecho constatable es que muchos niños son manipulados por uno de sus padres y programados en contra del otro. Así, es frecuente que los progenitores hablen con sus hijos de temas delicados, como sus problemas económicos y personales, o incluso que se quejen abiertamente de la conducta del otro progenitor¹⁴³⁸, lo que en no pocas ocasiones se torna en una manipulación del menor que le predispone en contra de éste. Además, la batalla que se produce en muchos casos entre los progenitores en las situaciones de crisis familiar crea una situación muy propicia para que los hijos puedan ser manipulados, utilizados o instrumentalizados para tratar de dañar al otro progenitor¹⁴³⁹.

Con carácter general, los sujetos que intervienen en la alienación parental son tres¹⁴⁴⁰: el progenitor alienador, el alienado y la víctima —el menor—. No obstante, en ocasiones, son ambos progenitores los que manipulan

¹⁴³⁷ Posteriormente le seguirían muchas otras: STEDH de 2 de septiembre de 2010 —*Mincheva vs. Bulgaria*—, de 2 de noviembre de 2010 —*Piazza vs. Italia*—, de 11 de enero de 2011 —*Bordeianu vs. Moldavia*— y de 20 de diciembre de 2011 —*Prodelalova vs. República Checa*—.

¹⁴³⁸ Vid. CANTÓN DUARTE, José, "Adaptación de los hijos de divorciados", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María del Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 94.

¹⁴³⁹ Vid. DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 115; y GAFFAL, Margit, "Parental Alienation...", cit., p. 7.

¹⁴⁴⁰ Vid. OROPEZA ORTÍZ, José Luis, "Síndrome de Alienación Parental: Actores Protagonistas", *Revista Internacional de Psicología*, Vol. 8, Nº 2, julio 2007, pp. 2-10; y AGUILAR SALDÍVAR, Ahída, "El síndrome de alienación parental (SAP)...", cit., p. 8.

al hijo¹⁴⁴¹. También puede ocurrir que el alienador no sea sólo el progenitor, sino también los abuelos, tíos, hermanos mayores, etc.¹⁴⁴²; o incluso que los menores extiendan su odio a la familia extensa del progenitor alienado¹⁴⁴³.

En lo referente a los efectos de la alienación parental sobre el menor, se ha considerado que puede traerle consecuencias fisiológicas, psicológicas y sociales¹⁴⁴⁴. Las más graves son las de carácter psicológico, que suelen consistir en crisis de ansiedad¹⁴⁴⁵, depresión crónica¹⁴⁴⁶, trastornos de identidad¹⁴⁴⁷, etc., lo que a su vez puede conllevar perniciosos efectos a largo plazo —alcoholismo, drogadicción, etc.—¹⁴⁴⁸. Por todo ello, se ha llegado a considerar que nos encontramos ante una forma de maltrato psíquico contra el menor¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴¹ Vid. TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El síndrome de alienación parental...*, cit., p. 33; y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 85.

¹⁴⁴² Vid. TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El síndrome de alienación parental...*, cit., p. 94. Vid. también: SAP de Madrid de 6 de mayo de 2010.

¹⁴⁴³ Vid. GARDNER, Richard A., "Recent Trends...", cit., p. 4; AGUILAR CUENCA, José Manuel, *S.A.P...*, cit., p. 35; y GÓMEZ MAGAN, Pilar, "Síndrome de Alienación Parental...", cit., p. 66

¹⁴⁴⁴ Vid. AGUILAR SALDÍVAR, Ahída, "El síndrome de alienación parental (SAP)...", cit., p. 10.

¹⁴⁴⁵ Vid. AGUILAR CUENCA, José Manuel, *S.A.P...*, cit., p. 123; BAUTISTA CASTELBLANCO, Carmen Lucy, "Síndrome de Alienación Parental...", cit., p. 67; y GÓMEZ MAGAN, Pilar, "Síndrome de Alienación Parental...", cit., p. 66.

¹⁴⁴⁶ Vid. TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El síndrome de alienación parental...*, cit., p. 81; y OROPEZA ORTÍZ, José Luis, "Síndrome de Alienación Parental...", cit., p. 15.

¹⁴⁴⁷ Vid. TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El síndrome de alienación parental...*, cit., p. 81; y OROPEZA ORTÍZ, José Luis, "Síndrome de Alienación Parental...", cit., p. 15.

¹⁴⁴⁸ En este sentido, hay estudios que concluyen que, cuando los menores que son víctimas de alienación parental se hacen adultos, tienen una mayor inclinación al alcohol y a la droga —vid. TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El síndrome de alienación parental...*, cit., p. 81; y BAUTISTA CASTELBLANCO, Carmen Lucy, "Síndrome de Alienación Parental...", cit., p. 68—.

¹⁴⁴⁹ Vid. VALLEJO AYALA, Lourdes L., "Efectos de la alienación parental...", cit., p. 87; DE LOS RÍOS GONZÁLEZ, Mercedes, "Cambio de guarda y custodia...", cit., p. 307; AGUILAR CUENCA, José Manuel, "El uso de los hijos en los procesos de separación...", cit., p. 77; TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El síndrome de alienación parental...*, cit., pp. 79 y 147; BAUTISTA CASTELBLANCO, Carmen Lucy, "Síndrome de Alienación Parental...", cit., p. 67; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 384; COLUMNA HERRERA, Luis Miguel, "Interferencias parentales: el síndrome de alienación parental", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* —dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 107; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales...", cit., p. 85; PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Modificación de medidas...", cit., p. 1337; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1255. Vid. también: SAP de Madrid de 6 de mayo de 2010.

En cuanto a la detección de la alienación parental, se ha señalado que no basta con que tenga lugar un proceso de manipulación por parte de uno de los progenitores, sino que es necesario que ello influya en la propia conducta y actitudes del menor¹⁴⁵⁰. Al respecto, se ha considerado que son ocho los síntomas que concurren en un menor afectado por alienación parental¹⁴⁵¹ —en los que no voy a profundizar por trascender del ámbito jurídico—.

En cualquier caso, parece necesaria la intervención de especialistas en psiquiatría y psicología¹⁴⁵², que deberán ser especialmente cautelosos, ya que la alienación parental no siempre es fácil de detectar¹⁴⁵³. Hay que tener en cuenta que los hijos no suelen ser conscientes de la manipulación de la que son objeto¹⁴⁵⁴ e incluso es habitual que el propio progenitor alienador tampoco sea consciente de que está provocando este efecto en su hijo¹⁴⁵⁵. Además, la alienación parental puede confundirse con otras conductas o expresiones habituales en muchos procesos de ruptura matrimonial o con la presencia de diversos trastornos —ansiedad por separación¹⁴⁵⁶, lavado de cerebro¹⁴⁵⁷, etc.—.

¹⁴⁵⁰ Vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 64.

¹⁴⁵¹ 1. Una campaña de denigración manifestada mediante palabras o actos en los que el menor participa de forma activa; 2. Justificaciones débiles, absurdas o frívolas para la desaprobación; 3. Ausencia de ambivalencia, de tal manera que el menor considera que todo es bueno en un padre y todo es malo en el otro; 4. El «fenómeno del pensador independiente», que hace que el menor manifieste su autonomía en su actitud y afirme no haber sido influenciado por nadie; 5. Apoyo reflexivo al padre alienador en el conflicto parental; 6. Ausencia de culpabilidad por el odio que tiene hacia uno de sus progenitores; 7. La presencia de escenarios prestados, de tal manera que el menor cuenta hechos que no han sido vividos por él y utiliza expresiones que no son propias de su edad; y 8. Extensión del odio hacia la familia y los amigos del progenitor alienado —vid. ESCUDERO NAFS, Antonio, AGUILAR REDORIA, Lola y DE LA CRUZ LEIVA, Julia, "La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP)...", cit., pp. 287-288; y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., pp. 69-70—.

¹⁴⁵² Vid. VALLEJO AYALA, Lourdes L., "Efectos de la alienación parental...", cit., p. 95.

¹⁴⁵³ Vid. GAFFAL, Margit, "Parental Alienation...", cit., p. 10.

¹⁴⁵⁴ Vid. TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El síndrome de alienación parental...*, cit., p. 23.

¹⁴⁵⁵ Vid. GARDNER, Richard A., "Recent Trends...", cit., p. 3.

¹⁴⁵⁶ Cuando padecen ansiedad por separación, los menores muestran malestar al encontrarse separados de su hogar o lejos de las personas con las que tienen mayor vinculación, pero, a diferencia de lo que ocurre en la alienación parental, las emociones de odio o desagrado no se deben a la presencia de uno de sus progenitores —vid. AGUILAR CUENCA, José Manuel, *S.A.P...*, cit., pp. 63 y 65—.

Obviamente, hay supuestos en los que el rechazo del menor contra uno de los progenitores está justificado, en cuyo caso no cabe hablar de alienación parental¹⁴⁵⁸. Ello ocurre por ejemplo cuando ha presenciado situaciones de violencia de género¹⁴⁵⁹ o ha sufrido violencia o abusos sexuales por parte de uno de sus progenitores¹⁴⁶⁰. Aunque esta es una cuestión que también hay que valorar con especial cautela, ya que en ocasiones la manipulación del progenitor alienador llega al extremo de hacer creer al menor que ha sido objeto de abusos sexuales cuando en realidad no es cierto¹⁴⁶¹, lo que puede dar lugar al conocido como Síndrome de la Falsa Memoria –S.F.M.–, caracterizado por «la creencia persistente en el hijo de que ha sido objeto de abuso sexual en la infancia, lo que no ha sucedido realmente, incluyendo elementos absurdos o imposibles, así como que algunos miembros cercanos de la familia facilitaron dicho abuso(...).»¹⁴⁶².

La ley no recoge ningún tipo de solución a la alienación parental –de hecho ni siquiera la menciona¹⁴⁶³–, por lo que ha sido nuestra jurisprudencia y doctrina las que han propuesto diversas soluciones.

Con carácter preventivo, algún autor ha puesto de manifiesto que el establecimiento de un régimen de custodia compartida puede reducir el riesgo

¹⁴⁵⁷ La principal diferencia entre la alienación parental y el denominado «lavado de cerebro» es que en este último supuesto la manipulación que lleva a cabo uno de los padres no llega a provocar un cambio en la conducta o actitudes del menor hacia el otro progenitor –*vid.* AGUILAR CUENCA, José Manuel, *S.A.P...*, cit., p. 68–.

¹⁴⁵⁸ *Vid.* AGUILAR CUENCA, José Manuel, *S.A.P...*, cit., p. 67; y OROPEZA ORTÍZ, José Luis, "Síndrome de Alienación Parental...", cit., p. 1.

¹⁴⁵⁹ *Vid.* PAZ RODRÍGUEZ, Juan Ignacio, "La prueba...", cit., p. 8.

¹⁴⁶⁰ *Vid.* GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 62; y SAN SEGUNDO MANUEL, Rosa, "Maltrato y separación...", cit., p. 162.

¹⁴⁶¹ *Vid.* GARDNER, Richard A., "Recent Trends...", cit., p. 6.

¹⁴⁶² *Vid.* VALLEJO ORELLANA, Reyes, SÁNCHEZ-BARRANCO, Fernando y SÁNCHEZ-BARRANCO, Pablo, "Separación o divorcio...", cit., p. 104.

¹⁴⁶³ La ausencia de regulación de este fenómeno es una constante también en el Derecho comparado, no existiendo apenas ninguna norma que lo contemple. Un caso especial lo constituye el Derecho brasileño, que dispone de una ley específicamente creada para regular el SAP: Ley Ordinaria nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.

de alienación parental¹⁴⁶⁴, ya que al mantener ambos padres un contacto semejante con el menor, es más complicado que alguno de ellos pueda programarlo y predisponerlo en contra del otro.

En aquellos casos en los que el menor ya ha padecido manipulación, se han propuesto diferentes medidas en el ámbito civil y penal:

En el marco del Derecho civil, la consecuencia más habitual —y que la doctrina mayoritaria considera acertada¹⁴⁶⁵— cuando se detecta la presencia de alienación parental en un menor es otorgar la guarda y custodia al progenitor alienado para que pueda recuperar la relación con sus hijos, bien atribuyéndosela en el seno del procedimiento de separación o divorcio¹⁴⁶⁶ o bien mediante la correspondiente modificación de medidas en el caso de que el progenitor alienador ya viniera ejerciendo la guarda y custodia¹⁴⁶⁷. Esto último es lo más frecuente en la práctica, ya que el progenitor custodio tiene mayor facilidad para poder manipular al menor, pues pasa mucho más tiempo con él. En estos casos, con el objeto de que el menor no experimente cambios demasiado drásticos, puede resultar necesario ir ampliando progresivamente el régimen de visitas del progenitor alienado antes de proceder a atribuirle el ejercicio de la guarda y custodia¹⁴⁶⁸; o, en los casos en los que la relación esté muy deteriorada, puede ser conveniente que en un primer momento las

¹⁴⁶⁴ Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 675; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 61; y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales...", cit., p. 1440.

¹⁴⁶⁵ Vid. GARDNER, Richard A., "Recent Trends...", cit., p. 7; DE LOS RÍOS GONZÁLEZ, Mercedes, "Cambio de guarda y custodia...", cit., p. 307; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 302; y CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 80.

¹⁴⁶⁶ Vid. SAP de Murcia de 23 de abril de 2002, SAP de Asturias de 29 de septiembre de 2005, SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2007, SAP de Baleares de 7 de febrero de 2008 y SAP de Sevilla de 24 de octubre de 2008.

¹⁴⁶⁷ Vid. SAP de Valencia de 17 de junio de 2003, SAP de Zaragoza de 24 de mayo de 2004, SAP de Asturias de 10 de febrero de 2006, SAP de Barcelona de 13 de abril de 2010, SAP de Madrid de 6 de mayo de 2010, SAP de Málaga de 22 de julio de 2010 y SAP de Asturias de 8 de abril de 2011.

¹⁴⁶⁸ Vid. AGUILAR CUENCA, José Manuel, *S.A.P...*, cit., p. 143; y GAFFAL, Margit, "Parental Alienation...", cit., p. 18.

reuniones entre el menor y el progenitor alienado tengan lugar en los denominados Puntos de Encuentro Familiar¹⁴⁶⁹.

En algún caso, se ha llegado a privar de la patria potestad al progenitor alienador¹⁴⁷⁰, algo que no ha de extrañarnos, pues no cabe duda de que la manipulación de los hijos menores hasta el punto de provocarles alienación parental puede ser interpretada como un incumplimiento de los deberes inherentes a dicha institución.

Cabe pensar también en la posibilidad de que el progenitor alienado exija una indemnización por los daños morales que haya podido sufrir como consecuencia de la campaña de desprestigio iniciada por el otro progenitor y el consiguiente alejamiento de su hijo menor¹⁴⁷¹. La vía adecuada para ello sería el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 de nuestro Código Civil.

En el ámbito penal, la conducta del progenitor alienador podría sancionarse con base en el artículo 173.2 del Código Penal, que castiga con pena de prisión de seis meses a tres años a quien ejerza habitualmente violencia psíquica sobre un hijo —ya hemos visto que hay quien considera que la alienación parental puede constituir una forma de maltrato psíquico sobre el menor— ¹⁴⁷². Además, como pena accesoria, prevé también la posible inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de uno a cinco años¹⁴⁷³. Por otro lado, si el alienador induce al menor a incumplir el

¹⁴⁶⁹ Vid. RODRÍGUEZ ARREDONDO, M^a Paz, "Padres de primera y segunda categoría...", cit., p. 224.

¹⁴⁷⁰ Vid. SAP de Asturias de 8 de abril de 2011.

¹⁴⁷¹ Vid. SERRANO CASTRO, Francisco, "Examen de las causas, consecuencias y soluciones de las interferencias parentales...", cit., p. 121.

¹⁴⁷² Cabría pensar también en la aplicación del art. 147 CP —que protege el deterioro de la salud mental— o del art. 153 CP —referido a los delitos de malos tratos en el ámbito familiar—. No obstante, considero que ambos preceptos deben descartarse, pues están pensados para hechos puntuales, y la alienación parental se caracteriza precisamente por el carácter persistente del maltrato psíquico sobre el menor —vid. en este sentido: COLUMNA HERRERA, Luis Miguel, "Interferencias parentales...", cit., p. 107—.

¹⁴⁷³ A tenor de lo dispuesto en el art. 46 CP, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad priva al penado de los derechos inherentes a la misma, pero no conlleva su extinción. Ello

régimen de guarda y custodia acordado, también cabría la aplicación del artículo 224.2 del Código Penal, que sanciona esta conducta con una pena de prisión de tres meses a dos años.

Con carácter accesorio a las medidas legales que he mencionado, puede resultar conveniente que las partes acudan a mediación familiar para tratar de suavizar la situación¹⁴⁷⁴. Además, en los casos más graves, puede resultar necesario que el menor acuda a terapia¹⁴⁷⁵ o incluso que deba ser internado temporalmente en un centro¹⁴⁷⁶ –aunque considero que esta última medida debe reservarse para casos de extrema gravedad–. Así mismo, en algunos supuestos puede resultar conveniente que el progenitor alienador también se someta a algún tipo de tratamiento o acuda a terapia, ya que no es descartable que padezca algún trastorno psíquico o patológico¹⁴⁷⁷, lo que explicaría su conducta.

Independientemente de las soluciones por la que se opte, lo que sí resulta necesario en todo caso es que se actúe con cierta rapidez, pues si la relación con el progenitor alienado está muy deteriorada la solución será mucho más difícil¹⁴⁷⁸.

En definitiva, con independencia de su reconocimiento como enfermedad, la alienación parental es un fenómeno que está presente en muchas situaciones de crisis familiar y que puede provocar importantes

supone una importante diferencia respecto a la privación de la patria potestad, que como sabemos, implica también la pérdida de la titularidad.

¹⁴⁷⁴ Vid. AGUILAR CUENCA, José Manuel, *S.A.P...*, cit., pp. 141 y 151; y GÓMEZ MAGAN, Pilar, "Síndrome de Alienación Parental...", cit., p. 72.

¹⁴⁷⁵ Vid. GARDNER, Richard A., "Recent Trends...", cit., p. 7; y GAFFAL, Margit, "Parental Alienation...", cit., p. 11.

¹⁴⁷⁶ Ésta es la solución a la que llega la SAP de Almería de 13 de mayo de 2009: «detectado un caso de alienación parental por parte de la madre(...) se acuerda el ingreso de la menor en un centro de acogida por un plazo de tres meses con la finalidad de que reciba la terapia y el control adecuado por parte de los profesionales del Centro(...)».

¹⁴⁷⁷ Vid. GÓMEZ MAGAN, Pilar, "Síndrome de Alienación Parental...", cit., pp. 69 y 72; y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 85.

¹⁴⁷⁸ Vid. TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El síndrome de alienación parental...*, cit., pp. 24-25; y GAFFAL, Margit, "Parental Alienation...", cit., p. 10.

perjuicios psíquicos en el menor. Cuando se detecta, resulta fundamental actuar con rapidez y, al respecto, la atribución del régimen de guarda y custodia al progenitor alienado se erige como uno de los remedios más eficaces, que a su vez puede complementarse con la adopción de otras medidas tanto en el ámbito civil como en el penal.

b) Posibles riesgos para la formación del menor

El principal riesgo para la formación del menor deriva de la disparidad de criterios educativos entre los progenitores –de disciplina, permisividad, etc.¹⁴⁷⁹—. Y es que, aunque en puridad se trata de una cuestión que se encuadra dentro del ejercicio de la patria potestad, también cobra especial importancia en la determinación del régimen de guarda y custodia. En este sentido, jurisprudencia¹⁴⁸⁰ y doctrina¹⁴⁸¹ coinciden en señalar que resulta necesaria una cierta semejanza entre los criterios educativos de ambos progenitores para que proceda el establecimiento del régimen de custodia compartida. Tanto es así, que en la práctica constituye en muchos casos un elemento determinante para acordar el régimen de custodia compartida¹⁴⁸² –cuando los criterios educativos

¹⁴⁷⁹ Vid. LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel, "Interés superior del menor y custodia...", cit., p. 41.

¹⁴⁸⁰ Vid. SAP de Madrid de 23 de mayo del 2000, SAP de Álava de 20 de junio de 2002, SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002, SAP de Asturias de 10 de diciembre de 2003, SAP de Girona de 27 de enero de 2004, SAP de Barcelona de 3 de marzo de 2004, SAP de Alicante de 21 de mayo de 2004, SAP de Valencia de 22 de julio de 2005, SAP de Barcelona de 12 de enero de 2006, SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2006, SAP de Asturias de 23 de octubre de 2006, SAP de Madrid de 14 de noviembre de 2006, SAP de Madrid de 16 de enero de 2006, SAP de Barcelona de 21 de diciembre de 2006, SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, SAP de Madrid de 26 de julio de 2007, SAP de Madrid de 16 de octubre de 2007, SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2008, SAP de León de 22 de febrero de 2008, SAP de Madrid de 11 de septiembre de 2008, SAP de Toledo de 29 de junio de 2010, SAP de Barcelona de 7 de octubre de 2010, SAP de Vizcaya de 18 de mayo de 2011, SAP de Valencia de 17 de diciembre de 2012 y SAP de Barcelona de 2 de abril de 2014.

¹⁴⁸¹ Vid. ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 64; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 301; ROMERO COLOMA, "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica...", cit., p. 1.559 y "Los inconvenientes...", cit., p. 5; DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 208; HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...", cit., p. 19; ESCUDERO GUTIÉRREZ, Isabel, "Una visión diferente...", cit., p. 88; y COSTAS RODAL, Lucía, "Custodia compartida...", cit., p. 162. Vid. también en este mismo sentido: Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

¹⁴⁸² Vid. SAP de Valencia de 22 de julio de 2005 y SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007.

son semejantes— o para denegarlos —cuando son divergentes—¹⁴⁸³. Aunque también encontramos algún supuesto en el que no se ha considerado determinante¹⁴⁸⁴.

En todo caso, considero, una vez más, que es un criterio que habrá que valorar con cierta flexibilidad. Y es que, incluso en las situaciones de normalidad familiar, es frecuente que existan algunas discrepancias en los estilos educativos de uno y otro progenitor¹⁴⁸⁵, por lo que parece excesivo exigir que tras la ruptura resulten homogéneos. Por ende, bastará con que exista una cierta similitud en los criterios educativos de los progenitores, o dicho de otra forma, que no resulten excesivamente dispares.

Por otro lado, tal y como ha puesto de manifiesto nuestra jurisprudencia¹⁴⁸⁶ y doctrina¹⁴⁸⁷, el hecho de que los progenitores mantengan un proyecto educativo común puede ayudar a paliar los inconvenientes derivados de la mala relación existente entre las partes — muy frecuente en las situaciones de ruptura matrimonial¹⁴⁸⁸ —.

I) Número de hijos

El último criterio que cabe mencionar es relativo al número de hijos con los que cuenta el matrimonio. Ha sido expresamente recogido por la Ley del País Vasco 7/2015 — art. 9.3 b)— y el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de

¹⁴⁸³ Vid. SAP de Barcelona de 21 de diciembre de 2006, SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2008, SAP de León de 22 de febrero de 2008, SAP de Toledo de 29 de junio de 2010, SAP de Vizcaya de 18 de mayo de 2011, SAP de Valencia de 17 de diciembre de 2012 y SAP de Barcelona de 2 de abril de 2014.

¹⁴⁸⁴ Vid. SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2005, SAP de Tarragona de 25 de septiembre de 2011, SAP de Huesca de 16 de marzo de 2012 y SAP de Murcia de 26 de junio de 2012.

¹⁴⁸⁵ Vid. PÉREZ GALVÁN, María, "Problemas prácticos...", cit., p. 2057; y DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 215.

¹⁴⁸⁶ Vid. SAP de Valencia de 22 de julio de 2005.

¹⁴⁸⁷ Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales...", pp. 99-100 y "Una visión crítica...", cit., p. 588; CLEMENTE DÍAZ, Miguel, *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia...*, cit., p. 92; y PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 157.

¹⁴⁸⁸ Vid. Epígrafe 3.2.E).a) del Capítulo IV.

la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducirlo también en nuestro Código Civil – art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que habría dado al nuevo art. 92 bis 4 Cc. –. Además, en algunas ocasiones nuestra jurisprudencia lo ha incluido entre los criterios de determinación del régimen de guarda y custodia¹⁴⁸⁹.

No obstante, a mi modo de ver, se trata de un criterio que plantea escasa relevancia práctica – como ya mantuve en un trabajo anterior¹⁴⁹⁰ –. Hay que tener en cuenta que tanto el Código Civil – art. 92.5 – como las leyes autonómicas¹⁴⁹¹ establecen la obligación de procurar no separar a los hermanos y, de acuerdo a ello, el número de hijos no debería ser determinante, ya que en todo caso se procurará atribuir la custodia de todos ellos al mismo progenitor.

¹⁴⁸⁹ *Vid.* SAP de Alicante de 3 de marzo de 2005 y SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006.

¹⁴⁹⁰ *Vid.* MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 9.

¹⁴⁹¹ *Vid.* art. 80.4 CDFA, art. 233-11.2 Cc.Cat., art. 3.7 de la Ley Foral navarra 3/2011 y arts. 9.7 y 11.6 Ley del País Vasco 7/2015.

CAPÍTULO V: INCIDENCIA DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA EN OTRAS MEDIDAS

El régimen de guarda y custodia que se adopte va a tener incidencia en el establecimiento de otras medidas colindantes en el proceso de separación o divorcio, especialmente en las tres siguientes: el régimen de visitas, la contribución de los progenitores al mantenimiento de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda familiar. Aunque en menor medida, también influye en el posible establecimiento de la compensación por desequilibrio económico prevista en el art. 97 Cc. —o de la indemnización equivalente prevista en el art. 98 Cc. para los supuestos de nulidad matrimonial¹⁴⁹²—. En este sentido, el ordinal cuarto de su primer párrafo se refiere a la dedicación futura a la familia como una de las circunstancias a las que debe atender el juez para la determinación de la cuantía de la compensación por desequilibrio económico¹⁴⁹³.

En este capítulo me voy a centrar en las tres primeras cuestiones¹⁴⁹⁴, que, como vamos a ir viendo, no están suficientemente reguladas en el Código Civil, especialmente en los supuestos de custodia compartida. Y es que, aunque la Ley 15/2005 introdujo en nuestro ordenamiento dicha figura, no previó la

¹⁴⁹² El art. 98 Cc. prevé que el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tiene derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal. En cuanto a la fijación de su cuantía, se remite a las circunstancias previstas en el art. 97 Cc.

¹⁴⁹³ Esta regla se recogía también en el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —art. 1.9 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado al art. 97 Cc.—. En términos semejantes se pronuncia también el Código del Derecho Foral de Aragón, que en su artículo 83.2 e) se refiere a las funciones familiares desempeñadas por los padres. El Código Civil de Cataluña ha ido más allá y en su artículo 233-15 c) incluye expresamente la forma en que se atribuye la guarda de los hijos comunes entre los factores a tener en cuenta para fijar la cuantía de la prestación compensatoria.

¹⁴⁹⁴ Puesto que la influencia en la compensación por desequilibrio económico es menos evidente y además, como hemos visto, no va más allá de ser uno de los elementos a tener en cuenta para la determinación de su cuantía —en caso de que se establezca—.

incidencia que puede tener en otros ámbitos, como el régimen de visitas, la atribución del uso de la vivienda familiar o el modo en el que se van sufragar los gastos de los menores. Por el contrario, todas las previsiones del Código al respecto parecen estar pensadas únicamente para los supuestos de custodia exclusiva.

No se trata de un tema baladí, especialmente en lo que se refiere a las medidas de carácter patrimonial, como lo son la contribución al mantenimiento de los menores y la atribución del uso de la vivienda familiar. No hay que perder de vista que, en muchos casos, la guarda y custodia de los hijos constituye la llave para conseguir la atribución de la vivienda familiar y recibir una pensión de alimentos¹⁴⁹⁵, y que, detrás de muchas peticiones de custodia compartida, se esconden intereses espurios, como contribuir lo menos posible al mantenimiento de los hijos o evitar la pérdida del uso de la vivienda familiar¹⁴⁹⁶.

1. RÉGIMEN DE VISITAS

1.1. Régimen de visitas de los progenitores

¹⁴⁹⁵ Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1448; y MOLINS GARCÍA-ATANCE, Emilio, "La regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar en el artículo 81 del Código de Derecho Foral de Aragón", *Actas de los vicesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2012, p. 329; y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, "Inconstitucionalidad del artículo 92.8 del Código Civil...", cit., p. 1655.

¹⁴⁹⁶ Vid. VIVAS TESÓN, Inmaculada, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit., p. 759; ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos pero no revueltos...", cit., p. 16; DURÁN AYAGO, Antonia, "Custodia...", cit., p. 18; CLARAMUNT BIELSA, M. Mercè, "Custodia compartida", cit., p. 3; ESCUDERO BERZAL, Beatriz, "Custodia compartida...", cit., p. 39; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "El ejercicio de la patria potestad en igualdad de condiciones...", cit., p. 477; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", cit., p. 173; ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares...", cit., p. 101; y VIOLA DEMESTRE, Isabel, "La custodia compartida...", cit., p. 308. Vid. también: SAP de Barcelona de 25 de julio de 2007, SAP de Baleares de 6 de abril de 2011, SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2011 y SAP de Málaga de 24 de mayo de 2012.

A) Cuestiones generales en torno al derecho de visitas de los progenitores

El cese de la convivencia de una pareja con hijos, con la consiguiente atribución de la guarda y custodia de los menores a uno de los padres —o a ambos de forma alterna—, exige determinar el modo en el que el progenitor que no conviva con el menor pueda relacionarse con él, pues es la forma de garantizar que queden cubiertas sus necesidades afectivas y educativas¹⁴⁹⁷. A este aspecto se le ha conocido tradicionalmente como derecho de visitas¹⁴⁹⁸ —posteriormente abordaré la cuestión terminológica—.

Su base legal se encuentra en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y en el Código Civil. La primera reconoce en su artículo 2.2 c) el derecho del menor a que se preserve el mantenimiento de sus relaciones familiares y, en cuanto al Código Civil, regula el derecho de visitas en sus artículos 160.1 —que recoge una enunciación general del derecho—, 161 —para los supuestos de acogimiento del menor—¹⁴⁹⁹, y 90.1 a), 94.1 y 103.1 —referidos específicamente a los efectos comunes a los procedimientos derivados de crisis matrimonial—. Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, es habitual establecer una suerte de relación de género a

¹⁴⁹⁷ *Vid.* DE LA TORRE LASO, Jesús, "Los puntos de encuentro familiar: un enfoque actual de intervención en situaciones de ruptura familiar", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 16, 2006, p. 68; DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 31; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Revisión conceptual del peritaje psicológico...", cit., p. 26; y ESCALONA LARA, José María, "La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC...", cit., p. 64. *Vid.* también: Auto de la AP de Tarragona de 21 de mayo de 2007.

¹⁴⁹⁸ Como hemos visto en el recorrido que hemos hecho por la evolución de las normas sobre guarda y custodia —*vid.* Epígrafe 2.2.A).a) del Capítulo II—, el derecho de visitas se introdujo en nuestro ordenamiento por vez primera con ocasión de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 —art. 20—; y, poco después, sería introducido en el Código Civil —art. 68 Cc.— a través de la reforma operada por la Ley de 24 de abril de 1958 también recogió este derecho —art. 3.3—.

¹⁴⁹⁹ Sobre el régimen de visitas del menor acogido *vid.* ampliamente: MARTÍNEZ CALVO, Javier, "La regulación de las visitas del menor acogido tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", en: *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* —dir. MAYOR DEL HOYO, María Victoria—, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 249-266.

especie entre dichos preceptos: mientras el artículo 160.1 contiene las reglas generales en cuya virtud el hijo tiene derecho a relacionarse con sus padres, los restantes aparecen más bien como una concreción del anterior¹⁵⁰⁰. Además, todos los ordenamientos autonómicos que han promulgado leyes sobre guarda y custodia se refieren también al derecho de visitas¹⁵⁰¹.

Se trata de un derecho tanto del menor como del progenitor que no convive con él¹⁵⁰², y su reconocimiento supone una concreción de los principios de coparentalidad y corresponsabilidad parental —ya analizados¹⁵⁰³—. De hecho, constituye un presupuesto imprescindible para que el progenitor no conviviente con el menor pueda seguir cumpliendo las obligaciones inherentes a la patria potestad¹⁵⁰⁴ —y, en concreto, las que derivan del ámbito personal de la misma¹⁵⁰⁵—, cuya titularidad y ejercicio sigue manteniendo. Más aún, el menor tiene derecho a relacionarse incluso con aquel progenitor que no ejerce la

¹⁵⁰⁰ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. pp. 203-204.

¹⁵⁰¹ Vid. arts. 59 b), 60, 77.2 a), 79.2 a) y 80.1 CDFA, arts. 233-1.1 a), 233-4.1, 233-9.2 y 236-4.1 Cc.Cat., art. 3.6 Ley Foral navarra 3/2011 y arts. 5.2 a).3, 9.6 y 11 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: arts. 4.2 a) y 5.4 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁵⁰² El propio Tribunal Constitucional señala en su Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre, que se trata «de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos». Vid. también: BLANCO CARRASCO, María, "Los puntos de encuentro familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores", *Cuadernos de Trabajo Social*, Nº 21, 2008, p. 41; DE LA OLIVA VÁZQUEZ, Antonio, "Derechos y obligaciones del progenitor no custodio...", cit., p. 255; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia compartida y corresponsabilidad parental...", cit., p. 2035; ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 308; PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio...", cit., p. 356; y CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "Responsabilidad civil...", cit., p. 2;

¹⁵⁰³ Vid. Epígrafes 2.2.B).a) y 2.2.B).b) del Capítulo I.

¹⁵⁰⁴ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 8; ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 308; ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., pp. 118 y ss.

¹⁵⁰⁵ Ya hemos visto en el primer capítulo de esta obra que la patria potestad engloba tres grandes ámbitos: el personal, el de la administración de los bienes del menor y el relativo a su representación. Pues bien, el derecho de visitas permite que el progenitor que no conviva junto al menor pueda seguir cumpliendo las obligaciones inherentes al ámbito personal de la patria potestad, y en concreto: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

patria potestad – art. 160.1 Cc. –¹⁵⁰⁶, ya que el derecho de visitas no nace de la patria potestad, sino de la existencia de una relación de filiación¹⁵⁰⁷.

En realidad, aunque nos refiramos a él como un derecho, lo cierto es que también se configura un deber¹⁵⁰⁸. Además, se trata de un deber de carácter personalísimo, inalienable e imprescriptible¹⁵⁰⁹. También constituye un correlativo deber para el progenitor que convive junto al menor¹⁵¹⁰, que está obligado a permitir –e incluso facilitar¹⁵¹¹– el correcto desarrollo del mismo¹⁵¹².

El hecho de que nos encontremos también ante un deber hace que su inobservancia acarree consecuencias jurídicas. Tanto es así, que el incumplimiento del régimen de visitas por parte de cualquiera de los progenitores puede dar lugar a la modificación tanto del régimen de guarda y custodia como del propio régimen de visitas –art. 776.3 Lec.–. En cuanto al

¹⁵⁰⁶ La misma previsión recoge el Código del Derecho Foral de Aragón en su artículo 59 b) y el Código Civil de Cataluña en su artículo 236-4.1.

¹⁵⁰⁷ Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., p. 90.

¹⁵⁰⁸ Vid. SAP de Cantabria de 3 de marzo del 2000, SAP de Sevilla de 12 de diciembre de 2005, SAP de Alicante de 11 de abril de 2006, Auto de la AP de Tarragona de 21 de mayo de 2007 y SAP de 19 de noviembre de 2010. Vid. también: ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia...*, cit., p. 87; DE MARINO BORREGÓ, Rubén, "Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna...", cit., p. 254; ROGEL VIDE, Carlos, "En torno a la custodia compartida...", cit., p. 78; PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio...", cit., p. 356; DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 31; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 74; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Revisión conceptual del peritaje psicológico...", cit., p. 26; CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "Responsabilidad civil derivada de la obstaculización de las relaciones paterno filiales", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 8, 2015, p. 2; y ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., pp. 60 y 77 y ss.

¹⁵⁰⁹ Vid. ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia...*, cit., p. 87; DE MARINO BORREGÓ, Rubén, "Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna...", cit., p. 254; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "El régimen de visitas...", cit., p. 86; y ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., pp. 74 y ss.

¹⁵¹⁰ Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., p. 147.

¹⁵¹¹ Vid. MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M^a Lourdes, "Estudio sobre la obstaculización...", cit., p. 49.

¹⁵¹² El artículo 60.2 del Código del Derecho Foral de Aragón señala expresamente que ninguno de los progenitores puede impedir el derecho del menor a relacionarse con el otro.

progenitor que es beneficiario del derecho de visitas, sus incumplimientos derivarán principalmente de la dejación de sus obligaciones —ej. no acudir a recoger al menor para el desarrollo de las visitas, no comunicarse con él por teléfono u otros medios, etc.— Respecto al progenitor que debe permitir las relaciones del menor con su excónyuge, como es obvio, incumplirá con sus obligaciones cuando impida dichas relaciones —ej. no permitir que el menor se vaya con él durante los periodos establecidos, obstaculización de las llamadas telefónicas o de las comunicaciones por carta, etc.—.

En otro orden de cosas, cabe señalar que las visitas no constituyen un derecho de carácter absoluto, ya que puede ser excluido, limitado o suspendido por el juez cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen o cuando se incumplan grave o reiteradamente los deberes impuestos por éste —art. 94.1 Cc.—¹⁵¹³. En los casos más graves, el juez puede prohibir a cualquiera de los progenitores que se aproxime al menor y a su domicilio o centro educativo — art. 158.4 Cc.— o incluso que establezca contacto con él por escrito de forma verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático —art. 158.5 Cc.—. Además, el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, prevé de forma específica la posible suspensión del derecho de visitas cuando el progenitor al que le corresponde su ejercicio resulte inculpa-do por violencia de género¹⁵¹⁴. No obstante, esta última no se configura como una regla taxativa, toda vez que el propio artículo 66 LOPIVG admite que se excepcione

¹⁵¹³ La misma previsión recoge el Código del Derecho Foral de Aragón en su artículo 60.3, el Código Civil de Cataluña en su artículo 236-5.1 y la Ley del País Vasco 7/2015 en su artículo 11.2.

¹⁵¹⁴ La Ley del País Vasco 7/2015 se refiere expresamente a los supuestos en los que un progenitor haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos. En su artículo 11.3 establece que, con carácter general, no procederá el establecimiento de un régimen de visitas en favor del progenitor condenado por dichas conductas. También el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia preveía la exclusión del régimen de visitas en los supuestos de violencia de género —art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado al nuevo art. 92 bis.5 Cc.—.

cuando el juez lo considere oportuno¹⁵¹⁵. De hecho, es posible encontrar en nuestra jurisprudencia pronunciamientos en los que se establece un régimen de visitas en favor del inculpado por violencia de género¹⁵¹⁶. En estos casos, parece que será necesaria, al menos, la supervisión de las visitas por parte de los servicios sociales o de los profesionales que presten sus servicios en los denominados Puntos de Encuentro Familiar —cuando se estime conveniente que las visitas se desarrollen en estos espacios—¹⁵¹⁷. Por último, aunque la norma no lo diga expresamente, cabe entender que la exclusión, limitación o suspensión del derecho de visitas tendrá en todo caso carácter temporal, descartándose la posibilidad de suprimirlo de forma definitiva¹⁵¹⁸. Y es que, las propias exigencias del Derecho natural hacen que no sea deseable excluir de forma perpetua las relaciones entre el menor y uno de sus progenitores, salvo casos excepcionales —ej. adopción—.

Centrándome ya en el concepto de visitas, la Real Academia Española de la Lengua lo define como «ir a ver a alguien en su casa por cortesía, atención, amistad o cualquier otro motivo». No obstante, cuando usamos el término visitas en este contexto lo hacemos en un sentido mucho más amplio, pues debe abarcar el conjunto de facultades que posibiliten el mantenimiento de la relación entre el menor y el progenitor que no se encuentra en su compañía tras

¹⁵¹⁵ La misma regla prevé la Ley del País Vasco 7/2015, que, pese a que hemos visto que con carácter general excluye las visitas en los supuestos de violencia de género, en su artículo 11.4 faculta al juez para que se aparte de dicha regla cuando lo considere conveniente para la protección del interés superior del menor. Una vez más, dicha posibilidad fue prevista también por el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado al nuevo art. 92 bis.5 Cc.—.

¹⁵¹⁶ *Vid.* SAP de Madrid de 4 de octubre de 2004, SAP de Girona de 6 de marzo de 2006 y SAP de Madrid de 30 de septiembre de 2011.

¹⁵¹⁷ Esta posibilidad ha sido prevista expresamente por el Código Civil de Cataluña —art. 233-13.2 y Disposición adicional séptima—.

¹⁵¹⁸ *Vid.* BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra, "Derecho de visita de los abuelos", *Actualidad civil*, Nº 5, 2014, pp. 551-552.

la ruptura matrimonial¹⁵¹⁹; o incluso el restablecimiento de la misma, en el caso de que la quiebra de la convivencia familiar la haya interrumpido¹⁵²⁰.

Nuestro Código Civil no recoge un concepto de derecho de visitas. Sí lo hace, empero, el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, que en su artículo segundo lo define como «*el derecho a trasladar a un menor a un lugar distinto de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado*».

Aunque la definición propuesta por el Derecho comunitario extiende el contenido de este derecho más allá de la mera visita, continúa quedándose corta, pues no refleja todos los aspectos que engloba en realidad¹⁵²¹. Y es que, se considera que el derecho de visitas comprende tres aspectos: las visitas propiamente dichas, la comunicación y la estancia¹⁵²². En cuanto a las visitas, ya hemos visto que, en sentido estricto, consisten en ir a ver a alguien al lugar donde se encuentre. La comunicación se refiere a la posibilidad de que exista una relación continua entre el menor y el progenitor no conviviente, más allá de los periodos en los que permanezcan juntos. Dicha comunicación puede llevarse a cabo a través de diferentes medios: teléfono, correo –electrónico o postal–, etc.¹⁵²³. Por último, la estancia se identifica con los periodos de tiempo que los menores pasan en compañía del progenitor con el que no conviven¹⁵²⁴.

¹⁵¹⁹ Vid. ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 302.

¹⁵²⁰ Vid. SAP de 19 de noviembre de 2010.

¹⁵²¹ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 595.

¹⁵²² Vid. SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación...", cit., p. 151; SORIANO IBÁÑEZ, Benito, "Los procesos de familia...", cit., p. 26; RODRÍGUEZ ESCUDERO, M^a de las Victorias, "La responsabilidad parental...", cit., p. 2900; y ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., p. 59.

¹⁵²³ Vid. ROGEL VIDE, Carlos, "En torno a la custodia compartida...", cit., p. 78; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación...", cit., p. 151 y "El régimen de visitas...", cit., p. 85; SORIANO IBÁÑEZ, Benito, "Los procesos de familia...", cit., p. 26; y AGUILERA RODERO, Juan, "El progenitor no custodio...", cit., p. 1051.

¹⁵²⁴ Vid. ROGEL VIDE, Carlos, "En torno a la custodia compartida...", cit., p. 79.

Como hemos visto en el primer capítulo de esta obra, en realidad el contenido del derecho de visitas es muy similar al de la guarda y custodia. No en vano, el titular del derecho de visitas habrá de cuidar al menor en todas sus facetas: educación, salud, higiene, vestido, vigilancia, etc.¹⁵²⁵.

Por otro lado, el hecho de que en la práctica el derecho de visitas tenga un contenido que trascienda de la simple visita, ha provocado que sean muchas las voces que abogan por la supresión del término “visitas” y su sustitución por otras expresiones, como “relación”¹⁵²⁶, “tiempo de permanencia con los hijos”¹⁵²⁷ o “comunicación y estancia”¹⁵²⁸. De hecho, aunque el término visitas todavía se recoge en el artículo 94.1 del Código Civil, el legislador lo ha suprimido del artículo 90.1 a), que actualmente habla del «régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que habitualmente no viva con ellos»¹⁵²⁹, y del artículo 103.1, que se refiere al «tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía». También el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia abogaba por la sustitución del término visitas. En su Exposición de Motivos señalaba que «este término se queda corto y obsoleto» y en su artículo 1.4 preveía sustituirlo por la expresión «régimen de estancia, relación y comunicación»¹⁵³⁰. Además, los ordenamientos autonómicos

¹⁵²⁵ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 595.

¹⁵²⁶ Vid. COLÁS ESCANDÓN, Ana M^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, cit., p. 39; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Estado actual de la guarda y custodia...", cit., p. 2052; RODRÍGUEZ ESCUDERO, M^a de las Victorias, "La responsabilidad parental...", cit., p. 2900; ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., p. 60; y CAMPUZANO TORNÉ, Herminia, "La responsabilidad parental y su ejercicio...", cit., p. 21.

¹⁵²⁷ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La guarda y custodia compartida (alterna)...", cit., p. 65.

¹⁵²⁸ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 8; PÉREZ GALVÁN, María, "Problemas prácticos...", cit., p. 2055; y CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 95.

¹⁵²⁹ El artículo 90.1 a) Cc., que antes se refería a la determinación en el convenio regulador del «régimen de visitas, comunicación y estancia con el progenitor que no viva con ellos», ha eliminado la expresión régimen de visitas y ahora habla de «el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos».

¹⁵³⁰ Vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al nuevo art. 92 bis.2 Cc.

también comienzan a prescindir del término visitas, usando otras expresiones como “relación”¹⁵³¹ o “estancias”¹⁵³² –aunque a veces siguen hablando de “visitas”¹⁵³³ –.

No obstante lo anterior, dado que continúa sin existir una expresión uniforme para designar este derecho, mantendré la utilización del término visitas, pues sigue estando presente en parte de nuestra normativa y además es el que ha venido utilizando nuestro Derecho. Cabe recordar, empero, que lo utilizaré en un sentido amplio, incluyendo en él todas las formas de relación que pueden darse entre el menor y el progenitor con el que no convive.

B) Establecimiento del régimen de visitas

Respecto al establecimiento del régimen de visitas, dependerá, en primer término, de si el procedimiento se dirime por la vía del mutuo acuerdo o de forma contenciosa:

a) Procedimiento de mutuo acuerdo

En los supuestos de mutuo acuerdo, el régimen de visitas será fijado por los propios cónyuges en el convenio regulador. No en vano, el artículo 90.1 a) del Código Civil exige que dentro del contenido mínimo del convenio regulador se recoja «*el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos*». Los ordenamientos autonómicos que han previsto el contenido mínimo del convenio regulador también exigen que se incluya dentro del mismo el régimen de visitas entre el menor y el progenitor no conviviente¹⁵³⁴ –o bien en los planes de ejercicio conjunto de la

¹⁵³¹ Vid. art. 77.2 a) CDFA, art. 233-1.1 a), 233-9.2 d) y 234-4.1 Cc.Cat. y arts. 5.2 a).3, 11.3, 11.4 y 11.6 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: arts. 4.2 a) y 5.7 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁵³² Vid. art. 233-9.2 e) Cc.Cat. y arts. 5.2 a).3, 9.6, 11.3, 11.4 y 11.6 Ley del País Vasco 7/2015.

¹⁵³³ Vid. art. 80.1 CDFA, art. 3.6 Ley Foral navarra 3/2011 y arts. 9.6 y 11.1 Ley del País Vasco 7/2015.

¹⁵³⁴ Vid. art. 77.2 a) CDFA y art. 5.2 a).3 Ley del País Vasco 7/2015.

patria potestad, si se trata de uno de los territorios en los que existe dicha figura¹⁵³⁵—.

Parece que con estas previsiones, los legisladores —estatal y autonómico— están pensando únicamente en supuestos en los que se establezca un régimen de guarda y custodia exclusiva; y olvidan que también puede ser necesario fijar un régimen de visitas en los supuestos en los que se fija un régimen de custodia compartida. Es cierto que cuando los periodos de alternancia son cortos, no siempre resultará necesario establecer un régimen de visitas, pero sí en el resto de casos. A modo de ejemplo, la extensión temporal a partir de la cual resulta recomendable establecer un régimen de visitas podría situarse en torno a los quince días¹⁵³⁶. Por debajo de dicha duración no se considera necesario, ya que la relación entre el menor y sus progenitores ya queda garantizada por el propio régimen de custodia compartida, lo que no significa que los progenitores no puedan establecerlo si así lo desean.

Por tanto, lo que cabe interpretar en realidad es que las partes sólo están obligadas a incluir un régimen de visitas en el convenio regulador cuando resulte imprescindible su establecimiento; y, en el resto de supuestos, bastará con que justifiquen las razones por las que no lo estiman necesario. En cualquier caso, el juez, en el momento de la aprobación del convenio, deberá comprobar que la decisión adoptada por las partes respecto al régimen de visitas se adecúe al interés superior del menor. En caso contrario, podrá compelerles para que introduzcan los cambios necesarios dentro del plazo de subsanación de diez días previsto en el artículo 777.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b) Determinación judicial de las visitas

¹⁵³⁵ El Código Civil de Cataluña lo incluye dentro del contenido mínimo que debe reunir el plan de parentalidad —art. 233-9.2 d) y e)— y la anulada Ley valenciana 5/2011 en el del pacto de convivencia familiar —art. 4.2 a)—.

¹⁵³⁶ *Vid.* LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., pp. 300-301; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La guarda y custodia compartida (alterna)...", cit., p. 65; y CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores...", cit., p. 1753.

Cuando no existe acuerdo entre las partes, el régimen de visitas será fijado por el juez, primero como medida provisional –art. 103.1 Cc.– y posteriormente como definitiva, en la sentencia por la que declare la separación o el divorcio de los cónyuges –art. 94.1 Cc.–. Lo mismo se prevé en los ordenamientos autonómicos¹⁵³⁷.

Una vez más, su posible establecimiento dependerá en primer lugar del régimen de guarda y custodia que se haya adoptado, pues como ya he mencionado también para el mutuo acuerdo, habrá supuestos de custodia compartida en los que, por la corta extensión de los periodos de alternancia, no siempre resulte necesario fijar un régimen de visitas.

En los supuestos en los que se fija el régimen de guarda y custodia exclusiva, no cabe duda de que, con carácter general, es necesario que el juez fije un régimen de visitas en favor del progenitor no custodio¹⁵³⁸. De hecho, su carácter preceptivo se desprende tanto del Código Civil –art. 94.1– como de todas las normas autonómicas¹⁵³⁹, y sólo se excepciona en el caso de que concurra alguna circunstancia que lo desaconseje o se incumplan grave y reiteradamente los deberes impuestos por el juez¹⁵⁴⁰ –tal y como hemos visto unas líneas más arriba–. Además, en aquellos casos en los que las estancias con el no custodio son muy amplias¹⁵⁴¹, cabe establecer incluso un régimen de

¹⁵³⁷ Vid. art. 80.1 CDFA, arts. 233-1.1 a) y 233-4.1 Cc.Cat. —en sede de medidas provisionales y definitivas, respectivamente—, art. 3.6 Ley Foral navarra 3/2011 y arts. 9.6 y 11.2 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 5.4 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁵³⁸ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Comentarios al primer párrafo y al apartado a) del artículo 90...", cit., p. 105; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 78; ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., p. 59.

¹⁵³⁹ Vid. art. 80.1 CDFA, art. 233-1.1 a), art. 3.6 Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.6 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 5.4 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁵⁴⁰ Vid. art. 94.1 Cc., art. 60.3 CDFA, art. 236-5.1 Cc.Cat. y art. 11.2 Ley del País Vasco 7/2015.

¹⁵⁴¹ Ya hemos visto en el capítulo anterior que cuando las visitas en favor del progenitor no custodio son muy amplias pueden plantearse problemas para diferenciar el régimen de custodia exclusiva y el de custodia compartida. No obstante, también hemos visto que para hablar de custodia compartida es necesario que los menores estén en compañía de cada progenitor al menos un 40%-45% del tiempo. Por tanto, pueden darse supuestos en los que el menor pase largos periodos junto al progenitor no custodio —ej. un 30% del tiempo— y que el régimen todavía pueda ser calificado como custodia exclusiva.

visitas en favor del progenitor custodio, una posibilidad a la que se le ha dado la denominación de “contravisita”¹⁵⁴².

Respecto a los supuestos de custodia compartida, nuestro Código Civil no dice nada acerca de la posibilidad de establecer un régimen de visitas. Sí lo hacía, en cambio, el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que en su artículo 1.4 –en la redacción que pretendía dar al nuevo art. 92 bis– se refería al «régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con cada uno».

Tampoco los ordenamientos autonómicos se han preocupado de recoger regla alguna. Las únicas normas de las que parece extraerse implícitamente la posibilidad de fijar un régimen de visitas en el régimen de custodia compartida son el Código Civil de Cataluña, que en su artículo 233-9 d) se refiere al «régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él» y la Ley del País Vasco 7/2015, que en su artículo 5.2 a).3 habla de «el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente».

El hecho de que ni el Código Civil ni la mayoría de leyes autonómicas hayan previsto expresamente la posibilidad de establecer judicialmente un régimen de visitas en los supuestos de custodia compartida no quiere decir que no pueda fijarse. De hecho, tanto jurisprudencia¹⁵⁴³ como doctrina¹⁵⁴⁴ coinciden

¹⁵⁴² Vid. ROGEL VIDE, Carlos, "En torno a la custodia compartida...", cit., p. 79; y ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., p. 151.

¹⁵⁴³ Vid. STS de 2 de julio de 2014 y STS de 14 de octubre de 2015. Vid. también: STSJ de Aragón de 15 de diciembre de 2011, STSJ de Aragón de 15 de noviembre de 2013, SAP de Valencia de 22 de abril de 1999, SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002, SAP de Córdoba de 1 de marzo de 2004, SAP de Las Palmas de 15 de abril de 2004, SAP de Valencia de 1 de marzo de 2006, SAP de Gijón de 13 de junio de 2006, SAP de Castellón de 23 de octubre de 2006, SAP de Barcelona de 1 de octubre de 2007, SAP de Girona de 13 de octubre de 2009, SAP de Sevilla de 8 de abril de 2011, SAP de Cádiz de 10 enero de 2018 y SAP de Asturias de 25 enero de 2018.

¹⁵⁴⁴ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Comentarios al primer párrafo y al apartado a) del artículo 90...", cit., p. 105, "Comentarios del nuevo artículo 92...", cit., p. 153 y "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 9; RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida: génesis...", cit., p. 147; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., pp. 300-301; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel,

en la conveniencia de establecer un régimen de visitas en favor del progenitor que no conviva con el menor en cada momento cuando los periodos de alternancia sean muy amplios. Como ya he mencionado al referirme a los supuestos de mutuo acuerdo, la extensión temporal a partir de la cual resulta recomendable establecer un régimen de visitas podría situarse en torno a los quince días.

En los casos de custodia compartida, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, las visitas se caracterizan por ser «intermedias, recíprocas y atenuadas»¹⁵⁴⁵: «intermedias, porque se establecen para los periodos en los que no tienen al menor en su compañía; recíprocas, porque deberían establecerse en favor de ambos progenitores; y atenuadas, porque no tienen por qué responder a los parámetros de fijación de las visitas habituales hasta ahora, ya que el mantenimiento de esa relación regular entre padres e hijos está garantizado primordialmente por la custodia compartida».

C) Configuración concreta del régimen de visitas

Guarda y custodia de los hijos menores..., cit., p. 366; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., pp. 484 y 535; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 95; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., pp. 148 y 163 y "Régimen común...", cit. p. 187; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, "Sentencia de 11 de marzo...", cit., p. 1843; MONTERROSO CASADO, Esther y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María "Análisis de la regulación legal de la custodia compartida...", cit., p. 29; ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 306; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida...", cit., p. 84 y "Valoración de la normativa catalana...", cit., p. 5; PARRA LUCÁN, M^a Ángeles y LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Relaciones...", cit., p. 182; FERRER ANDRÉS, Manuel, "Algunas ideas procesales y sustantivas...", cit., p. 368; GONZÁLEZ DE CHÁVEZ DE ARMAS, INÉS; PÉREZ SALAS, ANA; Y VELASCO GISBERT, M^a Luisa, *Análisis de los modelos de custodia...*, cit., p. 27; SUSO ARAICO, Anabel (dir.), "Análisis de los modelos de custodia...", cit., p. 27; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 38 y "Título II: De las relaciones...", cit., p. 198; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "Hijos menores, custodia compartida e individual...", cit., p. 324; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales...", cit., p. 1453; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La guarda y custodia compartida (alterna)...", cit., p. 65 y *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1058; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M^a Mercedes, "Atribución de la guarda y custodia del menor...", cit., p. 73; LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Ruptura convivencial y custodia...", cit., p. 135 y "El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores...", cit., p. 217; y SOLÉ RESINA, Judith, "La guarda y custodia...", cit., p. 92. También la propuesta de Código Civil presentada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil prevé en su artículo 219-9.1 la posibilidad de fijar un régimen de visitas en los supuestos de custodia compartida —*vid.* CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, "Capítulo IX: Los efectos de la nulidad, separación y divorcio", cit., p. 40—.

¹⁵⁴⁵ *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., pp. 148-149.

Atendiendo a la posible configuración concreta de las visitas, ACUÑA SAN MARTÍN distingue entre cuatro posibles regímenes: regímenes abiertos o flexibles, que «se caracterizan porque la ordenación general del sistema de vinculación entre padre e hijo no queda estrictamente detallada sino que es accesible a cambios o acomodaciones según las circunstancias o necesidades de uno o de ambos»; regímenes pormenorizados, que «son aquellos que contienen la ordenación de todos los aspectos relevantes de su ejercicio: periodos, duración, lugar, recogidas, entregas, gastos, información y anticipación de la misma, días, hora, duración y medios de llamadas o contactos virtuales, actividades o lugares prohibidos, etc., y no prevén la adecuación a cambios»; regímenes reglamentados o concretos, que son aquellos que presentan «la regulación de todos los aspectos importantes al ejercicio, sin ser un régimen cerrado, pues contiene opciones posibles o deja abierta la posibilidad de pactos de adecuación(...) pudiendo adaptarse a cambios según convenga a los progenitores»; y regímenes inconcretos, que se caracterizan «por ser vagos e imprecisos»¹⁵⁴⁶.

Los regímenes pormenorizados y los reglamentados o concretos no presentan problemas de admisibilidad y, de hecho, son los más habituales en la práctica. Por el contrario, a mi modo de ver, los regímenes inconcretos no resultan recomendables¹⁵⁴⁷, pues son susceptibles de provocar infinidad de problemas en el momento de ser concretados por los propios progenitores, especialmente cuando las relaciones entre ellos no son especialmente cordiales. Téngase en cuenta que si los padres no han sido capaces de ponerse de acuerdo acerca de la configuración del régimen de visitas y ha resultado necesario acudir al juez para que lo establezca, parece difícil que posteriormente puedan ir alcanzando los acuerdos necesarios para el correcto desenvolvimiento de un régimen que no haya sido previamente concretado. No obstante, hay un aspecto

¹⁵⁴⁶ Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., pp. 225-227.

¹⁵⁴⁷ Vid. en este mismo sentido: CASADO CASADO, Belén, "El derecho de visitas del menor...", cit., p. 89; y ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., p. 227.

dentro del régimen de visitas en el que considero que, con carácter general, no resulta necesario determinar de antemano el modo y frecuencia con la que ha de desarrollarse: el relativo a las comunicaciones telefónicas o por correo. Para este aspecto concreto del derecho de visitas, parece conveniente que sean las propias partes las que decidan la periodicidad y duración de los contactos, salvo que se produzcan problemas derivados de una conducta inadecuada de cualquiera de los progenitores —ej. uno de ellos trata de ponerse continuamente en contacto con el menor, o bien no lo hace nunca, o el progenitor que está junto al menor impide las comunicaciones, etc.—. Finalmente, en cuanto a los regímenes abiertos o flexibles, sí parece que pueden resultar admisibles¹⁵⁴⁸, e incluso convenientes cuando los hijos han alcanzado ya la etapa de la adolescencia y comienzan a producirse importantes cambios en sus hábitos¹⁵⁴⁹. Y es que, al establecer con carácter subsidiario un régimen mínimo de visitas¹⁵⁵⁰, permiten mitigar los problemas que acarrear los regímenes inconcretos.

Respecto a la duración y periodicidad de las visitas, en los casos de mutuo acuerdo no se plantea en principio ningún problema, ya que serán las propias partes las que lo decidan en el marco del acuerdo al que lleguen. Ello sin perjuicio del control judicial por el que debe pasar dicho acuerdo para comprobar que no resulta dañoso para los hijos ni gravemente perjudicial para ninguno de los progenitores.

¹⁵⁴⁸ Vid. CASADO CASADO, Belén, "El derecho de visitas del menor...", cit., p. 89; ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., p. 227; y CAMPUZANO TORNÉ, Herminia, "La responsabilidad parental y su ejercicio...", cit., p. 24.

¹⁵⁴⁹ Vid. GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Menores...", cit., p. 999.

¹⁵⁵⁰ Este es el caso de la SAP de Sevilla de 8 de abril de 2011, que, en un supuesto de custodia compartida con reparto de tiempo trimestral, tras señalar que la periodicidad y duración de las visitas tendrá carácter flexible, estableció que «subsidiariamente, con carácter mínimo, los hijos menores permanecerán con ese progenitor, temporalmente no custodio, en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta la entrada el lunes en sus respectivos centros escolares. También permanecerán en su compañía las tardes de los miércoles desde la salida del colegio hasta la mañana de los jueves en que los reintegrará a la entrada de clase(...)». Un supuesto semejante lo encontramos en la SAP de A Coruña de 7 de septiembre de 2012, que tras prever que el régimen de visitas será el que pacten libremente las partes, establece «en su defecto fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas(...)».

Mayores dificultades plantean los supuestos en los que es el juez el encargado de determinar la duración y periodicidad de las visitas, pues no se recoge criterio alguno ni en el Código Civil ni en los Derechos autonómicos, lo que da lugar a una cierta discrecionalidad judicial¹⁵⁵¹. Al respecto, la doctrina ha ido proponiendo algunos factores que pueden guiar al juez, como la distancia entre las residencias, la disposición de medios materiales para llevar a cabo las visitas con mayor o menor facilidad o la duración de los lapsos de convivencia con uno y otro progenitor –en el caso de que se trate de un supuesto de custodia compartida–¹⁵⁵². Además, podrá tener en cuenta cualquier otro criterio o elemento de valoración que estime conveniente y, especialmente, los que hemos visto que se vienen utilizando para la determinación y configuración concreta del régimen de guarda y custodia¹⁵⁵³. No olvidemos que, en realidad, se trata de las dos caras de una misma moneda. De hecho, hay una regla que recoge el Código Civil únicamente en sede de guarda y custodia y que considero que debe entenderse aplicable analógicamente también a la configuración del régimen de visitas¹⁵⁵⁴: la de procurar no separar a los hermanos –art. 92.5 Cc.–¹⁵⁵⁵. Por tanto, si hay varios hijos menores, el régimen de visitas debe procurar ejercitarse con todos al mismo tiempo, salvo que concurra alguna circunstancia que lo desaconseje. Téngase en cuenta, no obstante, que en esta sede la previsión del art. 92.5 Cc. tiene menos importancia que en la atribución de la custodia, porque esta última

¹⁵⁵¹ Vid. DE MARINO BORREGÓ, Rubén, "Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna...", cit., p. 254.

¹⁵⁵² Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., pp. 484 y 535.

¹⁵⁵³ No en vano, el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, pese a que tampoco recogía criterios específicos para la determinación de la periodicidad y duración del régimen de visitas, sí preveía en su artículo 1.4 –en la redacción que pretendía dar al nuevo art. 92 bis.4 Cc.– la aplicación de los mismos criterios previstos para la determinación del régimen de guarda y custodia.

¹⁵⁵⁴ Vid. en este mismo sentido: ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia...*, cit., pp. 101-102.

¹⁵⁵⁵ La misma regla recogen las normas autonómicas: art. 80.4 CDFA, art. 233-11.2 Cc.Cat., art. 3.7 Ley Foral navarra 3/2011 y arts. 9.7 y 11.6 Ley del País Vasco 7/2015.

tiene a garantizar la relación estrecha entre los hermanos, que en el caso de las visitas ya está garantizada por el propio régimen de custodia.

Ahora bien, el derecho de relación entre hermanos puede tener especial relevancia cuando se decide separarles en el establecimiento del régimen de guarda y custodia –ya hemos visto que es una opción excepcional pero posible–. En este caso sí que es más importante que cuando cada uno de ellos se relacione con el progenitor no custodio, esté presente su hermano: es decir, el sistema de intercambio de hijos –hacer coincidir en el tiempo las visitas de cada hijo con el progenitor con el que no convive– no sería el mejor, porque impediría la relación entre hermanos.

En los supuestos de custodia exclusiva, aunque son varios los autores que abogan por huir de los regímenes “tipo” y buscar un “traje a medida” para cada familia¹⁵⁵⁶, lo cierto es que en la mayoría de los supuestos se establece el régimen tradicional, consistente en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo por la noche, extendiéndose ocasionalmente a una tarde entre semana. Además, lo habitual es que comprenda la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, verano, etc.¹⁵⁵⁷. Con ello se pretende que ambos progenitores puedan relacionarse con el menor también en los días de descanso y así evitar que el menor identifique a uno de ellos con las exigencias de su educación en el día a día y al otro con los momentos de ocio y diversión¹⁵⁵⁸.

En el caso de la custodia compartida las posibilidades son más variadas, pues dependerán sobre todo de la duración de los periodos de permanencia con cada progenitor. Cuando la alternancia se realiza por periodos de tiempo muy amplios –ej. superiores a tres meses–, el régimen de visitas suele ser similar al que se fija tradicionalmente en los supuestos de custodia

¹⁵⁵⁶ Vid. LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 300; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La guarda y custodia compartida (alterna)...", cit., p. 65.

¹⁵⁵⁷ Vid. DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 31; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. pp. 205-206.

¹⁵⁵⁸ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. pp. 205-206.

exclusiva: fines de semana alternos y la mitad de los periodos de vacaciones¹⁵⁵⁹, incluyendo en ocasiones también algunas tardes entresemana¹⁵⁶⁰. Cuando se trata de periodos de duración intermedia —ej. un mes—, el régimen de visitas suele ser similar al del caso anterior, aunque sin incluir reparto del periodo de vacaciones¹⁵⁶¹. Por último, cuando el lapso de tiempo que está con cada progenitor es muy reducido —ej. una semana o quince días—, en el caso de que se decida establecer un régimen de visitas, su duración y periodicidad será también menor: normalmente un día a la semana¹⁵⁶².

1.2. Régimen de visitas de los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados

Interesa dedicar unas líneas a la posibilidad de establecer un régimen de relación entre el menor y sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

A) Fundamento y régimen jurídico

Cabe empezar diciendo que, en el ejercicio de la patria potestad y, en concreto, en su obligación de velar por el menor —art. 154.3.1º Cc.—, los padres pueden no considerar conveniente que sus hijos menores se relacionen con determinadas personas e impedir por tanto dichas relaciones, sin tener que justificar de modo alguno tal decisión. No obstante, dicha facultad encuentra un

¹⁵⁵⁹ Vid. STS de 14 de octubre de 2015. Vid. también: STSJ de Aragón de 15 de diciembre de 2011, SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002, SAP de Gijón de 13 de junio de 2006 y SAP de Sevilla de 8 de abril de 2011.

¹⁵⁶⁰ El Tribunal Supremo, en un supuesto de custodia compartida en el que fijó un reparto por trimestres, estableció un régimen de visitas durante tres días a la semana desde las 17.00 hasta las 20:15 horas, fines de semana alternos y estancia en días festivos con el progenitor no custodio en dicho momento — vid. STS de 14 de octubre de 2015—. Vid. también: SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002, SAP de Gijón de 13 de junio de 2006 y SAP de Sevilla de 8 de abril de 2011.

¹⁵⁶¹ Vid. SAP de Valencia de 22 de abril de 1999 y SAP de Valencia de 1 de marzo de 2006.

¹⁵⁶² Vid. SAP de Barcelona de 1 de octubre de 2007 y SAP de Girona de 13 de octubre de 2009.

límite: el respeto al mantenimiento de las relaciones del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, que sólo podrán impedirse cuando exista justa causa. A tal efecto, el segundo párrafo artículo 160 del Código Civil prevé expresamente que «no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados». Por ende, cabe considerar que nos encontramos ante una limitación en el ejercicio de la patria potestad¹⁵⁶³.

Téngase en cuenta que, aunque las relaciones paterno-filiales deben tener un carácter prioritario, ello no excluye la conveniencia de que el menor se relacione con el resto de familiares u otras personas con las que mantenga una cierta vinculación¹⁵⁶⁴. Además, la situación económica actual ha provocado que cada vez sea mayor la implicación de otros parientes y allegados distintos de los progenitores –especialmente, los abuelos– en el cuidado y crianza de los menores. De hecho, es frecuente que, en aquellos momentos en los que los progenitores no puedan hacerse cargo de sus hijos, acudan a la figura de los abuelos –u otros parientes o allegados– en lugar de contratar a un cuidador profesional. Ello deriva en una mayor vinculación afectiva entre el menor y estas personas, lo que a su vez refuerza la necesidad de mantener una relación constante con ellas. Así mismo, la relación del menor con sus abuelos u otros parientes y allegados puede ayudar a contrarrestar los efectos traumáticos que suele provocarle la ruptura matrimonial de sus progenitores¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁶³ Vid. SALANOVA VILLANUEVA, Marta, "Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994", *Anuario de Derecho Civil*, Año 1996, Vol. 49, Nº 2, p. 948; COLÁS ESCANDÓN, Ana M^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, cit., pp. 124-125; y VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Situación actual del derecho de visita de los abuelos", *I Congreso estatal sobre la defensa dels menors a las crisis de parella*, 2008, p. 13; y MONTES RODRÍGUEZ, M^a Pilar, "El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003", *Revista Boliviana de Derecho*, Nº 18, 2014, p. 585.

¹⁵⁶⁴ Vid. en este sentido: SAP de Toledo de 21 de marzo de 2012.

¹⁵⁶⁵ Vid. Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos: «En efecto, cabe entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su

Como puede deducirse de lo anterior, el fundamento de este derecho es la protección del interés superior del menor¹⁵⁶⁶, que en este caso se concreta en el mantenimiento de los lazos familiares y afectivos con sus hermanos, abuelos y demás parientes y allegados. Por ello cabe decir que, aunque naturalmente es también un derecho de estos últimos, lo es sobre todo del propio menor¹⁵⁶⁷.

Su regulación legal la encontramos en el artículo 2.2 c) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que reconoce el derecho del menor a que se preserve el mantenimiento de sus relaciones familiares, y en los artículos 160.2, 90.1 b), 94.2 y 161 del Código Civil. También ha sido previsto por casi todos los ordenamientos autonómicos que han entrado a regular en materia de guarda y custodia¹⁵⁶⁸, con la única excepción del Derecho navarro.¹⁵⁶⁹

desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis».

¹⁵⁶⁶ Vid. Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos: «El interés del menor, principio rector de nuestro derecho de familia, vertebrará un conjunto de normas de protección, imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones(...)». Vid. también: COLÁS ESCANDÓN, Ana M^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, cit., p. 43; y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia...*, cit., p. 124.

¹⁵⁶⁷ Vid. STS de 20 de septiembre de 2002, de 28 de junio de 2004, de 27 de julio de 2009, de 20 de octubre de 2011 y de 24 de mayo de 2013. Vid. también: VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Situación actual del derecho de visita...", cit., p. 15; PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio...", cit., p. 361; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 636.

¹⁵⁶⁸ Vid. arts. 60, 75.2, 77.2 b) 77.6 y 79.2 a) CDFA, arts. 233-1.1 c), 233-2.2 c), 233-4.1, 233-12, 236-4.2, 236-5.1 y 236-15.3 Cc.Cat. —en el caso de Cataluña, el artículo 38.1 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, también reconoce el derecho de los menores a relacionarse con otros parientes próximos y, especialmente, con los abuelos— y arts. 5.2 a).3, 5.11 y 11.2 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: arts. 1 y 4.2 b) de la anulada Ley valenciana 5/2011 —así mismo, este derecho se recoge en el artículo 22.4 de la Ley valenciana 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia—.

¹⁵⁶⁹ La Ley Foral 3/2011 ha sido la única norma autonómica sobre guarda y custodia que no hace ninguna mención a la relación entre el menor y sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. No obstante, en la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, si se refiere de forma expresa al derecho del menor a relacionarse con otros parientes y allegados, especialmente con los abuelos —art. 44.1—.

Este derecho de relaciones personales fue incorporado por vez primera al artículo 160.2 del Código Civil con la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo¹⁵⁷⁰, que en su redacción originaria se refería únicamente a la relación entre los hijos y otros parientes y allegados –sin incluir de forma expresa a los abuelos y a los hermanos—. Con la entrada en vigor de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se pasó a mencionar expresamente a los abuelos; y, recientemente, con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se ha incluido también de forma específica a los hermanos¹⁵⁷¹.

Cabe advertir que no se trata de un derecho absoluto, ya que se puede restringir si existe justa causa –art. 160.2 Cc.–¹⁵⁷². Dicha justa causa se identifica normalmente con la protección del interés superior del menor¹⁵⁷³, aunque no siempre, ya que pueden darse supuestos en los que, pese a que el interés del menor recomiende establecer un régimen de visitas con sus abuelos, ello no resulte factible –por ejemplo, cuando exista una importante distancia

¹⁵⁷⁰ Ello no quiere decir que con anterioridad a dicha reforma no pudiera establecerse un régimen de relaciones entre el menor y sus parientes y allegados. De hecho, en los años treinta ya comenzaron a aparecer algunos pronunciamientos que fijaban un derecho de relación entre nietos y abuelos —*vid.* STS de 14 de octubre de 1935 y Sentencia del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia de 15 de octubre de 1939—.

¹⁵⁷¹ Ya intentó hacerlo un tiempo antes el 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 —arts. 1.1 y 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que pretendían dar a los arts. 90.1 b) y 92 bis.2 Cc., respectivamente—.

¹⁵⁷² *Vid.* en este mismo sentido los arts. 236-4.2 y 236-5.1 Cc.Cat. La Ley del País Vasco 7/2015 prefiere utilizar otra expresión en vez de justa causa: «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».

¹⁵⁷³ *Vid.* SALANOVA VILLANUEVA, Marta, “Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos...”, cit., p. 957; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, “Situación actual del derecho de visita...”, cit., p. 6; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “El derecho de los nietos a mantener relaciones personales con sus abuelos (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011)”, *Revista de derecho de familia*, Nº 56, 2012, pp. 48-49; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 646. *Vid.* también: SAP de Badajoz de 25 de abril de 2007.

entre el lugar de residencia de uno y otros o cuando los abuelos se encuentren enfermos y no puedan hacerse cargo del menor —¹⁵⁷⁴.

Obviamente, la prueba de que existe justa causa que impide el establecimiento de un derecho de relación entre el menor y cualquiera de las personas mencionadas en el precepto corresponderá a quien se oponga al mismo¹⁵⁷⁵.

A modo de ejemplo, se ha denegado cuando la relación entre el menor y la otra persona no es especialmente intensa¹⁵⁷⁶, cuando de los informes psicológicos se deduce que los contactos no son beneficiosos para el menor¹⁵⁷⁷ o incluso, en ocasiones, también cuando existe una situación de grave conflicto entre las personas interesadas y los progenitores del menor¹⁵⁷⁸. No obstante, es mayoritaria en nuestra jurisprudencia¹⁵⁷⁹ y doctrina¹⁵⁸⁰ la opinión —acertada a mi modo de ver— de que las malas relaciones entre las partes no constituyen justa causa para denegar este derecho de relación, pues ello supondría situar los intereses de los progenitores por encima de los del menor. Además, en estos casos, para evitar que las partes se encuentren durante los intercambios, pueden llevarse a cabo en los denominados Puntos de Encuentro Familiar¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁴ Por ello, no parece acertada la previsión de algunos ordenamientos autonómicos, que han prescindido de la expresión justa causa y se refieren directamente al interés superior del menor como motivo de exclusión de este derecho —art. 60 CDFA y art. 5.11 Ley del País Vasco 7/2015—.

¹⁵⁷⁵ *Vid.* STS de 20 de septiembre de 2002.

¹⁵⁷⁶ *Vid.* SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de noviembre de 2004.

¹⁵⁷⁷ *Vid.* SAP de Badajoz de 25 de abril de 2007.

¹⁵⁷⁸ *Vid.* SAP de Jaén de 19 de enero de 2001, SAP de Valencia de 28 de enero de 2003, SAP de Sevilla de 12 de marzo de 2004, SAP de Salamanca de 24 de junio de 2004 y SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007.

¹⁵⁷⁹ Tanto por parte del Tribunal Supremo —*vid.* STS de 7 de abril de 1994, STS de 11 de junio de 1996 y STS de 11 de junio de 1998— como de la jurisprudencia menor —*vid.* SAP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de enero de 1998, SAP de Lleida de 28 de febrero del 2000, SAP de Baleares de 6 de septiembre de 2002, SAP de Asturias de 22 de octubre de 2002, SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2001, SAP de Lleida de 3 de marzo de 2004 y SAP de León de 21 de abril de 2004—.

¹⁵⁸⁰ *Vid.* COLÁS ESCANDÓN, Ana M^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, cit., p. 148.

¹⁵⁸¹ *Vid.* DE LA TORRE LASO, Jesús, "Los puntos de encuentro familiar...", cit., p. 72.

B) Ámbito de aplicación

El artículo 160.2 recoge con carácter general el derecho de relación entre el menor y sus hermanos, abuelos y demás parientes y allegados y los artículos 90.1 b) y 94.2 suponen una concreción de dicha regla para los supuestos de crisis matrimoniales. Por ende, el artículo 160.2 tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que los artículos 90.1 b) y 94.2, abarcando cualquier supuesto en el que resulte conveniente fijar un régimen de relación entre el menor y los sujetos a los que menciona el precepto. De hecho, en la práctica encontramos varios ejemplos en los que es necesario establecer dicho régimen de relación: cuando alguna de dichas personas mantengan una mala relación con los progenitores que le impida ver al menor¹⁵⁸², cuando uno de los padres haya fallecido y se considere conveniente el establecimiento de un régimen de relaciones personales para asegurar el mantenimiento de los vínculos del menor con su familia extensa o con sus allegados¹⁵⁸³, etc. Incluso puede establecerse en aquellos supuestos en los que el menor se encuentre en acogimiento como consecuencia del establecimiento de la tutela administrativa –art. 172 Cc.– o guarda administrativa –art. 172 bis Cc.–. Así lo prevé el artículo 161 del Código Civil, que admite que puedan acordarse visitas entre el menor que se encuentre en situación de desamparo –hay que entender que en realidad se

¹⁵⁸² Esto es lo que ocurría en el supuesto enjuiciado por la STS de 20 de octubre de 2011, que reconoce el derecho de una abuela a visitar a su nieto aunque las relaciones con su hijo, padre del menor, son inexistentes.

¹⁵⁸³ El Código Civil Catalán ha llegado a prever de forma específica que el cónyuge o conviviente del progenitor difunto puede solicitar a la autoridad judicial que le atribuya un régimen de relación, siempre y cuando haya convivido con el menor durante los dos últimos años –art. 236-15.3–.

refiere a cualquier menor sujeto a acogimiento¹⁵⁸⁴ — y sus abuelos, hermanos y demás parientes y allegados¹⁵⁸⁵.

No obstante, para evitar apartarme en exceso de mi objeto de estudio, me centraré en aquellos supuestos en los que el régimen de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados se fija tras la ruptura de la convivencia de los progenitores, pues es justamente en estos casos en los que puede mantener cierta conexión con el régimen de guarda y custodia que se adopte.

C) Determinación del régimen de relación entre nietos y abuelos en el seno de procedimiento de separación o divorcio

Ya he anticipado que la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, modificó los artículos 90.1 b) y 94.2 del Código Civil, que pasaron a recoger la posibilidad de que los cónyuges en el convenio regulador que presenten, o el juez en su sentencia, establezcan un régimen de visitas entre los nietos y sus abuelos¹⁵⁸⁶. No se prevé esta posibilidad, sin embargo, en sede de medidas provisionales —art. 103 Cc.—¹⁵⁸⁷. En cualquier caso, cabe recordar que, al amparo de la genérica regla

¹⁵⁸⁴ El artículo 161 del Código Civil, con una deficiente técnica legislativa, se refiere exclusivamente a los menores que se encuentren en situación de desamparo, cuando a mi juicio hay que entenderlo aplicable también a otros supuestos en los que, aunque el desamparo no ha llegado a producirse, la Administración asume la guarda del menor —los casos de guarda administrativa— y hay acogimiento. Por ello, considero que hubiera resultado más acertado hablar de menor acogido, tal y como hacía el artículo 161 con anterioridad a la reforma operada a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio. *Vid.* más ampliamente: MARTÍNEZ CALVO, Javier, "La regulación de las visitas del menor acogido...", cit., pp. 259-260.

¹⁵⁸⁵ También el Código Civil de Cataluña prevé en su artículo 228-8 la posibilidad de establecer un régimen de relaciones personales entre el menor acogido y otros familiares.

¹⁵⁸⁶ Las mismas previsiones se recogen en las normas autonómicas que han abordado esta cuestión: arts. 77.2 b) y 79.2 a) CDFA, arts. 233-2.2 c) y 233-4.1 Cc.Cat. y art. 5.2 a).3 Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 4.2 b) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁵⁸⁷ Si lo hace en cambio el Código Civil de Cataluña, aunque sorprendentemente lo limita a la relación entre hermanos que no convivan en el mismo hogar —233-1.1 c)—.

que recoge el artículo 160.2 del Código Civil, este derecho de relación puede establecerse en cualquier momento e incluso al margen del procedimiento de ruptura matrimonial. Por tanto, no hay ningún impedimento para que, antes de iniciarse el pleito matrimonial, el juez pueda fijar un régimen de relaciones personales a petición de cualquier parte interesada, que para ello deberá acudir a la vía prevista en el artículo 250.1.12º de la Ley de Enjuiciamiento Civil — como posteriormente veremos con mayor detalle¹⁵⁸⁸ —.

Hay quien ha criticado la reforma de 2003 por considerar que fue innecesaria, toda vez que la posibilidad introducida en los artículos 90.1 b) y 94.2 del Código Civil de establecer este régimen de relación entre nietos y abuelos en el seno de un procedimiento de ruptura matrimonial ya quedaba abarcada por lo dispuesto en el artículo 160.2¹⁵⁸⁹. No les falta parte de razón, pues como ya hemos visto, el artículo 160.2 tiene un ámbito de aplicación muy amplio. No obstante, considero que la inclusión de esta posibilidad en los artículos 90.1 b) y 94.2 supuso un acierto, pues refuerza el mantenimiento de estas relaciones personales tras la ruptura matrimonial de los progenitores, que es uno de los supuestos en los que pueden resultar especialmente necesarias.

En otro orden de cosas, como se puede observar, ni el artículo 90.1 b) ni el 94.2 exigen que este régimen se establezca en todos los procedimientos de ruptura. El primero de ellos sólo prevé su inclusión en el convenio regulador «*si se considera necesario*» y el segundo utiliza la expresión «*podrá*», dando a entender que estamos ante una facultad y no ante una obligación para el juez¹⁵⁹⁰. De hecho, en la gran mayoría de los supuestos no resulta necesario establecerlo, puesto que el tiempo que el menor pase con cada progenitor servirá también como régimen de relación con sus hermanos, abuelos y otros

¹⁵⁸⁸ Vid. Epígrafe 1.2.E) del Capítulo V.

¹⁵⁸⁹ Vid. COLÁS ESCANDÓN, Ana M^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, cit., p. 36.

¹⁵⁹⁰ En términos semejantes se pronuncian las normativas catalana y vasca: la primera de ellas utiliza la expresión «*si procede*» —art. 233-2.2 c) CcCat.— y la segunda «*si se considera necesario*» —art. 5.2 a).3 Ley del País Vasco 7/2015—.

parientes y allegados por parte de ese progenitor¹⁵⁹¹. La consecuencia es que la incidencia práctica de este derecho de relación es muy baja¹⁵⁹². Por ello, no parece acertada la previsión que recoge el Código del Derecho Foral de Aragón en su artículo 77.2 b), en el que establece expresamente la obligatoriedad de fijar en el pacto de relaciones familiares el régimen de relación entre los hijos y sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados¹⁵⁹³. Ello le ha costado la crítica de algunos autores¹⁵⁹⁴ – creo que con razón –.

No obstante lo anterior, sí que pueden darse algunos supuestos en los que la ruptura de la convivencia de los progenitores dificulte las relaciones entre el menor y determinados parientes y allegados, y en los que, por tanto, pueda resultar conveniente fijar un régimen de relaciones personales. Esto ocurrirá por ejemplo cuando se establezca un régimen de custodia exclusiva con un régimen de visitas muy reducido¹⁵⁹⁵. Y es que, no es extraño que en estos casos el progenitor no custodio trate de aprovechar al máximo el tiempo de que dispone para estar junto a sus hijos y, en un acto de egoísmo más o menos justificado, no comparta dicho tiempo con el resto de la familia o con personas allegadas¹⁵⁹⁶. Por el contrario, si se establece un régimen de custodia compartida o uno de custodia exclusiva con un amplio régimen de visitas, en la mayoría de supuestos no será necesario fijar ningún régimen de relaciones

¹⁵⁹¹ *Vid.* GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares...", cit., p. 1795; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia compartida aragonesa...", cit., p. 236; y GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "El derecho de los nietos a mantener relaciones personales con sus abuelos...", cit., p. 50. *Vid.* también: SAP de Málaga de 3 de febrero de 2011 y SAP de Cádiz de 23 de marzo de 2011.

¹⁵⁹² *Vid.* TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 678.

¹⁵⁹³ La misma previsión recogía la anulada Ley valenciana 5/2011 en su artículo 4.2 b).

¹⁵⁹⁴ *Vid.* GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares...", cit., p. 1795.

¹⁵⁹⁵ *Vid.* CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, "El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 3, 2015, p. 200.

¹⁵⁹⁶ *Vid.* PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit., p. 677 y "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 23; y SARAIVA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 206.

personales, pues como he apuntado, el tiempo que el menor pase con cada progenitor servirá también como régimen de relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados por parte de ese progenitor. Aunque no hay que descartar que incluso en este caso pueda ser necesario establecer un régimen de relación, por ejemplo cuando los parientes o allegados interesados en continuar manteniendo una relación estable con el menor no tengan una buena relación con ninguno de los progenitores.

Por otro lado, el hecho de que el propio Código prevea la posibilidad de establecer este régimen de relación en el seno de un procedimiento de ruptura es una clara muestra de que es perfectamente compatible con el régimen de visitas que pueda establecerse en favor de los progenitores, y así lo ha interpretado también nuestra jurisprudencia y doctrina¹⁵⁹⁷. Ahora bien, aunque es compatible, se trata de un derecho que es independiente del régimen de visitas que el menor pueda tener con sus progenitores. No en vano, es posible que se establezca un régimen de relación del menor con sus hermanos, abuelos u otros parientes y allegados también en aquellos supuestos en los que uno de los progenitores haya sido privado de las visitas¹⁵⁹⁸. De hecho, es en estos casos en los que tiene mayor sentido, puesto que la inexistencia de relación con un progenitor puede dificultar las relaciones con los parientes de su línea y con sus allegados.

A raíz de lo anterior, quiero aprovechar para advertir de que este régimen de relación no puede utilizarse en ningún caso como pretexto para incumplir las restricciones o limitaciones que se hayan impuesto a uno de los progenitores en su régimen de visitas con el menor. En este sentido, el artículo 160.2 del Código Civil establece que el juez *«deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las*

¹⁵⁹⁷ Vid. PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio...", cit., p. 365; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. p. 204. Vid. también: SAP de Sevilla de 4 de julio de 2003.

¹⁵⁹⁸ Vid. VELA SÁNCHEZ, Antonio J., "Las relaciones de los nietos con los abuelos...", cit., p. 328.

relaciones de los menores con alguno de sus progenitores». Ello supone que, si uno de los progenitores tiene vedado el derecho a relacionarse con el menor –en virtud del art. 94.1 Cc. o del art. 66 LOPIVG–, el juez deberá establecer las medidas que estime oportunas para evitar que dicho progenitor aproveche las estancias que el menor pase junto a sus hermanos, abuelos u otros parientes o allegados para infringir su prohibición de relacionarse con él.

D) Elementos subjetivos

Respecto a los sujetos en favor de los cuales puede establecerse este régimen de relación, lo primero que llama la atención es que el Código Civil hable en sus artículos 160.2 y 161 de los «*hermanos, abuelos y otros parientes y allegados*» y, sin embargo, en sus artículos 90.1 b) y 94.2 se refiera exclusivamente al «*régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos*», no incluyendo por tanto al resto de parientes y allegados del menor. Si interpretamos los preceptos de forma literal, habría que concluir que si se quisiera establecer un régimen de relación respecto de cualquier persona distinta de los abuelos, no se podría hacer en el propio procedimiento de separación o divorcio, sino que habría que instar otro procedimiento al amparo del artículo 250.1.12º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello supondría un absoluto despropósito, pues daría lugar a una acumulación de procesos judiciales que, a su vez, podrían corresponder a diferentes juzgados y terminar con resoluciones judiciales difícilmente armonizables entre sí.

No obstante, lo cierto es que nada impide que el régimen de relaciones personales se extienda a otras personas más allá de los abuelos, al amparo del artículo 160.2 del Código Civil. En el caso del convenio regulador, el artículo 90.1 b) impone el contenido mínimo, pero no recoge ningún máximo, por lo que no hay ningún inconveniente en que incluya un régimen de relación con los hermanos u otros parientes y allegados¹⁵⁹⁹; y, en el caso de que sea el juez el

¹⁵⁹⁹ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares...", cit., p. 1795.

encargado de fijar las medidas, considero que, llevando a cabo una interpretación sistemática de los artículos 94.2 y 160.1 del Código Civil, tampoco hay impedimento para que fije un régimen de relación con los hermanos y otros parientes y allegados¹⁶⁰⁰. De hecho, en la práctica, aunque en la mayoría de ocasiones se constituye en favor de los abuelos¹⁶⁰¹, no es raro encontrar supuestos en los que se fija un régimen de relación con otros parientes —hermanos¹⁶⁰², tíos y primos¹⁶⁰³, etc.— y allegados¹⁶⁰⁴.

En otro orden de cosas, no plantea excesivos problemas determinar qué debe entenderse por “parientes”, pues cabe entender que bajo dicho término estarán incluidas todas aquellas personas que mantengan algún grado de parentesco con el menor. Sin embargo, no existe un consenso claro acerca de qué es lo que debe entenderse por allegado, aunque en líneas generales, podría concebirse como una persona que se encuentra en el círculo o entorno social del menor y mantiene una relación afectiva y de confianza con él¹⁶⁰⁵. Al respecto, creo que merecen un tratamiento especial aquellos casos en los que se rompe una relación matrimonial o de hecho entre dos personas y el menor es hijo —biológico o adoptivo— de una sola de ellas; y, sin embargo, ambos han

¹⁶⁰⁰ *Vid.* en este mismo sentido: CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "Abuelos, parientes y allegados", *Actualidad civil*, Nº 19-20, 2012, p. 1897.

¹⁶⁰¹ Así se desprende tanto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo —*vid.* STS de 20 de septiembre de 2002, STS de 28 de junio de 2004, Auto del TS de 28 de junio de 2005, STS de 11 de noviembre de 2005, STS de 27 de julio de 2009 y STS de 20 de octubre de 2011— como de las Audiencias Provinciales —*vid.* SAP de Álava de 15 de marzo de 1993, SAP de Barcelona de 13 de junio de 1993, SAP de Zaragoza de 20 de abril de 2001, SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2011, SAP de Castellón de 15 de noviembre de 2011, SAP de Valencia de 29 de noviembre de 2011, SAP de Murcia de 9 de diciembre de 2011, SAP de Alicante de 31 de enero de 2012 y SAP de Toledo de 21 de marzo de 2012—.

¹⁶⁰² *Vid.* SAP de Málaga de 9 de febrero de 1999, SAP de Sevilla de 5 de junio de 2009 y SAP de Barcelona de 10 de marzo de 2011.

¹⁶⁰³ *Vid.* SAP de Ciudad Real de 26 de abril de 2010 y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de mayo de 2011.

¹⁶⁰⁴ *Vid.* SAP de Sevilla de 30 de septiembre de 2008 y SAP de Málaga de 26 de enero de 2012.

¹⁶⁰⁵ *Vid.* BERNALTE BENAZET, Juan, "Las nuevas figuras parentales en la realidad familiar actual...", *cit.*, p. 93; y DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Concepto de allegados y el interés superior del menor", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 751, 2015, pp. 2876-2877. *Vid.* también: SAP de Málaga de 1 de diciembre de 2010.

participado de forma más o menos equitativa en las funciones relativas a la crianza y educación del menor durante toda o casi toda la vida de éste, hasta el punto de que les identifica a ambos como figuras parentales. La inexistencia de una relación de filiación impide acudir al régimen de visitas previsto en el artículo 94 Cc. para los progenitores, por lo que el régimen de relación con estas personas deberá fijarse de acuerdo a lo previsto en el artículo 160.2 Cc. Ahora bien, en estos supuestos, la jurisprudencia suele hablar de “allegados muy cualificados” y establece en su favor un régimen de visitas mucho más amplio que el que suele fijarse en el resto de supuestos¹⁶⁰⁶.

E) Legitimación

Cuando la reivindicación de este derecho se lleve a cabo al margen del proceso de separación o divorcio de los progenitores, estarán legitimadas todas las personas a las que se refiere el artículo 160.2 del Código Civil: los hermanos, abuelos y demás parientes y allegados. La vía para solicitar el establecimiento de dicha relación por parte del juez será la interposición de una demanda de juicio verbal en los términos previstos en el artículo 250.1.12º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, en aquellos casos en los que se lleve a cabo en el seno de un procedimiento de ruptura matrimonial, hay que entender que sólo podrá ser propuesto por los propios progenitores, pues son los únicos legitimados tanto en el plano sustantivo como procesal¹⁶⁰⁷. Al respecto, considero que resultaría recomendable de *lege ferenda* admitir que los interesados en el establecimiento de un régimen de relaciones personales con el menor pudieran constituirse como partes en el procedimiento de separación o divorcio para hacer valer su derecho. Esta posibilidad, quizás podría encontrar su cobertura legal –aunque

¹⁶⁰⁶ Vid. STS de 12 de mayo de 2011. Vid. también: SAP de Sevilla de 30 de septiembre de 2008, SAP de Baleares de 10 de julio de 2009, SAP de Madrid de 5 de julio de 2010 y SAP de Pontevedra de 16 de noviembre de 2011.

¹⁶⁰⁷ Vid. PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio...", cit., p. 368.

he de reconocer que con una interpretación bastante forzada – en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite que intervengan en un procedimiento judicial sujetos que originariamente no tengan la condición de demandantes ni de demandados pero que, sin embargo, tengan un interés legítimo en el resultado del pleito.

Por otro lado, nada impide, a mi juicio, que el propio juez decida establecer de oficio este régimen de relaciones personales, toda vez que el artículo 94.2 del Código Civil le faculta para acordarlo sin exigir que concurra petición de parte al respecto¹⁶⁰⁸. No obstante, parece difícil que el juez lo establezca si no tiene conocimiento de que resulta necesario, que será lo que ocurra salvo que alguno de los cónyuges – recordemos, únicos legitimados en el procedimiento de ruptura – se lo comunique.

F) Requisitos

A tenor del artículo 94.2 del Código Civil, el establecimiento de este régimen de relación exigirá la audiencia tanto de los padres como de los abuelos, que además deberán prestar su consentimiento¹⁶⁰⁹. Aunque el Código Civil se refiera exclusivamente a los abuelos, cabe interpretar que se extiende a cualquier persona a la que se reconozca este derecho de relación. Además, pese a la falta de mención expresa, hay que entender que también el menor tiene derecho a ser escuchado si lo solicita – art. 9 LOPJM –.

Las mismas previsiones se recogen en las normas catalana – art. 233-12 Cc.Cat. – y vasca – art. 5.11 Ley del País Vasco 7/2015 –. Sin embargo, el Código del Derecho Foral de Aragón no exige que los hermanos, abuelos y

¹⁶⁰⁸ El legislador aragonés ha sido el único que ha previsto expresamente la posibilidad de que este régimen de relación sea establecido de oficio por el juez – art. 79.2 CDFA –.

¹⁶⁰⁹ El fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, en su redacción originaria, pretendía eliminar la obligatoriedad de que concurriera el consentimiento de los interesados, bastando con que no mediara oposición expresa – art. 1.4 de la redacción originaria del Anteproyecto, en el contenido que hubiera incluido en el nuevo art. 92 bis.2 Cc. –. No obstante, ante las críticas recibidas, en el año 2014 fue modificado y en la nueva redacción que se le dio sí exigía el consentimiento expreso de las personas afectadas.

demás parientes y allegados a los que corresponda este derecho consientan. Deberán, eso sí, ser oídos en aplicación del párrafo sexto del artículo 77 CDFFA, que establece que «cuando del régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas se deriven derechos y obligaciones para éstos, el Juez deberá darles audiencia antes de su aprobación».

En el caso de los hermanos, parece que en este punto resultaría conveniente distinguir entre los menores y los mayores de edad, pues cuando se trata de menores de edad, es cuestionable condicionar este régimen de relación a que concurra su consentimiento¹⁶¹⁰. Téngase en cuenta que, en aquellos supuestos excepcionales en los que se decida separar a los hermanos en la determinación del régimen de guarda y custodia, resulta fundamental fijar un régimen de relación entre ellos¹⁶¹¹, para evitar que se produzca no solo una separación física —derivada de haber atribuido la guarda y custodia a distintos progenitores— sino también una separación afectiva. Por ello, me parece muy oportuna la previsión que pretendía incluir en el Código Civil el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia: «El consentimiento de los hermanos menores de edad no será necesario»¹⁶¹².

Cabe preguntarse qué ocurrirá en aquellos supuestos en los que los hermanos, abuelos y demás parientes y allegados a los que corresponda este derecho no consientan o incluso se opongan a relacionarse con el menor. Teniendo en cuenta que todas las normas —a excepción de la aragonesa— exigen que exista consentimiento de las personas interesadas, hay que entender que la ausencia de éste será causa suficiente para denegar el establecimiento de dicho régimen de relación. Incluso en el caso del Derecho aragonés, siguiendo a COLÁS ESCANDÓN, considero que la falta de consentimiento de los interesados podría constituir una justa causa para no fijar este régimen de relación, ya que

¹⁶¹⁰ Vid. en este mismo sentido: Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit., p. 23.

¹⁶¹¹ Vid. Epígrafe 3.2.A) del Capítulo IV.

¹⁶¹² Vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al nuevo art. 92 bis.2 Cc.

iría en contra del interés superior del menor obligar a relacionarse con él a personas que no le profesan ningún afecto¹⁶¹³.

En cuanto a los progenitores y al propio menor, ya hemos visto que no se exige que concurra su consentimiento, bastando con que se les dé audiencia. En el caso de los primeros, parece más que razonable, pues si resulta necesario que el juez establezca este régimen de relación es precisamente porque uno o ambos padres no las están facilitando, o incluso las están impidiendo¹⁶¹⁴. Respecto a los menores, hay que partir de que no siempre tienen la capacidad de discernimiento suficiente para determinar qué es lo más beneficioso para ellos. Por tanto, aunque obviamente pueda ser tenida en cuenta la oposición del menor, la decisión final corresponderá en todo caso al juez¹⁶¹⁵. De hecho, no es raro encontrar supuestos en los que se establezca un régimen de relaciones personales pese a la oposición expresa del menor¹⁶¹⁶.

G) Contenido y configuración concreta

Al igual que el derecho de visitas que corresponde a los progenitores, el derecho que asiste a los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados tiene un carácter personalísimo, inalienable e imprescriptible¹⁶¹⁷. No obstante, uno y otros no son equiparables¹⁶¹⁸. El contenido del régimen de relación del menor

¹⁶¹³ Vid. COLÁS ESCANDÓN, Ana M^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, cit., p. 86.

¹⁶¹⁴ Por ello, no comparto una de las modificaciones que pretendía introducir el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que en su artículo 1.4 del Anteproyecto —en la redacción que pretendía dar al nuevo art. 92 bis.2 Cc.— exigía que concurriera el consentimiento de los progenitores para establecer un régimen de relaciones personales en favor de los hermanos, abuelos y demás parientes y allegados.

¹⁶¹⁵ Vid. SALANOVA VILLANUEVA, Marta, "Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos...", cit., p. 963.

¹⁶¹⁶ Vid. SAP de Zaragoza de 30 de abril de 2001 y SAP de Vizcaya de 14 de julio de 2004.

¹⁶¹⁷ Vid. PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio...", cit., p. 362.

¹⁶¹⁸ Vid. STS de 11 de junio de 1996. Vid. también: SAP de Segovia de 7 de abril de 1994, SAP de Toledo de 3 de junio de 1994, SAP de Las Palmas de 14 de mayo de 1999, SAP de Lleida de 28 de febrero del 2000, SAP de Barcelona de 22 de mayo de 2001, SAP de Las Palmas de 20 de diciembre de 2002 y SAP de Castellón de 1 de octubre de 2003.

con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados será como regla general más reducido que el del régimen de visitas que corresponde a los progenitores¹⁶¹⁹. Ello resulta lógico si tenemos en cuenta que son los padres los titulares de la patria potestad y que, por tanto, el derecho-deber de cuidar, atender y educar a los menores recae principalmente sobre ellos¹⁶²⁰. Tanto es así, que los abuelos, hermanos y resto de personas a las que corresponde este derecho de relación carecen de potestad para inmiscuirse en las decisiones paternas¹⁶²¹, debiendo limitarse a relacionarse con el menor en los términos establecidos en el convenio o en la sentencia –aunque ello implicará, obviamente, el ejercicio de ciertos deberes de cuidado y protección del menor cuando estén en su compañía –.

El Código Civil no recoge criterios para determinar la extensión temporal y la periodicidad de este régimen de relación, por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha ido estableciendo algunos¹⁶²²: la situación personal del menor y de la persona con la que va a relacionarse, el resultado de los informes psicológicos, la intensidad de las relaciones anteriores, la no invasión del derecho a relacionarse con el menor que tienen los propios progenitores, etc.

En todo caso, por la misma razón que he expuesto unas líneas más arriba –porque sólo a los padres corresponde el ejercicio de la patria potestad– y porque, además, la disponibilidad temporal del menor es limitada, la extensión temporal de este derecho de relación será también más reducida

¹⁶¹⁹ Vid. SALANOVA VILLANUEVA, Marta, "Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos...", cit., p. 965; PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio...", cit., p. 364; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. p. 204; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *La concreción del interés del menor...*, cit., pp. 113-114; y BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra, "Derecho de visita...", cit., p. 549.

¹⁶²⁰ Vid. PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio...", cit., p. 362.

¹⁶²¹ Vid. en este sentido: SAP de Barcelona de 23 de enero de 2007: «(...) deben respetarse los roles que les corresponden a cada una de las partes, la abuela(...) no puede interferirse en la educación de la niña y debe respetar las pautas que establezca el padre(...). De lo contrario, se promueve y fomenta una situación de conflictividad que colocaría a la niña en una situación de angustia, de manera que las relaciones con la abuela, en lugar de resultar gratificantes y de cumplir la función que prevé la ley antes señalada, irían en perjuicio del interés de la menor, en tanto generarían inestabilidad en la misma».

¹⁶²² Vid. STS de 12 de mayo de 2011.

que la del derecho de visitas de los progenitores¹⁶²³. En cuanto a la periodicidad, parece conveniente que este tipo de visitas estén más distanciadas en el tiempo que aquellas que corresponden a los progenitores, pues no tendría sentido someter al menor a un continuo peregrinaje. Si atendemos a nuestra jurisprudencia, podemos observar que lo habitual es que se establezca un régimen de relaciones de una o dos tardes al mes, con una duración que oscila entre una hora y media y tres horas y media¹⁶²⁴. No obstante, nada impide que en ocasiones pueda incluir pernoctas¹⁶²⁵

Además, la duración temporal será aún menor y el distanciamiento mayor cuando el régimen de relación con los menores debe establecerse respecto a más de una persona. Y es que, puede ocurrir que concurren varios sujetos a los que les asista este derecho de relación. Imaginemos, por ejemplo, un supuesto en el que deba establecerse en favor tanto de los abuelos maternos como de los paternos, y que, además, unos y otros están separados o divorciados, en cuyo caso debería establecerse en favor de cuatro personas. Pero imaginemos además que, en el mismo supuesto, también concurre uno o varios hermanos que solicitan el establecimiento de un régimen de relación, así como otros parientes y allegados. Puede llegarse a una situación en la que haya multitud de personas a las que corresponda este derecho, lo que provocaría una situación caótica para el menor y colocaría al juez en la difícil situación de tener que armonizar los intereses de todas las partes, obviamente a la luz siempre del interés superior del menor¹⁶²⁶. Por ello, en un caso como el expuesto, el régimen

¹⁶²³ Vid. COLÁS ESCANDÓN, Ana M^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...*, cit., p. 52; BERNALTE BENAZET, Juan, "Las nuevas figuras parentales en la realidad familiar actual...", cit., p. 98; y BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra, "Derecho de visita...", cit., p. 549. Vid. también: SAP de Segovia de 7 de abril de 1994, SAP de Toledo de 3 de junio de 1994, SAP de Lleida de 28 de febrero del 2000 y SAP de Las Palmas de 20 de diciembre de 2002.

¹⁶²⁴ A modo de ejemplo, la STS de 28 de junio de 2004 fijó un régimen de relaciones entre unos abuelos y sus nietos «los domingos alternos desde las 17.00 horas hasta las 20.30 horas(...)». Por su parte, el Auto del TS de 28 de junio de 2005 estableció que el régimen de relación entre una menor y su abuela «tendrá lugar un sábado de cada mes, con una duración de 90 minutos(...)».

¹⁶²⁵ Vid. STS de 28 de junio de 2004.

¹⁶²⁶ Vid. VELA SÁNCHEZ, Antonio J., "Las relaciones de los nietos con los abuelos...", cit., p. 336.

de relación con el que podría contar cada una de las personas indicadas tendría que ser muy reducido.

Por último, tampoco dice nada el Código Civil acerca del modo concreto en el que debe desarrollarse el régimen de relación entre el menor y sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. Sí lo hace en cambio el Código Civil de Cataluña, que ha previsto de forma expresa la posibilidad de que el juez adopte medidas para la supervisión del régimen de relación –art. 233-13.1–, y, en concreto, que puedan desarrollarse dentro de un punto de encuentro familiar –art. 233-13.2–. En cualquier caso, nada impide que en el marco del Derecho común, al amparo del artículo 158.6 del Código Civil, el juez pueda someterlo a la supervisión de especialistas si lo estima necesario para salvaguardar el interés superior del menor¹⁶²⁷, algo que normalmente llevará a cabo estableciendo que se desarrolle en el correspondiente punto de encuentro familiar. Esto puede resultar necesario, por ejemplo, cuando exista un cierto distanciamiento entre el menor y la persona con la que se va a establecer un régimen de relación, o bien cuando se considere que esta última no tiene la aptitud suficiente para asumir de forma autónoma el cuidado del menor.

2. CONTRIBUCIÓN AL MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS MENORES

2.1. Fundamento y régimen jurídico de la obligación de prestar alimentos a los hijos menores

Dispone el artículo 39.3 de nuestra Carta Magna que *«los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»*. Como

¹⁶²⁷ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "El derecho de los nietos a mantener relaciones personales con sus abuelos...", cit., p. 57

concreción de dicho principio constitucional, en lo que se refiere a la asistencia patrimonial, el artículo 154.3.1 del Código Civil incluye entre los deberes inherentes a la patria potestad el de alimentar a los hijos. No obstante, la obligación de prestar alimentos a los hijos menores no nace de la patria potestad, sino del hecho de la filiación¹⁶²⁸. Tanto es así, que los artículos 110 y 111.4 del Código Civil prevén expresamente que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, están obligados a prestar alimentos a sus hijos menores.

Cuando los hijos conviven con ambos progenitores, la obligación de alimentarlos se cumple a través de su contribución al levantamiento de las cargas familiares¹⁶²⁹. El problema surge cuando los progenitores no conviven. Al respecto, el artículo 92.1 del Código Civil establece que la ruptura de la convivencia no exime a los padres de sus obligaciones para con sus hijos, por lo que será necesario determinar la forma en la que cada uno de los progenitores contribuirá a partir de ese momento a la manutención de los hijos menores. Esta cuestión ha sido prevista por los artículos 90.1 d), 93 y 103.3 del Código Civil. También los ordenamientos autonómicos que han entrado a regular en materia de guarda y custodia se han preocupado de recoger la cuestión de los alimentos de los menores¹⁶³⁰, con la única excepción de la Ley Foral navarra 3/2011.

Antes de proseguir, cabe advertir que no debe confundirse la obligación de alimentar a los hijos durante la minoría de edad con la genérica obligación de alimentos entre parientes que recogen los artículos 142 y ss. del Código Civil. Y es que, una y otra tienen un fundamento distinto: la obligación de alimentar a

¹⁶²⁸ Vid. LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 256; DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, cit., p. 183; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La reducción de la pensión de alimentos por alteración sustancial de las circunstancias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 742, 2014, p. 621 y "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia ...", cit., p. 47; MECO TÉBAR, Fabiola, "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia...", cit., p. 175; y TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda: doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, p. 60.

¹⁶²⁹ Vid. MARTÍN AZCANO, Eva María, "La pensión alimenticia a favor de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda en los procesos de divorcio", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 1, 2014, p. 75.

¹⁶³⁰ Vid. arts. 77.2 d) y 82 CDFA, arts. 233-1.1 d), 233-2.2 b), 233-4.1 y 233-10.3 Cc.Cat. y arts. 5.2 b) y 10 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: arts. 3 e) y f), 4.2 d) y 7 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

los hijos encuentra su fundamento en el deber natural que tienen los padres, por el mero hecho de serlo, de cuidar y proteger a su prole, lo que, como he adelantado en el primer capítulo de esta obra ¹⁶³¹, incluye el deber de alimentarlos; mientras que el fundamento de la obligación de alimentos entre parientes se encuentra en el principio de solidaridad familiar¹⁶³².

Además, tampoco la base legal es la misma: como ha señalado el Tribunal Supremo¹⁶³³, la obligación de alimentos a los hijos menores tiene su fundamento legal en el artículo 39.3 de la Constitución, que impone a los padres la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos menores de edad — tal y como veíamos al inicio de este apartado —; mientras que el fundamento legal de la obligación de alimentos entre parientes se encuentra en el artículo 39.1 del mismo texto, que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

A consecuencia de ello, la obligación de alimentos a que están sujetos los padres respecto de sus hijos menores tiene un régimen jurídico específico¹⁶³⁴, con las peculiaridades que resumo a continuación¹⁶³⁵:

1) La obligación de los padres de alimentar a sus hijos menores nace con independencia de la situación de necesidad de los mismos, pues ésta se presume *iuris et de iure* en razón de su minoría de edad¹⁶³⁶; mientras que la obligación de alimentos entre parientes está supeditada a que el alimentista se encuentre en una situación de necesidad — art. 148.1 Cc. — .

¹⁶³¹ Vid. Epígrafe 1.1 del Capítulo I.

¹⁶³² Vid. STS de 1 de marzo de 2001 y de 29 de junio de 2009.

¹⁶³³ Vid. STS de 1 de marzo de 2001 y de 29 de junio de 2009.

¹⁶³⁴ Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja...*, cit., pp. 39-40.

¹⁶³⁵ Vid. CLEMENTE MEORO, M., "Las relaciones paterno-filiales (II)", en: *Derecho de Familia* —MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis y ROCA TRÍAS, Encarnación—, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed. pp. 468-469.

¹⁶³⁶ Vid. STC 1/2001, de 15 de enero y 108/2005, de 14 de marzo, SAP de Baleares de 18 de noviembre de 2002 y SAP de Cádiz de 4 de junio de 2003. Vid también: CLEMENTE MEORO, M., "Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio...", cit., p. 157; TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja...*, cit., p. 65; y COSTAS RODAL, Lucía, "Custodia compartida...", cit., p. 164.

2) La obligación de alimentos a los hijos menores comprende la asistencia de todo orden, mientras que la obligación de alimentos entre parientes sólo incluye los aspectos que recoge el artículo 142 del Código Civil: sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción y los gastos de embarazo y parto.

3) Con carácter general, los alimentos a los hijos menores han de prestarse recibiendo y manteniendo al hijo en la propia casa –salvo cuando ambos progenitores no convivan, como enseguida veremos–; sin que, por tanto, quepa la posibilidad que prevé el artículo 149.1 del Código Civil de que el alimentista elija entre pagar una pensión o recibir en su propia casa al que tiene derecho a alimentos¹⁶³⁷. Ello es consecuencia de la obligación de tener a los menores en su compañía –154.3.1 Cc.– y así se deduce también del segundo párrafo del artículo 149 Cc., que señala que *«esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial»*.

4) La obligación de prestar alimentos a los hijos menores no se extingue en ningún caso por la reducción de la fortuna del obligado a darlos, algo que sí puede ocurrir en cambio en el supuesto de la obligación genérica de alimentos entre parientes –art. 152.2 Cc.–.

No obstante lo anterior, cabe advertir que, pese a que la obligación de alimentos que incumbe a los padres respecto a sus hijos menores cuenta con su propio régimen jurídico, ello no impide que puedan aplicarse las reglas previstas para los alimentos entre parientes –arts. 142 y ss. Cc.–, siempre que sean compatibles con dicho régimen jurídico –art. 153 Cc.–¹⁶³⁸. De hecho, veremos que es frecuente acudir al régimen de alimentos entre parientes para resolver aquellas cuestiones no previstas específicamente en sede de alimentos a los hijos menores.

¹⁶³⁷ Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja...*, cit., p. 65.

¹⁶³⁸ La misma regla recoge el Código Civil de Cataluña en su artículo 237-14.

2.2. Elementos subjetivos

Como puede deducirse de lo visto hasta ahora, los sujetos obligados a prestar alimentos son los progenitores del menor – arts. 110 y 154 Cc –¹⁶³⁹, una obligación que, obviamente, se mantiene tras la ruptura matrimonial – 90.1 d), 93 y 103.3 –. De hecho, me voy a referir especialmente a estos últimos supuestos, pues es en los que la obligación de alimentos mantiene relación con el régimen de guarda y custodia que se adopte.

Respecto a los beneficiarios del derecho de alimentos que estamos estudiando, lo serán los hijos menores de edad no emancipados¹⁶⁴⁰. Ahora bien, el hecho de que los hijos alcancen la mayoría de edad – con la consiguiente extinción de la patria potestad – no quiere decir que cese de forma automática la obligación de los progenitores de prestarles alimentos. Lo que ocurre es que, cuando los alimentos se presten a hijos mayores de edad, su fundamento legal ya no se encuentra en el artículo 39.3 de la Constitución, sino en el 39.1 de dicho texto¹⁶⁴¹. Además, ello supone que ya no se aplicará el régimen jurídico previsto en los artículos 90.1 d), 93 y 103.3 del Código Civil, sino que se regirá por las reglas que se recogen con carácter general para la obligación de alimentos entre parientes – arts. 142 y ss. Cc. –¹⁶⁴². Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 93.2 del Código Civil.

¹⁶³⁹ Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja...*, cit., p. 89.

¹⁶⁴⁰ Y, en ocasiones, también los mayores de edad cuya capacidad hubiera sido modificada judicialmente. En concreto, en los supuestos de patria potestad prorrogada o rehabilitada – art. 171 Cc. en relación al art. 154.3.1 Cc. –. Vid. STS de 7 de julio de 2014, que fija como doctrina que «la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores (...)». Vid. también: MARTÍN AZCANO, Eva María, "Alimentos del hijo mayor de edad afectado por discapacidad en el proceso matrimonial", *Actualidad Civil*, nº 10, 2014, p. 3.

¹⁶⁴¹ Vid. PÁRAMO DE SANTIAGO, Casto, "Vivienda familiar: atribución de uso al progenitor custodio y a los hijos y las consecuencias de la ejecución hipotecaria", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, Nº 172, 2015, p. 135.

¹⁶⁴² Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "Las reglas de custodia...", cit., p. 44; y ZUMAQUERO GIL, Laura, "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 41, 2016, p. 129.

En este punto, cabe mencionar una especialidad propia de los Derechos aragonés y catalán, que prevén la aplicación de las reglas propias de la obligación de alimentos de los padres a sus hijos menores, también a los que, aun siendo mayores de edad o emancipados y capaces, no hayan terminado su formación y carezcan de recursos propios para sufragar sus gastos de crianza y educación —arts. 69 y 77.2 d) CDFA y arts. 233-1.1 e), 232-2.4 y 233-4.1 Cc.Cat.—. Por ende, sólo cuando cese dicha situación resultarán de aplicación en Aragón y Cataluña las reglas que recogen los artículos 142 y ss. del Código Civil¹⁶⁴³. Como ha puesto de manifiesto SERRANO GARCÍA, ello evita que los hijos mayores o emancipados sin recursos propios tengan que acudir al régimen más exigente de la obligación común de alimentos entre parientes¹⁶⁴⁴.

En otro orden de cosas, que los beneficiarios sean los hijos menores no emancipados no quiere decir que vayan a recibir directamente ellos el pago material de los alimentos. De hecho, cuando la prestación se realiza en forma de pensión —que como veremos, es lo más frecuente en los supuestos de separación o divorcio—, lo normal es que se abone al progenitor que se encuentre a cargo del menor. Con ello se pretende evitar que se vea frustrada la finalidad a la que se dirige la pensión, que no es otra que cubrir las necesidades alimenticias del menor¹⁶⁴⁵. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si el menor destinara el dinero a otros menesteres distintos de aquellos para los que está previsto, de modo que el progenitor que esté a su cargo debería asumir la obligación de alimentos en una cuantía superior a la que le correspondiera.

Nada impide, sin embargo, que pueda admitirse como válido el pago de los alimentos realizado directamente al menor, bien porque éste se lo entregue al progenitor con el que conviva o bien porque efectivamente lo

¹⁶⁴³ Vid. STSJA de 17 de junio de 2013.

¹⁶⁴⁴ Vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 49.

¹⁶⁴⁵ Vid. NUÑEZ BOLAÑOS, María, "Ejecución forzosa: Causas de oposición", en: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* —dirs. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María y GARCÍA CRIADO, Juan José—, Estudios de Derecho Judicial, Nº 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 158.

destine al fin previsto, de tal manera que el progenitor conviviente quede liberado de dicha carga¹⁶⁴⁶. Esta posibilidad puede encontrar amparo en el artículo 1163 del Código Civil, que prevé que «*el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad*».

2.3. Contenido de la obligación de alimentos

En lo que se refiere al contenido de la obligación de alimentos a los hijos menores, ante la ausencia de previsión específica, cabe acudir a las reglas previstas en sede de alimentos entre parientes. Al respecto, el artículo 142 del Código Civil, en su primer párrafo, incluye «*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*». Un contenido que complementa en su segundo párrafo, que señala que también comprende «*la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*» y en su tercer párrafo, que dispone que «*entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo*»¹⁶⁴⁷. El Código Civil de Cataluña recoge un contenido similar en su artículo 237-1¹⁶⁴⁸.

No obstante, ya hemos visto que el contenido de la obligación de alimentos que atañe a los padres respecto a sus hijos menores de edad tiene un contenido más amplio que el de la obligación genérica de alimentos entre parientes al que se refiere el artículo 142 Cc., toda vez que el artículo 39.3 de la Constitución impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a

¹⁶⁴⁶ Vid. NUÑEZ BOLAÑOS, María, "Ejecución forzosa...", cit., p. 158.

¹⁶⁴⁷ Algún autor ha considerado que la referencia a los gastos de embarazo y parto puede resultar algo reiterativa, pues ya estarían incluidos dentro de la asistencia médica —*vid.* en este sentido: LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil IV...*, cit., p. 354—. No obstante, debe tenerse en cuenta que puede haber otros gastos derivados del embarazo que no sean estrictamente médicos, por lo que creo que no está de más que se mencionen expresamente.

¹⁶⁴⁸ Eso sí, con la salvedad de que no se refiere expresamente a los gastos de embarazo y parto y sí lo hace sin embargo a los gastos funerarios. Además, para que puedan incluirse dentro de los alimentos los gastos de formación, exige un requisito adicional: que el alimentado tenga un rendimiento regular.

los hijos durante su minoría de edad. Ello supone que comprenderá, además de los conceptos que recoge el artículo 142 Cc., todos los gastos que origine la crianza y educación del menor.

En nuestra tradición jurídica se han venido distinguiendo dos tipos de gastos: gastos ordinarios y gastos extraordinarios. Así mismo, más recientemente, se ha comenzado a hablar de una tercera categoría de gastos, a los que se les suele denominar gastos voluntarios o gastos extraordinarios no necesarios¹⁶⁴⁹. El problema es que los diferentes tipos de gastos no están bien delimitados por la ley y en muchas ocasiones no está claro dónde se encuentra la frontera entre unos y otros¹⁶⁵⁰. Tanto es así, que es una cuestión que ha dado lugar a una gran litigiosidad, y la jurisprudencia tampoco ha sido capaz de establecer un criterio uniforme para delimitarlos¹⁶⁵¹. De hecho, no es raro que un mismo gasto sea calificado de distintas formas –como ordinario, extraordinario o voluntario–.

Con objeto de aportar mayor seguridad jurídica, hay quien aboga por que, en cada supuesto, se especifique en la propia sentencia –o en el convenio regulador, en el caso de que se trate de un procedimiento de mutuo acuerdo– qué gastos se consideran ordinarios, cuáles extraordinarios y cuáles voluntarios¹⁶⁵². No obstante, considero que ello plantea el problema de que es prácticamente imposible contemplar todos los posibles gastos que puede requerir la crianza de un menor. A lo sumo, podrán recogerse algunos criterios para calificar un determinado gasto en una de las categorías existentes o bien una lista ejemplificativa, ya que la exhaustividad en esta materia resulta casi una quimera.

¹⁶⁴⁹ Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja...*, cit., p. 178.

¹⁶⁵⁰ Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja...*, cit., p. 180.

¹⁶⁵¹ Vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 52.

¹⁶⁵² Vid. PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita, "La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia", *La Ley*, Nº 7206, 2009, tomo 3, p. 2049; y HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...", cit., p. 12.

Sin perjuicio de todo lo anterior, y pese a que, como he adelantado, no está clara la frontera entre los diversos tipos de gastos, voy a tratar de llevar a cabo una aproximación a las diferencias existentes entre los gastos ordinarios, extraordinarios y voluntarios. Y es que, como veremos, que un gasto sea calificado en una u otra categoría tendrá importantes consecuencias respecto a modo en el que debe ser satisfecho por los progenitores tras la separación o el divorcio.

A) Gastos ordinarios

La doctrina viene considerando que el dato clave para calificar un gasto como ordinario es que sea previsible y periódico¹⁶⁵³. De hecho, la Ley del País Vasco 7/2015, que es la única norma que recoge una definición de gastos ordinarios, se refiere a ellos en su artículo 10.2.1 como aquellos «*que los hijos e hijas precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, así como cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales*»¹⁶⁵⁴. Resultaba más completo el concepto que preveía el artículo 3 e) de la Ley valenciana 5/2011 –recordemos, declarada inconstitucional por el TC¹⁶⁵⁵–, que señalaba que «*deben considerarse gastos ordinarios aquellos que los hijos e hijas menores precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho período. Se entenderán siempre incluidos los relativos a alimentación, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia*».

¹⁶⁵³ Vid. en este sentido: SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 52; TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja...*, cit., p. 180; y HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, "La autorregulación de las relaciones con los hijos de progenitores...", cit., p. 18. Vid. también: SAP de Palencia de 2 de mayo de 2003.

¹⁶⁵⁴ En términos semejantes se pronunciaba el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que también pretendía incluir el contenido de los gastos ordinarios en el artículo 93.2 del Código Civil —art. 1.5 del Anteproyecto—. Señalaba el mencionado texto que «*deben considerarse gastos necesarios ordinarios los comprendidos en el artículo 142 que los hijos precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia*»

¹⁶⁵⁵ Vid. Epígrafe 3.2 del Capítulo II.

Además, en línea con las previsiones que recogen las mencionadas normas, parece razonable entender que se incluyen también aquellos gastos que, aun cuando carezcan de las notas de previsibilidad y periodicidad, hayan sido calificados voluntariamente por las partes como ordinarios, así como aquellos que estuvieran consolidados antes del cese de la convivencia conyugal entre los progenitores¹⁶⁵⁶.

Por último, cabe señalar que, por concurrir en ellos las notas de previsibilidad y periodicidad, también pueden ser considerados gastos ordinarios aquellos en los que incurra un progenitor que contrata un cuidador para que se haga cargo del menor durante su periodo de custodia o visitas. No obstante, en este caso, parece que lo razonable es que dicho gasto no sea asumido por ambas partes, sino por aquel que lo ha contratado para suplir temporalmente su obligación de cuidar al menor ¹⁶⁵⁷ —salvo que los progenitores pacten otra cosa—.

B) Gastos extraordinarios

El Código Civil tampoco ha previsto un concepto de gastos extraordinarios. No obstante, por contraposición a los gastos ordinarios, que ya hemos visto que se caracterizan por su previsibilidad y periodicidad, puede decirse que los gastos extraordinarios son aquellos excepcionales e imprevistos ¹⁶⁵⁸. Es decir, con carácter general, estaremos ante un gasto

¹⁶⁵⁶ Vid. HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, "La autorregulación de las relaciones con los hijos de progenitores...", cit., p. 18.

¹⁶⁵⁷ Vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia compartida aragonesa...", cit., p. 241. Vid. también: STSJ de Aragón de 6 de junio de 2012.

¹⁶⁵⁸ Vid. STSJ de Aragón de 30 de septiembre de 2011 y STSJ de Aragón de 11 de marzo de 2013. Vid. también: SAP de Castellón de 3 de julio de 2001, SAP de Madrid de 21 de mayo de 2003, SAP de Barcelona de 12 de mayo de 2009, SAP de Zaragoza de 20 de marzo de 2012 y SAP de Zaragoza de 30 de marzo de 2012. Vid. también: SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia compartida aragonesa...", cit., p. 242; TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja...*, cit., p. 184; y HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, "La autorregulación de las relaciones con los hijos de progenitores...", cit., p. 18.

extraordinario cuando no tenga una periodicidad prefijada, por dimanar de sucesos de difícil o imposible previsión¹⁶⁵⁹.

De hecho, en este sentido los definen la norma vasca y la anulada Ley valenciana, que han sido las únicas leyes que recogen un concepto de gastos extraordinarios. El artículo 10.2.2 de la Ley del País Vasco 7/2015 señala que *«serán gastos extraordinarios, a los efectos de lo dispuesto en este artículo, aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles e indeclinables de los hijos e hijas y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o por seguro médico, así como los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos e hijas, siempre que exista acuerdo sobre ellas»*¹⁶⁶⁰. Por su parte, el artículo 3 f) de la Ley valenciana 5/2011 definía los gastos extraordinarios como aquellos *«que puedan surgir en relación con los hijos e hijas menores de forma excepcional»*.

Sin ánimo de exhaustividad –algo que resultaría imposible, dado la enorme casuística ante la que nos podemos encontrar– hay algunos gastos respecto a los que existe consenso en calificarlos como extraordinarios, como los de asistencia médica que no esté cubierta por la seguridad pública, mutualidad o seguro médico privado –ej. gastos de ortodoncia, logopeda o fisioterapia–¹⁶⁶¹. Así mismo, hay otros gastos respecto de los que no cabe duda de que no tienen el carácter de extraordinarios, como los de educación que tienen que ver

¹⁶⁵⁹ Vid. SAP de Castellón de 3 de julio de 2001 y SAP de Madrid de 21 de mayo de 2003.

¹⁶⁶⁰ Una definición semejante recogía el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que pretendía introducir un concepto de gastos extraordinarios en el artículo 93.2 del Código Civil —art. 1.5 del Anteproyecto—: *«serán gastos extraordinarios aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles e indeclinables de los hijos y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico y los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos, siempre que exista acuerdo sobre las mismas»*.

¹⁶⁶¹ Vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia compartida aragonesa...", cit., p. 242; HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, "La autorregulación de las relaciones con los hijos de progenitores...", cit., p. 18; y COSTAS RODAL, Lucía, "Custodia compartida...", cit., p. 158. Vid. también: artículo 10.2.2 Ley del País Vasco 7/2015 y artículo 1.5 del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

con matrículas, material escolar, etc.¹⁶⁶² – por cuanto falta en ellos las notas de excepcionalidad o imprevisibilidad –.

Sin embargo, como ya he anticipado, en otras ocasiones no está tan claro si un gasto debe ser calificado como ordinario o como extraordinario, por lo que habrá que estar a lo que decida en cada supuesto el juzgador¹⁶⁶³.

C) Gastos voluntarios

Cada vez es más frecuente hablar de un tercer tipo de gastos para referirse a aquellos que, pese a ser convenientes, no resultan estrictamente necesarios para la crianza del menor. Los mencionan expresamente la Ley del País Vasco 7/2015, que se refiere a ellos como gastos voluntarios –art. 10.2.3.– y el Código del Derecho Foral de Aragón, que los denomina gastos extraordinarios no necesarios –art. 82.4–. Con ello, parece que el legislador aragonés ha querido configurarlos, no como un tercer tipo de gastos, sino como un subtipo dentro de los gastos extraordinarios. No obstante, su consideración como una tercera categoría o como un subtipo de gastos extraordinarios es una cuestión que no tiene mayor repercusión práctica, pues como vamos a ver posteriormente, las reglas previstas para sufragarlos resultan coincidentes en una y otra norma.

También el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducir esta categoría de gastos en nuestro Código Civil, bajo la denominación de gastos voluntarios –art. 1.5 del Anteproyecto, en la nueva redacción que hubiera dado al art. 93.2.3Cc. –¹⁶⁶⁴.

¹⁶⁶² Vid. SAP de Castellón de 3 de julio de 2001 y SAP de Palencia de 2 de mayo de 2003. Vid. también: TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja...*, cit., p. 199.

¹⁶⁶³ Vid. IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil...*, cit., p. 129; y HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...", cit., p. 12.

¹⁶⁶⁴ En su redacción originaria, el Anteproyecto resultaba bastante desconcertante en este punto, pues se refería a los gastos voluntarios como aquellos que no resultan ni necesarios ni convenientes. En dichos términos, no tenía ningún sentido contemplar dicha categoría de gastos, pues como señaló el

De las menciones que hacen las diferentes normas a los gastos voluntarios podemos extraer que su aspecto más característico es que no responden a necesidades de los hijos menores, pero sí son convenientes para ellos —ej. realización de un curso en el extranjero para aprender un idioma, asistencia a un curso de verano, etc.—. No obstante, no siempre es fácil determinar si un determinado gasto debe ser considerado necesario o no, y, como he anticipado unas líneas más arriba, tampoco existe en la jurisprudencia un criterio uniforme para dilucidar que gastos deben ser calificados como voluntarios.

Además, en estos supuestos se plantean dos problemas: quién toma la decisión de realizar o no el gasto y quién debe abonarlo. La segunda cuestión será abordada en el siguiente apartado, y, en cuanto a la primera, debemos partir de que la regla general es que ambos progenitores mantienen el ejercicio de la patria potestad¹⁶⁶⁵, lo que implica que la decisión debe adoptarse conjuntamente —art. 156 Cc.—. No obstante, ya hemos visto al abordar el concepto de guarda y custodia que existen algunas decisiones diarias o de menor entidad que, por razones de inmediatez, pueden ser adoptadas por el progenitor que esté a cargo del menor en cada momento¹⁶⁶⁶. Por tanto habrá que determinar en cuál de las dos categorías se enmarca la decisión concreta.

2.4. Determinación de la cuantía y modo de contribución de cada progenitor a la obligación de alimentos

Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto «resulta difícil entender qué prestación puede ser asumida por los titulares de la patria potestad que no responda a necesidades de los menores ni tampoco resulte adecuada para ellos» —*vid.* Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit., p. 49—. Por ello, tras las críticas recibidas, en abril de 2014 se modificó la redacción originaria y el artículo 1.5 del Anteproyecto pasó a disponer que los gastos voluntarios son aquellos que no resultan necesarios pero sí convenientes.

¹⁶⁶⁵ *Vid.* Epígrafe 1.2 del Capítulo I.

¹⁶⁶⁶ *Vid.* Epígrafe 1.3.B) del Capítulo I.

Para determinar la cuantía y el modo en el que va a contribuir cada progenitor a sufragar los gastos de los hijos menores, habrá que estar en primer lugar a lo que las propias partes hayan pactado —un acuerdo que, obviamente, deberá contar con la aprobación del juez¹⁶⁶⁷—. En este sentido, tanto el Código Civil —art. 90.1 d)—, como las normas autonómicas¹⁶⁶⁸, exigen que se incluya dentro del convenio regulador la forma en la que los progenitores van a contribuir al mantenimiento del menor tras su ruptura matrimonial.

En caso de que las partes no alcancen un acuerdo, será el juez el encargado de determinar la cuantía y el modo en el que se van a sufragar los gastos, bien en el momento de adoptar las medidas provisionales —art. 103.3 Cc.—¹⁶⁶⁹ o bien en la sentencia que recoja las medidas definitivas —art. 93 Cc.—¹⁶⁷⁰.

Con carácter general, el juez deberá guiarse por el principio de proporcionalidad —arts. 145 y 146 Cc.—¹⁶⁷¹, de tal manera que cada progenitor contribuirá a sufragar los gastos de sus hijos menores en proporción a los recursos económicos con los que cuente. Este principio rige tanto para los gastos ordinarios como para los extraordinarios —y, como veremos, en ocasiones también para los voluntarios—. No obstante, los factores a tener en cuenta para medir la proporcionalidad no son coincidentes para los diferentes tipos de gastos¹⁶⁷², y, en muchos casos, tampoco el modo en el que deben

¹⁶⁶⁷ Vid. Epígrafe 3.1.A) del Capítulo III.

¹⁶⁶⁸ Vid. art. 77.2 d) CDFA, 233-2.2 b) Cc.Cat. y art. 5.2 b) Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 4.2 d) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁶⁶⁹ Vid. también: art. 233-1.1 d) y e) Cc.Cat.

¹⁶⁷⁰ Vid. también: art. 82 CDFA, art. 233-4.1 Cc.Cat. y art. 10.1 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 7 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁶⁷¹ Vid. también: arts. 82.1, 81.2 y 81.3 CDFA, arts. 237-7.1 y 237-9.1 Cc.Cat. y art. 5.2 b) Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 7.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁶⁷² Vid. en este sentido: LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven: atribución del uso de la vivienda familiar. Gastos de asistencia a los hijos", en: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* — coords. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio—, Institución Fernando el Católico, 2013, p. 106.

sufragarse. Por ello, creo que resulta conveniente analizar por separado los distintos supuestos.

A) Gastos ordinarios

Nuestro Código Civil no recoge los criterios que deben seguirse para hacer efectivo el principio de proporcionalidad en la contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de sus hijos, puesto que el artículo 93 se limita a decir que el juez *«adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento»*¹⁶⁷³. En términos semejantes se pronuncia el artículo 146 Cc. al referirse al cálculo de la obligación de alimentos entre parientes: *«la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe»*.

Ante la ausencia de previsión legal, encontramos algún pronunciamiento que ha propuesto distintos criterios¹⁶⁷⁴, como los recursos económicos de cada miembro de la pareja, las necesidades efectivas de los hijos, que hay que entender que deberán valorarse de acuerdo a los usos y las circunstancias de la familia —arts. 1319.1 y 1362.1 Cc.—¹⁶⁷⁵, los recursos de los que dispongan los hijos¹⁶⁷⁶, o el tiempo de permanencia de éstos con cada uno

¹⁶⁷³ Si lo hacía sin embargo el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, que en su artículo 1.5 disponía que *«para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos, los recursos económicos de cada progenitor, el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos y la contribución a las cargas familiares, en su caso»* —vid. art. 1.5 del Anteproyecto, en la nueva redacción que pretendía dar al artículo 93.3 Cc.—

¹⁶⁷⁴ Vid. SAP de Madrid de 12 de diciembre de 2005.

¹⁶⁷⁵ Vid. SAP de Madrid de 12 de diciembre de 2005. Vid. también: BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La reducción de la pensión de alimentos...", cit., p. 621.

¹⁶⁷⁶ Resulta lógico que se tengan en cuenta los recursos con lo que cuenten los propios menores, toda vez que el artículo 155.2 del Código Civil impone a los hijos el deber de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas familiares —vid. en este mismo sentido: art. 236-22.1 Cc.Cat.—.

de sus progenitores. Todos estos criterios han sido recogidos también por la mayoría de normas autonómicas¹⁶⁷⁷.

Interesa detenernos especialmente en el criterio relativo al tiempo de permanencia de los menores con cada uno de sus progenitores, ya que mantiene estrecha relación con el régimen de guarda y custodia que se establezca. Este criterio debe ser tenido en cuenta en un doble sentido: por un lado, durante el periodo que cada progenitor está junto al menor, sufragará de forma directa las necesidades alimenticias de éste; y por otro lado, al asumir el cuidado de un menor, dedica un tiempo y un esfuerzo que debe valorarse de alguna manera. Al respecto, hay que tener en cuenta el coste de oportunidad que sufre quien asume de forma preponderante el cuidado de los hijos, pues dedica un tiempo a ello que bien podría destinar por ejemplo a realizar cualquier actividad económica que le reportara un rendimiento dinerario. En este sentido, resulta bastante descriptiva la previsión que recoge el artículo 103.3 del Código Civil, que considera contribución a las cargas familiares el trabajo que uno de los cónyuges dedica a la atención de los hijos comunes sujetos a la patria potestad. Ello puede ponerse en relación también con otro de los criterios que se vienen manejando en el ámbito autonómico: la contribución de cada uno de ellos a las cargas familiares¹⁶⁷⁸.

Cabe advertir, además, que el tiempo que el menor pasa con cada progenitor es un criterio que entrará en juego tanto en los supuestos de custodia

¹⁶⁷⁷ Se refieren a los recursos económicos de cada miembro de la pareja los arts. 82.2 CDFA, 237-9.1 Cc. Cat. y 10.3 Ley del País Vasco 7/2015 —*vid.* también: art. 7.2 de la anulada Ley valenciana 5/2011 y art. 1.5 del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, en la nueva redacción que pretendía dar al artículo 93.3 Cc.—, a las necesidades efectivas de los hijos los arts. 82.2 CDFA, 237-9.1 Cc. Cat. y 10.3 Ley del País Vasco 7/2015 —*vid.* también: art. 7.2 de la anulada Ley valenciana 5/2011 y art. 1.5 del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, en la nueva redacción que pretendía dar al artículo 93.3 Cc.—, a los recursos de los que dispongan los menores el art. 82.2 CDFA, y al tiempo de permanencia de los hijos con cada progenitor los arts. 82.3 CDFA, 233-10.3 Cc.Cat. y 10.3 Ley del País Vasco 7/2015 —*vid.* también: art. 1.5 del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, en la nueva redacción que pretendía dar al artículo 93.3 Cc.—.

¹⁶⁷⁸ *Vid.* art. 10.3 Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 1.5 del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, en la nueva redacción que pretendía dar al artículo 93.3 Cc.

exclusiva como en los de custodia compartida, pues ya hemos visto en su momento que esta última no implica necesariamente que el tiempo de permanencia con uno y otro progenitor resulte idéntico¹⁶⁷⁹.

También merece la pena mencionar la posibilidad de tener en cuenta los pagos en especie realizados por una de las partes¹⁶⁸⁰ y, en concreto, dentro de éstos, la atribución que se haga del uso de la vivienda familiar¹⁶⁸¹. Como veremos con mayor detalle cuando nos refiramos de forma específica al uso de la vivienda familiar¹⁶⁸², cada vez se tiende más a buscar fórmulas para compensar la situación de desventaja en la que queda aquel progenitor que, pese a ser propietario –o copropietario– de una vivienda, se ve privado del uso de la misma tras la ruptura matrimonial. Precisamente, una de esas fórmulas es computar la atribución de dicho derecho de uso –cuando la vivienda pertenezca en todo o en parte al progenitor que no es beneficiario de su uso– como una contribución en especie a los gastos de los menores¹⁶⁸³.

Muy relacionado con el anterior, alguna norma incluye también el lugar en el que se haya fijado la residencia de los hijos entre los criterios para determinar la contribución de cada progenitor a los gastos de los menores¹⁶⁸⁴. Con ello parece que se está aludiendo a las diferencias que pueden existir en el

¹⁶⁷⁹ Vid. Epígrafe 2.2.B) del Capítulo IV.

¹⁶⁸⁰ Vid. STS de 12 de febrero de 1982 y STS de 23 de febrero del 2000. Vid. también: STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2008, SAP de Murcia de 30 de noviembre del 2000 y SAP de Murcia de 12 de julio de 2001.

¹⁶⁸¹ Vid. arts. 233-20.1 y 233-20.7 Cc.Cat. y arts. 5.2 c) y 10.3 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 6.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011 y arts. 1.5 y 1.8 del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, en la nueva redacción que pretendían dar a los artículos 93.3 y 96.4 Cc.

¹⁶⁸² Vid. Epígrafe 3.5 del Capítulo V.

¹⁶⁸³ Vid. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., pp. 246-247; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 369; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 53; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La reducción de la pensión de alimentos...", cit. 624 y "Estudio comparativo...", cit., p. 19. Vid. también: SAP de Barcelona de 30 de enero de 2014.

¹⁶⁸⁴ Vid. art. 10.3 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 1.5 del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, en la nueva redacción que pretendía dar al artículo 93.3 Cc.

coste de la vida dependiendo del área en la que habite el menor. A modo de ejemplo, no es lo mismo vivir en una pequeña localidad que en el centro de una gran ciudad, ya que el coste de vida en esta última suele ser mayor.

Una vez se haya determinado la proporción en la que debe contribuir cada progenitor al mantenimiento de sus hijos menores, habrá que establecer la modalidad concreta en la que se va a hacer efectiva dicha contribución. Existen diferentes posibilidades —asunción directa de los gastos, establecimiento de una pensión de alimentos, creación de una cuenta común, etc.— y, la elección por una u otra, dependerá en gran medida del régimen de guarda y custodia que se adopte.

a) Custodia exclusiva

En los supuestos de custodia exclusiva, lo habitual será que el progenitor custodio contribuya al mantenimiento de sus hijos menores satisfaciendo los gastos que conlleva tener a los hijos en su casa y en su compañía¹⁶⁸⁵ y que el no custodio lo haga a través del pago de una pensión de alimentos¹⁶⁸⁶. De hecho, salvo que el progenitor custodio tenga una capacidad económica muy superior a la del no custodio, el establecimiento del pago de una pensión periódica a cargo de este último se configura como la única opción posible para hacer efectivo el principio de proporcionalidad¹⁶⁸⁷.

Obviamente, durante los periodos en los que el menor esté con el progenitor no custodio como consecuencia del régimen de visitas establecido,

¹⁶⁸⁵ Vid. STSJ de Aragón de 30 de septiembre de 2013 y SAP de Albacete de 15 enero de 2018. Vid. también: SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 54; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La reducción de la pensión de alimentos...", cit., p. 623; y SOLÉ RESINA, Judith, "La guarda y custodia...", cit., p. 139.

¹⁶⁸⁶ Vid. LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 297; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 54; y COSTAS RODAL, Lucía, "Custodia compartida...", cit., p. 163.

¹⁶⁸⁷ A modo de simple mención, lo mismo ocurre cuando la guarda es atribuida a un tercero distinto de los progenitores. En estos casos, su contribución al mantenimiento del menor será siempre a través del establecimiento de una asignación periódica (o pensión) —vid. CLEMENTE MEORO, M., "Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio...", cit., p. 158—.

su alimentación y resto de gastos ordinarios que requieran su cuidado correrán a cargo de éste¹⁶⁸⁸.

b) Custodia compartida

Una vez más, el Código Civil presenta en este punto una regulación muy pobre, pues no prevé nada acerca del modo en el que los progenitores van a contribuir al mantenimiento de sus hijos menores en los supuestos de custodia compartida, lo que le ha costado la crítica de buena parte de la doctrina¹⁶⁸⁹. Tampoco las leyes autonómicas han aportado mucha luz: el Código del Derecho Foral de Aragón es la única norma que realiza una vaga mención al modo en el que puede contribuirse al mantenimiento de los hijos en los supuestos de custodia compartida, al señalar en su artículo 82.3 que «*el juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos*», pero como vemos, tampoco termina de establecer un criterio claro.

Ante la deficitaria regulación de esta cuestión, ha sido la jurisprudencia la que ha ido fijando las diversas modalidades de contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de sus hijos en los supuestos de custodia compartida. Para ello, tiene en cuenta principalmente dos factores¹⁶⁹⁰: la capacidad económica de los progenitores y el tiempo que cada uno de ellos pasa junto al menor —que, como vengo reiterando, no tiene por qué ser idéntico—. Ya hemos visto que estos dos criterios se utilizan también para

¹⁶⁸⁸ Vid. STS de 2 de noviembre de 2011.

¹⁶⁸⁹ Vid. IVARS RUIZ, Joaquín, "La custodia compartida tras la reforma del Código Civil", *Revista internauta de práctica jurídica*, Nº 19, 2007, p. 1; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1448; PÉREZ GALVÁN, María, "Problemas prácticos...", cit., p. 2055; y GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, Silvana, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 91.

¹⁶⁹⁰ Vid. DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 1410; MECO TÉBAR, Fabiola, "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia...", cit., p. 186; y MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, "El reparto de los tiempos de estancia de los hijos menores...", cit., p. 6.

calcular la cuantía en la que debe contribuir cada progenitor, pero ahora voy a analizar su importancia para determinar el modo concreto en el que se va a realizar dicha contribución.

En ocasiones se establece que cada progenitor asuma de forma directa los gastos ordinarios del menor que se generen durante el tiempo que esté en su compañía¹⁶⁹¹. Esta opción de mantenimiento directo parece la más adecuada cuando el tiempo de permanencia del menor con cada progenitor sea equitativo y los recursos de los progenitores sean semejantes.

En otras ocasiones, se abre una cuenta bancaria común en la que se cargan los gastos ordinarios susceptibles de domiciliación y con la que se van sufragando el resto de gastos del menor¹⁶⁹². Los progenitores van aportando dinero a la cuenta, bien de forma igualitaria –cuando dispongan de unos recursos semejantes y el reparto temporal de permanencia con el menor sea similar– o bien de forma proporcional a sus recursos. Tanto doctrina como jurisprudencia parecen coincidir en la conveniencia de que la titularidad de la cuenta tenga carácter mancomunado¹⁶⁹³, de manera que cualquier disposición de su saldo deba realizarse por acuerdo de ambos progenitores. No obstante, a mi modo de ver, dotar a la cuenta de carácter mancomunado puede provocar diversos problemas en la práctica, derivados de la necesidad de obtener el

¹⁶⁹¹ Vid. STS de 19 de julio de 2013. Vid. también: STSJ de Aragón de 15 de diciembre de 2011, SAP de Valencia de 2 de febrero del 2000, SAP de Madrid de 19 de septiembre de 2002, SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002, SAP de Valencia de 22 de julio de 2005, SAP de Valencia de 19 de junio de 2007, SAP de Girona de 23 de octubre de 2007, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de marzo de 2009, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de marzo de 2012, SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2012, SAP de Alicante de 5 de diciembre de 2012, SAP de Alicante de 30 de octubre de 2013, SAP de Barcelona de 30 de enero de 2014, SAP de Valencia de 1 de abril de 2014, SAP de Valencia de 15 de septiembre de 2014, SAP de Castellón de 3 de octubre de 2014 y SAP de Ávila de 10 enero de 2018.

¹⁶⁹² Vid. SAP de Castellón de 10 de abril de 2003, SAP de León de 25 de febrero de 2009, SAP de Madrid de 28 de octubre de 2009, SAP de Barcelona de 27 de enero de 2010 y SAP de Girona de 30 de septiembre de 2010, SAP de Zaragoza de 29 de marzo de 2011, SAP de Cádiz de 3 de octubre de 2012 y SAP de Valencia de 14 de octubre de 2013.

¹⁶⁹³ Vid. DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "La Ley 5/2011, de 1 de abril...", cit., p. 59; y MORERA VILLAR, Beatriz, *Guarda y custodia...*, cit., p. 151. Vid. también: SAP de Madrid de 22 de febrero de 2005, SAP de Madrid de 28 de octubre de 2009, SAP de Valencia de 24 de junio de 2014, SAP de Valencia de 22 de septiembre de 2014 y SAP de Valencia de 19 de mayo de 2015. Vid. también: Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

consentimiento del otro progenitor cada vez que resulte necesario disponer de su saldo para cubrir algún gasto del menor. De hecho, en algunas ocasiones se ha establecido que la cuenta no sea mancomunada sino de titularidad indistinta¹⁶⁹⁴, lo que supone que cada uno de ellos puede disponer del saldo de la misma sin necesidad del consentimiento del otro. Cabe señalar, que esa misma cuenta bancaria puede utilizarse para cubrir también los gastos extraordinarios¹⁶⁹⁵, evitando así —al menos en parte— las posibles discusiones sobre el carácter ordinario o extraordinario de los gastos¹⁶⁹⁶.

Junto a las dos modalidades que hemos visto hasta ahora, también cabe que el principio de proporcionalidad se haga efectivo a través del establecimiento de una pensión de alimentos a cargo de uno de los progenitores¹⁶⁹⁷. Esta modalidad puede resultar recomendable cuando el reparto temporal de permanencia con el menor sea dispar o exista una notable diferencia en la capacidad económica de las partes. De hecho, es posible encontrar muchos pronunciamientos que acuerdan que uno de los progenitores deba entregar al otro una cantidad periódica para la satisfacción de los gastos

¹⁶⁹⁴ Vid. SAP de Barcelona de 16 de julio de 2009.

¹⁶⁹⁵ Vid. SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003 y SAP de Baleares de 24 de enero de 2012.

¹⁶⁹⁶ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa...", cit., pp.24-25.

¹⁶⁹⁷ Vid. RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida: génesis...", cit., p. 156; TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 682; CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores...", cit., p. 1754; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., pp. 481-482 y 531; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1454; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 165; LAUROBA LACASA, María Elena, "Sentencia de 8 de octubre de 2009...", cit., p. 1509; CORDERO CUTILLAS, Iciar, "Algunas consideraciones de la Ley 5/2011...", cit., p. 353; VIÑAS MAESTRE, Dolors, "La concesión de más custodias compartidas...", cit., p. 14; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia compartida aragonesa...", cit., p. 240 y "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 54; MORERA VILLAR, Beatriz, *Guarda y custodia...*, cit., pp. 151-152; TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja...*, cit., p. 98; SOLÉ RESINA, Judith, "La guarda y custodia...", cit., p. 139; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Estudio comparativo...", cit., p. 19; y MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, "Régimen jurídico de la custodia compartida: el interés del menor", en: *La custodia compartida en España —coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego—*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 99. Vid. también: Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

ordinarios de los menores¹⁶⁹⁸. Obviamente, lo normal en estos supuestos es que dicha pensión alimenticia sólo deba abonarse durante los periodos en los que permanece con el progenitor que la va a recibir, pues no tiene sentido que en los lapsos de tiempo en los que se encuentra junto al alimentante éste deba satisfacer una cantidad al otro progenitor¹⁶⁹⁹. Tanto es así, que la jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de alegar la convivencia con el menor como causa de oposición al pago de la pensión de alimentos, por considerar que lo contrario supondría un enriquecimiento injusto del progenitor que recibe dicha pensión¹⁷⁰⁰.

En ocasiones, incluso se establece el pago recíproco de una pensión de alimentos, que cada progenitor abonará al otro en el periodo en el que no se encuentre junto al menor¹⁷⁰¹. Aunque, como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, esta solución puede dar lugar a conflictos innecesarios entre los progenitores¹⁷⁰².

¹⁶⁹⁸ Tanto en nuestro Tribunal Supremo —*vid.* STS de 26 de junio de 2015, STS de 11 de febrero de 2016 y STS de 4 de marzo de 2016— como en la jurisprudencia menor —*vid.* SAP de Valencia de 22 de abril de 1999, SAP de Madrid de 17 de junio de 2004, SAP de Jaén de 9 de mayo de 2005, SAP de Baleares de 29 de junio de 2005, SAP de Valencia de 10 de marzo de 2008, SAP de A Coruña de 17 de abril de 2008, SAP de Valencia de 26 de mayo de 2008, SAP de Guipúzcoa de 27 de junio de 2008, SAP de Valencia de 10 de febrero de 2009, SAP de León de 25 de febrero de 2009, SAP de Asturias de 17 de abril de 2009, SAP de Girona de 13 de octubre de 2009, SAP de Tarragona de 26 de noviembre de 2010, SAP de Tarragona de 16 de diciembre de 2011, SAP de Murcia de 22 de diciembre de 2011, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de marzo de 2012, SAP de Zaragoza de 30 de marzo de 2012, SAP de Zaragoza de 19 de febrero de 2013, SAP de Barcelona de 10 de enero de 2014, SAP de Baleares de 19 de mayo de 2014, SAP de Valencia de 9 de septiembre de 2014 y SAP de Valladolid de 24 enero de 2018—.

¹⁶⁹⁹ *Vid.* TAPIA PARREÑO, José Jaime, "La custodia compartida...", cit., p. 240; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., pp. 165-166; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 54 y "Título II: De las relaciones...", cit., p. 205; y COSTAS RODAL, Lucía, "Custodia compartida...", cit., p. 165. *Vid.* también: SAP de Valencia de 22 de abril de 1999, Auto de la AP de Granada de 3 de octubre del 2000, SAP de Madrid de 17 de junio de 2004, SAP de Valencia de 10 de marzo de 2008 y SAP de Asturias de 17 de abril de 2009.

¹⁷⁰⁰ *Vid.* Auto de la AP de Barcelona de 7 de febrero de 2006: «probado el periodo de convivencia en el que el hijo común vivió también con el ejecutado, no procede mantener la obligación de abono de la pensión por éste en aquel periodo, pues ello motivaría una situación de enriquecimiento injusto a favor del acreedor y en contra de la persona obligada al pago».

¹⁷⁰¹ *Vid.* SAP de Valencia de 27 de mayo de 1997 y SAP de Girona de 25 de febrero de 2001.

¹⁷⁰² *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida...", cit., p. 166.

Además, también es muy frecuente establecer sistemas mixtos, como por ejemplo, que cada progenitor sufrague los gastos derivados de su convivencia con el menor – básicamente, los de comida y habitación– y, para cubrir el resto de gastos ordinarios –ropa, material escolar, etc.–, se abra una cuenta común a la que ambos padres contribuyan de forma igualitaria o proporcional¹⁷⁰³.

Otro sistema mixto es aquél en el que cada progenitor sufraga los gastos ordinarios del menor mientras esté con él y, además, uno de ellos –el que tenga mayor capacidad económica– paga al otro una cantidad periódica en concepto de pensión de alimentos¹⁷⁰⁴, o bien se hace cargo de forma directa de determinados gastos –facturas de material escolar, recibos de actividades extraescolares, cuotas del AMPA, etc.–¹⁷⁰⁵.

En ocasiones, también se acuerda que se cree una cuenta bancaria común –a la que las partes contribuyan bien de forma igualitaria o bien en función de su capacidad económica– en la que se vayan cargando los gastos fijos, y que ello se complemente además con el pago de una pensión de alimentos por parte del progenitor que tenga una situación económica más desahogada¹⁷⁰⁶.

En realidad, son muchas las posibles combinaciones que pueden darse, por lo que habrá que valorar qué sistema resulta más adecuado atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso.

¹⁷⁰³ Vid. SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003, SAP de Barcelona de 2 de diciembre de 2003, SAP de Madrid de 22 de febrero de 2005, SAP de Alicante de 1 de febrero de 2007, SAP de Barcelona de 4 de julio de 2007, SAP de Alicante de 24 de abril de 2009, SAP de Barcelona de 16 de julio de 2009, SAP de Valencia de 21 de febrero de 2011, SAP de Baleares de 24 de enero de 2012, SAP de Valencia de 14 de octubre de 2014, SAP de Valencia de 14 de noviembre de 2013, SAP de Valencia de 26 de mayo de 2014, SAP de Valencia de 16 de junio de 2014, SAP de Valencia de 30 de junio de 2014, SAP de Valencia de 8 de septiembre de 2014 y SAP de Castellón de 8 de octubre de 2014.

¹⁷⁰⁴ Vid. SAP de Valencia de 1 de marzo de 2005, SAP de Zaragoza de 27 de marzo de 2012 y SAP de Valencia de 21 de octubre de 2013.

¹⁷⁰⁵ Vid. STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008 y de 5 de septiembre de 2008.

¹⁷⁰⁶ Vid. SAP de Zaragoza de 19 de julio de 2012.

Por último, ya hemos visto en su momento que es posible fijar un régimen de visitas también en los supuestos de custodia compartida, lo que resulta desde luego conveniente cuando los periodos de alternancia sean muy amplios¹⁷⁰⁷. En estos casos, al igual que ocurre en los supuestos de custodia exclusiva, los gastos ordinarios del menor correrán a cargo del progenitor que se encuentre junto al menor durante el periodo de visitas¹⁷⁰⁸.

B) Gastos extraordinarios

Pasamos ahora a analizar las reglas que deben seguirse para determinar la cuantía y el modo en el que va a contribuir cada progenitor a sufragar los gastos extraordinarios. Dada su naturaleza, cabe entender que ya no será tan relevante el régimen de custodia adoptado o el tiempo de permanencia del menor con cada progenitor, sino que se tendrá en cuenta especialmente la capacidad económica de cada uno. De hecho, las normas que se han referido específicamente a la contribución de los progenitores a los gastos extraordinarios mencionan dicho criterio como el único a tener en cuenta¹⁷⁰⁹.

Cuando la capacidad económica de las partes es semejante, lo normal es que se establezca que cada progenitor asuma el pago de la mitad de los gastos extraordinarios¹⁷¹⁰. Cuando no es así, habrá que determinar el porcentaje en el

¹⁷⁰⁷ Vid. Epígrafe 1.1.B) del Capítulo V.

¹⁷⁰⁸ Vid. STS de 2 de noviembre de 2011.

¹⁷⁰⁹ Vid. art. 82.4 CDFA y art. 10.3.2 Ley del País Vasco 7/2015. La misma regla recogían también la anulada Ley valenciana 5/2011 —art. 7.3— y el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —art. 1.5 del Anteproyecto, en la nueva redacción que hubiera dado al art. 93.2.3Cc.—.

¹⁷¹⁰ Vid. Así lo establece tanto el Tribunal Supremo —vid. STS de 19 de julio de 2013— como la jurisprudencia menor —vid. SAP de Valencia de 2 de febrero del 2000, SAP de Madrid de 17 de septiembre de 2002, SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003, SAP de Valencia de 22 de julio de 2005, SAP de Valencia de 12 de septiembre de 2006, SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, SAP de Girona de 23 de octubre de 2007, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de marzo de 2009, SAP de Girona de 13 de octubre de 2009, SAP de Valencia de 21 de febrero de 2011, SAP de Alicante de 17 de mayo de 2011, SAP de Zaragoza de 29 de marzo de 2011 y SAP de Valencia de 16 de julio de 2014—. Vid. también: TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja...*, cit., p. 191.

que debe contribuir cada progenitor, que a modo de ejemplo se puede situar en un 60% - 40%¹⁷¹¹, en un 75% - 25%¹⁷¹², en un 80% - 20%¹⁷¹³, etc.

Lo más recomendable es que dicha aportación se lleve a cabo creando una cuenta común en la que cada progenitor vaya ingresando de forma igualitaria o proporcional, en función de lo que se haya establecido en el convenio regulador o la sentencia¹⁷¹⁴. No obstante, también puede pensarse en otras alternativas, como que el gasto sea sufragado por el progenitor que esté en cada momento junto al menor y el otro deba abonarle posteriormente la cantidad que corresponda del importe que haya pagado; o que lo pague uno cualquiera de los dos, si por ejemplo, el pago se puede hacer mediante transferencia y que luego el otro le abone su parte –en el caso de que no lo haga voluntariamente, el que haya realizado el pago podrá reclamárselo judicialmente de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 776.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–.

Independientemente de la modalidad por la que se opte, existe unanimidad en nuestra jurisprudencia¹⁷¹⁵ y doctrina¹⁷¹⁶ en considerar que, para que se pueda reclamar a un progenitor que contribuya a un gasto extraordinario, es preciso que previamente se haya recabado y obtenido su consentimiento para realizarlo, debiendo justificar suficientemente la necesidad

¹⁷¹¹ Vid. SAP de Castellón de 10 de abril de 2003, SAP de Barcelona de 4 de julio de 2007, SAP de Alicante de 24 de abril de 2009 y SAP de Valencia de 24 de junio de 2014.

¹⁷¹² Vid. STSJ de Aragón de 12 de abril de 2012.

¹⁷¹³ Vid. SAP de Zaragoza de 19 de junio de 2012.

¹⁷¹⁴ Vid. LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 300; y ENCABO LUCINI, Emilio y ROMERO CORELL, Juan, *Custodia consensuada...*, cit., p. 126.

¹⁷¹⁵ Vid. SAP de Madrid de 27 de enero de 2006, SAP de Murcia de 7 de noviembre de 2006, SAP de Salamanca de 30 de octubre de 2007 y SAP de Madrid de 18 de enero de 2008.

¹⁷¹⁶ Vid. IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil...*, cit., p. 128; LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 300; NUÑEZ BOLAÑOS, María, "Ejecución forzosa...", cit., p. 183; FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, "La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010...", cit., p. 212; y SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia compartida aragonesa...", cit., p. 242 y "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 53.

del gasto y su importe¹⁷¹⁷. En defecto de dicho consentimiento, parece que será necesaria autorización judicial previa a su realización¹⁷¹⁸. No obstante, como excepción a lo anterior, cabe entender que, cuando se trate de un gasto urgente e inaplazable —ej. gastos médicos que no admitan demora y que no estén cubiertos por la seguridad pública, mutualidad o seguro médico privado—, podrá realizarse sin el previo consentimiento del otro progenitor ni autorización judicial¹⁷¹⁹.

C) Gastos voluntarios

En defecto de acuerdo entre los progenitores, cabe entender que los gastos voluntarios los abonará exclusivamente aquél que haya decidido su realización¹⁷²⁰ —salvo que las partes hayan pactado otra cosa—. En el caso de que los progenitores hayan acordado acometer un gasto voluntario pero no el modo en el que cada uno va a contribuir a sufragarlo, parece lógico entender que lo harán siguiendo el principio de proporcionalidad, es decir, cada uno de ellos aportará en función de su capacidad económica¹⁷²¹.

¹⁷¹⁷ Vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 53.

¹⁷¹⁸ Téngase en cuenta que el artículo 156.2 Cc., que se refiere a los supuestos de desacuerdo entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, se limita a facultarles para que puedan acudir al juez a fin de que éste otorgue a uno u otro la capacidad de decidir; y, por ende, no ampara que la decisión pueda tomarse prescindiendo del consentimiento del otro progenitor y de la autorización del juez.

¹⁷¹⁹ Vid. NUÑEZ BOLAÑOS, María, "Ejecución forzosa...", cit., p. 183; SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia compartida aragonesa...", cit., p. 242 y "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 53.

¹⁷²⁰ De hecho, ésta es la regla que recogen algunas normas autonómicas —vid. art. 82.4 CDFV y art. 10.3.2 Ley del País Vasco 7/2015—, y es la que preveía también el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —art. 1.5 del Anteproyecto, en la nueva redacción que hubiera dado al art. 93.2.3Cc.—.

¹⁷²¹ Vid. IGLESIAS REINA, Marta, *Custodia compartida...*, cit., p. 113.

2.5. Incumplimiento de la obligación de prestar alimentos a los hijos menores

En caso de incumplimiento por parte de cualquiera los progenitores de su obligación de prestar alimentos a sus hijos menores, el juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del ministerio fiscal, dictará las medidas cautelares que procedan –embargos, garantías, retenciones, etc.¹⁷²² – para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo –art. 158.1.1 Cc.–. También se prevé la posibilidad de imponer multas coercitivas –art. 776.1 Lec.–.

Cuando el incumplidor es el progenitor custodio –bien porque debiendo satisfacer directamente los alimentos no lo hace o bien porque tratándose de un supuesto de custodia compartida en el que se ha fijado una pensión de alimentos, no la abona– puede dar lugar incluso a la modificación del régimen de guarda y custodia. Téngase en cuenta que dicho incumplimiento supone un menoscabo de la satisfacción de las necesidades del menor, y, por ende, puede ser considerado una alteración de las circunstancias en los términos exigidos por el art. 90.3 Cc.¹⁷²³.

Además, el incumplimiento de la obligación de alimentos constituye una causa de desheredación –art. 854.2 Cc.– y también puede dar lugar a un delito de abandono de familia, castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses –art. 227.1 CP–.

Por último, cabe señalar que, para paliar los problemas derivados del incumplimiento de la obligación de alimentos por una de las partes y garantizar que el menor tenga cubiertas sus necesidades, la Disposición adicional única de la Ley 15/2005 previó la creación de un “Fondo de garantía de pensiones”. En cumplimiento de dicha previsión, la Disposición adicional número cincuenta y tres de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del

¹⁷²² *Vid.* CLEMENTE MEORO, M., "Las relaciones paterno-filiales (II)", cit., p. 469.

¹⁷²³ Sobre la posibilidad de modificar el régimen de guarda y custodia como consecuencia de los incumplimientos del progenitor custodio, *vid.* Epígrafe 1.4.F) del Capítulo VI.

Estado para el año 2007, creó el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, cuyo funcionamiento se regula mediante el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos. No obstante, tal y como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, es cuestionable que sirva efectivamente para garantizar el pago de las pensiones alimenticias reconocidas, toda vez que la cuantía máxima de los anticipos es de cien euros mensuales y, además, se exigen unos complejos requisitos para percibirlos¹⁷²⁴.

3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Normalmente, la vivienda es el principal activo que integra el patrimonio familiar, por lo que la atribución de su uso es una de las cuestiones que más problemas genera en los procesos de separación o divorcio¹⁷²⁵. Y es que, aunque nada impide que tras la ruptura matrimonial ambos progenitores permanezcan en la vivienda que constituyó el domicilio familiar — bien porque continúen conviviendo o bien porque la vivienda tenga unas dimensiones tan amplias que permitan su distribución y división material¹⁷²⁶ —, lo normal es que no sea así y resulte necesario dar un destino a la vivienda, o lo que es lo mismo, determinar quién va a permanecer en el uso de la misma¹⁷²⁷.

El fundamento constitucional del derecho de uso de la vivienda familiar al que me voy a referir se encuentra en los artículos 47 y 39 de nuestra

¹⁷²⁴ *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. p. 203.

¹⁷²⁵ *Vid.* VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Incidencia en la modificación de medidas...", cit., p. 1635.

¹⁷²⁶ Esta es la solución a la que se llegó en los supuestos enjuiciados por la STS de 30 de abril de 2012 y por la SAP de Burgos de 30 de junio de 2006.

¹⁷²⁷ Cabe pensar en la posibilidad de poner a la venta la vivienda familiar, una opción que ha previsto expresamente el Derecho aragonés —art. 81.4 CDFR—. No obstante, y aun sin negar que es una posible solución para evitar las numerosas controversias que pueden plantearse en torno a la atribución de su uso, lo cierto es que no siempre resulta compatible con el interés del menor o del cónyuge más necesitado de protección.

Carta Magna¹⁷²⁸. El primero recoge el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y el segundo proclama el principio de protección de la familia –en su párrafo primero–, así como de protección integral de los hijos –en su segundo párrafo–.

Tanto el Código Civil –arts. 90.1 c), 96 y 103.2– como las normas autonómicas que regulan la guarda y custodia¹⁷²⁹ –a excepción de la navarra– han previsto las reglas para la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura matrimonial de la pareja. A continuación pasaré al análisis de dichas reglas, en las que como veremos, juega un papel trascendental el régimen de guarda y custodia que se haya adoptado.

Como podrá observar el lector, en este apartado voy a alterar ligeramente el orden expositivo que he seguido en los dos apartados precedentes, ya que comenzaré refiriéndome a las reglas de atribución del uso de la vivienda, para luego pasar a analizar otras cuestiones, como el concepto de vivienda familiar, los elementos subjetivos, la naturaleza jurídica del derecho de uso, la posible compensación económica por la pérdida del derecho o los motivos que pueden llevar a su extinción. La razón es que, un previo análisis de las reglas para la atribución del derecho de uso de la vivienda, nos permitirá entender mucho mejor todas estas cuestiones.

3.1. Reglas para la atribución del uso de la vivienda familiar

A) Atribución del derecho de uso por acuerdo de las partes

¹⁷²⁸ Vid. MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar, "Derecho de uso de la vivienda familiar y atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial", *LandAS: International Journal of Lands Law and Agricultural Science*, Nº 5, 2011, p. 14.

¹⁷²⁹ Vid. arts. 77.2 c) y 81 CDFV, arts. 231-1 f), 233-2.3 b), 233-20, 233-21, 233-22, 233-23, 233-24 y 233-25 Cc.Cat. y arts. 5.2 b) y 12 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: arts. 4.2 c) y 6 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

Como una manifestación más del principio de autonomía de la voluntad de las partes que rige con carácter general en nuestro Derecho civil, los progenitores pueden decidir de mutuo acuerdo el destino de la que ha constituido la vivienda familiar durante su convivencia matrimonial – arts. 90.1 c) y 96.1 Cc. –. Ello, obviamente, sin perjuicio de la necesaria homologación judicial de dicho acuerdo.

No en vano, tanto el Código Civil – art. 90.1 c) – como las normativas autonómicas que han entrado a regular en esta materia¹⁷³⁰, exigen que la atribución del uso de la vivienda familiar se incluya dentro del convenio regulador. Ello no quiere decir, obviamente, que las partes estén obligadas a atribuir en todo caso a uno o a otro el uso de la vivienda, pues también cabe la posibilidad de que decidan no realizar atribución alguna de su uso¹⁷³¹. En ese caso, parece razonable entender que deberán justificar las razones que les han llevado a adoptar tal solución, trasladándose entonces al juez la tarea de comprobar que el acuerdo adoptado por las partes no resulte dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para cualquiera de los cónyuges.

En cuanto a los planes de ejercicio conjunto de la patria potestad, el único Derecho vigente que prevé su contenido – el catalán – no exige que se incluya dentro del mismo la atribución que se haga del uso de la vivienda familiar – art. 233-9.2 Cc.Cat. –. Como he anticipado al referirme a los referidos planes¹⁷³², no considero acertada la postura del legislador catalán en este punto, pues aunque pueda parecer que se trata de una medida que en puridad no afecta directamente al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores, lo cierto es que el derecho de habitación del menor se integra dentro de la obligación de alimentos que incumbe a sus progenitores¹⁷³³, respecto de la que

¹⁷³⁰ Vid. art. 77.2 c) CDFA, art. 233-2.3 b) Cc.Cat. y art. 5.2 c) Ley del País Vasco 7/2015.

¹⁷³¹ Por ejemplo, porque decidan dar un destino distinto a la vivienda – venta, alquiler, etc. – o porque ésta no sea propiedad de los padres – precario, etc. –.

¹⁷³² Vid. Epígrafe 3.1.A) del Capítulo III.

¹⁷³³ Vid. en este sentido: STS de 14 de abril de 2011, STS de 21 de junio de 2011, STS de 30 de septiembre de 2011 y STS de 21 de mayo de 2012.

no existe duda acerca de su inclusión dentro de las obligaciones inherentes a la patria potestad —art. 154.3.1 Cc.—. Por ello, me parece que resultaba más acertada la opción que seguía la anulada Ley valenciana 5/2011, que sí incluía la atribución del uso de la vivienda familiar dentro del contenido preceptivo del plan de ejercicio conjunto de la patria potestad —art. 4.2 c)—.

B) Atribución judicial del derecho de uso

Como puede deducirse de lo expuesto en el epígrafe anterior, la intervención del juez se reserva únicamente para aquellos supuestos en los que las partes no hayan sido capaces de alcanzar un acuerdo acerca de la atribución del uso de la vivienda familiar, o bien dicho acuerdo no haya resultado aprobado por el juez —arts. 96.1 y 103.1.2 Cc.—¹⁷³⁴.

Para llevar a cabo esta labor, el primer aspecto que deberá valorar el juez es si existen o no hijos menores¹⁷³⁵, pues en caso afirmativo, será primordial garantizar su derecho de habitación. Téngase en cuenta que, como ha declarado en más de una ocasión nuestro Tribunal Supremo, «los menores precisan de alimentos, que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y, entre los alimentos, se encuentra la habitación»¹⁷³⁶. Además, la inclusión del derecho de habitación dentro de la obligación de alimentos se prevé también en el artículo 142 del Código Civil¹⁷³⁷.

¹⁷³⁴ La misma regla se recoge en el ámbito autonómico: arts. 233-1.1 f) y 233-20.2 Cc.Cat. y art. 12.1 Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 6.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁷³⁵ *Vid.* BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 743, 2014, p. 1353 y "Estudio comparativo...", cit., p. 21; y ZUMAQUERO GIL, Laura, "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar...", cit., pp. 116-117.

¹⁷³⁶ *Vid.* STS de 14 de abril de 2011, STS de 21 de junio de 2011, STS de 30 de septiembre de 2011 y STS de 21 de mayo de 2012. *Vid.* también: LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven...", cit., p. 90 y "La atribución del uso de la vivienda familiar y el destino del ajuar familiar...", cit., p. 78 y "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia...", cit., p. 55; LÓPEZ JARA, Manuel, "La sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 131.

¹⁷³⁷ Ya hemos visto que, aun cuando el artículo 142 se refiere a la genérica obligación de alimentos entre parientes, resulta de aplicación también a la obligación de alimentos que incumbe a los padres respecto a sus hijos menores —*vid.* Epígrafe 2.1 del Capítulo V—.

Pero junto a la posible presencia de hijos menores, el juez también deberá tener en cuenta otros aspectos, como el título o derecho en virtud del cual se ocupa la vivienda familiar, así como cuál de los cónyuges es el titular del mismo, o si pertenece a ambos.

a) Presencia de hijos menores en el matrimonio e incidencia del régimen de guarda y custodia en la atribución del uso de la vivienda familiar

Como he adelantado, el primer elemento a tener en cuenta es si existen o no hijos menores. Así, para los casos en los que el matrimonio no cuente con hijos menores en el momento de la ruptura, el Código Civil prevé como único criterio a seguir para la atribución del uso de la vivienda familiar el del interés más necesitado de protección —art. 96.3 y 103.1.2 Cc.—¹⁷³⁸. Respecto a aquellos casos en los que el matrimonio sí cuente con hijos menores en el momento de la ruptura —que es el supuesto que aquí nos interesa—, la atribución del uso de la vivienda familiar estará condicionada por el régimen de guarda y custodia que se establezca. A continuación paso a exponer las reglas previstas para las diferentes modalidades de guarda y custodia:

i) Guarda y custodia exclusiva sin separación de hermanos

En los supuestos en los que se fija un régimen de guarda y custodia exclusiva sin separación de hermanos, el artículo 96.1 del Código Civil establece que el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya

¹⁷³⁸ En el ámbito autonómico, sólo el Código Civil de Cataluña se refiere expresamente a los supuestos en los que no existen hijos menores, previendo también como único criterio a seguir el del interés más necesitado de protección—art. 233-20.3 d)—. En el resto de Derechos autonómicos, a falta de mención expresa, habrá que tratar de colmar la laguna existente llevando a cabo un proceso de integración desde la propia norma autonómica, es decir, buscando un precepto en dicha norma que pueda aplicarse analógicamente a aquellos supuestos en los que el matrimonio no cuenta con hijos menores en el momento de la ruptura. En este sentido, parece que podría tomarse en consideración el criterio que prevén dichas normas autonómicas para los casos en los que se adopta un régimen de custodia compartida: la mayor dificultad de acceso a una vivienda —*vid.* art. 81.1 CDFA y art. 12.4 Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 6.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011—. Sólo en defecto de lo anterior, cabría pensar en la posibilidad de aplicar el Derecho común en su condición de derecho supletorio —art. 149.3 CE—, en cuyo caso el criterio a seguir sería una vez más el del interés más necesitado de protección, por ser el que prevé nuestro Código Civil —*vid.* LÓPEZ AZCONA, Aurora, "La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar...", cit., pp. 76-77. *Vid.* también: SAP de Zaragoza de 16 de diciembre de 2014 y de 15 de septiembre de 2015—.

compañía queden. No obstante, el propio Código se contradice y en su artículo 103.2, en sede de medidas provisionales, establece como criterio para la adjudicación de la vivienda el del interés más necesitado de protección, que puede coincidir con el supuesto recogido en el artículo 96.1, pero que no tiene por qué ser así necesariamente¹⁷³⁹. Además, se plantea el problema de cómo concretar en cada supuesto qué interés es el más necesitado de protección, pues nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado¹⁷⁴⁰. Al respecto, doctrina y jurisprudencia han propuesto algunos factores a tener en cuenta, como la capacidad económica¹⁷⁴¹ y la situación laboral y personal¹⁷⁴² —edad, estado de salud, etc.— de cada uno de los cónyuges o la titularidad dominical de la vivienda familiar¹⁷⁴³.

Las normas autonómicas que han regulado esta cuestión también prevén que el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden¹⁷⁴⁴. Y la misma regla se deducía del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹⁷⁴⁵.

¹⁷³⁹ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 31.

¹⁷⁴⁰ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 43—.

¹⁷⁴¹ Vid. LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 296; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 368; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Incidencia en la modificación de medidas...", cit., p. 1653; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La atribución judicial de la vivienda familiar...", cit., p. 17; y ZUMAQUERO GIL, Laura, "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 124.

¹⁷⁴² Vid. ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lisette, *La Guarda y Custodia Compartida...*, cit., p. 281; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Incidencia en la modificación de medidas...", cit., p. 1653; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La atribución judicial de la vivienda familiar...", cit., p. 18; y ZUMAQUERO GIL, Laura, "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 124.

¹⁷⁴³ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 368; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La atribución judicial de la vivienda familiar...", cit., pp. 17-18.

¹⁷⁴⁴ Vid. art. 81.2 CDFA, art. 233-20.2 Cc.Cat. y art. 12.2 Ley del País Vasco 7/2015. En el caso de la anulada Ley valenciana 5/2011, no recogía expresamente dicha regla, aunque sí preveía que el uso de la vivienda familiar se atribuyera en función de lo que fuera más conveniente para los hijos e hijas menores —art. 6.1—.

¹⁷⁴⁵ Vid. párrafos 2 y 3 del artículo 96 Cc., en la nueva redacción que pretendía darle el art. 1.8 del Anteproyecto —vid. en este sentido: Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit., p. 53—.

El principal problema ante el que nos encontramos consiste en determinar si la atribución de la vivienda al progenitor custodio constituye una regla taxativa o, por el contrario, admite excepciones. En el caso de las normas autonómicas no se plantean grandes dudas al respecto, toda vez que condicionan la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio a que ello sea lo más conveniente para el interés superior de los menores¹⁷⁴⁶ o, en el caso de Aragón, de las relaciones familiares¹⁷⁴⁷ —dentro de las cuales, puede incluirse también el interés superior del menor—. Además, algunas de ellas —en concreto, la catalana y la vasca, así como la anulada Ley valenciana— establecen expresamente un supuesto específico en el que cabría no realizar atribución alguna de la vivienda¹⁷⁴⁸ o incluso asignársela al progenitor no custodio: cuando el cónyuge a quien corresponde la guarda tenga medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos¹⁷⁴⁹. La misma previsión recogía el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴⁶ Vid. art. 12.2 Ley del País Vasco 7/2015.

¹⁷⁴⁷ Vid. art. 81.2 CDFA.

¹⁷⁴⁸ La posibilidad de que el juez no atribuya la vivienda familiar a ninguno de los progenitores quedaría amparada así mismo por el Derecho aragonés, pues aunque no la recoge expresamente, el artículo 81.4 CDFA señala que el juez acordará la venta de la vivienda familiar en el momento de decretar la separación o el divorcio si ello es necesario para unas adecuadas relaciones familiares, lo que en la práctica supone que no habrá asignación del uso de la misma a ninguno de los cónyuges.

¹⁷⁴⁹ En este sentido, el Código Civil de Cataluña admite en su artículo 233-21.1 a) que el juez no atribuya el uso de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores cuando el cónyuge que sería beneficiario dicho derecho de uso por razón de la guarda de los hijos tenga medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.; y en su artículo 233-20.4 permite incluso que el juez pueda atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tenga la guarda y custodia si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. Esta última regla ha sido prevista también por la Ley del País Vasco 7/2015 en su artículo 12.3 —y en términos semejantes se pronunciaba también la anulada Ley valenciana 5/2011 en su artículo 6.2, al señalar que en ningún caso se adjudicaría una vivienda a quien fuera titular de derechos sobre otra vivienda que le facultaran para ocuparla como tal residencia familiar—.

¹⁷⁵⁰ El mencionado Anteproyecto de Ley señalaba que «*el Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere*

Pero nuestro Código Civil no ha contemplado la posibilidad de que el juez no realice atribución alguna de la vivienda o se la asigne al progenitor no custodio, lo que ha provocado que en la doctrina y jurisprudencia aparezcan dos posiciones encontradas acerca del modo en el que debe interpretarse el artículo 96.1 Cc.:

Por un lado, una parte de la doctrina¹⁷⁵¹ —y también algún pronunciamiento en la jurisprudencia¹⁷⁵²— sostiene que el mencionado precepto recoge una presunción *iuris et de iure* de que el interés del menor es el más necesitado de protección en estos supuestos. Desde este punto de vista, las previsiones que recoge el artículo 96.1 Cc. tendrían carácter imperativo y se deberían aplicar de forma automática, sin que el juez pudiera resolver en otro sentido.

Sin embargo, el sector mayoritario de la jurisprudencia menor¹⁷⁵³ y de la doctrina¹⁷⁵⁴ señala que lo que recoge el artículo 96.1 Cc. es una presunción *iuris tantum*, de tal manera que cabría prueba en contrario, que consistiría precisamente en demostrar que en el caso concreto el interés superior del menor está ya salvaguardado de otro modo. Ello ocurrirá principalmente en aquellos supuestos en los que el progenitor custodio cuente con una vivienda que permita atender a las necesidades habitacionales de los hijos —o bien con los recursos necesarios para adquirirla—.

compatible con el interés superior de éstos» —art. 1.8 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al art. 96.2.2 Cc.—

¹⁷⁵¹ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La reforma de la Ley del divorcio...", cit., p. 3; ESCUDERO BERZAL, Beatriz, "Custodia compartida...", cit., pp. 48 y 49; y UREÑA CARAZO, Belén, "Vivienda familiar y custodia compartida...", cit., p. 7.

¹⁷⁵² Vid. SAP de Málaga de 1 de septiembre de 2005.

¹⁷⁵³ Vid. SAP de Granada de 3 de enero de 2006, SAP de León de 12 de mayo de 2006, SAP de Las Palmas de 18 de mayo de 2007 y SAP de Málaga de 13 de noviembre de 2014.

¹⁷⁵⁴ Vid. GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Menores...", cit., p. 1002; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La atribución judicial de la vivienda familiar...", cit., pp. 16-17; MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, "Limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 118 y 123; ; SANTOS MORÓN, María, "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, Núm. 3, 2014, p. 3; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", cit., p. 1355; y ZUMAQUERO GIL, Laura, "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 119.

El Tribunal Supremo tampoco termina de ponerse de acuerdo acerca del carácter *iuris tantum* o *iuris et de iure* de la presunción que recoge el artículo 96 Cc. Si bien son muchas las sentencias en las que ha señalado que la regla de atribuir la vivienda a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden es taxativa y no admite interpretaciones limitadoras mientras los hijos sean menores¹⁷⁵⁵, lo cierto es que en ocasiones se ha apartado de dicha regla, obviamente siempre en supuestos en los que el menor tenía cubiertas sus necesidades de habitación a través de otros medios¹⁷⁵⁶.

A mi modo de ver, siguiendo la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, resultaría más razonable llevar a cabo una interpretación abierta del artículo 96.1 Cc. y considerar que nos encontramos ante una presunción *iuris tantum*. Y es que, parece que el objeto perseguido por la ley no es otro que el de asegurar el derecho de habitación del menor, por lo que una vez que el cumplimiento de dicho fin esté garantizado, considero que no habría problema en que no se realice atribución alguna del uso de la vivienda familiar o incluso que se atribuya al no custodio¹⁷⁵⁷. De hecho, si el propio artículo 96.1 Cc. admite que las partes puedan acordar una solución diferente a la atribución de la vivienda al progenitor custodio sin que ello se considere *per se* contrario al interés del menor, carece de lógica pensar que si es el propio juez el que adopta tal decisión sí va a resultar necesariamente contraria a dicho interés¹⁷⁵⁸.

¹⁷⁵⁵ Vid. STS de 14 de abril de 2011, de 13 de julio de 2012, de 30 de septiembre y de 17 de octubre de 2013 y de 3 de abril de 2014 —entre otras—.

¹⁷⁵⁶ Vid. STS de 29 de marzo de 2011: «(...) cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en el que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuera posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia». Vid. también: STS de 17 de junio de 2013 y de 6 de abril de 2016.

¹⁷⁵⁷ Vid. en el mismo sentido: SANTOS MORÓN, María, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 33.

¹⁷⁵⁸ Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, "Sentencia 16 enero 2015. Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia...", cit., pp. 64-65; y ZUMAQUERO GIL, Laura, "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 145.

No obstante, reconozco que la interpretación que defiendo puede ser discutible si atendemos a la literalidad del artículo 96.1 Cc. Hay quien ha tratado de salvar dicho escollo argumentado que el artículo 103.2 Cc., que se refiere genéricamente al interés más necesitado de protección –que no tiene por qué ser necesariamente el del menor–, es el principio que debe informar todas las normas que afectan a la atribución del uso de la vivienda familiar¹⁷⁵⁹. Sin embargo, considero que resulta cuanto menos extraño que el legislador haya decidido incluir dicho principio fuera del artículo 96 Cc., que es el que regula de forma específica esta cuestión.

Creo que lo conveniente sería que se acometiera una reforma del artículo 96.1 Cc. en la que se aclarara de una vez por todas si nos encontramos ante una norma imperativa o bien ante una regla general que admite excepciones cuando las circunstancias así lo aconsejen.

Y es que, de lo que no cabe duda es de que habrá supuestos en los que concurren circunstancias que hagan especialmente aconsejable la atribución de la vivienda al progenitor no custodio, como por ejemplo cuando éste padezca algún tipo de enfermedad o minusvalía¹⁷⁶⁰, o bien ejerza una actividad profesional en el propio domicilio¹⁷⁶¹. Incluso pueden darse casos en los que el interés del menor se vea protegido en mayor medida atribuyendo la vivienda al progenitor no custodio que atribuyéndosela al custodio. Piénsese, por ejemplo, en un supuesto en el que el progenitor custodio tenga un elevado poder adquisitivo y sin embargo el no custodio no pueda ni siquiera sufragar el alquiler de una vivienda digna. Pues bien, en este caso la atribución de la vivienda familiar al progenitor no custodio resultará lo más conveniente para el

¹⁷⁵⁹ Vid. PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La atribución judicial de la vivienda familiar...", cit., p. 16; ZUMAQUERO GIL, Laura, "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar...", cit., pp. 119-120.

¹⁷⁶⁰ En este sentido, no parecen muy razonables las soluciones a las que llega la Audiencia Provincial de Zaragoza en sus sentencias de 2 de enero de 2001 y de 10 de enero de 2002. En la primera de ellas, atribuye la vivienda familiar al progenitor custodio, pese a que el otro padecía una enfermedad que le obligaba a ir en silla de ruedas. En cuanto a la segunda, también atribuye la vivienda al progenitor custodio, aun cuando al otro progenitor era parapléjico y la vivienda estaba especialmente adaptada para él.

¹⁷⁶¹ Vid. GIRALT PAGÉ, Nuria, "Las modalidades de guarda y custodia...", cit., p. 800.

interés del menor, ya que dispondrá de un lugar para relacionarse con el progenitor que no convive con él¹⁷⁶².

Por último, cabe señalar que establecer la atribución automática de la vivienda familiar al progenitor custodio puede incidir en la posición negociadora de las partes y constituir un obstáculo para que éstas acuerden un régimen de custodia compartida¹⁷⁶³. Téngase en cuenta que aquel progenitor que cuente con que previsiblemente recibirá la guarda y custodia de los hijos, es probable que no esté dispuesto a llegar a un acuerdo por el que se establezca un régimen de custodia compartida si sabe con ello está renunciando también al derecho de uso sobre la vivienda familiar.

En otro orden de cosas, también cabe pensar en la posibilidad de que el derecho habitacional del menor pueda satisfacerse a través de la atribución de una vivienda distinta de la familiar. Una vez más, el Código Civil guarda silencio al respecto, pero en el ámbito autonómico sí que se ha planteado esta opción: tanto el Código Civil de Cataluña –art. 233-20.6– como la Ley del País Vasco 7/2015 –art. 12.6– prevén expresamente la posibilidad de sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias, si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos menores.

Ante el silencio de nuestro Código Civil, ha sido el Tribunal Supremo el que se ha pronunciado al respecto, pero nuevamente no ha seguido un criterio uniforme. Y es que, pese a que en algunos pronunciamientos se ha posicionado en favor de admitir la posibilidad de atribuir otras viviendas distintas a la familiar¹⁷⁶⁴, lo cierto es que en otras ocasiones se muestra contrario a ello¹⁷⁶⁵.

¹⁷⁶² Vid. CORDERO CUTILLAS, Iciar, "Algunas consideraciones de la Ley 5/2011...", cit., p. 359.

¹⁷⁶³ Vid. BETELU SEMINARIO, Virginia, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 97.

¹⁷⁶⁴ Vid. STS de 10 de octubre de 2011, en la que señala que «el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos». Vid. también: STS de 29 de marzo de 2011, de 30 de septiembre de 2011, de 5 de noviembre de 2012, de 17 de junio de 2013, de 3 de diciembre de 2013 y de 16 de enero de 2015.

¹⁷⁶⁵ Vid. STS de 3 de marzo de 2016: «en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no puede atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar». Vid. también: STS de 9 de mayo de 2012 y de 31 de mayo de 2012.

En nuestra doctrina, son varios los autores que proponen de *lege ferenda* –creo que con acierto– que, siempre que se asegure el derecho de habitación del menor, no haya inconveniente en que se atribuya el uso de otra vivienda distinta de la familiar¹⁷⁶⁶, especialmente cuando se trate de una vivienda de similares características situada en el mismo barrio o ciudad¹⁷⁶⁷. Y es que, si estamos acostumbrados a que en muchos casos de normalidad familiar unos progenitores decidan mudarse junto a sus hijos y fijar su residencia en un nuevo domicilio, sin que ello suponga ningún tipo de trauma para los hijos menores, no hay ninguna razón para considerar que cambiar de domicilio tras la ruptura matrimonial va a causarles cualquier tipo de perjuicio.

Incluso habrá ocasiones en las que resulte positivo para los hijos abandonar la vivienda familiar, ya que les puede ayudar a liberarse de algunos recuerdos negativos que puedan asociar a la misma –ej. conflictos y discusiones entre los progenitores, etc. –¹⁷⁶⁸.

Téngase en cuenta, además, que existe un supuesto excepcional en el que resulta más que conveniente que la vivienda familiar se permute por otra vivienda: cuando sea necesario para proteger a una víctima de violencia de género. En este sentido, el artículo 64.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, establece que «*el juez, con carácter excepcional, podrá autorizar que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra*

¹⁷⁶⁶ Vid. CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, "¿El patrimonio de la sociedad conyugal condiciona la aplicación de la custodia compartida...", cit., p. 90; SANTOS MORÓN, María, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., pp. 21-22; UREÑA CARAZO, Belén, "Vivienda familiar y custodia compartida...", cit., p. 12; DE VERDA BEAMONTE, José Ramón y CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares...", cit., p. 3396; MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, "Limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., pp. 120-121; y VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "La atribución del uso de otras viviendas distintas a la familiar. Las segundas residencias", *Revista de derecho de familia*, Nº 74, 2017, p. 81.

¹⁷⁶⁷ Vid. SANTOS MORÓN, María, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 22.

¹⁷⁶⁸ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 516; y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 49.

vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen». Por lo tanto, cuando el uso de la vivienda se atribuya a la esposa y ésta resulte víctima de violencia de género, podrá permutarse su uso por el de otra vivienda. Como puede deducirse, el objetivo es permitir que la víctima se instale en una vivienda distinta de la familiar para que el presunto agresor no conozca su paradero.

ii) Guarda y custodia exclusiva con separación de hermanos

El Código Civil se refiere de forma específica a la atribución del uso de la vivienda familiar en aquellos supuestos en los que existiendo varios hijos comunes, la custodia de unos es asignada a uno de los progenitores y la del resto al otro, de modo que los hermanos no conviven –aunque ya hemos visto que se trata de posibilidad muy excepcional y que en la medida de lo posible debe evitarse–. Al respecto, el artículo 96.2 señala que *«cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente»*. No obstante, como puede deducirse del tenor literal del mencionado precepto, y aunque es innegable la buena intención del legislador al regular estos supuestos de forma específica – en aras de proporcionar mayor seguridad jurídica –, lo cierto es que en realidad poco o nada aporta al juez en su labor de decidir acerca de la atribución de la vivienda familiar en los casos en los que los hermanos no conviven. Y es que, establece una regla muy vaga – *«(...) el juez resolverá lo procedente»* – bajo la que cabría adoptar casi cualquier solución.

No obstante, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, cabe interpretar que lo procedente será aquello que el juez considere más conveniente teniendo en cuenta las circunstancias de ambos cónyuges –art. 96.3 Cc.–, así como el interés más necesitado de protección –art. 103.2 Cc.–¹⁷⁶⁹. Para que el juez pueda llevar a cabo esta labor, junto a los criterios que hemos visto que se vienen manejando con carácter general para determinar cuál

¹⁷⁶⁹ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. p. 208.

es el interés más necesitado de protección —la capacidad económica de cada uno de los progenitores y la titularidad dominical de la vivienda familiar—, doctrina y jurisprudencia han ido proponiendo algunos específicos para estos supuestos concretos, como la edad de los menores¹⁷⁷⁰ o el número de hijos atribuidos a cada progenitor¹⁷⁷¹.

A nivel autonómico, sólo el Código Civil de Cataluña ha previsto de forma específica las reglas a seguir para la atribución del uso de la vivienda familiar en aquellos supuestos en los que se produce la separación de los hermanos, señalando en su artículo 233-20.3 a) que el juez debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección. En cuanto al resto de ordenamientos autonómicos, para solventar esta laguna, será necesario llevar a cabo un proceso de integración desde la propia norma autonómica, buscando un precepto en dicha norma que pudiera aplicarse analógicamente a aquellos supuestos en los que se haya establecido la guarda y custodia exclusiva con separación de hermanos. En este sentido, una vez más, considero que podría tomarse en consideración el criterio que prevén dichas normas autonómicas para los casos en los que se adopta un régimen de custodia compartida: la mayor dificultad de acceso a una vivienda¹⁷⁷².

iii) Guarda y custodia compartida

Antes de adentrarnos en las reglas de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida, debe tenerse en cuenta que dicho régimen de guarda y custodia puede adoptar diferentes modalidades de

¹⁷⁷⁰ Vid. STS de 25 de septiembre de 2015: en este caso, el Tribunal Supremo atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre porque los hijos que han quedado a su cargo cuentan con menor edad que aquellos que se encuentran en compañía del padre.

¹⁷⁷¹ Vid. ZUMAQUERO GIL, Laura, “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar...”, cit., p. 124. Aunque también hay quien se opone a que el número de hijos atribuidos a cada progenitor sea tenido en cuenta en este punto, por considerar que la atribución del uso de la vivienda familiar es una cuestión que no se puede resolver con una simple operación aritmética —vid. CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor...*, cit., p. 183—.

¹⁷⁷² Vid. art. 81.1 CDFA y art. 12.4 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 6.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

organización física. Ya me he referido con detalle a ellas en el apartado destinado a tal efecto¹⁷⁷³, por lo que aquí me limitaré a recordar que habrá casos en los que los hijos permanezcan en la misma vivienda y los progenitores vayan rotando –modalidad conocida como “custodia nido”– y otros en los que sean los hijos los que roten entre las viviendas de sus padres –una modalidad a la que se le suele denominar “niño maleta”–.

Pues bien, en el primer caso –“custodia nido”–, toda vez que los hijos permanecen en la vivienda familiar de forma permanente, la atribución de su uso no plantea mayores problemas, ya que se asignara directamente a ellos –y, por extensión, al progenitor que se encuentre junto a ellos en cada momento–.

El problema se plantea especialmente en aquellos casos en los que son los hijos los que rotan entre las viviendas de sus padres –“niño maleta”–, pues habrá que determinar a qué progenitor se le atribuye el uso de la vivienda familiar –o si no resulta necesario realizar atribución alguna–.

Todas las normas autonómicas sobre guarda y custodia han regulado expresamente esta posibilidad,¹⁷⁷⁴ pero nuestro Código Civil guarda silencio al respecto. Una vez más, ello le ha costado la crítica de buena parte de nuestra doctrina¹⁷⁷⁵, que aboga por una urgente reforma del artículo 96¹⁷⁷⁶. Y es que, resulta ilógico que la reforma operada por la Ley 15/2005 introdujera la posibilidad de adoptar un régimen de guarda y custodia compartida y, sin

¹⁷⁷³ Vid. Epígrafe 2.2.A) del Capítulo IV.

¹⁷⁷⁴ Vid. art 81.1 CDFA, art. 233-20.3 a) Cc.Cat. y art. 12.4 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 6.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁷⁷⁵ Vid. IVARS RUIZ, Joaquín, "La custodia compartida...", cit., p. 1; PÉREZ GALVÁN, María, "Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida", cit., p. 2055; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1448; CERVILLA GARZÓN, María Dolores, "Custodia compartida...", cit., p. 47; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 680; y SÁNCHEZ AGUIRRE, Carlos, "El uso de la vivienda familiar en España en el régimen de custodia compartida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 3 ter, 2015, p. 93.

¹⁷⁷⁶ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 680; LÓPEZ JARA, Manuel, "La sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 136; y ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 13.

embargo, no previera las reglas a seguir para la atribución de la vivienda familiar en estos supuestos.

Ante el vacío legal existente, es mayoritaria en nuestra jurisprudencia¹⁷⁷⁷ y doctrina¹⁷⁷⁸ la opinión de que debe aplicarse por analogía lo previsto en el artículo 96.2 Cc. para los supuestos de guarda y custodia exclusiva con separación de hermanos¹⁷⁷⁹. En cualquier caso, ya hemos visto que el artículo 96.2 Cc. establece una regla muy vaga —«(...) *el juez resolverá lo procedente*»— que tampoco termina de sacarnos de dudas. Una vez más, siguiendo a MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, cabe interpretar que lo procedente será aquello que el juez considere más conveniente teniendo en cuenta el interés más necesitado de protección¹⁷⁸⁰. Ya hemos visto los criterios que se vienen utilizando para determinar qué interés está más necesitado de protección: la capacidad económica, la situación laboral y personal de cada uno de los progenitores y la titularidad dominical de la vivienda familiar. Pero además, en el caso de la custodia compartida, cabría añadir otro: la duración de los periodos de alternancia del menor con uno y otro progenitor¹⁷⁸¹. No en vano, en ocasiones puede constituir un factor determinante para atribuir el uso de la

¹⁷⁷⁷ Vid. STS de 24 de octubre de 2014, de 17 de noviembre de 2015, de 11 de febrero de 2016, de 6 de abril de 2016 y de 12 de mayo de 2017.

¹⁷⁷⁸ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "El derecho de uso de la vivienda familiar..." cit. p. 2051; CERVILLA GARZÓN, María Dolores, "Custodia compartida...", cit., pp. 60-61; DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar...", cit., p. 2305; HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "Sobre la necesidad de una nueva regulación...", cit., p. 1140; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, "La vivienda familiar en caso de custodia compartida...", cit., p. 1142; UREÑA CARAZO, Belén, "Vivienda familiar y custodia compartida...", cit., p. 12; ESCUDERO BERZAL, Beatriz, "Custodia compartida...", cit., p. 50. Vid. también: Conclusiones del II Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005.

¹⁷⁷⁹ Sin embargo, también hay quien considera que debe acudir al punto tercero del artículo 96, previsto para aquellos casos en los que el matrimonio no cuenta con hijos menores —vid. TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 681; y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida...", cit., p. 50. Vid. también: SAP de Navarra de 4 de noviembre de 2014. En cualquier caso, como en seguida tendremos la oportunidad de observar, el criterio que prevé el art. 96.3 Cc. —el interés más necesitado de protección— es el mismo que termina resultando con la aplicación del art. 96.2 Cc.

¹⁷⁸⁰ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. p. 208.

¹⁷⁸¹ Vid. en este sentido: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 368; y MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, "El reparto de los tiempos de estancia...", cit., p. 6.

vivienda familiar a aquel progenitor que tenga a los menores en su compañía durante lapsos más extensos de tiempo.

En el ámbito autonómico se vienen utilizando principalmente dos criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida: el del interés más necesitado de protección –en el caso de Cataluña¹⁷⁸² y País Vasco¹⁷⁸³– y el del progenitor que tenga mayores dificultades para acceder a una vivienda –en el caso de Aragón¹⁷⁸⁴, siendo también el que utilizaba la anulada Ley valenciana¹⁷⁸⁵ y el que pretendía introducir en nuestro Código Civil el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹⁷⁸⁶–. Aunque ambos criterios se basan principalmente en determinar qué progenitor se encuentra en una peor situación económica¹⁷⁸⁷, considero que el relativo a la mayor dificultad de acceso a una vivienda es más restringido, pues ya hemos visto al referirnos al interés más necesitado de protección que éste incluye también otros aspectos, como las circunstancias personales que concurren en los cónyuges –edad, estado de salud, etc.–. Por ello, a mi modo de ver, el criterio del interés más necesitado de protección resulta más adecuado para dirimir la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida.

Además, el Derecho aragonés establece un criterio subsidiario para aquellos supuestos en los que la atribución del uso de la vivienda familiar no pueda resolverse aplicando el criterio de la mayor dificultad de acceso a una

¹⁷⁸² Vid. art. 233-20.3 a) Cc.Cat.

¹⁷⁸³ Vid. art. 12.4 Ley del País Vasco 7/2015.

¹⁷⁸⁴ Vid. art. 81.1 CDFA.

¹⁷⁸⁵ Vid. art. 6.1 Ley valenciana 5/2011.

¹⁷⁸⁶ Vid. art. 1.8 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al art. 96.2 Cc. Aunque es cierto que en su redacción originaria preveía la atribución de la vivienda familiar al cónyuge que tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, con la modificación que experimentó en abril de 2014 sustituyó dicho criterio por el del interés más necesitado de protección.

¹⁷⁸⁷ Vid. STSJ de Aragón de 30 de abril de 2013.

vivienda. Así, en caso de que ambos progenitores tengan las mismas dificultades para acceder a una vivienda, el artículo 81.1 CFDA prevé que el juez decidirá el destino de la vivienda familiar en función del mejor interés para las relaciones familiares. Nuevamente nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado¹⁷⁸⁸, bajo cuyo paraguas podrá el juez adoptar cualquier decisión – atribuir el uso de la vivienda a uno de los progenitores, acordar su venta, etc. –. En cuanto al resto de ordenamientos, dado que no prevén ningún criterio subsidiario, cabe entender que cuando el interés de ambos progenitores tenga la misma necesidad de protección –o cuenten con idénticas dificultades de acceso a otra vivienda– el juez deberá adoptar la solución que considere más adecuada en cada caso¹⁷⁸⁹.

Por otro lado, algunas normas –la Ley del País Vasco 7/2015 y la anulada Ley valenciana 5/2011– condicionan la aplicación del criterio del interés más necesitado de protección –o del de mayor dificultad para acceder a una vivienda– a que ello resulte compatible con el respeto al interés superior del menor¹⁷⁹⁰. Se trata de una regla que, pese a la falta de mención expresa, cabe entender que se extiende también a nuestro Derecho común y al resto de ordenamientos autonómicos, habida cuenta de que el interés superior del menor es el criterio rector que debe seguirse para la adopción de cualquier decisión en materia de Derecho de familia.

b) Título o derecho en virtud del cual se ocupa la vivienda familiar y titularidad del mismo

Junto a la presencia o no de hijos menores en el matrimonio, que como acabamos de ver es el elemento principal al que tiene que atender el juez para decidir acerca de la atribución del uso de la vivienda familiar, también debe

¹⁷⁸⁸ Vid. LÓPEZ AZCONA, Aurora, "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia...", cit., p. 67 y "La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar...", cit., pp. 70 y 99.

¹⁷⁸⁹ Vid. en este sentido: STS de 22 de octubre de 2014 y SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2008.

¹⁷⁹⁰ Vid. art. 12.4 Ley del País Vasco 7/2015 y art. 6.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011. Vid. también en este mismo sentido: Exposición de Motivos del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

tener en cuenta otro aspecto: el título o derecho en virtud del cual se ocupa la vivienda familiar, así como cuál de los cónyuges es el titular del mismo –o si éste pertenece a ambos–¹⁷⁹¹.

La necesidad de valorar el título por el que los progenitores ocupaban la que venía siendo la vivienda familiar –propiedad, usufructo, arrendamiento, comodato, etc.– responde a que la atribución del derecho de uso sobre la misma una vez que se produzca la ruptura matrimonial va a estar condicionada por la naturaleza dicho título¹⁷⁹². De hecho, ésta es una previsión que recogen expresamente tanto el Código Civil de Cataluña –art. 233-21.2– como la Ley del País Vasco 7/2015 –art. 12.8–, y que también el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía incorporar al artículo 96 del Código Civil¹⁷⁹³.

Como es obvio, los casos en los que la vivienda familiar se venía disfrutando en virtud de un título de propiedad o de usufructo no suponen mayor problema desde el punto de vista del derecho de uso, ya que éste es inherente a la titularidad de tales derechos. Tampoco plantean excesivos problemas aquellos supuestos en los que los cónyuges ocupaban la vivienda familiar en virtud de un contrato de arrendamiento, puesto que el derecho de uso sobre la vivienda se atribuirá igualmente siguiendo las reglas previstas en nuestro Código Civil –o en la correspondiente norma autonómica–. Incluso en aquellos casos en los que el cónyuge al que se le adjudicara el derecho de uso sobre la vivienda no resultara el titular del contrato de arrendamiento, el artículo 15 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos –en adelante LAU– le faculta para continuar en la vivienda arrendada con el único requisito de que así se lo comunique al arrendador en el plazo de dos

¹⁷⁹¹ Vid. STS de 24 de octubre de 2014.

¹⁷⁹² Vid. YSÀS SOLANES, María, "¿Han cambiado los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar...?", cit., p. 1696; y SEISDEDOS MUIÑO, Ana, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 157.

¹⁷⁹³ Vid. art. 1.8 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al sexto punto del artículo 96 Cc.

meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente. Además, tras la reforma introducida en la LAU a través de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, se prevé que el cónyuge no arrendatario a quien se le haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser titular del contrato. Lo que sí que debe tenerse en cuenta es que el derecho de uso estará supeditado en todo caso a la subsistencia del contrato de arrendamiento, por lo que si éste se extingue por cualquiera de las causas previstas en la legislación sobre arrendamientos urbanos – arts. 26 y ss. LAU –, cesará también el derecho de uso sobre la vivienda.

Los mayores problemas se plantean en aquellos casos en los que ninguno de los cónyuges posee título alguno que le faculte para ocupar la vivienda familiar, por ser ésta titular de un tercero, que por mera tolerancia o beneplácito les permite hacer uso de ella. Y es que, no es extraño que los padres u otros parientes de uno de los cónyuges les cedan el uso de una vivienda para que fijen en ella su residencia¹⁷⁹⁴. En estos casos, doctrina¹⁷⁹⁵ y jurisprudencia¹⁷⁹⁶ consideran que, salvo que se pruebe que existe algún tipo de contrato entre las partes – por ejemplo de comodato, en cuyo caso se seguirían sus reglas –, hay que concluir que nos encontramos ante la figura del precario¹⁷⁹⁷. Con base en ello, el Tribunal Supremo ha establecido que la atribución del uso de la

¹⁷⁹⁴ *Vid.* SEISDEDOS MUIÑO, Ana, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 157.

¹⁷⁹⁵ *Vid.* MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar, "Derecho de uso de la vivienda familiar...", cit., p. 22.

¹⁷⁹⁶ *Vid.* STS de 18 de enero de 2010: «(...) cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario». *Vid.* también: STS de 26 de diciembre de 2005, de 8 de noviembre de 2006, de 30 de octubre de 2008, de 14 de noviembre de 2008, de 30 de junio de 2009, de 14 de enero de 2010, de 30 de abril de 2011 y de 14 de marzo de 2013.

¹⁷⁹⁷ Aunque hasta hace poco más de una década eran frecuentes en nuestra jurisprudencia menor los pronunciamientos que calificaban esta situación como un comodato —*vid.* SAP de Zaragoza de 30 de noviembre de 1994, SAP de Guadalajara de 2 de febrero de 1995, SAP de Salamanca de 19 de junio de 1995, SAP de Albacete de 18 de enero de 1999, SAP de Barcelona de 14 de marzo del 2000, SAP de Valencia de 29 de mayo de 2002, SAP de Barcelona de 15 de abril de 2003, SAP de Pontevedra de 15 de octubre de 2004, etc.—, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005 ya no queda duda de que nos encontramos ante un precario.

vivienda familiar a uno de los cónyuges no es oponible a sus legítimos propietarios, que podrán recuperarla en cualquier momento mediante el ejercicio de la correspondiente acción de desahucio¹⁷⁹⁸. Ésta es una previsión que recoge expresamente el Código Civil de Cataluña –art. 233-21.2– y que, una vez más, el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía incluir de forma expresa en el artículo 96 del Código Civil¹⁷⁹⁹.

El hecho de que los legítimos propietarios puedan recuperar en cualquier momento la vivienda mediante el ejercicio de una acción de desahucio –algo que presumiblemente ocurrirá cuando el juez atribuya el uso de la vivienda a un progenitor distinto de la línea genealógica del cedente¹⁸⁰⁰–, ha llevado a nuestro Tribunal Supremo a considerar que en estos casos debe entenderse perjudicial para el menor la atribución de dicha vivienda, ya que puede ser desalojado de la misma en cualquier momento¹⁸⁰¹. Por tanto, en la medida de lo posible, debe tratarse de atribuir otra vivienda distinta de aquella que haya sido cedida en precario –siempre que el matrimonio disponga de alguna–, aunque no constituya la vivienda familiar¹⁸⁰².

En otro orden de cosas, como he anticipado, también habrá de ser tenido en cuenta cuál de los cónyuges es el titular del derecho en virtud del cual se ocupa la vivienda, o si ambos son titulares del mismo. Este aspecto cobra

¹⁷⁹⁸ Vid. STS de 26 de diciembre de 2005, de 30 de octubre de 2008, de 14 de noviembre de 2008, de 30 de junio de 2009, de 14 de enero de 2010, de 14 de julio de 2010, de 18 de marzo de 2011, de 30 de abril de 2011, de 14 de marzo de 2013 y de 13 de febrero de 2014 –entre otras–.

¹⁷⁹⁹ Vid. art. 1.8 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al sexto punto del artículo 96 Cc.

¹⁸⁰⁰ Vid. DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar...", cit., p. 2321.

¹⁸⁰¹ Vid. STS de 10 de octubre de 2011 y de 15 de marzo de 2013.

¹⁸⁰² Ésta es la solución a la que llegó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de octubre de 2011, en la que atribuyó a la progenitora custodia el uso de una vivienda que era propiedad de ambos progenitores, pese a que no se correspondía con la vivienda familiar, dado que la vivienda familiar había sido cedida en precario, lo que conllevaba el riesgo de que los propietarios pudieran ejercer la acción de desahucio y dejar a la madre y a su hija sin vivienda.

especial sentido en aquellos casos en los que los cónyuges poseen la vivienda en régimen de propiedad, sobre todo cuando pertenece en exclusiva a uno de ellos. La Ley del País Vasco 7/2015 es la única norma actualmente vigente que recoge expresamente la titularidad de la vivienda entre los criterios a tener en cuenta para la atribución de su uso – art. 12.1 –, algo que también pretendía hacer el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹⁸⁰³. La anulada Ley valenciana 5/2011 iba más allá y en su artículo 6.2 establecía que, *«salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar»*

Aunque la doctrina coincide en que la titularidad de la vivienda familiar es un factor que debe ser tenido en cuenta, no se pone de acuerdo acerca del peso que se le debe otorgar. Por un lado, hay autores que han considerado que se trata de un criterio subsidiario de los que hemos visto anteriormente – existencia de hijos comunes, interés más necesitado de protección o mayores dificultades de acceso a otra vivienda –¹⁸⁰⁴, de tal manera que sólo debería atenderse a la titularidad de la vivienda en aquellos casos en los que la atribución de su uso no hubiera podido llevarse a cabo aplicando los mencionados criterios. A mi modo de ver, ésta es la interpretación más acorde con el tenor del artículo 96 del Código Civil, puesto que en ningún momento supedita su aplicación a que la vivienda sea copropiedad de ambos cónyuges. De acuerdo a ello, no parece que el hecho de que pertenezca en exclusiva a uno de los cónyuges resulte argumento suficiente para excluir la aplicación de los criterios del artículo 96.

¹⁸⁰³ Vid. art. 96.2 Cc., en la nueva redacción que pretendía darle el art. 1.8 del Anteproyecto.

¹⁸⁰⁴ Vid. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", cit., p. 1353 y "Estudio comparativo...", cit., p. 21; y ZUMAQUERO GIL, Laura, "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar...", cit., pp. 116-117.

Sin embargo, otro sector de la doctrina señala que se debe conceder mayor peso a la titularidad de la vivienda y que sólo debe atribuirse su uso al cónyuge no titular en supuestos realmente excepcionales¹⁸⁰⁵, en los que dicha atribución sea la única forma de garantizar el interés de los hijos o bien exista un gran desequilibrio entre la capacidad económica y las circunstancias personales de ambos cónyuges, de tal modo que el interés de aquél que no es titular de la vivienda esté mucho más necesitado de protección.

Si atendemos a la jurisprudencia, en ocasiones parece partir de esta última postura. De hecho, es posible encontrar supuestos en los que se acude a este criterio para atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge titular de la misma, bien porque las necesidades habitacionales del menor estaban ya cubiertas¹⁸⁰⁶ –en supuestos de custodia exclusiva– o bien porque no quedaba acreditada una gran diferencia entre las circunstancias personales y económicas de ambos cónyuges¹⁸⁰⁷ –en supuestos de custodia compartida–. No obstante, tampoco es infrecuente encontrar pronunciamientos en los que el uso de la vivienda familiar se atribuye al progenitor no titular –incluso en supuestos de custodia compartida¹⁸⁰⁸–.

En todo caso, en aquellos supuestos en los que un miembro de la pareja que siendo titular o cotitular de la vivienda se vea privado de la misma debido a la atribución de su uso al otro, parece razonable prever algún mecanismo para compensarle: reconocerle el derecho a una retribución económica, computar la atribución del uso de la vivienda como contribución en especie a los alimentos de los hijos o a la compensación por desequilibrio económico que

¹⁸⁰⁵ Vid. GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia...", cit., p. 97; DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida...", cit., p. 40; DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar...", cit., p. 2319; CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, "¿El patrimonio de la sociedad conyugal...", cit., p. 89; y PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La atribución judicial de la vivienda familiar...", cit., p. 18.

¹⁸⁰⁶ Vid. STS de 29 de marzo de 2011 y de 16 de enero de 2015.

¹⁸⁰⁷ Vid. SAP de Baleares de 30 de septiembre de 2004 y SAP de Álava de 17 de junio de 2014.

¹⁸⁰⁸ Vid. SAP de Castellón de 23 de octubre de 2006 y SAP de Barcelona de 9 de noviembre de 2006 y de 12 de julio de 2007.

eventualmente pueda establecerse en favor del otro cónyuge, etc. A esta posibilidad de establecer una compensación por la pérdida del derecho de uso sobre la vivienda familiar me referiré más adelante en un apartado específico¹⁸⁰⁹.

3.2. El objeto del derecho de uso: la vivienda familiar

El objeto del derecho de uso que estamos analizando en este apartado es la vivienda familiar, por lo que resulta necesario determinar a qué nos referimos con dicha expresión.

Ante la ausencia de definición legal, ha sido el Tribunal Supremo el que se ha ocupado de dar un concepto de vivienda familiar. En su Sentencia de 31 de mayo de 2012 la define como «la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia». Por tanto, en esencia, la vivienda familiar es el lugar donde se desarrolla la convivencia de la familia, siendo su nota más característica la habitualidad o continuidad de dicha convivencia¹⁸¹⁰. Ello nos permite distinguirla de otras viviendas en las que pueda residir ocasionalmente la familia —ej. segundas residencias, viviendas de recreo, etc.—, que no gozan de la protección que la ley otorga a la vivienda familiar¹⁸¹¹.

Obviamente, sólo contará con esta protección la que fuera la vivienda familiar en el momento de la ruptura y no otra que lo hubiera sido en un

¹⁸⁰⁹ Vid. Epígrafe 3.5 del Capítulo V.

¹⁸¹⁰ Vid. BALDA MEDARDE, María José, "«La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres»", en: La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar, *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010, p. 220; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, "La vivienda familiar en caso de custodia compartida...", cit., p. 1133; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", cit., p. 1348; y TENA PIAZUELO, Isaac, "Sentencia 16 enero 2015. Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 101, 2016, pp. 54 y 56. Vid. también: SAP de Cádiz de 15 de noviembre de 2007.

¹⁸¹¹ La anulada Ley valenciana 5/2011 era la única norma que preveía expresamente la exclusión de segundas o ulteriores residencias de la protección que se dispensa a la vivienda familiar —art. 5.4—.

momento anterior, ni tampoco aquella que no hubiera llegado todavía a serlo pese a estar destinada a ello¹⁸¹².

Por último, aunque no es lo frecuente, puede ocurrir que la familia resida con carácter habitual en más de una vivienda sin que ninguna de ellas pueda ser considerada como principal respecto de las demás¹⁸¹³. En estos casos, parece razonable que, a falta de acuerdo entre las partes, sea el juez el que decida cuál de todas debe ser calificada como vivienda familiar a los efectos que nos ocupan. A mi juicio, esta facultad del juez quedaría amparada por lo dispuesto en el artículo 70 del Código Civil, que, como ya he mencionado, prevé que si los cónyuges no fijan de común acuerdo el domicilio conyugal, será el juez quien decida.

3.3. Elementos subjetivos

El hecho de que la existencia de hijos menores constituya el principal aspecto al que debe atenderse para atribuir el uso de la vivienda familiar, no quiere decir que los hijos sean siempre los titulares de dicho derecho. No en vano, cuando se atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores con base en su convivencia con los hijos, dicho progenitor resultará el titular del derecho de uso, mientras que los beneficiarios serán tanto dicho progenitor como los hijos¹⁸¹⁴.

¹⁸¹² Vid. LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven...", cit., p. 89; y COSTAS RODAL, Lucía, "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 169.

¹⁸¹³ La Ley del País Vasco 7/2015 ha sido la única norma que ha previsto expresamente la posibilidad de que exista más de una vivienda susceptible de ser calificada como familiar. Lo hace en su artículo 5.2 c), al abordar el contenido obligatorio que debe reunir el convenio regulador. Sin embargo, no prevé las reglas a seguir en aquellos casos en los que las partes no se pongan de acuerdo acerca de cuál de ellas debe ser considerada como la vivienda familiar.

¹⁸¹⁴ Vid. STS de 14 de enero de 2010, STS de 22 de noviembre de 2010 y RDGRN de 14 de mayo de 2009 y de 9 de julio de 2013. Vid. también: ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 113; MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar, "Derecho de uso de la vivienda familiar...", cit., p. 16; SANTOS MORÓN, María, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., pp. 2 y 29; y LÓPEZ JARA, Manuel, "La sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 130.

En cambio, en aquellos casos en los que se establezca un régimen de custodia compartida en el que los hijos permanezcan en la misma vivienda y sean los padres los que roten, parece razonable entender que los hijos serán tanto titulares como beneficiarios del derecho de uso. Además, también será beneficiario, por extensión, el progenitor que en cada momento conviva con ellos.

Por otro lado, tal y como han manifestado la jurisprudencia¹⁸¹⁵ y doctrina¹⁸¹⁶ mayoritarias –con alguna excepción¹⁸¹⁷ –, cabe entender que aunque el artículo 96 del Código Civil hable genéricamente de “hijos”, en realidad se está refiriendo exclusivamente a los menores de edad¹⁸¹⁸. Y es que la vivienda se atribuye a un progenitor precisamente como consecuencia de ejercer la guarda y custodia de los hijos, una circunstancia que evidentemente no concurre una vez que éstos alcanzan la mayoría de edad. Ello no quiere decir que no pueda tenerse en cuenta la posible presencia de hijos mayores de edad económicamente dependientes para determinar cuál de los dos progenitores cuenta con un interés más necesitado de protección¹⁸¹⁹, pero no en virtud del primer párrafo del artículo 96 Cc., sino de su tercer párrafo, previsto precisamente para aquellos supuestos en los que el matrimonio carece de hijos menores.

¹⁸¹⁵ Vid. STS de 22 de abril de 2004, de 10 de febrero de 2006, de 5 de septiembre de 2011, de 11 de noviembre de 2013, de 17 de febrero de 2014 y de 29 de mayo de 2015. Vid. también: SAP de Alicante de 8 de julio de 2014 y SAP de Madrid de 6 de noviembre de 2015.

¹⁸¹⁶ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 985; DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., pp. 11-12; SEISDEDOS MUIÑO, Ana, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 153; y ZUMAQUERO GIL, Laura, "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 143.

¹⁸¹⁷ Vid. SAP de Tarragona de 6 de octubre de 1995, SAP de Asturias de 30 de octubre de 2002, SAP de Madrid de 22 de mayo de 2007, SAP de Cádiz de 15 de noviembre de 2007 y SAP de Baleares de 30 de octubre de 2009.

¹⁸¹⁸ Obviamente, hay que entender que comprende también a los hijos mayores de edad con la capacidad judicialmente completada. Al respecto, la STS de 30 de mayo de 2012 señala que «los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 Cc., que no distingue entre menores e incapacitados». Vid. también: STSJ de Aragón de 18 de julio de 2014.

¹⁸¹⁹ Vid. ZUMAQUERO GIL, Laura, "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 131.

Ahora bien, la situación no resulta tan clara en el caso de los Derechos aragonés y catalán. Ya hemos visto al abordar la cuestión de la contribución de cada progenitor a los gastos de los hijos menores que los mencionados ordenamientos prevén la aplicación de las reglas propias de la obligación de alimentos de los padres a sus hijos menores también a los que, aun siendo mayores de edad o emancipados y capaces, no hayan terminado su formación y carezcan de recursos propios para sufragar sus gastos de crianza y educación¹⁸²⁰. En el caso del Derecho catalán no se plantean mayores problemas, pues como veremos más adelante, el Código Civil de Cataluña prevé expresamente que el hecho de que el hijo alcance la mayoría de edad y deje de estar sujeto a la guarda y custodia de sus progenitores supone una causa de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar –art. 233-24.1 Cc.Cat.–. En cuanto al Derecho aragonés, no recoge ninguna previsión semejante, lo que ha provocado que la jurisprudencia menor haya considerado en más de una ocasión que pueden resultar beneficiarios de este derecho también los hijos mayores de edad que se encuentren en periodo formación y continúen conviviendo con sus progenitores, aunque hayan dejado de estar bajo su guarda y custodia¹⁸²¹.

Por último, cuando se atribuya el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por considerar que su interés es el más necesitado de protección, éste será tanto el titular como el beneficiario del derecho de uso¹⁸²². Ello sin perjuicio de que también puedan resultar beneficiarios los hijos –en caso de haberlos– durante los periodos en los que convivan con él.

3.4. Naturaleza jurídica del derecho de uso

¹⁸²⁰ Vid. arts. 69 y 77.2 d) CDFa y arts. 233-1.1 e), 232-2.4 y 233-4.1 Cc.Cat.

¹⁸²¹ Vid. SAP de Huesca de 30 de octubre de 2013 y SAP de Zaragoza de 28 de julio de 2015.

¹⁸²² Vid. STS de 14 de enero de 2010.

Cabe recordar que aquí sólo nos estamos refiriendo a la asignación del uso de la vivienda, que es independiente del título o derecho en virtud del cual los cónyuges la vinieran ocupando¹⁸²³. De hecho, la atribución de la titularidad de la vivienda –en caso de que fuera copropiedad de ambos cónyuges– o del derecho que permita su utilización, es una cuestión que se solventará en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial y que, además, es independiente del régimen de guarda y custodia que se adopte. Por tanto, en estos supuestos se produce una disociación entre la titularidad y el derecho de uso de la vivienda¹⁸²⁴, que puede atribuirse a quien no resulte propietario ni cuente con otro título o derecho sobre ella.

Respecto a la naturaleza jurídica del derecho de uso, tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado –en adelante DGRN– han señalado que no nos encontramos ante un derecho real, sino de carácter familiar¹⁸²⁵.

Ahora bien, el hecho de que no se configure como un derecho real, no impide que pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad y que, por ende, resulte oponible *erga omnes*¹⁸²⁶. El problema es que nuestra doctrina no termina de ponerse de acuerdo sobre el objeto de dicha inscripción, o lo que es lo mismo, si lo que puede inscribirse y resulta oponible frente a terceros es el derecho de uso como tal, o bien la limitación a la facultad de disposición que establece el artículo 96.4 del Código Civil. Así, hay autores que consideran que lo que se inscribe es el derecho de uso, por lo que su naturaleza jurídica sería

¹⁸²³ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit., p. 208.

¹⁸²⁴ Vid. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, "La vivienda familiar en caso de custodia compartida...", cit., p. 1136; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 113; y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil IV...*, cit., p. 126.

¹⁸²⁵ Vid. STS de 14 de enero de 2010, de 18 de enero de 2010 y de 22 de noviembre de 2010. Vid. también: RDGRN de 20 de febrero de 2004, de 27 de agosto de 2008, de 10 de octubre de 2008, de 18 de noviembre de 2009 y de 9 de julio de 2013.

¹⁸²⁶ Vid. STS de 11 de diciembre de 1992 y STS de 14 de diciembre de 2004. Vid. también: RDGRN de 25 de octubre de 1999 y de 10 de octubre de 2008.

más bien la de una carga real que acompañaría al bien allá donde éste fuese¹⁸²⁷; mientras que otro sector de la doctrina considera —creo que con acierto— que lo que en realidad se inscribe es la limitación a la facultad de disponer que afecta al cónyuge titular de la vivienda que no resulta beneficiario del uso¹⁸²⁸.

El Tribunal Supremo tampoco ha aportado demasiada luz y no ha hecho sino enmarañar más la cuestión. Por un lado, parece partir de la última postura que he expuesto, al reconocer que el derecho de uso de la vivienda familiar no impone más restricciones al cónyuge titular que la limitación de disponer que recoge el artículo 96.4 Cc., y que, por tanto, es dicha limitación —y no el derecho de uso— la que es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad¹⁸²⁹. Sin embargo, en otras ocasiones se muestra incongruente con lo anterior y parece configurarlo como una carga real, al admitir el mantenimiento del derecho de uso en aquellos casos en los que un tercero adquiere el inmueble en venta particular o en subasta consecuencia del ejercicio de la acción de división¹⁸³⁰.

Posteriormente retomaré esta cuestión al referirme a los efectos que puede tener la venta de la vivienda familiar sobre el derecho de uso sobre la misma.

3.5. Posible compensación económica por la pérdida del derecho de uso

¹⁸²⁷ Vid. MOLINS GARCÍA-ATANCE, Emilio, "La regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., pp. 343-344; y VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Incidencia en la modificación de medidas...", cit., p. 1637.

¹⁸²⁸ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Aldaz, Carlos, "Notas sobre adjudicación del uso de la vivienda familiar y responsabilidad hipotecaria", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García* —coord. JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo—, Aranzadi, Universidad de Jaén, 2012, p. 1282.

¹⁸²⁹ Vid. STS de 14 de enero de 2010 y de 22 de noviembre de 2010. Vid. también: RDGRN de 10 de octubre de 2008.

¹⁸³⁰ Vid. STS de 4 de diciembre del 2000, de 28 de marzo de 2003, de 8 de mayo de 2006, de 18 de enero de 2010 y de 27 de febrero de 2012.

Todas las normas autonómicas existentes en la materia han atribuido un contenido económico al derecho de uso de la vivienda familiar, previendo mecanismos para compensar al progenitor que se vea privado del uso de la vivienda pese a ser propietario o copropietario de la misma¹⁸³¹. Sin embargo el Código Civil no prevé la posibilidad de establecer ningún tipo de compensación —algo que sí pretendía hacer el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹⁸³²—, lo que nuevamente ha sido objeto de crítica por parte de varios autores¹⁸³³. No obstante, la ausencia de previsión legal no ha impedido que nuestros tribunales hayan establecido en algunas ocasiones una compensación económica a cargo del progenitor que resulta beneficiado por la atribución del derecho de uso sobre la vivienda¹⁸³⁴. Y es que, a nadie escapa que tanto el uso exclusivo de una vivienda en copropiedad como el de una vivienda que pertenece a un tercero tienen un valor económico que debe compensarse de alguna manera. Dicha compensación se tornará todavía más necesaria en determinados supuestos, como por ejemplo cuando la vivienda familiar pertenezca en exclusiva al cónyuge que no resulte beneficiado por el derecho de uso o cuando sea atribuida por razón del ejercicio de la guarda y custodia al progenitor que cuente con una mejor situación económica¹⁸³⁵.

¹⁸³¹ Vid. 233-20.1 y 233-20.7 Cc.Cat. y arts. 5.2 c), 10.3 y 12.7 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 6.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁸³² Vid. arts. 1.5, 1.8 y 1.9 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado a los arts. 93.3, 96.4 y 97.2.9º Cc. —respectivamente—.

¹⁸³³ Vid. IGLESIAS REINA, Marta, *Custodia compartida...*, cit., p. 93; SANTOS MORÓN, María, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 11; CUENA CASAS, Matilde, "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, Nº 2, 2014, p. 36; y ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 13.

¹⁸³⁴ Vid. STS de 2 de julio de 2014, que computa la atribución del uso de la vivienda familiar a los efectos de calcular la cuantía en la que debe contribuir cada progenitor a los gastos de sus hijos menores. Vid. también: STS de 29 de marzo de 2011 y SAP de Las Palmas de 18 de julio de 2005.

¹⁸³⁵ Vid. ZUMAQUERO GIL, Laura, "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 148.

A tal efecto, la técnica más frecuente a la que se ha recurrido ha sido la de computar la atribución del uso de la vivienda familiar como una contribución en especie, bien para determinar la cuantía que debe aportar cada progenitor para sufragar los gastos de los hijos¹⁸³⁶ o bien para calcular la cuantía de la compensación por desequilibrio económico que eventualmente pueda establecerse en favor del cónyuge que resulte beneficiado por el derecho de uso de la vivienda¹⁸³⁷. La Ley del País Vasco 7/2015 ha ido más allá y en su artículo 12.7 contempla incluso la fijación de una compensación económica directa en favor de aquel miembro de la pareja que siendo titular o cotitular de la vivienda se vea privado del uso de la misma, para cuyo cálculo deben tenerse en cuenta «*las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja*»¹⁸³⁸ —una regla semejante a la que se recogía ya en el artículo 6.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011¹⁸³⁹—.

¹⁸³⁶ Vid. arts. 233-20.1 y 233-20.7 Cc.Cat. y arts. 5.2 c), y 10.3 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 6.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011. Vid. también: arts. 1.5 y 1.8 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado al art. 93.3 y 96.4 Cc. —respectivamente—. Aunque el Derecho aragonés no recoge expresamente la posibilidad de computar la atribución del uso de la vivienda familiar para determinar la cuantía que debe aportar cada progenitor para sufragar los gastos de los hijos, lo cierto es que los tribunales aragoneses han recurrido a tal solución en numerosas ocasiones —vid. STSJ de Aragón de 21 de octubre de 2014, SAP de Zaragoza de 4 de noviembre de 2014, SAP de Huesca de 11 de noviembre de 2014, SAP de Zaragoza de 2 de diciembre de 2014, SAP de Huesca de 15 de abril de 2015, SAP de Zaragoza de 9 de junio de 2015, etc.—.

¹⁸³⁷ Vid. art. 83.2 d) CDFA, arts. 233-20.1 y 233-20.7 Cc.Cat. y art. 5.2 c) Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: arts. 1.8 y 1.9 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado al art. 96.4 y 97.2.9ª Cc. —respectivamente—.

¹⁸³⁸ CUENA CASAS ha realizado otra propuesta para calcular el valor económico que tiene el derecho de uso sobre la vivienda: utilizar los criterios que recoge la legislación fiscal, y, en concreto los previstos en artículo 10 del Real Decreto 1/1993 para valorar los derechos reales de usufructo, uso y habitación —vid. CUENA CASAS, Matilde, "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial...", cit., pp. 25-26—.

¹⁸³⁹ De hecho, ya hemos visto que éste fue uno de los motivos en los que se fundamentó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de España contra dicha norma —vid. Epígrafe 3.2 del Capítulo II—. En síntesis, el Abogado del Estado consideró que, al atribuir el uso de la vivienda al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades para el acceso a otra vivienda con la correlativa obligación de compensar al otro, podían ocasionarse perjuicios para el interés tanto del menor como del progenitor que se hallase en una peor situación económica tras la ruptura —vid. recurso de inconstitucionalidad nº 3859/2011—. No obstante, el Tribunal Constitucional no entró en esta cuestión, por entender que la extralimitación competencial de la Ley valenciana ya era motivo suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la norma y que, por tanto, no resultaba necesario entrar a valorar el resto de alegaciones que se recogían en el recurso —vid. STC 192/2016, de 16 de noviembre—.

Algún autor ha propuesto que tal uso sea valorado como un activo a efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales –en caso de que entre los cónyuges exista dicho régimen económico–¹⁸⁴⁰, una solución que nuestros tribunales han llegado a aplicar en alguna ocasión¹⁸⁴¹.

Incluso cabría pensar en la posibilidad de que el cónyuge que se vea privado del derecho de uso sobre la vivienda familiar sea compensado a través de la adjudicación del uso de otra vivienda de la que disponga la familia¹⁸⁴².

Por último, siguiendo a CUENA CASAS¹⁸⁴³, considero que el establecimiento de cualquier tipo de compensación económica por la pérdida del derecho de uso por parte del titular o cotitular de la vivienda debe tener carácter potestativo para el juez¹⁸⁴⁴, ya que pueden concurrir circunstancias que desaconsejen su establecimiento. Por ello, resulta criticable el tono imperativo que utilizan la Ley del País Vasco 7/2015 –art. 12.7– y la anulada Ley valenciana 5/2011 –art. 6.1–, que emplean la expresión «se fijará», como si el juez estuviera obligado a establecerla en todo caso. No obstante, lo cierto es que durante la vigencia de la Ley valenciana, los tribunales de dicha Comunidad interpretaron el artículo 6.1 de forma bastante flexible y consideraron que el juez no estaba obligado a establecer una compensación económica en todo caso¹⁸⁴⁵.

¹⁸⁴⁰ Vid. CUENA CASAS, Matilde, "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial...", cit., pp. 24 y 36.

¹⁸⁴¹ Vid. SAP de Alicante de 10 de febrero de 2015.

¹⁸⁴² Adoptan esta solución las SAP de Madrid de 25 de mayo de 2001, SAP de Valencia de 7 de febrero de 2002, SAP de Madrid de 13 de marzo de 2003 y SAP de Sevilla de 4 de junio de 2007.

¹⁸⁴³ Vid. CUENA CASAS, Matilde, "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial...", cit., p. 31.

¹⁸⁴⁴ Tal y como hace por ejemplo el *Code Civil* francés en su artículo 281.5.

¹⁸⁴⁵ Vid. SAP de Valencia de 25 de julio y de 22 de noviembre de 2012 y SAP de Alicante de 21 de febrero y de 30 de octubre de 2013.

3.6. Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar

En cuanto a la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, una vez más habrá que estar en primer lugar a lo que las propias partes hayan pactado —un pacto que, recordemos, deberá contar con la aprobación del juez—. En aquellos casos en los que las partes no hayan alcanzado un acuerdo, corresponderá decidir al juez, una labor para la que no cuenta con mucha ayuda por parte de nuestro Código Civil, pues no recoge las posibles causas de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar —algo que sin embargo sí hacen las normas autonómicas catalana¹⁸⁴⁶ y vasca¹⁸⁴⁷—. Ante la falta de previsión legal, jurisprudencia y doctrina han señalado algunas posibles causas de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar, que a continuación paso a analizar:

A) Extinción del régimen de guarda y custodia y expiración del plazo por el que se ha asignado el uso de la vivienda

Las diferentes normas autonómicas coinciden en establecer que la atribución del uso de la vivienda familiar tendrá en todo caso carácter temporal¹⁸⁴⁸, al igual que preveía también el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹⁸⁴⁹. Nuestro Código Civil no contempla la posible fijación de un límite temporal —con la salvedad del artículo 96.3, relativo a la atribución del uso de la vivienda en defecto de hijos comunes—. Sin embargo,

¹⁸⁴⁶ *Vid.* art. 233-24 Cc.Cat.

¹⁸⁴⁷ *Vid.* art. 12.11 Ley del País Vasco 7/2015.

¹⁸⁴⁸ *Vid.* art. 81.3 CDFA, arts. 233-20.5, 233-24.1 y 233-24.2 d) Cc.Cat. y arts. 5.2 c), 12.5 y 12.11 e) y f) Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 6.3 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁸⁴⁹ *Vid.* art. 1.8 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al art. 96.3 Cc. *Vid.* también: Exposición de Motivos del Anteproyecto —p. 13—.

en nuestra jurisprudencia¹⁸⁵⁰ y doctrina¹⁸⁵¹ existe práctica unanimidad en considerar que dicho derecho de uso tendrá carácter temporal también cuando se atribuya bajo el régimen del Código Civil. Y es que, no parece muy razonable perpetuar en el uso a uno de los progenitores, ya que se crearía una situación excesivamente gravosa para aquel que se vea privado del mismo – más aún en aquellos casos en los que resulte ser el titular exclusivo de la vivienda –. Por tanto, puede decirse que la primera causa de extinción del uso de la vivienda familiar será precisamente la expiración del plazo por el que se tiene derecho al mismo.

Para determinar dicho plazo habrá que tener en cuenta el motivo que ha llevado al juez a atribuir el derecho de uso sobre la vivienda familiar a uno u otro progenitor. De hecho, la mayor parte de las normas autonómicas que han previsto esta cuestión, diferencian nítidamente entre aquellos supuestos en los que el uso de la vivienda se asigna por razón de la guarda y custodia de los hijos menores y aquellos otros en los que, bien porque el matrimonio no cuente con hijos menores en el momento de la ruptura o bien porque la presencia de los mismos no se considere determinante para asignar a uno u otro progenitor el uso de la vivienda familiar, se atribuya en base al interés del cónyuge más necesitado de protección o que pueda tener mayores dificultades para el acceso a una vivienda¹⁸⁵².

En cuanto a los supuestos en los que el uso de la vivienda se atribuye por razón del ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores – que son

¹⁸⁵⁰ *Vid.* STS de 22 de abril de 2004, STS de 24 de octubre de 2014, STS de 10 enero de 2018 y STS de 20 febrero de 2018.

¹⁸⁵¹ *Vid.* HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...", cit., p. 13; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", cit., p. 1358; y MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, "Limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 119. *Vid.* también: Conclusiones del II Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005; Conclusiones del III Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Madrid los días 28, 29 y 30 de octubre de 2008; y Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

¹⁸⁵² *Vid.* arts. 233-20.5, 233-24.1 y 233-24.2 d) Cc.Cat. y arts. 12.5 y 12.11 e) y f) Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 1.8 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al art. 96.3 Cc.

los que aquí nos interesan—, las únicas normas que han previsto la duración del plazo por el que se asigna dicho derecho de uso son la catalana y la vasca. Aunque ambas establecen que el uso de la vivienda se extinguirá por el cese de la guarda¹⁸⁵³, la Ley del País Vasco 7/2015 recoge un criterio adicional: el cese de la obligación de prestar alimentos¹⁸⁵⁴ —este es el criterio que pretendía introducir también el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹⁸⁵⁵—. No obstante, como en seguida expondré, en la mayoría de supuestos el resultado será el mismo aplicando uno u otro criterio.

Nuestra jurisprudencia¹⁸⁵⁶ y doctrina¹⁸⁵⁷ mayoritarias consideran que, a falta de pronunciamiento expreso en la sentencia de separación o divorcio estableciendo un plazo superior¹⁸⁵⁸, el derecho de uso sobre la vivienda se extingue en el momento en que los hijos dejan de estar sujetos a la guarda y custodia de sus progenitores —lo que normalmente se produce cuando

¹⁸⁵³ Vid. 233-24.1 Cc. Cat. y art. 12.11 e) Ley del País Vasco 7)2015.

¹⁸⁵⁴ Vid. arts. 12.5 y 12.11 e) Ley del País Vasco 7)2015.

¹⁸⁵⁵ Vid. art. 1.8 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al art. 96.3 Cc.

¹⁸⁵⁶ Tanto el Tribunal Supremo —vid. STS de 22 de abril de 2004, STS de 10 de febrero de 2006, STS de 29 de marzo de 2011 y STS de 10 de octubre de 2011— como las Audiencias Provinciales —vid. SAP de Castellón de 23 de octubre de 2006, SAP de Castellón de 18 de febrero de 2011, SAP de Alicante de 7 de mayo de 2013, SAP de Zaragoza de 15 de octubre de 2013, SAP de Huesca de 26 de febrero de 2014, SAP de Barcelona de 26 de marzo de 2014, SAP de Alicante de 8 de julio de 2014, SAP de Valencia de 27 de abril de 2015, SAP de Zaragoza de 30 de junio de 2015 y SAP de Madrid de 6 de noviembre de 2015—

¹⁸⁵⁷ Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis (et. al.), revisada por RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho Civil IV...*, cit., p. 110; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Atribución de vivienda familiar en procedimiento de divorcio a los hijos menores y al progenitor custodio. Sentencia de 15 de marzo de 2013", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 93, 2013, p. 532; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 413; DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 1415, "La Ley 5/2011, de 1 de abril...", cit., pp. 15-16 y "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 17; SEISDEDOS MUIÑO, Ana, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 153; BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "El interés del menor como criterio de aplicación...", cit., p. 798; y ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares...", cit., p. 108.

¹⁸⁵⁸ Vid. a modo de ejemplo: SAP de Madrid de 29 de marzo de 2010, que fija la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar en el momento en el que el hijo del matrimonio cumpla 25 años; SAP de Huesca de 31 de mayo de 2012, que fija la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar en el momento en el que el hijo del matrimonio cumpla 23 años; y SAP de Madrid de 8 de marzo de 2013, que lo establece en el momento en el que alcance los 21 años.

alcanzan la mayoría de edad —. Sin embargo, también hay quien considera que la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar se produce en el momento de cese de la obligación de prestar alimentos¹⁸⁵⁹

En realidad, tal y como ya he adelantado, considero que en la mayoría de supuestos no existe una diferencia sustancial entre aplicar uno u otro criterio —al menos, por cuanto se refiere al Derecho común—. Es cierto que a primera vista pudiera parecer que sí existe tal diferencia, dado que la guarda y custodia finaliza una vez que el menor alcanza la mayoría de edad y sale de la patria potestad de sus progenitores —con independencia de que dicha guarda pueda extenderse por inercia como situación de hecho¹⁸⁶⁰—; mientras que lo normal es que la obligación de prestar alimentos se extienda más allá de la mayoría de edad. No obstante, ya hemos visto al tratar la contribución de los progenitores a los gastos de sus hijos menores que, una vez que éstos alcanzan la mayoría de edad, la obligación de alimentos que incumbe a sus padres ya no se regirá por los artículos 90.1 d), 93 y 103.3 del Código Civil, sino por las reglas que se recogen con carácter general para la obligación de alimentos entre parientes —arts. 142 y ss. Cc.—¹⁸⁶¹. Y, pese a que el artículo 142.1 incluye el derecho de

¹⁸⁵⁹ Vid. YSÀS SOLANES, María, "¿Han cambiado los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar...?", cit., pp. 1695-1696. Vid. también: Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental...*, cit., p. 99.

¹⁸⁶⁰ Y sin perjuicio de aquellos casos en los que la capacidad del hijo resulte modificada judicialmente y proceda la prórroga o rehabilitación de la patria potestad —vid. art. 171 Cc. en relación al art.154.3.1 Cc.—.

¹⁸⁶¹ La situación es diferente en los derechos aragonés y catalán, pues como he señalado en su momento —vid. Epígrafe 2.2 del Capítulo V—, prevén la aplicación de las reglas propias de la obligación de alimentos de los padres a sus hijos menores, también a los que, aun siendo mayores de edad o emancipados y capaces, no hayan terminado su formación y carezcan de recursos propios para sufragar sus gastos de crianza y educación —arts. 69 y 77.2 d) CDFA y arts. 233-1.1 e), 232-2.4 y 233-4.1 Cc.Cat.—. En el caso del Derecho catalán, ello no plantea mayores problemas, pues como se ha dicho, el Código Civil de Cataluña prevé expresamente que el hecho de que el hijo alcance la mayoría de edad y deje de estar sujeto a la guarda y custodia de sus progenitores supone una causa de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar —art. 233-24.1 Cc.Cat.—. En cambio, el Derecho aragonés guarda silencio, y ya hemos visto que la jurisprudencia menor ha considerado en más de una ocasión que pueden resultar beneficiarios de este derecho también los hijos mayores de edad que se encuentren en periodo formación y continúen conviviendo con sus progenitores, aunque hayan dejado de estar bajo su guarda y custodia —vid. Epígrafe 2.2 del Capítulo V—. Por lo tanto, en el caso del Derecho aragonés, cabe entender que la extinción de la guarda y custodia no es en sí misma una causa de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar, pues éste podrá mantenerse mientras subsista el mencionado derecho de alimentos.

habitación dentro del contenido de la obligación genérica de alimentos entre parientes, no parece que en este caso pueda exigirse que dicho derecho deba satisfacerse en todo caso mediante la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor a cuyo cargo queden los menores¹⁸⁶².

Sin embargo, existen dos supuestos en los que el fin del régimen de guarda y custodia inicialmente fijado y el cese de la obligación de prestar alimentos a los hijos menores no coinciden en el tiempo: cuando se produzca una modificación del régimen de guarda y custodia –pasando de uno a otro progenitor, estableciendo la custodia compartida en vez de la exclusiva, etc. – o bien cuando el progenitor custodio sea privado judicialmente de la patria potestad –y, por ende, también de la guarda y custodia–. En ambos casos, siguiendo la opinión de LACRUZ BERDEJO, parece lógico entender que se extinguirá el derecho de uso sobre la vivienda familiar –o pasará al otro cónyuge, si es que concurren circunstancias que así lo aconsejen–¹⁸⁶³. Y es que, no tendría sentido mantener en el uso de la vivienda familiar al progenitor que pierde el ejercicio de la guarda y custodia bajo el pretexto de que todavía se mantiene la obligación de alimentos, máxime si tenemos en cuenta que el ejercicio de la guarda y custodia fue precisamente el motivo que justificó que en su momento le fuera concedido el derecho de uso sobre la vivienda familiar.

Por tanto, salvo en los supuestos que acabo de exponer –en los que la guarda y custodia se extingue antes de la mayoría de edad de los hijos–, considero que el uso de la vivienda familiar cesará cuando el menor alcance la mayoría de edad, por ser éste el momento en el que se extingue tanto la guarda y custodia como la obligación de prestar alimentos a los hijos menores –que pasará a regirse por las reglas de la obligación genérica de alimentos entre parientes–. Obviamente, ello no quiere decir que los hijos queden

¹⁸⁶² Vid. en este sentido: STS de 11 de noviembre de 2013, de 12 de febrero de 2014, de 17 de febrero de 2014 y de 29 de mayo de 2015. Vid. también: SEISDEDOS MUIÑO, Ana, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 153.

¹⁸⁶³ Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis (et. al.), revisada por RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho Civil IV...*, cit., p. 102.

desprotegidos en sus necesidades de vivienda cuando no pueden satisfacerlas por sí mismos, sino que el título para solicitar la cobertura de estas necesidades ya no será el derecho de uso que recoge el artículo 96 del Código Civil, sino el derecho y obligación recíprocos de prestarse alimentos entre parientes —art. 142 y ss. Cc.—¹⁸⁶⁴.

Por otro lado, ya hemos visto que es posible que la sentencia de separación o divorcio establezca un plazo superior —ej. hasta que el hijo alcance determinada edad¹⁸⁶⁵ o hasta que cuente con independencia económica, fijando un plazo razonable—. Pero la duda que se plantea es si también podría contemplar un plazo inferior, o lo que es lo mismo, establecer que el uso de la vivienda familiar se extinga antes del cese del régimen de guarda y custodia. Se trata de una posibilidad a la que se opone gran parte de nuestra doctrina, por considerar que podría atentar contra el interés superior del menor, y, en concreto, contra el derecho que tiene a que su necesidad de habitación quede garantizada mientras persista la minoría de edad¹⁸⁶⁶.

Con carácter general, nuestro Tribunal Supremo comparte la opinión de este sector mayoritario de la doctrina y se muestra contrario a la posibilidad de fijar una limitación temporal en el derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos en los que ésta se haya atribuido por razón de la guarda y custodia¹⁸⁶⁷. Sin embargo, en algunas ocasiones ha flexibilizado dicha posición

¹⁸⁶⁴ Ello supone que el progenitor obligado a prestar alimentos podrá recurrir a la posibilidad de recibirlos en su propio domicilio —art. 149.1 Cc.— y reclamar el uso de la vivienda, especialmente si ésta es de su exclusiva propiedad.

¹⁸⁶⁵ *Vid.* SAP de Madrid de 29 de marzo de 2010 —hasta que el hijo cumpla 25 años— y SAP de Madrid de 8 de marzo de 2013 —hasta que alcance los 21 años—.

¹⁸⁶⁶ *Vid.* DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., p. 1415 y "La Ley 5/2011, de 1 de abril...", cit., pp. 15-16 y 72; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Incidencia en la modificación de medidas...", cit., p. 1645; BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "El interés del menor como criterio de aplicación...", cit., p. 798; ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares...", cit., pp. 107-108; y SEISDEDOS MUIÑO, Ana, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., pp. 152-153.

¹⁸⁶⁷ *Vid.* STS de 19 de marzo de 2011, STS de 1 de abril de 2011, STS de 14 de abril de 2011, STS de 26 de abril de 2011, STS de 21 de junio de 2011, STS de 30 de septiembre de 2011, STS de 10 de octubre de 2011, STS de 26 de abril de 2012, STS de 13 de julio de 2012, STS de 17 de octubre de 2013, STS de 3 de abril de 2014, STS de 29 de mayo de 2014, STS de 16 de junio de 2014, STS de 24 de octubre de 2014 y STS de 28 de noviembre de 2014.

y ha considerado posible establecer dicha limitación temporal, siempre que las necesidades del menor queden cubiertas¹⁸⁶⁸. En nuestra jurisprudencia menor son más abundantes los pronunciamientos que se decantan por esta última postura¹⁸⁶⁹.

A mi modo de ver, no tiene por qué excluirse tajantemente la posibilidad de que la sentencia de separación o divorcio establezca que el uso de la vivienda familiar concluya antes de que el menor alcance la mayoría de edad –aunque una vez más, reconozco que dicha interpretación puede chocar con la literalidad del art. 96 Cc. –, pero eso sí, siempre que la propia sentencia justifique el modo en el que va a quedar garantizado su derecho de habitación una vez que tenga lugar la extinción del derecho de uso sobre la vivienda. Al respecto, una opción podría ser que en el momento en el que se extinga el derecho de uso sobre la vivienda familiar se produzca un incremento en la cuantía que debe abonar el progenitor no custodio en concepto de alimentos, tal y como viene proponiendo algún autor¹⁸⁷⁰. Y es que, ya hemos visto que cada vez hay una mayor tendencia a considerar que el uso de la vivienda familiar supone una contribución en especie a los gastos de los hijos menores¹⁸⁷¹, por lo que resulta razonable que la extinción del derecho de uso vaya acompañada de un incremento de la cuantía que debe abonar el progenitor no custodio para sufragar los gastos de sus hijos.

¹⁸⁶⁸ *Vid.* STS de 10 de octubre de 2011 y de 17 de junio de 2013, en las que se atribuye la vivienda al progenitor custodio durante un plazo de tres años; y STS de 27 de julio de 2016, en la que se atribuye la vivienda al progenitor custodio durante el plazo de un año.

¹⁸⁶⁹ *Vid.* a modo de ejemplo: SAP de Las Palmas de 4 de junio de 2008, que atribuye la vivienda a la progenitora custodia por un plazo de tres años; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 28 de junio de 2010, que atribuye la vivienda a la progenitora custodia por un plazo de cuatro años; SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2011, que atribuye la vivienda a la progenitora custodia por un plazo de dos años; SAP de Zaragoza de 21 de junio de 2011, que atribuye la vivienda a la progenitora custodia por un plazo de dos años; SAP de Zaragoza de 13 de marzo de 2012, que atribuye la vivienda a la progenitora custodia por el plazo de un año; STSJ de Aragón de 7 de febrero de 2013, que atribuye la vivienda a la progenitora custodia por el plazo de un año; SAP de Zaragoza de 12 de febrero de 2013, que atribuye la vivienda a la progenitora custodia por un plazo de cinco años; y SAP de Alicante de 11 de marzo de 2015, que atribuye la vivienda familiar a la progenitora custodia por un plazo de cuatro años.

¹⁸⁷⁰ *Vid.* BALDA MEDARDE, María José, "«La vivienda familiar...», cit., p. 228. *Vid.* también: SAP de Salamanca de 18 de julio de 2016.

¹⁸⁷¹ *Vid.* Epígrafe 3.5 del Capítulo V.

Finalmente, no resulta claro si la extinción del derecho de uso sobre la vivienda se produce o no de forma automática una vez que tiene lugar el cese de la guarda y custodia –en caso de que la propia sentencia no prevea que el cese de dicha guarda conlleva también el del uso de la vivienda–. Las posibilidades que se presentan son dos: si consideramos que la extinción del derecho de uso sobre la vivienda se produce de forma automática una vez que los hijos alcanzan la mayoría de edad, bastaría con interponer una demanda de ejecución de sentencia. Por el contrario, si consideramos que dicha extinción no es automática, sería necesario interponer una demanda de modificación de medidas definitivas, con base en la alteración de las circunstancias que supone el cese en el ejercicio de la guarda y custodia. Aunque, en realidad, esta última opción resulta bastante discutible, pues si bien la extinción de la guarda y custodia supone una alteración de las circunstancias, no parece que se trate de un hecho imprevisible –que es uno de los requisitos que viene exigiendo el TS para la aplicación del art 775.1 Lec.–¹⁸⁷². Téngase en cuenta que, con carácter general, la guarda y custodia se extingue una vez que los hijos alcanzan la mayoría de edad, que es un hecho objetivo sobre el que existe absoluta certidumbre acerca del momento en el que se va a producir.

B) Mejora de la situación económica del beneficiario del derecho de uso

Cabe plantearse si el juez puede extinguir anticipadamente el derecho de uso sobre la vivienda familiar si la situación económica del cónyuge que resultó beneficiado por el mismo va a mejor fortuna.

Creo que la respuesta debe ser afirmativa en aquellos supuestos en los que el cónyuge beneficiario del derecho de uso pase a disponer de otra vivienda –en título de propiedad o de un derecho real que conlleve el derecho de uso sobre la misma– o a contar con recursos suficientes para adquirir una. De

¹⁸⁷² Vid. STS de 15 de noviembre del 2000, STS de 27 de mayo de 2002 y STS de 25 de enero de 2007 (entre otras).

hecho, la anulada Ley valenciana 5/2011 preveía expresamente que si se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como residencia familiar, éste cesaría en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento – art. 6.2 –.

Pero cabe preguntarse nuevamente si esta causa de extinción del derecho de uso de la vivienda puede aplicarse también en aquellos casos en los que dicho derecho de uso no se ha asignado como consecuencia la situación de necesidad de uno de los progenitores, sino con base en la atribución del ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores. A mi modo de ver, dado que en este caso el derecho de habitación del menor ya queda garantizado a través de la nueva vivienda que adquiera –o que esté en condiciones de adquirir– el progenitor a cuyo cargo esté el menor, no tendría porque haber impedimento alguno para que pueda extinguirse dicho derecho de uso sobre la vivienda familiar¹⁸⁷³. Ello sólo será posible, obviamente, siempre que la nueva vivienda permita satisfacer las necesidades habitacionales de los menores y que el cambio no les suponga un perjuicio –por ejemplo, porque la nueva vivienda tenga una calidad notablemente inferior a la anterior o se encuentre lejos del colegio o del entorno habitual del menor –.

A mayor abundamiento, ya hemos visto que tanto el Código Civil de Cataluña –art. 233-20.6– como la Ley del País Vasco 7/2015 –art. 12.6– prevén expresamente la posibilidad de sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias, si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos menores. Y, en cuanto al Código Civil, pese a que guarda silencio, lo cierto es que el propio Tribunal Supremo ha admitido en más de una ocasión que el juez atribuya el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar, siempre que la vivienda que se asigne sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos¹⁸⁷⁴. Por

¹⁸⁷³ *Vid.* en este mismo sentido: DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "La atribución del uso de la vivienda familiar...", cit., pp. 17-18.

¹⁸⁷⁴ *Vid.* STS de 29 de marzo de 2011, STS de 30 de septiembre de 2011, STS de 10 de octubre de 2011, STS de 5 de noviembre de 2012, STS de 17 de junio de 2013, STS de 3 de diciembre de 2013 y STS de 16 de enero de 2015.

tanto, si se faculta al juez para que atribuya el uso de una vivienda distinta de la que venía siendo la familiar, nada impide a mi modo de ver que posteriormente decrete la extinción de dicho derecho de uso basándose precisamente en el hecho de que el progenitor que resultaba beneficiario del mismo por razón del ejercicio de la guarda de sus hijos pase a disponer de otra vivienda o de los recursos necesarios para adquirir una.

En este caso no cabe duda de que el procedimiento a seguir será la interposición de la correspondiente demanda de modificación de medidas, pues la mejora de la situación económica del beneficiario del derecho de uso sí constituye una alteración de las circunstancias en el sentido que viene exigiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo: se trata de una circunstancia nueva, relevante, no imputable a la voluntad de quien solicita la modificación de las medidas, imprevista y no meramente transitoria¹⁸⁷⁵.

C) Convivencia con un tercero

Cabe plantearse también si la convivencia –matrimonial o *more uxorio*– con un tercero puede constituir una causa de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar, una cuestión sobre la que, una vez más, nuestro Código Civil guarda silencio. Sí que la han contemplado las normas catalana – art. 233-24.2 b) Cc.Cat. – y vasca – art. 12.11 d) Ley del País Vasco 7/2015 –, aunque lo han hecho de un modo diverso. Así, mientras que el Código Civil de Cataluña sólo admite la convivencia con un tercero como causa de extinción del derecho de uso de la vivienda en los casos en los que éste se haya atribuido con base en el interés del progenitor más necesitado de protección, la Ley del País Vasco extiende esta posibilidad también a aquellos supuestos en los que el uso

¹⁸⁷⁵ Vid. STS de 15 de noviembre del 2000, STS de 27 de mayo de 2002 y STS de 25 de enero de 2007 (entre otras).

de la vivienda se haya asignado por razón del ejercicio de la guarda y custodia sobre los hijos menores¹⁸⁷⁶.

A mi modo de ver, la postura adoptada por el legislador catalán en este punto es bastante más coherente, pues resulta difícilmente justificable desde el punto de vista del interés del menor que los hijos se vean privados del uso de la vivienda por el hecho de que el progenitor a cuyo cargo estén comience a convivir con un tercero. De hecho, la jurisprudencia¹⁸⁷⁷ y doctrina¹⁸⁷⁸ mayoritarias se muestran contrarias a considerar la convivencia matrimonial o *more uxorio* como una causa de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando dicho uso se hubiera atribuido por razón del ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores —aunque también existe alguna opinión discordante¹⁸⁷⁹—.

En cuanto a los supuestos en los que la vivienda familiar se atribuye al cónyuge más necesitado de protección, ya hemos visto que tanto el Derecho catalán como el vasco prevén que la convivencia con un tercero constituye una

¹⁸⁷⁶ En este punto, la norma vasca se asemeja a lo dispuesto en el *Codice Civile* italiano —art. 337 sexies. 1—, que también prevé la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar en todos los supuestos en los que el titular del mismo conviva *more uxorio* con un tercero o celebre ulterior matrimonio, lo que ha causado cierta perplejidad en la propia doctrina italiana —*vid.* DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso del figli nella separazione en el divorcio*, Cedam, Padova, 2006, p. 123; FERRANDO, Gilda, “L’assegnazione della casa familiare”, en: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* —coord. DOGLIOTTI, Massimo—, Lex Nova, Torino, 2008, p. 139; y IRTI, Claudia, *Affidamento condiviso...*, cit., p. 69—. No obstante, la jurisprudencia italiana ha llevado a cabo una interpretación flexible —y en cierto modo correctora— de la norma y ha señalado que la revocación del derecho de uso no es automática, sino que está supeditada a que con ello no se perjudique el interés superior del menor —*vid.* Trib. Napoli, 9 novembre 2006; Trib. Modena, 18 aprile 2007; Trib. Firenze, 16 maggio 2007; Trib. Roma, 3 dicembre 2007; y Corte Cost., 29 luglio 2008—. En concreto, la *Corte Costituzionale* italiana ha manifestado que, en estos supuestos, el juez deberá volver a valorar la situación para determinar si procede una modificación de la atribución del uso de la vivienda familiar —*vid.* Corte Cost., 29 luglio 2008—.

¹⁸⁷⁷ *Vid.* STS de 19 de enero de 2017. *Vid.* también: SAP de A Coruña de 16 de septiembre de 2010 y SAP de Murcia de 15 de diciembre de 2009.

¹⁸⁷⁸ *Vid.* YSÁS SOLANES, María, “¿Han cambiado los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar...”, cit., p. 1690; ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, “Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares...”, cit., pp. 109; DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, “La Ley 5/2011, de 1 de abril...”, cit., p. 102 y “La atribución del uso de la vivienda familiar...”, cit., pp. 17-18; y DE VERDA BEAMONTE, José Ramón y CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares...”, cit., p. 3410.

¹⁸⁷⁹ *Vid.* BALDA MEDARDE, María José, “«La vivienda familiar...”, cit., p. 230; IGLESIAS REINA, Marta, *Custodia compartida...*, cit., p. 101; y ZUMAQUERO GIL, Laura, “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar...”, cit., p. 146.

causa de extinción del uso de la vivienda. A mi modo de ver, sería recomendable extender las previsiones que recogen las normas vasca y catalana en este punto a nuestro Código Civil y al resto de normas autonómicas, pues si admitimos que el cónyuge titular del derecho de uso se mantenga en el mismo una vez que convive con un tercero, podríamos estar amparando que obtuviera un enriquecimiento injusto. Por ello, sería necesario, cuanto menos, volver a valorar la situación para determinar si en la nueva coyuntura se mantienen las circunstancias que justificaron que le fuera atribuido el uso de la vivienda¹⁸⁸⁰. Para ello, la forma de proceder por parte del cónyuge no usuario de la vivienda será la interposición de la correspondiente demanda de modificación de medidas, pues la convivencia con un tercero supone una alteración sustancial de las circunstancias en los términos exigidos por el Tribunal Supremo¹⁸⁸¹.

No obstante lo anterior, lo cierto es que nuestro Tribunal Supremo no se muestra partidario con carácter general de decretar la extinción del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Aunque en ocasiones sí parece haber llegado a tal solución, lo cierto es que ha sido en supuestos en los que concurrían también otras circunstancias, como por ejemplo, que el excónyuge que tiene atribuido el uso haya adquirido otra vivienda junto a su nueva pareja¹⁸⁸². En realidad, en este último caso parece que la razón de la extinción del derecho de uso de la vivienda no es tanto la convivencia con un tercero como el hecho de que se deje de residir habitualmente en la misma, lo que a mi modo de ver hace que pierda su condición de vivienda familiar, y, por ende, ya no tendría razón de ser que mantuviera el derecho de uso sobre la misma. Además, ya hemos visto en el apartado anterior que la adquisición de otra vivienda por parte del cónyuge que tiene atribuido su uso puede constituir en sí misma una causa de extinción del uso de la vivienda familiar.

¹⁸⁸⁰ *Vid.* SAP de Murcia de 15 de diciembre de 2009.

¹⁸⁸¹ *Vid.* STS de 15 de noviembre del 2000, STS de 27 de mayo de 2002 y STS de 25 de enero de 2007 (entre otras).

¹⁸⁸² *Vid.* STS de 29 de marzo de 2011, STS de 5 de noviembre de 2012 y STS de 15 de julio de 2015.

En todo caso, tanto en los supuestos en los que la vivienda se haya atribuido por razón de la guarda y custodia de los hijos como en aquellos en los que se asigne al cónyuge más necesitado de protección y se decida mantenerle en el uso de la misma pese a convivir con un tercero, considero que ello debería tener repercusiones en las relaciones patrimoniales entre los excónyuges. Téngase en cuenta que el uso de la vivienda por el tercero conviviente también tiene valor económico, y ello debería compensarse de alguna manera. Para ello, podría recurrirse a diferentes fórmulas: disminuir la cuantía de la compensación por desequilibrio económico que eventualmente pueda establecerse en favor del cónyuge que resulte beneficiado por el derecho de uso de la vivienda, fijar de una compensación económica directa, valorarlo a efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales, etc.

D) Venta de la vivienda o disolución de la comunidad

El Código del Derecho Foral de Aragón es la única norma que se refiere expresamente a la posible venta de la vivienda familiar. Lo hace en su artículo 81.4, exigiendo para ello dos requisitos: que el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres¹⁸⁸³ y que la venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares. Se trata de supuestos en los que el juez no atribuye el uso de la vivienda a ninguno de los progenitores, sino que acuerda directamente la venta de la misma, por lo que a efectos de la extinción del derecho de uso –que es lo que ahora nos ocupa–, la previsión que recoge el Código aragonés no tiene mayor relevancia. Valga decir, que el hecho de que el resto de normas no haya recogido la posibilidad de que el juez acuerde la venta de la vivienda familiar, no quiere decir que no pueda hacerlo si considera que no concurren circunstancias que justifiquen la atribución de su uso a ninguno

¹⁸⁸³ Como ha puesto de manifiesto LÓPEZ AZCONA, cabe entender que este requisito ha de interpretarse en el sentido de que el juez sólo puede acordar la venta de la vivienda familiar en aquellos casos en que ésta sea de titularidad conjunta de ambos cónyuges —*vid.* LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven...", cit., p. 101 y "La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar...", cit., p. 89—.

de los cónyuges¹⁸⁸⁴ – no en vano, es posible encontrar algún pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo en el que opta por dicha solución¹⁸⁸⁵ –.

Mayor interés despiertan aquellos supuestos en los que la venta de la vivienda familiar no se produce de forma coetánea a la ruptura sino en un momento posterior, es decir, una vez que el uso de la misma ha sido ya atribuido a uno u otro progenitor. Al respecto, cabe recordar que el artículo 96.4 del Código Civil impide realizar cualquier acto de disposición sobre la vivienda familiar sin el consentimiento del titular de derecho de uso –o, en su defecto, autorización judicial–. De concurrir dicho consentimiento o autorización judicial, la subsistencia o no del derecho de uso dependerá de lo que pacten las partes –tanto los excónyuges como el comprador– o de lo que el juez decida en el momento de conceder su autorización, y, en caso de que no se haga mención alguna, cabe entender que el adquirente recibirá el bien libre de cargas¹⁸⁸⁶.

Respecto a los supuestos en los que el progenitor que resulte propietario de la vivienda infrinja el mandato del artículo 96.4 del Código Civil y proceda a la venta de misma sin el consentimiento del titular del derecho de uso –o autorización judicial que lo sustituya–, las consecuencias que se producirán dependerán de si el derecho de uso está o no inscrito en el Registro de la Propiedad

Así, en el caso de que no se haya llevado a cabo la inscripción, entrará en juego el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en favor del adquirente de buena fe, frente a cual el beneficiario del uso no podrá oponer su derecho –ni la limitación a la facultad de disponer que acompaña a dicho derecho–. Por tanto, en este caso se produce la extinción del derecho de uso, sin perjuicio de la indemnización que pueda corresponder al cónyuge que haya perdido dicho derecho de uso sobre la vivienda como consecuencia de su venta –

¹⁸⁸⁴ Vid. MORERA VILLAR, Beatriz, *Guarda y custodia...*, cit., p. 145.

¹⁸⁸⁵ Vid. STS de 22 de octubre de 2014.

¹⁸⁸⁶ Vid. en este sentido: MARTÍNEZ DE AGUIRRE Aldaz, Carlos, "Notas sobre adjudicación del uso de la vivienda...", cit., p. 1282.

indemnización que correrá a cargo del cónyuge que ha infringido la prohibición del artículo 96.4 Cc. — .

En cuanto a los supuestos en los que sí se haya practicado la inscripción en el Registro de la Propiedad, como he anticipado al referirme a la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda, nuestra doctrina no termina de ponerse de acuerdo sobre si el objeto de dicha inscripción es el derecho de uso como tal, o bien la limitación a la facultad de disposición que establece el artículo 96.4 del Código Civil.

Si consideramos que lo que se inscribe es el derecho de uso — configurándose por tanto como una carga real—, la transmisión del dominio por el cónyuge titular sin el consentimiento del que tiene atribuido el uso no provocaría la ineficacia de la transmisión, sino simplemente que el tercero adquirente debería soportar el derecho de uso del no titular durante el tiempo que éste dure.

Por el contrario, si entendemos que lo que se inscribe es la limitación a la facultad de disponer que establece el artículo 96.4 del Código Civil, como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, de faltar el consentimiento del cónyuge beneficiario del derecho de uso —o autorización judicial que lo supla—, el acto de enajenación sería inválido¹⁸⁸⁷. A mi modo de ver, esta última postura resulta más acorde con el tenor del artículo 96 del Código Civil, que es bastante claro al exigir el consentimiento del titular del derecho de uso —o la oportuna autorización judicial— para realizar cualquier acto de disposición sobre la vivienda; así como con la naturaleza jurídica del derecho de uso, que ya hemos visto en su momento que no se configura como un derecho real.

En cualquier caso, cabe señalar que, a efectos prácticos, partir de una u otra postura nos conduciría al mismo resultado en cuanto al derecho de uso se refiere, que no es otro que la subsistencia del mismo. Así, si consideramos que es una carga real, el derecho de uso acompañaría a la vivienda haya donde esta fuese —ello sin perjuicio de que la propiedad fuera adquirida por un tercero

¹⁸⁸⁷ *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE Aldaz, Carlos, "Notas sobre adjudicación del uso de la vivienda...", cit., p. 1282.

distinto de los progenitores como consecuencia de la venta –; y, si partimos de que lo que se inscribe en el Registro de la Propiedad es la prohibición de disponer del artículo 96.1 –como aquí defiendo–, ni siquiera podría llevarse a cabo válidamente la venta, por lo que el derecho de uso subsistiría en todo caso.

Por último, cabe plantearse si la prohibición de disponer prevista en el artículo 96.4 del Código Civil impide también solicitar la división de la comunidad sobre la vivienda cuando ésta fuera copropiedad de ambos cónyuges –art. 400 Cc.–. Al respecto, el Tribunal Supremo ha señalado en sus Sentencias de 3 de diciembre de 2008 y de 27 de febrero de 2012 que se admite el ejercicio de la acción de división, si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes. Por tanto, el alto Tribunal entiende que la previsión del artículo 96.4 del Código Civil no impide solicitar la división de la comunidad existente sobre la vivienda, pero ello no conllevará la extinción del derecho de uso sobre la misma.

CAPÍTULO VI: MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

Al referirme al establecimiento del régimen de guarda y custodia como medida definitiva en los procesos de separación o divorcio, ya he anticipado que, pese a su nombre, de definitiva tiene bastante poco¹⁸⁸⁸. Por un lado, terminará extinguiéndose cuando concurra cualquiera de las causas a las que posteriormente me referiré; y, por otro, cabe la posibilidad de que el régimen de guarda y custodia sufra modificaciones durante su vigencia por la concurrencia de nuevas circunstancias que así lo aconsejen, o incluso que se suspenda durante un determinado periodo de tiempo. En el presente capítulo voy a analizar todas estas cuestiones, comenzando con los supuestos de modificación y pasando posteriormente a los de suspensión y extinción.

1. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

Nuestra normativa admite que, ante la presencia de determinadas circunstancias, puedan modificarse las medidas establecidas en el proceso de separación o divorcio –arts. 90.3 y 91 Cc. y art. 775 Lec.–¹⁸⁸⁹. Obviamente, cuando el matrimonio cuente con hijos menores, entre dichas medidas estará el régimen de guarda y custodia, que, por ende, también podrá ser alterado para adaptarlo a las nuevas circunstancias.

¹⁸⁸⁸ *Vid.* Epígrafe 2.2 del Capítulo III.

¹⁸⁸⁹ En el mismo sentido se pronuncian la mayor parte de normas autonómicas: *vid.* arts. 77.3 y 79.5 CDFA, art. 233-7 Cc.Cat. y art. 5.9 Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 4.3 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

Así, en esta clase de procesos la eficacia del principio de cosa juzgada se relaja¹⁸⁹⁰, lo que a mi modo de ver resulta lógico, sobre todo si tenemos en cuenta que las medidas o efectos de la ruptura conyugal se fundan en circunstancias cambiantes. De hecho, podríamos encontrarnos ante una manifestación del principio *rebus sic stantibus*¹⁸⁹¹ –entendido en sentido amplio¹⁸⁹² –, que se refiere a la posibilidad de revisar o modificar un compromiso por haberse alterado esencialmente las condiciones que se daban en el momento de adquirirlo¹⁸⁹³.

De acuerdo a lo anterior, el régimen de guarda y custodia convenido o adoptado en sentencia conserva validez y vigencia en tanto en cuanto no se modifiquen las circunstancias que fueron tomadas en consideración en el momento de su adopción¹⁸⁹⁴. Y es que, como he anticipado, de producirse una alteración de las circunstancias, puede resultar necesario modificarlo para adecuarlo a la nueva realidad.

El régimen de guarda y custodia puede modificarse tanto en los casos en los que ha sido establecido por los propios progenitores en el convenio regulador como en aquellos en los que ha sido fijado por el juez por no existir acuerdo entre las partes – art. 90.3 Cc. y art. 775 Lec. –. Además, cabe entender

¹⁸⁹⁰ Vid. STS de 23 de septiembre de 1996. Vid. también: LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 289; GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Menores...", cit., p. 997 y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., pp. 1156 y 1157.

¹⁸⁹¹ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., pp. 242 y 243; MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, "El convenio regulador..." cit. p. 279; DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 32; GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, en: "Posibilidad de cambio a custodia compartida...", cit., p. 4; CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 127; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1157. Vid. también: SAP de Barcelona de 7 de junio de 2001.

¹⁸⁹² Téngase en cuenta que, en sentido estricto, el principio *rebus sic stantibus* se refiere a los pactos, acuerdos y contratos entre particulares, y como sabemos, el régimen de guarda y custodia es una medida que puede ser de origen judicial.

¹⁸⁹³ Vid. CASTAÑEDA RIBAS, María Leoba, "La imprevisión en los contratos: la cláusula *rebus sic stantibus* como excepción al principio *pacta sunt servanda*", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 62, Nº 258, 2012, p. 209.

¹⁸⁹⁴ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, en: "Posibilidad de cambio a custodia compartida...", cit., p. 4.

que podrá modificarse tanto si ha sido establecido como medida previa¹⁸⁹⁵ o provisional¹⁸⁹⁶, como si ha sido fijado en la sentencia definitiva de separación o divorcio. A su vez, la modificación podrá tener carácter provisional o definitivo¹⁸⁹⁷.

Como es lógico, la modificación del régimen de guarda y custodia obligará a replantearse también otras medidas que ya hemos visto que dependen del mismo, como el régimen de visitas, la contribución de los progenitores al mantenimiento de los menores o el derecho de uso sobre la vivienda familiar. No obstante, aquí me centraré exclusivamente en la posible modificación del régimen de guarda y custodia.

1.1. Competencia

Hasta la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el artículo 775 Lec. no precisaba cuál era el tribunal competente para conocer de los procedimientos de modificación de medidas. Ante el silencio de la norma, nuestros tribunales aplicaban las reglas previstas en el artículo 769.1 Lec., cuyo objeto es determinar el tribunal competente para conocer de los procedimientos

¹⁸⁹⁵ La posible modificación de las medidas previas o provisionalísimas queda amparada por el artículo 772 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite que el juez, al admitir la demanda, modifique las medidas previamente acordadas.

¹⁸⁹⁶ Aunque el art. 103 Cc. no contempla expresamente la posible modificación de las medidas provisionales en el curso del pleito, como ha puesto de manifiesto LACRUZ BERDEJO, cabe entender que también pueden alterarse cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen, pues si cabe modificar las medidas definitivas, con mayor razón podrán modificarse las eventuales y temporales —*vid.* LACRUZ BERDEJO, José Luis (et. al.) —revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús—, *Elementos de Derecho Civil I...*, cit., p. 114—. *Vid.* también: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común...", cit. p. 190. Sí contempla expresamente esta posibilidad la Ley del País Vasco 7/2015 —art. 13.4—.

¹⁸⁹⁷ La modificación provisional puede resultar necesaria en supuestos en los que concurren circunstancias que hagan necesario un cambio urgente del régimen de guarda y custodia. También puede ser útil en aquellos casos en los que uno de los progenitores se vea temporalmente impedido para el ejercicio de la guarda y custodia —ej. por padecer algún tipo de enfermedad, por haberse desplazado temporalmente al extranjero por razones de trabajo, etc.—.

matrimoniales¹⁸⁹⁸. Con base en el mencionado precepto, la competencia objetiva correspondía al Juzgado de Primera Instancia, sin perjuicio de que pudiera atribuirse a los Juzgados de Familia allí donde existieran. Respecto a la competencia territorial, cuando los progenitores residían en el mismo partido, resultaba competente el Juzgado de Primera instancia –o de Familia– del lugar del último domicilio común. Por el contrario, cuando los progenitores residían en distintos partidos, el tribunal competente era, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado.

El problema que planteaba la aplicación del art. 769.1 Lec. a esta clase de procesos es que, pese a que el tribunal competente solía coincidir con el que había dictado las medidas cuya modificación se pretendía, no siempre era así, y podía resultar competente un tribunal distinto de aquel que había conocido el anterior proceso de separación o divorcio, con los inconvenientes que ello conllevaba.

Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 42/2015, el artículo 775 Lec. fue objeto de reforma y pasó a disponer en su punto primero que resulta competente el tribunal que en su momento dictó las medidas definitivas. Por tanto, tras la reforma, no queda duda de que la competencia corresponde al mismo tribunal que conoció del proceso de separación o divorcio –tal y como ha señalado también nuestro Tribunal Supremo¹⁸⁹⁹–.

A mi modo de ver, el hecho de que el juez que adoptó las medidas definitivas sea también quien conozca del procedimiento de modificación de las mismas presenta importantes ventajas. Por lo pronto, tendrá un mejor conocimiento del caso y de sus antecedentes. Además, podrán intervenir en el proceso el mismo fiscal y los mismos especialistas que lo hicieron en el

¹⁸⁹⁸ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 249; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La reducción de la pensión de alimentos...", cit., p. 633; y LÓPEZ JARA, Manuel, "La competencia para conocer del procedimiento de modificación de medidas definitivas...", cit., p. 1.

¹⁸⁹⁹ Vid. Auto del TS de 27 de junio de 2016: «(...) el propósito del legislador de atribuir la competencia para conocer de las demandas de modificación de medidas al juzgado que dictó la resolución inicial es indudable, a la vista del tenor literal del art. 775 Lec.».

procedimiento inicial –aunque, obviamente, puede ocurrir que cualquiera de los mencionados profesionales ya no se encuentre trabajando en el tribunal que dictó la sentencia de separación o divorcio, por lo que estas ventajas no se darán en todos los casos¹⁹⁰⁰ –.

Ahora bien, esta solución puede plantear problemas en aquellos supuestos en los que las medidas definitivas hayan sido establecidas por un Juzgado de Violencia sobre la Mujer¹⁹⁰¹. Y es que, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 775.1 Lec., dicho tribunal debería conocer también del procedimiento de modificación de medidas. En algunos casos, ello puede chocar con lo dispuesto en el art. 87 ter.3 LOPJ, que exige que concurren cuatro requisitos cumulativos para que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer pueda resultar competente. En primer lugar se requiere que el proceso verse sobre algunas de las materias previstas en el segundo punto del artículo 87 ter LOPJ, entre las que se encuentran las relaciones paterno filiales y la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar –letras c) y d)–, por lo que este requisito sí concurre. Sin embargo, los otros tres requisitos no siempre se dan, ya que exigen que alguna de las partes sea víctima de violencia de género, que la otra resulte imputada en la realización de actos de violencia de género, y que existan actuaciones ante el juez de violencia sobre la mujer o que se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género –art. 87 ter.3 b), c) y d) LOPJ –.

Obviamente, de existir un procedimiento penal abierto ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer –bien porque continúe uno anterior o bien porque se haya iniciado uno nuevo ante el mismo tribunal–, no hay problema para conciliar ambos preceptos, ya que la competencia corresponderá en todo caso al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que dictó las medidas definitivas –tanto

¹⁹⁰⁰ *Vid.* LÓPEZ JARA, Manuel, "La competencia para conocer del procedimiento de modificación de medidas definitivas...", cit., p. 3.

¹⁹⁰¹ Sobre la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para conocer de los procedimientos de separación o divorcio, *vid.* Epígrafe 1 del Capítulo III.

por la aplicación del art. 775.1 Lec. como por la del art. 87 ter.3 LOPJ –¹⁹⁰². Sin embargo, pueden plantear problemas aquellos supuestos en los que se inicia un nuevo proceso de violencia de género ante un Juzgado de Violencia sobre la Mujer distinto de aquél que dictó las medidas civiles –y entre ellas, el régimen de guarda y custodia–. Y es que, de aplicar el artículo 775.1 Lec., habría que concluir que la competencia para conocer de la demanda de modificación del régimen de guarda y custodia corresponde al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que estableció en su día las medidas civiles, en detrimento de aquél que está conociendo del proceso de violencia de género en el momento actual. No obstante, considero que una vez que se ha atribuido la competencia objetiva al Juzgado de Violencia sobre la Mujer –en virtud del art. 87 ter.3 LOPJ–, la competencia territorial ya no se regirá por el artículo 775.1 Lec., sino por el artículo 15 bis Lecrim., por ser el precepto que regula con carácter general la competencia territorial de los Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Y de acuerdo al mencionado artículo, la competencia territorial corresponderá al tribunal del lugar del domicilio de la víctima¹⁹⁰³ –que, por el mismo precepto, será el competente para conocer también del proceso de violencia de género–.

Pero los mayores problemas competenciales se producen cuando los efectos de la ruptura matrimonial fueron fijados por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer y, en el momento de presentar la demanda, ya no existe ningún procedimiento abierto ante dicho tribunal –por haber recaído sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento firme, o, en caso de que hubiera existido condena, por haberse extinguido ya la responsabilidad criminal¹⁹⁰⁴ – ni tampoco se ha abierto uno nuevo. Las posibles alternativas son dos: aplicar el art. 775.1 Lec. y otorgar la competencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, aunque ello choque con lo dispuesto en el art. 87 ter.3 LOPJ –por no concurrir

¹⁹⁰² Vid. Auto del TS de 15 de febrero de 2017. Vid. también: LÓPEZ JARA, Manuel, "La competencia para conocer del procedimiento de modificación de medidas definitivas...", cit., p. 4.

¹⁹⁰³

¹⁹⁰⁴ En cambio, no plantean excesivos problemas los supuestos que haya recaído sentencia condenatoria y la responsabilidad criminal todavía no se haya extinguido, pues en tal caso, considero que si concurren los requisitos previstos en el art. 87 ter LOPJ y, por tanto, resultará competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Y es que, aunque el art. 87 ter LOPJ habla de que «*alguna de las partes del proceso civil sea imputado(...)*», cabe entender que comprenderá también los supuestos que haya sido condenado.

los requisitos que éste exige para que dicho tribunal resulte competente—; o bien integrar esta falta de previsión de la ley acudiendo al artículo 769 Lec., en cuyo caso la competencia correspondería al Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal, o, en el caso de que los progenitores residan en distintos partidos judiciales, al del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado —a elección del demandante—¹⁹⁰⁵.

En nuestra jurisprudencia menor encontramos algún pronunciamiento que parte de la primera opción expuesta y considera que la competencia viene determinada exclusivamente por el art. 775.1 Lec. —que desplazaría al art. 87 ter LOPJ— y que, por ende, resulta competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, por ser el tribunal que conoció del procedimiento de separación o divorcio¹⁹⁰⁶. No obstante, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentido contrario, condicionando la aplicación del art. 775.1 Lec. a que el tribunal que haya establecido las medidas tenga competencia objetiva de acuerdo al art. 87 ter LOPJ. En este sentido, estima que, al no existir proceso penal abierto, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer carece de competencia para conocer de cuestiones civiles, por lo que opta por descartar la aplicación del art. 775.1 Lec. y acudir al art. 769.1 Lec. para resolver el conflicto competencial. Con base en el citado precepto, atribuye la competencia al Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal o, en el caso de que los progenitores residan en distintos partidos judiciales, al del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado¹⁹⁰⁷.

A mi modo de ver, la opción de la que parte el Tribunal Supremo resulta más razonable, ya la presencia de los requisitos que recoge el artículo 87 ter.3 LOPJ es lo que justifica la competencia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que se mantendrá en tanto en cuanto dichos requisitos continúen

¹⁹⁰⁵ *Vid.* LÓPEZ JARA, Manuel, "La competencia para conocer del procedimiento de modificación de medidas definitivas...", cit., p. 5.

¹⁹⁰⁶ *Vid.* Auto de la AP de Málaga de 9 de marzo de 2016.

¹⁹⁰⁷ Autos del TS de 17 de noviembre de 2015 y de 30 de marzo de 2016. *Vid.* también en este mismo sentido: Auto de la AP de Madrid de 12 de enero de 2016 y SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2017.

dándose, y la ausencia de cualquiera de ellos impide que Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuente con legitimación para conocer del proceso civil¹⁹⁰⁸. Todo ello, sin negar los perniciosos efectos que tiene el hecho de que el tribunal que conozca de la demanda de modificación de medidas sea distinto de aquel que las fijó.

Por último, también puede ocurrir que la sentencia de separación o divorcio haya sido dictada por un Juzgado de Primera Instancia o de Familia — bien porque no concurrían conductas de violencia de género entre las partes o bien porque en el momento de dictarse no existían todavía los Juzgados de Violencia sobre la Mujer¹⁹⁰⁹ —, pero que, en el momento de presentar la demanda de modificación de medidas, esté en curso un proceso penal abierto ante un Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Si partimos de la primera postura que he expuesto, habría que aplicar en todo caso el art. 775.1 Lec. y, por ende, atribuir la competencia al Juzgado de Primera Instancia o de Familia que hubiera dictado la sentencia originaria —en detrimento del Juzgado de Violencia sobre la Mujer y, por tanto, contraviniendo lo dispuesto en el art. 87 ter.3 LOPJ—. Por el contrario, si optamos por la segunda postura —que, como he señalado, la considero más acertada—, habría que concluir que la competencia para conocer de la demanda de modificación de medidas corresponde al Juzgado de Violencia sobre la Mujer —porque así lo prevé el art. 87 ter.3 LOPJ—. Téngase en cuenta que este último precepto atribuye competencia exclusiva y excluyente al Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando concurren los cuatro requisitos que recoge, por lo que no parece que quepa atribuir la competencia a un órgano distinto.

¹⁹⁰⁸ *Vid.* en este mismo sentido: CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán, "Procesos matrimoniales...", cit., p. 6.

¹⁹⁰⁹ No hay que olvidar que dichos tribunales fueron creados con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género —art. 43, en la redacción que dio al nuevo art. 87 bis que introdujo en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial—.

1.2. Procedimiento

El cauce para solicitar el cambio del régimen de guarda y custodia será la interposición de la correspondiente demanda de modificación de medidas, que, como vamos a ver en este apartado, podrá presentarse por ambos progenitores de común acuerdo –o por uno con el consentimiento del otro– o bien unilateralmente por uno de ellos. Incluso cabe la posibilidad de que sea el ministerio fiscal el que solicite la modificación del régimen de guarda y custodia.

Además, en aquellos casos en los que el divorcio vaya precedido de una separación matrimonial, cabe que se aproveche el propio proceso de divorcio para modificar el régimen de guarda y custodia fijado en la sentencia de separación¹⁹¹⁰. En este último caso, la modificación de las medidas también podrá solicitarse conjuntamente por ambos progenitores o de forma unilateral por cualquiera de ellos.

Respecto al procedimiento, será distinto para la modificación provisional de las medidas y para la modificación definitiva. En el primer caso, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 775.3 Lec., el procedimiento será el previsto en el artículo 773 Lec. para las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de separación o divorcio¹⁹¹¹. En cuanto a la modificación definitiva, el procedimiento en el que se sustentará dependerá de si la solicitud procede de uno de los sujetos legitimados o bien responde a la existencia de un nuevo convenio entre las partes.

A) Modificación por nuevo convenio de las partes

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 90.3 Cc., las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges podrán ser

¹⁹¹⁰ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 211.

¹⁹¹¹ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 211.

modificadas cuando éstas presenten un nuevo convenio¹⁹¹². En términos semejantes se pronuncian las normas autonómicas¹⁹¹³. Como no puede ser de otra manera, dicho convenio deberá ser aprobado por el juez – art. 90.3 Cc. –¹⁹¹⁴.

En cuanto al procedimiento a seguir, cuando la modificación del convenio regulador o de las medidas acordadas por el tribunal se solicite por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro, será el previsto en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil – art. 775.2 y 777.9 Lec –.

B) Modificación por decisión del juez a instancia de una de las partes o del ministerio fiscal

Además del supuesto al que me he referido en el apartado anterior, el art. 90. 3 Cc. también admite que sea el juez el que adopte la modificación del régimen de guarda y custodia. Para ello es necesario que exista petición de alguno de los sujetos legitimados, que, a tenor del artículo 775.1 Lec., son los propios progenitores y el ministerio fiscal¹⁹¹⁵.

Cabe preguntarse si el propio menor también puede solicitar una modificación del régimen de guarda y custodia. A mi modo de ver, esta posibilidad debe descartarse, ya que el menor no ha sido parte en el proceso principal y, además, el art. 775 Lec. no lo menciona entre los sujetos legitimados para pedir la modificación. Por tanto, aunque sea éste quien desee una

¹⁹¹² Vid. también: arts. 775.2 y 777.9 Lec.

¹⁹¹³ Vid. art. 77.3 a) CDFA, art. 233-2.1 Cc.Cat. y art. 5.6 a) Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 4.3 b) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁹¹⁴ Vid. en este mismo sentido: art. 77.4 CDFA y arts. 5.7 y 5.9 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 1.1 del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —en la redacción que pretendía dar al art. 90.4 Cc.— y art. 4.4 de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁹¹⁵ Los mismos sujetos legitimados recogen las normas autonómicas que lo han previsto: vid. art. 77.3 c) y d) CDFA y art. 5.6 c) Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 4.3 c) y d) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

modificación del régimen de guarda y custodia, la demanda deberá ser interpuesta por alguno de sus progenitores¹⁹¹⁶. En su defecto, cabe entender que podrá acudir al ministerio fiscal para que éste la interponga si lo estima conveniente.

En cuanto al procedimiento a seguir cuando la modificación de medidas es solicitada por una de las partes o por el ministerio fiscal, será el previsto en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil – art. 775.2 Lec. –.

Obviamente, la modificación de medidas iniciada como contenciosa puede transformarse en cualquier momento en consensual – art. 770.5 Lec. –.

1.3. Requisitos

Para que se pueda proceder a la modificación de las medidas definitivas dictadas en un proceso de separación o divorcio no basta con el mero transcurso del tiempo¹⁹¹⁷, sino que es necesario que haya tenido lugar una alteración de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el momento de su adopción – *vid.* art. 775.1 Lec. y arts. 90.3 y 91 Cc., así como las normas autonómicas que han entrado a regular esta cuestión¹⁹¹⁸ –.

Tradicionalmente se ha exigido que dicha alteración de las circunstancias tenga carácter sustancial, un requisito que tanto jurisprudencia¹⁹¹⁹ como doctrina¹⁹²⁰ han interpretado de forma restrictiva. De

¹⁹¹⁶ También cabría pensar en la posibilidad de nombrar a un defensor judicial para que interponga la demanda en nombre del menor, si se acredita que el hecho de no interponer dicha demanda le puede causar un gran perjuicio – art. 27.2 LJV –. Ahora bien, a mi modo de ver, dicha opción resulta más que discutible, ya que como he señalado, el art. 775 Lec. no menciona al menor entre los sujetos legitimados para pedir la modificación de las medidas.

¹⁹¹⁷ *Vid.* SAP de Valencia de 13 de julio de 2009.

¹⁹¹⁸ *Vid.* arts. 77.3 c) y 79.5 CDFV, art. 233-7.1 Cc.Cat. y arts. 5.6 c), 5.9, 7.5 y 13.4 Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 4.3 c) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁹¹⁹ *Vid.* SAP de Valencia de 15 de mayo de 1995, SAP de Almería de 11 de mayo de 1998, SAP de Girona de 21 de mayo de 2001, SAP de Barcelona de 7 de junio de 2001, SAP de Navarra de 13 de abril de 2005, SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2010 y SAP de Zaragoza de 20 de marzo de 2012.

¹⁹²⁰ *Vid.* CLEMENTE MEORO, M., "Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio...", cit., p. 175; GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Menores...", cit., p. 997; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La modificación

hecho, la jurisprudencia ha venido exigiendo la concurrencia de requisitos bastante estrictos para que pueda hablarse de una alteración sustancial: que se trate de circunstancias nuevas¹⁹²¹, relevantes o de notoria entidad¹⁹²², no imputables a la voluntad de quien solicita la modificación de las medidas¹⁹²³, imprevistas o no tomadas en consideración en el momento de adopción de las medidas¹⁹²⁴ y estables o no meramente transitorias o contingentes¹⁹²⁵.

No obstante, el legislador ha decidido recientemente suavizar el requisito de la alteración sustancial de las circunstancias cuando se trata de la modificación de medidas relativas a los hijos menores. Lo ha hecho con la reforma llevada a cabo a través de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que a través del punto vigesimotercero de su Disposición final primera ha dado nueva redacción al artículo 90.3 del Código Civil. Tras la citada reforma, el art. 90.3 ha pasado a recoger dos supuestos en los que cabrá la modificación del régimen de guarda y custodia: cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o cuando se haya producido un cambio de las circunstancias de los cónyuges. Por tanto, vemos que ya no resultará necesario que concurra en todo caso una alteración de las

del régimen de guarda y custodia...”, cit., p. 1575; y ESPINONA CONDE, Gema, en: "Posibilidad de cambio a custodia compartida sin que haya alteración sustancial de circunstancias" —ed. PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, José María, —, *El Derecho*, Boletín de Derecho de Familia, Nº 108, 2011, p. 3.

¹⁹²¹ Vid. SAP de Navarra de 13 de abril de 2005.

¹⁹²² Vid. SAP de Toledo de 30 de enero de 1995, SAP de Baleares de 9 de mayo de 2002, SAP de Navarra de 13 de abril de 2005 y SAP de Zaragoza de 20 de marzo de 2012. Como ha puesto de manifiesto BERROCAL LANZAROT, la alteración de las circunstancias debe tener tanta entidad que en tales términos las partes no hubieran suscrito el convenio o el juez no hubiera adoptado las medidas —vid. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La reducción de la pensión de alimentos...", cit., p. 626—. Vid. también: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 264.

¹⁹²³ Vid. SAP de Baleares de 9 de mayo de 2002, SAP de Málaga de 15 de junio de 2005 y SAP de Zaragoza de 20 de marzo de 2012.

¹⁹²⁴ Vid. STS de 15 de noviembre del 2000, STS de 27 de mayo de 2002, STS de 21 de marzo de 2003 y STS de 25 de enero de 2007. Vid. también: SAP de Girona de 21 de mayo de 2001, SAP de Navarra de 13 de abril de 2005 y SAP de Zaragoza de 20 de marzo de 2012.

¹⁹²⁵ Vid. SAP de Ávila de 22 de octubre de 1999, SAP de Navarra de 13 de abril de 2005, SAP de Almería de 18 de enero de 2005, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de abril de 2006 y SAP de Zaragoza de 20 de marzo de 2012.

circunstancias, sino que bastará con que las nuevas necesidades de los hijos aconsejen la modificación del régimen de guarda y custodia¹⁹²⁶. Además, en el caso de la alteración de las circunstancias, ya no se exige que tenga un carácter “sustancial”¹⁹²⁷ —como ha requerido tradicionalmente nuestra normativa—, sino que será suficiente con que se produzca una alteración cierta¹⁹²⁸. Obviamente, la carga de la prueba de que las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los progenitores aconsejan una modificación de las medidas corresponde a aquel que la pretende —art. 217 Lec.—¹⁹²⁹.

La eliminación del requisito de que la alteración de las circunstancias sea sustancial ha sido objeto de algunas críticas, por considerar que puede dar lugar a que cambios irrelevantes determinen una modificación de medidas, incrementando innecesariamente el número de conflictos y la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales¹⁹³⁰. Incluso podría considerarse que atenta contra el principio de seguridad jurídica, ya que la supresión de dicho requisito hace que la estabilidad de las medidas establecidas respecto a los hijos resulte más incierta.

¹⁹²⁶ En términos semejantes se pronuncia la Ley del País Vasco 7/2015 —art. 5.9—, así como el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —*vid.* Exposición de Motivos (pág. 9) y arts. 1.1 y 1.2 del Anteproyecto, en la redacción que pretendían dar a los arts. 90.4 y 91.2 Cc. y art. 2.6 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado al art. 775.1 Lec.—. *Vid.* también: art. 5.5 de la anulada Ley valenciana 5/2011, que permitía establecer un control periódico de la situación familiar para confirmar o cambiar el régimen de guarda y custodia establecido.

¹⁹²⁷ Esta exigencia de que la modificación tenga carácter sustancial tampoco se recoge en la mayor parte de normas autonómicas. Así, el art. 79.5 del Código del Derecho Foral de Aragón requiere simplemente que se produzcan causas o circunstancias relevantes —como ha señalado el TSJ de Aragón en su Sentencia de 23 de mayo de 2014, «ya no se trata de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la decisión judicial, sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican la modificación de las medidas»—. También art. 5.9 Ley del País Vasco 7/2015. *Vid.* también: art. 4.3 c) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁹²⁸ *Vid.* LÓPEZ JARA, Manuel, "Aspectos procesales de la guarda y custodia...", cit., p. 8.

¹⁹²⁹ *Vid.* BETELU SEMINARIO, Virginia, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 103; y SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 37.

¹⁹³⁰ *Vid.* Consejo de Estado, *Informe nº 438/2014, sobre el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental...*, cit., p. 59.

No obstante lo anterior, a mi modo de ver, cuando de menores se trata, se le debe dar importancia incluso a alteraciones de las circunstancias que, a simple vista, puedan parecer irrelevantes. Y es que, lo que no tendría sentido sería que, quedando acreditado que la modificación del régimen de guarda y custodia es lo más beneficioso para el menor, no se lleve a cabo por no haberse producido una alteración “sustancial” de las circunstancias¹⁹³¹.

Una cuestión sobre la que la doctrina no termina de ponerse de acuerdo es si los requisitos exigidos por el art. 90.3 Cc. para que pueda proceder la modificación –que cambien las necesidades de los hijos o que se haya producido un cambio de las circunstancias de los cónyuges– deben darse también cuando ésta es solicitada de común acuerdo por ambas partes. Por un lado, hay quien considera que, cuando son las propias partes las que de común acuerdo solicitan la modificación de las medidas, no es necesario que concurren estos requisitos¹⁹³²; y, por otro lado, también hay quien piensa que resulta necesario en todo caso que, o bien las nuevas necesidades de los hijos aconsejen la modificación o bien se haya producido un cambio de las circunstancias de los cónyuges¹⁹³³. A mi modo de ver, la solución podría pasar por llevar a cabo una interpretación flexible del artículo 90.3 Cc., lo que permitiría compatibilizar ambas posturas. Y es que, aun cuando no cabe duda de que para proceder a la modificación de las medidas es necesario que concurren los requisitos previstos por el artículo 90.3 Cc., considero que el propio acuerdo podría calificarse como un cambio de las circunstancias de los cónyuges, pues, cuanto menos, responderá a nueva actitud o a un cambio en su percepción acerca del mejor modo para organizar la guarda y custodia de sus hijos. De acuerdo a dicha interpretación, sí sería posible modificar las medidas con base en la solicitud conjunta de ambos progenitores. En cualquier caso, considero que sería deseable que se acometiera una reforma del artículo 90.3 Cc.

¹⁹³¹ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, en: "Posibilidad de cambio a custodia compartida...", cit., p. 5.

¹⁹³² Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 248.

¹⁹³³ Vid. PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Modificación de medidas...", cit., p. 1335.

y se permitiera expresamente que las propias partes puedan modificar las medidas adoptadas mediante la formalización de un nuevo convenio, sin exigir que concurra ningún otro requisito¹⁹³⁴.

De lo que no cabe duda es de que antes de adoptar cualquier modificación, resultará necesario valorar de nuevo cuál es el interés del menor¹⁹³⁵, pues éste es el parámetro principal en el que deberá basarse el juez para aceptarla o denegarla.

Por último, ya he señalado en el inicio de este apartado que el mero transcurso del tiempo no es suficiente para justificar una modificación de las medidas. De hecho, ni siquiera es necesario que transcurra un determinado periodo de tiempo para que pueda procederse a cambiar el régimen de guarda y custodia, ya que puede que las circunstancias se alteren inmediata e imprevisiblemente, y que, por tanto, sea necesario modificar las medidas en un plazo muy breve¹⁹³⁶.

1.4. Algunos supuestos concretos

Existe una extensa variedad de supuestos en los que un cambio de las circunstancias o de las necesidades de los hijos puede dar lugar a una modificación del régimen de guarda y custodia. En algunos casos, son los propios progenitores –en el convenio regulador– o el juez –en la sentencia– los que prevén las causas que pueden desencadenar en un cambio de régimen, pero en la mayoría de ocasiones dichas causas no están previstas, por lo que corresponde a nuestros tribunales determinar si la concurrencia de nuevas

¹⁹³⁴ Esta solución posibilidad quedaría amparada por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que, como sabemos, cada vez está adquiriendo un papel más importante en nuestro Derecho Civil.

¹⁹³⁵ Vid. MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, "El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia...", cit., p. 74; y CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 130. Vid. también: SAP de Girona de 13 de octubre de 2005.

¹⁹³⁶ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 243.

circunstancias o necesidades del menor constituyen o no argumento suficiente para modificar el régimen de guarda y custodia.

Dada la amplia gama de supuestos que pueden darse y la dificultad de abarcar todos, voy a detenerme únicamente en aquellos que he considerado más relevantes, ya sea por su trascendencia práctica o por las discusiones a las que han dado lugar.

A) Por circunstancias previstas en el propio convenio o sentencia

Las normas autonómicas han previsto expresamente la posibilidad de que el convenio regulador o la sentencia prevean anticipadamente las causas de modificación del régimen de guarda y custodia¹⁹³⁷. En cuanto a nuestro Derecho común, parece que la falta de previsión legal no impide que puedan incluirse cláusulas con este contenido¹⁹³⁸.

Cuestión distinta es la eficacia que cabe otorgar a dichas cláusulas. Al respecto, hay quien ha considerado que la revisión del régimen de guarda y custodia en estos supuestos es automática, vinculando tanto a las partes como al juez¹⁹³⁹. No obstante, siguiendo la opinión de otros autores¹⁹⁴⁰ —y de parte de la jurisprudencia¹⁹⁴¹—, considero que la eficacia de los pactos en los que se prevea la modificación del régimen de guarda y custodia debe ser puesta en tela de juicio. Y es que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 775 Lec., parece

¹⁹³⁷ Vid. art. 77.3 b) CDFA, art. 233-7.2 Cc.Cat. y art. 5.6 b) Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 4.3 a) de la anulada Ley valenciana 5/2011. Además, el Código Civil de Cataluña prevé expresamente que las causas de modificación puedan incluirse también dentro del plan de ejercicio conjunto de la patria potestad —art. 233-9.3 Cc.Cat.—.

¹⁹³⁸ Vid. en este mismo sentido: CABALLERO LOBATO, Rafael E., "Fórmulas de resolución de conflictos en materia matrimonial...", cit., p. 56; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 252; y PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 68.

¹⁹³⁹ Vid. CABALLERO LOBATO, Rafael E., "Fórmulas de resolución de conflictos en materia matrimonial...", cit., p. 56.

¹⁹⁴⁰ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares...", cit., p. 1799; y LANGA MUELA, Adrián, *Custodia compartida en Aragón*, cit., p. 30.

¹⁹⁴¹ Vid. STS de 13 julio de 2017 y STSJ de Cataluña de 20 julio 2017.

complicado que pueda procederse a la modificación sin que intervenga el juez para determinar que se ha producido el supuesto de hecho previsto en el convenio o la sentencia y que en ese momento concreto, y con esas circunstancias concretas del menor y su entorno, lo procedente es el cambio. Por tanto, a mi modo de ver, este tipo de cláusulas carecen de eficacia directa, por lo que la modificación deberá realizarse a través del correspondiente proceso de modificación de medidas. No obstante lo anterior, creo que podría resultar conveniente de *lege ferenda* dotar de eficacia directa a estas cláusulas, trasladando la carga de presentar una demanda de modificación de medidas a aquel que se oponga al cambio –en caso de que concurran nuevas circunstancias que lo desaconsejen–.

B) Por modificaciones legislativas o por la aparición de una nueva doctrina jurisprudencial

En el apartado dedicado al ámbito temporal de aplicación de las nuevas normas autonómicas ya he analizado la posible eficacia retroactiva de éstas, y, en concreto, si su entrada en vigor resulta o no suficiente para justificar una modificación del régimen de guarda y custodia¹⁹⁴². Para evitar repeticiones, me remito aquí a lo señalado en dicho apartado, recordando simplemente que, a mi juicio, la mera entrada en vigor de una norma no constituye argumento suficiente para solicitar una modificación de las medidas establecidas, salvo que se haya producido alguna alteración en las circunstancias de las partes o en las necesidades del menor. Y es que de lo contrario, creo que se estaría vulnerando el principio de seguridad jurídica. Ello no ha impedido, sin embargo, que algunas normas autonómicas hayan decidido admitir expresamente esta posibilidad, bien sometiéndola a un determinado plazo –en el caso de

¹⁹⁴² Vid. Epígrafe 3.3.C).c) del Capítulo II.

Aragón¹⁹⁴³ — o bien sin límite temporal alguno — en el de Cataluña¹⁹⁴⁴ —, tal y como hemos visto en el apartado correspondiente¹⁹⁴⁵.

Cabe plantearse, también, si la aparición de una nueva doctrina jurisprudencial podría justificar una modificación del régimen de guarda y custodia establecido para adecuarlo a la misma. A modo de ejemplo, ya hemos visto que hace algunos años el Tribunal Supremo ha comenzado a superar la excepcionalidad que nuestro Código Civil otorga a la custodia compartida, hasta el punto de considerar que es la medida más normal y deseable¹⁹⁴⁶. Pues bien, la duda que surge es si ello abre una vía para la interposición de demandas de modificación de medidas basadas precisamente en dicho cambio jurisprudencial, con objeto de pasar de un régimen de custodia exclusiva a uno de custodia compartida. En línea con lo que he expuesto en el párrafo anterior, considero que la admisión de dicha posibilidad resultaría contraria al principio de seguridad jurídica, por lo que creo que debería descartarse. A salvo quedan los supuestos en los que las nuevas circunstancias o necesidades del menor puedan hacer recomendable para el interés superior de éste que se modifique el régimen de guarda y custodia.

C) Por deseo del menor

Aunque el menor no cuenta con legitimación para solicitar por sí mismo el cambio del régimen de guarda y custodia — tal y como hemos visto unas líneas más arriba —, no es infrecuente que las partes o el ministerio fiscal pidan su modificación basándose precisamente en los deseos de éste. Ello puede deberse, bien a un cambio de opinión respecto a las manifestaciones que

¹⁹⁴³ *Vid.* segundo párrafo de la Disposición transitoria sexta CDFA.

¹⁹⁴⁴ *Vid.* tercer párrafo de la Disposición transitoria tercera Cc.Cat.

¹⁹⁴⁵ *Vid.* Epígrafe 3.3.C).c) del Capítulo II.

¹⁹⁴⁶ *Vid.* Epígrafe 1.1.B).a).ii) del Capítulo IV.

hizo en el momento de dictarse las medidas definitivas, o bien a que simplemente no fue oído en dicho procedimiento¹⁹⁴⁷.

Cabe preguntarse si el deseo del hijo resulta argumento suficiente para acceder a una modificación del régimen de guarda y custodia. A mi modo de ver, ateniéndonos a la literalidad del art. 90.3 Cc., sólo lo será cuando responda a una alteración de las circunstancias de los progenitores o revele la existencia de nuevas necesidades en el menor, ya que son los dos requisitos que recoge de forma alternativa dicho precepto para que puedan modificarse las medidas.

En la práctica, encontramos numerosos pronunciamientos en los que el régimen de guarda y custodia se ha modificado como consecuencia de los deseos del propio menor¹⁹⁴⁸ — aunque también hay muchos otros en los que se deniega la modificación deseada por el menor¹⁹⁴⁹ —.

En cualquier caso, la voluntad del menor de que se produzca un cambio en el régimen de guarda y custodia debe tomarse con especial cautela, para comprobar si responde a un verdadero deseo o bien a un capricho o incluso a algún tipo de chantaje al progenitor custodio¹⁹⁵⁰. De hecho, no es infrecuente

¹⁹⁴⁷ Recordemos que, salvo que el propio menor solicite ejercer su derecho a ser oído, el juez ya no tiene obligación practicar la audiencia en todo caso —*vid.* Epígrafe 3.1.A).a).ii) del Capítulo IV—.

¹⁹⁴⁸ *Vid.* STSJ de Aragón de 9 de abril de 2012, SAP de Girona de 21 de marzo de 2005, SAP de Valencia de 14 de julio de 2005, SAP de Salamanca de 14 de septiembre de 2005, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 28 de abril de 2006, SAP de Madrid de 27 de octubre de 2006, SAP de Barcelona de 21 de junio de 2007, SAP de Valencia de 30 de septiembre de 2008, SAP de Málaga de 13 de febrero de 2009, SAP de Córdoba de 23 de febrero de 2009, SAP de Barcelona de 7 de julio de 2009, SAP de Baleares de 14 de julio de 2009, SAP de Badajoz de 4 de septiembre de 2009, SAP de A Coruña de 4 de diciembre de 2009, SAP de La Rioja de 21 de junio de 2010, SAP de Málaga de 1 de julio de 2010, SAP de Málaga de 14 de septiembre de 2010, SAP de Valencia de 12 de enero de 2011, SAP de Segovia de 3 de junio de 2011, SAP de A Coruña de 20 de septiembre de 2011, SAP de Madrid de 13 de octubre de 2011, SAP de Navarra de 29 de septiembre de 2011, SAP de Girona de 5 de diciembre de 2011, SAP de Málaga de 3 de diciembre de 2012, SAP de Murcia de 25 de marzo de 2013, SAP de Sevilla de 24 de abril de 2014, SAP de Badajoz de 15 enero de 2018 y SAP de Madrid de 16 enero de 2018.

¹⁹⁴⁹ *Vid.* SAP de Valencia de 3 de febrero del 2000, SAP de Asturias de 27 de mayo de 2002, SAP de Barcelona de 28 de abril de 2003, SAP de Barcelona de 21 de octubre de 2003, SAP de Córdoba de 9 de diciembre de 2003, SAP de Valencia de 3 de mayo de 2006, SAP de Madrid de 7 de marzo de 2007, SAP de Barcelona de 27 de marzo de 2007, SAP de Barcelona de 6 de junio de 2008, SAP de Salamanca de 7 de julio de 2008, SAP de Asturias de 28 de abril de 2010, SAP de Pontevedra de 10 de septiembre de 2010, SAP de Madrid de 28 de febrero de 2011, SAP de Barcelona de 7 de septiembre de 2011 y SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2011.

¹⁹⁵⁰ *Vid.* ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La modificación del régimen de guarda y custodia...", *cit.*, p. 1580; y MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor...", *cit.*, pp. 74 y 75.

que posteriormente el menor se arrepienta del cambio y vuelva a solicitar el cambio a la situación originaria¹⁹⁵¹. Además, para que el juez acceda al cambio del régimen de guarda y custodia no basta con que así lo desee el menor, sino que será necesario que estime que es lo más conveniente a su interés¹⁹⁵².

D) Por el cumplimiento de determinada edad por parte del hijo

Ya hemos visto que la edad del menor es uno de los principales criterios a los que suele atenderse para establecer el régimen de guarda y custodia¹⁹⁵³. De hecho, pese a que la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, eliminó la denominada "doctrina de los años tiernos" o "filosofía de la tierna edad"¹⁹⁵⁴, todavía sigue siendo habitual que, cuando se trata de menores de corta edad, se establezca la custodia individual en favor de la madre.

Pues bien, en estos supuestos, el aumento de la edad del menor constituye un cambio de circunstancias que puede justificar una modificación del régimen de guarda y custodia adoptado¹⁹⁵⁵, pasando de la custodia individual a la compartida. De hecho, no es difícil encontrar pronunciamientos de nuestros tribunales en los que se adopta tal solución¹⁹⁵⁶. Y es que, aun cuando no se trata de un cambio imprevisible, no cabe duda de que el aumento de edad conlleva la aparición de nuevas necesidades en el menor, por lo que concurre el requisito exigido por el artículo 90.3 del Código Civil.

¹⁹⁵¹ Vid. MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor...", cit., p. 75.

¹⁹⁵² Vid. ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La modificación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 1580.

¹⁹⁵³ Vid. Epígrafe 3.2.F) del Capítulo IV.

¹⁹⁵⁴ Vid. Epígrafes 2.2.A).b) del Capítulo II y 3.2.F) del Capítulo IV.

¹⁹⁵⁵ Vid. STS de 25 octubre de 2017.

¹⁹⁵⁶ Vid. STS de 17 de noviembre de 2015 y de 13 de abril de 2016 —en supuestos en los que el menor había cumplido 10 años—, STS de 22 septiembre de 2017 —el menor había cumplido 12 años— STSJ de Aragón de 13 de marzo de 2013 —el menor había cumplido 14 años— y SAP de Burgos de 15 de mayo de 2012 —el menor estaba próximo a cumplir 16 años—.

Más aún, creo que sería razonable que, en aquellos casos en los que se opte por establecer la custodia exclusiva con base en la corta edad del hijo, se haga con carácter provisional, previendo la posibilidad de que se modifique una vez que el menor supere determinada edad. Al respecto, el Código del Derecho Foral de Aragón –que es la única norma que ha abordado esta cuestión– señala expresamente en su artículo 79.5 que, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo, se revisará el régimen de guarda y custodia en el plazo fijado en la propia sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida. No obstante, la sustitución del régimen de custodia individual por el de custodia compartida no se llevará a cabo de forma automática, ya que únicamente se refiere a la posibilidad de revisar el régimen «*a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida*», por lo que resultará necesario interponer la correspondiente demanda de modificación de medidas¹⁹⁵⁷.

No en vano, como ya he señalado al referirme a aquellos supuestos en los que el convenio o la sentencia prevén las causas de modificación del régimen de guarda y custodia¹⁹⁵⁸, cualquier cambio tendrá que ser aprobado por el juez en el momento en el que pretenda llevarse a cabo, por lo que creo que debe descartarse la posibilidad de prever un cambio automático del régimen de guarda y custodia cuando el menor alcance determinada edad – aun cuando ello pudiera resultar deseable de *lege ferenda* –.

E) Por privación, suspensión o extinción de la patria potestad por parte del progenitor custodio

Cabe preguntarse si la privación, suspensión o extinción de la patria potestad por parte del progenitor custodio constituye una causa de modificación del régimen de guarda y custodia. A primera vista parecería razonable pensar que sí, pues si partimos de que la guarda y custodia forma

¹⁹⁵⁷ Vid. SAP de Zaragoza de 30 de marzo de 2012.

¹⁹⁵⁸ Vid. Epígrafe 1.4.A) del Capítulo VI.

parte del contenido de la patria potestad y ésta desaparece en uno de los progenitores, por lógica perderá también el ejercicio de la guarda y custodia, que pasaría directamente al otro¹⁹⁵⁹. De hecho, algunas normas autonómicas prevén expresamente que la privación, suspensión o extinción de la patria potestad de uno de los padres –hay que entender que del custodio– dará lugar a la modificación del régimen de guarda y custodia¹⁹⁶⁰.

No obstante, a mi modo de ver, estos supuestos no deben tratarse como causas de modificación del régimen de guarda y custodia, sino de suspensión o extinción. Téngase en cuenta que el presupuesto para que entre en juego la guarda y custodia –o si se quiere, para que ésta adquiera un carácter autónomo– es la convivencia separada de quienes ejercen la patria potestad sobre el menor –tal y como hemos visto en el primer capítulo de este trabajo¹⁹⁶¹–, por lo que si sólo uno de los progenitores mantiene el ejercicio de la patria potestad, cesará dicho presupuesto, y con él, la guarda y custodia. Y es que, no tiene sentido dar un tratamiento autónomo a la guarda y custodia cuando sólo existe una persona que ejerce la patria potestad sobre el menor.

En cualquier caso, a la posible suspensión o extinción del régimen de guarda y custodia me referiré más adelante¹⁹⁶².

F) Por incumplimiento del progenitor custodio

Merecen especial atención los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones por parte del progenitor custodio, ya que en la práctica suelen dar lugar a un abundante número de litigios.

Nuestro Código Civil no dice nada respecto a las consecuencias que tiene dicho incumplimiento, algo que sí hace en cambio la Ley de

¹⁹⁵⁹ *Vid.* SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Guarda y custodia de los hijos...", cit., p. 32.

¹⁹⁶⁰ *Vid.* art. 77.3 e) CDFA. *Vid.* también: art. 4.3 e) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁹⁶¹ *Vid.* Epígrafe 1.3.A) del Capítulo I.

¹⁹⁶² *Vid.* Epígrafes 2.1 y 2.2 del Capítulo VI.

Enjuiciamiento Civil, aunque se limita a un supuesto concreto: el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador. En este sentido, el art. 776.3 Lec. prevé la posibilidad de que el régimen de guarda y custodia sea modificado como consecuencia de dicho incumplimiento, que, en el caso del progenitor custodio, derivará normalmente de la obstaculización de las visitas o relaciones entre el menor y el otro progenitor.

El requisito que exige el art. 776.3 Lec. para que pueda proceder la modificación es que se trate de un incumplimiento reiterado, y, ante la falta de precisión legal, parece que por incumplimiento reiterado cabe entender todo aquel que haya sucedido en más de una ocasión, por lo que se requieren al menos dos incumplimientos de esta obligación por parte del progenitor custodio¹⁹⁶³.

Ahora bien, el precepto establece la modificación del régimen de guarda y custodia como una posibilidad y no como una obligación¹⁹⁶⁴. De hecho, en la práctica es posible encontrar tanto pronunciamientos que modifican el régimen de guarda y custodia por el incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor custodio¹⁹⁶⁵, como otros que se oponen a dicha posibilidad por no resultar conveniente en el caso concreto¹⁹⁶⁶. Para adoptar la decisión, cabe entender que el juez tendrá en cuenta diversos aspectos, como la reiteración, la gravedad del incumplimiento, la causa objetiva de dicho incumplimiento, si se trata de un incumplimiento total – por ejemplo, el progenitor custodio no entrega al menor para que se desarrollen las visitas –

¹⁹⁶³ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "La ejecución forzosa de obligaciones de hacer...", cit., p. 124.

¹⁹⁶⁴ Vid. DE LAMA AYMÁ, Alejandra, "Posibilidad de modificar el régimen de guarda y custodia...", cit., p. 425; DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, "La tutela del interés superior del menor...", cit., p. 59; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 626; LÓPEZ JARA, Manuel, "La modificación en el proceso de ejecución del régimen de guarda y custodia por incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del régimen de visitas", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 3, 2014, p. 60; y CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "Responsabilidad civil...", cit., p. 2.

¹⁹⁶⁵ Vid. SAP de Vizcaya de 24 de febrero de 2006, SAP de Valencia de 25 de mayo de 2007 y SAP de Sevilla de 27 de febrero de 2008.

¹⁹⁶⁶ Vid. STS de 31 de enero de 2013 y SAP de Madrid de 27 de febrero de 2009.

o parcial –retrasos en las entregas, llevarlas a cabo en otro lugar distinto del establecido, etc.—¹⁹⁶⁷ o si es el propio menor el que se niega a relacionarse con el progenitor no custodio¹⁹⁶⁸. Ahora bien, en este último caso habrá que contemplar la posibilidad de que el menor esté siendo víctima de la denominada alienación parental, que ya he analizado¹⁹⁶⁹ –de hecho, la presencia de alienación parental puede justificar en sí mismo una modificación del régimen de guarda y custodia¹⁹⁷⁰—.

En todo caso, parece que la decisión que adopte el juez dependerá sobre todo de si el interés superior del menor aconseja o no la modificación del régimen de guarda y custodia¹⁹⁷¹, pues como sabemos, es el principal criterio al que debe atender en la adopción de cualquier decisión en la que pueda resultar afectado un menor de edad¹⁹⁷².

Además, la solicitud de modificación del régimen de guarda y custodia no es la única posibilidad que se le abre al progenitor no custodio ante el incumplimiento del régimen de visitas por parte del custodio –aunque aquí sea la que más nos interesa—, ya que puede recurrir también a otras vías:

¹⁹⁶⁷ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "La ejecución forzosa de obligaciones de hacer...", cit., p. 106; LÓPEZ JARA, Manuel, "La modificación en el proceso de ejecución del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 55; y ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., p. 253.

¹⁹⁶⁸ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "La ejecución forzosa de obligaciones de hacer...", cit., pp. 107 y ss; y MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M^a Lourdes, "Estudio sobre la obstaculización...", cit., p. 68.

¹⁹⁶⁹ Vid. Epígrafe 3.2.H.a) del Capítulo IV.

¹⁹⁷⁰ Al respecto, existen varios pronunciamientos en los que se ha modificado el régimen de guarda y custodia ante la presencia sobrevenida de alienación parental. —*vid.* SAP de Murcia de 23 de abril de 2002, SAP de Valencia de 17 de junio de 2003, SAP de Córdoba de 20 de marzo de 2003, SAP de Zaragoza de 24 de mayo de 2004, SAP de Asturias de 10 de febrero de 2006, SAP de Sevilla de 24 de octubre de 2008, SAP de Vizcaya de 12 de noviembre de 2008 y SAP de Madrid de 23 de abril de 2009—. Aunque es cierto que también existe algún supuesto en el que, pese a reconocer la existencia de alienación parental, se ha denegado el cambio del régimen de guarda y custodia por considerar que no resulta beneficioso para el interés superior del menor —*vid.* SAP de Sevilla de 24 de noviembre de 2006 y SAP de Almería de 13 de mayo de 2009—.

¹⁹⁷¹ No en vano, es una previsión que pretendía introducir expresamente en nuestro Código Civil el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia —art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al nuevo art. 92 bis.8 Cc.—.

¹⁹⁷² Vid. Epígrafe 3 del Capítulo IV.

Por ejemplo, podría promover un procedimiento de ejecución forzosa – arts. 517 y ss. Lec. – ante el mismo tribunal que dictó las medidas definitivas – arts. 61 y 545.1 Lec. – y así obtener el cumplimiento forzoso de la obligación. No obstante, creo que la ejecución forzosa debería reservarse para supuestos extremos, ya que es dudoso que dicha opción pueda resultar compatible con el interés superior del menor. Una posibilidad para evitar aplicar una medida tan gravosa podría ser acudir al régimen previsto en el artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de las obligaciones de carácter personalísimo, pues, a mi modo de ver, no hay por qué descartar que el deber que atañe al progenitor custodio de entregar al menor en el lugar, día y hora fijado en la resolución judicial o en el convenio judicialmente aprobado pueda ser calificado como una obligación de carácter personalísimo¹⁹⁷³. Ahora bien, para estos supuestos, el artículo 776.2 de dicho texto legal establece que no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709. Sí cabe, sin embargo, la posibilidad de establecer multas coercitivas mensuales, que además podrán mantenerse más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto – art. 776.2 Lec –.

Así mismo, tal y como han señalado varios autores¹⁹⁷⁴, cabe pensar en la posibilidad de recurrir al régimen general de responsabilidad civil extracontractual para reclamar al otro progenitor por los daños y perjuicios que le haya ocasionado – art. 1902 Cc. – ¹⁹⁷⁵. Téngase en cuenta que, como

¹⁹⁷³ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "La ejecución forzosa de obligaciones de hacer...", cit., p. 90; y LÓPEZ JARA, Manuel, "La modificación en el proceso de ejecución del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 65.

¹⁹⁷⁴ Vid. en este sentido: DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, "Resarcimiento de los daños por incumplimiento de las medidas personales de las sentencias de divorcio: de la reflexión teórica a los tribunales de justicia", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 1, 2012, p. 65; DE LAMA AYMÁ, Alejandra, "Posibilidad de modificar el régimen de guarda y custodia...", cit., p. 448; MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M^a Lourdes, "Estudio sobre la obstaculización...", cit., p. 70; AMRAM, Denise y MAZZILLI, Elisabetta, "Insuficiencia de los remedios frente al incumplimiento de las medidas personales respecto de los hijos menores tras la crisis conyugal: una visión comparada de los ordenamientos español e italiano", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 1, 2014, p. 36; CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "Responsabilidad civil...", cit., pp. 4 y 5; y ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., p. 349.

¹⁹⁷⁵ Incluso hay quien considera que podría reclamarse la responsabilidad civil en base a los arts. 1101 y ss. Cc., en la medida en que se trata de una relación obligacional, aunque no tenga carácter contractual

consecuencia del incumplimiento del régimen de visitas, se pueden causar daños tanto patrimoniales –gastos derivados del traslado al lugar donde vive el menor, viajes pagados que no se pueden llevar a cabo, etc.¹⁹⁷⁶– como morales –frustración y sufrimiento como consecuencia de la privación de la posibilidad de estar en compañía del menor¹⁹⁷⁷, que, en determinados casos, puede desencadenar en lo que los psicólogos denominan “padrectomía”¹⁹⁷⁸—. Al respecto, nuestra jurisprudencia menor ha sido tradicionalmente contradictoria, existiendo pronunciamientos tanto a favor¹⁹⁷⁹ como en contra¹⁹⁸⁰ de reconocer una indemnización en favor del progenitor no custodio. No obstante, el debate quedó zanjado gracias a la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, en la que se concede al reclamante una indemnización de 60.000 € por los daños morales sufridos como consecuencia del incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor custodio¹⁹⁸¹ –en este caso no se hace referencia a posibles daños patrimoniales porque no habían sido reclamados por el recurrente—. Tras dicho pronunciamiento, ya no queda duda acerca de la admisión de la posibilidad de recurrir al régimen de la responsabilidad civil extracontractual

—*vid.* DE LAMA AYMÁ, Alejandra, "Posibilidad de modificar el régimen de guarda y custodia...", cit., p. 448—.

¹⁹⁷⁶ *Vid.* CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "Responsabilidad civil...", cit., pp. 1, 5 y 6.

¹⁹⁷⁷ *Vid.* MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M^a Lourdes, "Estudio sobre la obstaculización...", cit., p. 69.

¹⁹⁷⁸ Con ese nombre se suele hacer referencia al padecimiento de cuadros depresivos causados por el distanciamiento paulatino de los hijos —*vid.* CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 257—.

¹⁹⁷⁹ *Vid.* SAP de Cádiz de 8 de abril de 2002 y Auto de la AP de Barcelona de 14 de junio de 2005.

¹⁹⁸⁰ *Vid.* SAP de Madrid de 21 de junio de 2001 y SAP de Valencia de 20 de febrero de 2006.

¹⁹⁸¹ Sobre la STS de 30 de junio de 2009, *vid.* ampliamente: MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Sentencia de 30 de junio 2009: Responsabilidad civil de la madre que obstaculizó la relación personal de su hijo menor con el padre titular de la guarda y custodia. Daño moral por privación indebida de la compañía de los hijos: reconocimiento, criterio de imputación subjetiva y cuantificación. Plazo de prescripción de la acción e inicio de su cómputo. Doctrina de los daños continuados. Falta de condena en costas por existencia de serias dudas de hecho o de derecho", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N^o 84, 2010, pp. 1369-1390.

para reclamar al incumplidor por los daños y perjuicios que haya ocasionado como consecuencia de la obstaculización del régimen de visitas¹⁹⁸².

Incluso cabría pensar en la posibilidad de que el progenitor cumplidor exija, como representante legal del menor —art. 154.3.2 Cc.—, la correspondiente responsabilidad civil extracontractual por el daño causado al propio hijo como consecuencia del incumplimiento.

En cualquier caso, lo lógico será que tanto la imposición de multas coercitivas como la eventual indemnización sean complementarias al establecimiento de otras medidas que tengan por objeto el restablecimiento del derecho de relación entre el menor y su progenitor, pues en caso contrario el incumplidor podría pagar y seguir incumpliendo¹⁹⁸³.

Otra posibilidad sería promover un procedimiento para la privación de la patria potestad al progenitor incumplidor —art. 170 Cc.—¹⁹⁸⁴. No obstante, como ha puesto de manifiesto LÓPEZ JARA, sería difícil que dicha pretensión prosperase, puesto que se trata de una medida muy extrema y que en no pocas ocasiones puede resultar contraria al interés del menor¹⁹⁸⁵.

Por último, también se podría acudir a la vía penal, aunque las posibilidades en este ámbito se han reducido notablemente tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Con anterioridad a la citada reforma, el progenitor que veía impedido su derecho de visitas podía

¹⁹⁸² Aunque hay quien exige para ello que el incumplimiento sea reiterado —*vid.* CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "Responsabilidad civil...", cit., p. 6—, a mi modo de ver, no resulta necesario que haya reiteración —*vid.* en este mismo sentido: DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, "Resarcimiento de los daños por incumplimiento de las medidas personales...", cit., p. 69—, sino que basta con que exista una relación causal entre el incumplimiento y el daño moral o patrimonial causado.

¹⁹⁸³ *Vid.* CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 266; y ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., pp. 249 y 350.

¹⁹⁸⁴ *Vid.* ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio...*, cit., pp. 256 y ss.

¹⁹⁸⁵ *Vid.* LÓPEZ JARA, Manuel, "La modificación en el proceso de ejecución del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 55.

acudir al delito de sustracción de menores –art. 225 bis CP¹⁹⁸⁶– o al de desobediencia grave –art. 556 CP¹⁹⁸⁷–, cuando se trataba de incumplimientos que revistieran cierta entidad; o bien a las faltas previstas en los artículos 618.2 y 622 del Código Penal¹⁹⁸⁸, en caso de incumplimientos leves. Incluso podría haber recurrido al artículo 224.2 del Código Penal, cuando el progenitor custodio indujera al menor para que incumpliese el régimen¹⁹⁸⁹. No obstante, la Ley Orgánica 1/2015 ha derogado los artículos 618.2 y 622 del Código Penal, lo que ha supuesto la total despenalización de los incumplimientos leves en esta materia¹⁹⁹⁰. Por tanto, de acuerdo al régimen actual, únicamente podrá acudir al delito de sustracción de menores –art. 225 bis CP–, al de desobediencia grave –art. 556 CP–, o bien al previsto en el artículo 224.2 CP, si es que el progenitor custodio ha inducido al menor para que incumpla el régimen.

¹⁹⁸⁶ El art. 225 bis.1 castiga con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años «*al progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor*». A tal efecto, el art. 225 bis.2.2º considera sustracción «*la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa*».

¹⁹⁸⁷ El art. 556 CP castiga con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses «*resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones(...)*». Téngase en cuenta, al respecto, que desobedece a la autoridad todo aquel que incumple una resolución judicial —*vid.* STS de 1 de diciembre de 2003—.

¹⁹⁸⁸ El art. 618.2 CP castigaba con la pena de multa de diez días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días al que «*incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio(...)*». El art. 622 CP, por su parte, castigaba con la pena de multa de uno a dos meses a «*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(...)*». Sobre la preferente aplicación de uno u otro precepto, no existía en nuestra jurisprudencia y doctrina una posición unánime, aunque era mayoritaria la opinión de que cuando era el custodio el que incumplía el régimen de visitas debía acudir al art. 618.2 CP, mientras que el art. 622 quedaría reservado para aquellos supuestos en los que el incumplimiento provenía del progenitor no custodio —*vid.* SAP de Sevilla de 18 de septiembre de 2003. *Vid.* también: PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio...", *cit.*, pp. 359 y 360; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Estado actual de la guarda y custodia...", *cit.*, p. 2046; MAGRO SERVET, Vicente, "Incumplimiento del régimen de custodia o visitas de menores: ¿artículo 618.2 o 622 del Código Penal? ¿Hace falta un expreso requerimiento previo en el orden civil?", *La Ley Penal*, Nº 98-99, 2012, pp. 102 y 103; y CASADO CASADO, Belén, "El derecho de visitas del menor...", *cit.*, p. 90—.

¹⁹⁸⁹ El art. 224.2 CP castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años «*al progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa*».

¹⁹⁹⁰ *Vid.* HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, "Repercusión de los incumplimientos sobre guarda y custodia tras la reforma del Código Penal", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 3 ter, 2015, pp. 108, 110 y 111.

Por otro lado, aun cuando los incumplimientos del régimen de visitas son los más frecuentes en la práctica, también pueden darse otros tipos de incumplimientos por parte del progenitor custodio —tanto en supuestos de custodia exclusiva como de custodia compartida—, como por ejemplo, no prestar las debidas atenciones a los hijos —higiénicas, alimentarias, sanitarias, educativas, etc.—¹⁹⁹¹. Nada dice nuestra normativa nacional —ni procesal ni sustantiva— acerca de estos incumplimientos, algo que sí hacen algunas normas autonómicas —la aragonesa y la vasca—¹⁹⁹², que prevén la posible modificación del régimen de guarda y custodia, al igual que pretendía hacerse también a nivel nacional a través del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹⁹⁹³. Los mencionados textos tienen en común que no sólo incluyen los incumplimientos reiterados, sino también cualquier incumplimiento grave, aunque no especifican cuando un incumplimiento puede ser calificado como grave, dejándolo al libre discernimiento del juez. A mi modo de ver, el parámetro a seguir será una vez más el del interés del menor, de tal manera que el incumplimiento será tanto más grave cuanto más perjudique el interés superior del menor¹⁹⁹⁴.

Volviendo al Derecho común, el silencio del Código Civil no impide que el juez pueda proceder a la modificación del régimen de guarda y custodia como consecuencia de los mencionados incumplimientos por parte del progenitor custodio¹⁹⁹⁵. No en vano, dichos incumplimientos podrían ser

¹⁹⁹¹ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 247; y PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 66.

¹⁹⁹² Vid. arts. 77.3 f) y 79.4 CDFA y arts. 5.6 d) y 7.4 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 4.3 f) de la anulada Ley valenciana 5/2011.

¹⁹⁹³ Vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al nuevo art. 92 bis.8 Cc. y art. 2.7 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al art. 776.3 Lec.

¹⁹⁹⁴ Vid. LANGA MUELA, Adrián, *Custodia compartida en Aragón*, cit., p. 47.

¹⁹⁹⁵ Al respecto, resulta bastante significativa la SAP de Baleares de 20 de julio de 2010, que cambia el régimen de guarda y custodia —pasando de la madre al padre— por haber quedado acreditada «una desatención continuada por parte de la progenitora guardadora, que se apreciaba por la tristeza y desaliño personal de la hija, absentismo escolar importante sin justificar y retraso escolar».

considerados una alteración de las circunstancias¹⁹⁹⁶, y, además, no cabe duda de que suponen un menoscabo de la satisfacción de las necesidades del menor, por lo que parece que concurrirían los dos requisitos que exige alternativamente el artículo 90.3 del Código Civil para proceder a la modificación.

Obviamente, habrá casos en los que los incumplimientos revistan tal entidad que proceda la privación de la patria potestad al progenitor incumplidor –art. 170 Cc.–, en cuyo caso no hablaríamos de modificación del régimen de guarda y custodia sino de extinción, tal y como veremos más adelante¹⁹⁹⁷.

G) Por cambio del lugar de residencia por parte de alguno de los progenitores

Si el lugar de residencia de los progenitores es uno de los criterios fundamentales a los que suele atender el juez a la hora de establecer el régimen de guarda y custodia¹⁹⁹⁸, parece lógico pensar que los cambios posteriores de domicilio puedan derivar en una modificación de dicho régimen. De hecho, la mayor parte de la jurisprudencia¹⁹⁹⁹ y doctrina²⁰⁰⁰ coincide en señalar que dichos cambios de domicilio constituyen una alteración de las circunstancias – aunque también hay opiniones discordantes²⁰⁰¹ –.

¹⁹⁹⁶ Vid. DE MARINO BORREGÓ, Rubén, "Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna...", cit., p. 255.

¹⁹⁹⁷ Vid. Epígrafe 2.1 del Capítulo VI.

¹⁹⁹⁸ Vid. Epígrafe 3.2.G) del Capítulo IV.

¹⁹⁹⁹ Vid. STS de 26 de agosto de 2012, de 26 de octubre de 2012, de 12 de enero de 2017, de 18 de enero de 2017 y de 13 diciembre de 2017. Vid. también: SAP de Tarragona de 11 de julio de 2014, SAP de Castellón de 27 de octubre de 2016 y SAP de Granada de 19 de mayo de 2017.

²⁰⁰⁰ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 239; DOMINGO MONFORTE, JOSÉ, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 32; y VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "Valoración de la normativa catalana...", cit., p. 17.

²⁰⁰¹ Vid. MONTERO AROCA, Juan, *Guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 236: «si se parte de que se tiene derecho a fijar el domicilio en donde se estime conveniente, y de que se trata de un derecho fundamental, difícilmente podrá concluirse que el cambio de domicilio es una alteración sustancial».

A mi modo de ver, sí nos encontramos ante una alteración de las circunstancias, especialmente cuando el lugar de residencia de los progenitores haya sido uno de los criterios en los que se ha apoyado el juez para adoptar su decisión acerca del cambio de guarda y custodia. Al respecto, considero que tanto si es el progenitor custodio el que cambia su lugar de residencia junto a sus hijos, como si es el no custodio el que decide trasladarse a otra localidad, podrá instarse un procedimiento de modificación de medidas con base en la alteración de las circunstancias que dicho traslado supone.

Así, en el caso del progenitor no custodio, si en su momento se le excluyó de la guarda y custodia por tener su residencia en un lugar distante a aquel en el que se encuentra el entorno del menor, el acercamiento podría justificar que se modificaran las medidas y se le atribuyera el ejercicio de la guarda y custodia –bien con carácter compartido o bien con carácter exclusivo–.

Pero los supuestos que más repercusión tienen en la práctica son aquellos en los que es el progenitor que ejerce la guarda y custodia –con carácter compartido o exclusivo– el que cambia de domicilio, apartando con ello a los menores del que venía siendo su entorno habitual. Obviamente, no tendrán el mismo tratamiento los supuestos en los que el cambio se produce dentro de la propia localidad y aquellos otros en los que se traslada el lugar de residencia a otra ciudad, o incluso al extranjero. En el primer caso, lo habitual es que el cambio sea prácticamente irrelevante desde el punto de vista del interés superior del menor, por lo que difícilmente justificará una modificación del régimen de guarda y custodia. Por contra, cuando el progenitor custodio se traslada a otra localidad, la jurisprudencia parece decantarse por modificar el régimen de guarda y custodia para atribuírsela al progenitor que permanece en el lugar en el que el menor ha residido tradicionalmente²⁰⁰². Una postura que

Vid. también: SAP de Las Palmas de 17 de enero de 2005, SAP de Baleares de 12 de mayo de 2006, SAP de Madrid de 23 de febrero de 2011 y SAP de Sevilla de 8 de abril de 2014.

²⁰⁰² A modo de ejemplo, existen varios pronunciamientos en los que se establece el cambio del régimen de custodia por el de custodia exclusiva debido al traslado del lugar de residencia de uno de los progenitores. Así, las SAP de Asturias de 31 de mayo de 2007 y SAP de Madrid de 16 de octubre de 2007

todavía resulta más acusada cuando el traslado se produce al extranjero²⁰⁰³, en cuyo caso existe práctica unanimidad en nuestra jurisprudencia en considerar que debe procederse al cambio del régimen de guarda y custodia²⁰⁰⁴. No obstante, en última instancia habrá que valorar qué es lo más conveniente para el interés superior del menor.

H) Por alteración de la situación laboral de los progenitores

Los cambios en la situación laboral de los progenitores también pueden constituir una alteración de las circunstancias y, por ende, podrían dar lugar a la modificación del régimen de guarda y custodia²⁰⁰⁵. Piénsese, por ejemplo, que cualquiera de los progenitores pasa a trabajar en turnos de noche o bien ve ampliada o reducida su jornada laboral —de hecho, no es raro encontrar pronunciamientos en nuestra jurisprudencia en los que se ha procedido a modificar el régimen de guarda y custodia como consecuencia de cambios producidos en la jornada laboral de los progenitores²⁰⁰⁶.

ponen fin al régimen de guarda y custodia compartida y se la atribuyen en exclusiva al padre porque la madre ha cambiado de lugar de residencia —en el primer caso se ha trasladado de Oviedo a Madrid, y, en el segundo, de Madrid a Guadalajara—.

²⁰⁰³ *Vid.* RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia...", cit., p. 323.

²⁰⁰⁴ *Vid.* SAP de Castellón de 20 de abril del 2000 —la madre ha fijado su nueva residencia en Alemania—, SAP de Castellón de 14 de octubre de 2008 —la madre ha fijado su nueva residencia en Perú—, SAP de Cádiz de 17 de marzo de 2012 —la madre ha fijado su nueva residencia en Alemania— y SAP de Murcia de 18 de julio de 2013 —la madre ha fijado su nueva residencia en México—. *Vid.* también: SAP de Barcelona de 19 de septiembre de 2008, que atribuye la guarda y custodia a la madre con la prevención de que, si decide trasladarse a su ciudad natal de Hong Kong, la custodia pasará automáticamente al padre.

²⁰⁰⁵ *Vid.* HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia...", cit., p. 11.

²⁰⁰⁶ *Vid.* SAP de Alicante de 12 de julio de 2013, que cambia el régimen de custodia exclusiva por el de custodia compartida como consecuencia de la reducción de la jornada laboral del padre; SAP de Castellón de 19 de enero de 2016, que cambia el régimen de custodia exclusiva por el de custodia compartida porque tomando como base el hecho de que el padre haya dejado de trabajar por turnos; y SAP de Girona de 11 de octubre de 2016, que cambia el régimen de custodia exclusiva por el de custodia compartida porque el padre ha dejado de trabajar en horario nocturno.

I) Por la convivencia de uno de los progenitores con un tercero

Ya hemos visto que, con carácter general, la convivencia con un tercero no constituye una causa de inaptitud para el ejercicio de la guarda y custodia²⁰⁰⁷. Como consecuencia lógica de ello, el hecho de que el progenitor custodio comience posteriormente a convivir con una nueva pareja no será normalmente argumento suficiente para justificar una modificación del régimen de guarda y custodia, tal y como ha señalado reiteradamente nuestra jurisprudencia menor²⁰⁰⁸. Obviamente, ello será así siempre que la nueva situación no ponga en riesgo el bienestar del menor²⁰⁰⁹.

2. SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

Como sabemos, la guarda y custodia forma parte del contenido de la patria potestad, por lo que el cese de ésta constituye la causa más habitual de extinción –o, en su caso, suspensión– de la guarda y custodia. Ya he señalado que, a mi modo de ver, para que ello suceda basta con que la patria potestad cese con respecto a cualquiera de los progenitores, o incluso que uno pierda su ejercicio, pues el hecho de que sólo uno de ellos lo mantenga provoca que desaparezca el presupuesto en el que entra en juego la guarda y custodia –la convivencia separada de los titulares de la patria potestad –²⁰¹⁰.

2.1. Extinción del régimen de guarda y custodia

²⁰⁰⁷ Vid. Epígrafe 3.2.B).c) del Capítulo IV.

²⁰⁰⁸ Vid. SAP de Granada de 14 de diciembre de 1992, SAP de Madrid de 24 de mayo de 2011 y SAP de Cáceres de 26 de junio de 2012.

²⁰⁰⁹ Vid. Epígrafe 3.2.B).c) del Capítulo IV.

²⁰¹⁰ Vid. Epígrafes 1.3.A) del Capítulo I y 1.4.E) del Capítulo VI.

El artículo 169 de nuestro Código Civil recoge tres causas de extinción de la patria potestad —y que, por tanto, conllevarán también la extinción del régimen de guarda y custodia—: la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, la emancipación y la adopción del hijo²⁰¹¹. El primer supuesto no plantea mayores problemas, ya que es obvio que el fallecimiento de los progenitores o del propio hijo impide *de facto* la existencia de la patria potestad. Tampoco los plantea el caso de la adopción, pues a tenor del art. 178.1 Cc., produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. En cuanto a la emancipación, de acuerdo al art. 314 Cc., tiene lugar: por la mayor edad²⁰¹², por concesión de los que ejerzan la patria potestad²⁰¹³ o por concesión judicial²⁰¹⁴.

Además, la patria potestad también cesa cuando cualquiera de los progenitores es privado de la misma. En este sentido, el 170.1 del Código Civil dispone que la privación de la patria potestad puede ser decretada por el juez ante el incumplimiento de los deberes que comporta. Ahora bien, la privación

²⁰¹¹ En términos semejantes se pronuncian las leyes catalana —art. 236-32 Cc.Cat.— y aragonesa —art. 93 CDFA—, aunque esta última referida obviamente a la autoridad familiar. No obstante, sí encontramos alguna diferencia entre las mencionadas normas y el Código Civil. Así, el Código catalán incluye también la declaración de ausencia de los progenitores o de los hijos como una causa de extinción de la patria potestad —art. 236-32 Cc.Cat.—; y el Código aragonés no incluye la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo como una causa de extinción, sino como un motivo de suspensión —art. 91.1 b) CDFA—.

²⁰¹² Téngase en cuenta, empero, que la mayoría de edad no siempre conlleva la emancipación del menor, y, por ende, tampoco la extinción de la patria potestad: no se extingue en los supuestos de patria potestad prorrogada, que a tenor de art. 171.1 Cc., procederá cuando la capacidad de un menor de edad hubiera sido modificada judicialmente, prorrogándose la patria potestad una vez alcanzada la mayoría de edad²⁰¹². Como es lógico, cuando se prorrogue la patria potestad lo hará también el régimen de guarda y custodia, que se extenderá hasta que cese la primera. En concreto, la patria potestad prorrogada cesa cuando concurre cualquiera de los cuatro supuestos previstos en el art. 171.2 Cc.²⁰¹²: por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo, por la adopción del hijo, por haberse declarado la cesación de la modificación de la capacidad²⁰¹² o por haber contraído matrimonio el hijo que tuviera la capacidad judicialmente modificada.

²⁰¹³ Al respecto, el art. 317 Cc. exige para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad *«que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta»*.

²⁰¹⁴ De acuerdo al art. 320 Cc. *«El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres: 1. Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor; 2. Cuando los padres vivieren separados; 3. Cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad»*.

de la patria potestad puede ser total o parcial, y en este último caso no conlleva en todo caso la extinción de la guarda y custodia. De hecho, sólo se extingue cuando dentro de las facultades de las que se ha privado a los progenitores están aquellas que resultan inherentes a la guarda y custodia²⁰¹⁵.

Por otro lado, la desaparición de la patria potestad no es el único supuesto de extinción de la guarda y custodia. También se extinguirá si los progenitores se reconcilian²⁰¹⁶ –en el caso de que estuvieran separados– o si contraen nuevo matrimonio entre sí –en el supuesto de que estuvieran divorciados–.

2.2 Suspensión del régimen de guarda y custodia

Además de los supuestos de emancipación que he mencionado en el apartado anterior, el art. 319 Cc. prevé que también se reputará como emancipado «*al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos*» –se trata de la conocida como emancipación tácita²⁰¹⁷ o emancipación por vida independiente²⁰¹⁸—. Sin embargo, a diferencia del resto de supuestos de emancipación, en los que ésta deviene irrevocable –art. 318.2 Cc.—, en los casos de emancipación tácita o por vida independiente, resulta posible que los padres revoquen su consentimiento y con ello se ponga fin a la situación de emancipación –art. 319 Cc.—. Ello hace que resulte dudoso se produzca una verdadera extinción de la patria potestad, y más bien parece que su ejercicio quedará en suspenso, restableciéndose

²⁰¹⁵ Sobre las funciones que integran la guarda y custodia, *vid.* Epígrafe 1.3.B) del Capítulo I.

²⁰¹⁶ Al respecto, el artículo 88 Cc. prevé que la reconciliación deja sin efecto las medidas dictadas en el proceso de separación, si bien es cierto que el juez podrá mantener o modificar las medidas adoptadas en relación a los hijos cuando exista causa que lo justifique, en cuyo caso habrá que estar a lo que el juez decida.

²⁰¹⁷ *Vid.* LACRUZ BERDEJO, José Luis (et. al.) —revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús—, *Elementos de Derecho Civil I...*, cit., p. 412.

²⁰¹⁸ *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La edad", cit., p. 124.

automáticamente en el momento en el que los progenitores revoquen su consentimiento para la emancipación²⁰¹⁹.

Así mismo, la patria potestad quedará en suspenso en los supuestos de ausencia, incapacidad o imposibilidad de ambos padres²⁰²⁰. También cuando un menor es declarado en desamparo²⁰²¹, en cuyo caso la Entidad Pública asume *ex lege* la tutela del mismo, quedando en suspenso la patria potestad — art. 172.1 Cc.—. Lo mismo ocurrirá cuando, en un proceso penal, el juez inhabilita temporalmente a los progenitores para el ejercicio de la patria potestad — art. 46 CP —²⁰²².

En todos estos supuestos, la suspensión de la patria potestad llevará consigo la suspensión del régimen de guarda y custodia.

Además, en el caso de que la situación de ausencia, incapacidad o imposibilidad afecte sólo a uno de los padres, el ejercicio de la patria potestad corresponderá exclusivamente al otro — art. 156.4 Cc.—, por lo que el régimen de guarda y custodia quedará igualmente en suspenso

Por último, considero el régimen de guarda y custodia también quedará *de facto* en suspenso cuando se inicie una convivencia de hecho entre los progenitores que estuvieran divorciados, pues como vengo señalando, la vida separada de los progenitores es un presupuesto para que opere la guarda y

²⁰¹⁹ Como ha puesto de manifiesto GARCÍA PRESAS, cabe entender que en el caso de la emancipación tácita o por vida independiente «(...)se produce un supuesto de suspensión de la patria potestad, caracterizado por la nota de que los padres continúan ostentándola, si bien están de acuerdo en no ejercerla en tanto consienten que el hijo menor haga vida independiente, suspensión que termina en el instante en el que los padres revocan el consentimiento» —*vid.* GARCÍA PRESAS, Inmaculada, "La emancipación de hecho desde el artículo 319 del Código Civil", AFDUC: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 15, 2011, p. 189—.

²⁰²⁰ *Vid.* LACRUZ BERDEJO, José Luis (et. al.) —revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús—, *Elementos de Derecho Civil I...*, cit., p. 410.

²⁰²¹ A tenor de lo dispuesto en el art. 172.1 Cc., «*se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*».

²⁰²² De acuerdo al art. 46 CP, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad priva al penado de los derechos inherentes a la misma, pero no conlleva su extinción; a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de privación de la patria potestad, que implica la pérdida de la titularidad de la misma.

custodia²⁰²³. Ello, salvo que alguna de las partes interponga la correspondiente demanda de modificación de medidas —lo que en la práctica creo que será bastante habitual²⁰²⁴—, en cuyo caso quedará en manos del juez la decisión acerca de si dejar en suspenso el régimen de guarda y custodia o proceder a su extinción.

3. RESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

Finalmente, cabe referirse a la posibilidad de que el régimen de guarda y custodia sea restablecido. Y es que, además de en los supuestos de suspensión a los que acabo de referirme —en los que la guarda y custodia recobrará su vigencia si cesa la causa que ha dado lugar a dicha suspensión²⁰²⁵—, también cabe que la guarda y custodia se restablezca incluso después de haberse extinguido²⁰²⁶. El supuesto más habitual se dará en los casos de recuperación de la patria potestad por parte de aquel progenitor que la hubiera perdido —o por parte de ambos, si es que ninguno de ellos la ejercía—. Así, puede ocurrir que tras declararse el fallecimiento del progenitor o del hijo ausente por concurrir los requisitos previstos en los arts. 193 y 194 Cc., éste aparezca, restableciéndose con ello la patria potestad. También puede suceder que el progenitor que haya sido privado de la patria potestad la recupere, por cesar la causa que motivó tal

²⁰²³ Vid. Epígrafes 1.3.A) del Capítulo I y 1.4.E) del Capítulo IV.

²⁰²⁴ Téngase en cuenta que la guarda y custodia tiene incidencia en otras medidas, como por ejemplo en la contribución de los progenitores a los gastos de los menores. Ello hace que sea bastante probable que, en caso de que se inicie una convivencia de hecho entre los padres, aquél que esté obligado al pago de una pensión de alimentos interponga la correspondiente demanda de modificación de medidas alegando precisamente dicha convivencia —pues no hay duda de que constituye un cambio en las circunstancias de los progenitores—.

²⁰²⁵ Vid. CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 279.

²⁰²⁶ Obviamente, hay supuestos en los que el restablecimiento del régimen de guarda y custodia resulta *de facto* imposible —ej. cuando ha fallecido uno de los progenitores— o bien no es legalmente viable —ej. cuando los padres se han reconciliado o han contraído nuevo matrimonio entre sí, pues en caso de

privación –art. 170.2 Cc.–. La patria potestad puede rehabilitarse incluso respecto a un mayor de edad, cuando sea soltero y su capacidad resulte judicialmente modificada –art. 171.1 Cc.–.

En todos estos supuestos, considero que el régimen de guarda y custodia fijado con anterioridad a la pérdida de la patria potestad se restablecerá de forma automática. A salvo queda la posibilidad de que las partes o el ministerio fiscal soliciten la modificación de las medidas –art. 775 Lec.– y el juez decida acceder a dicha solicitud²⁰²⁷. No en vano, habrá muchos supuestos en los que, debido a las circunstancias concurrentes, resulte conveniente valorar de nuevo la situación para determinar si procede realizar algún tipo de cambio en el régimen de guarda y custodia. Piénsese, por ejemplo, en un caso en el que el que uno o ambos progenitores recuperen la patria potestad tras haber sido privados de la misma, o en un supuesto en el que se produzca el cese de una situación de desamparo de un menor. En este último caso, incluso podría resultar interesante que la propia entidad pública que dicte resolución revocando la situación de desamparo, si considera que resulta conveniente proceder a un cambio en el régimen de guarda y custodia, lo ponga en conocimiento del ministerio fiscal a fin de que éste interponga la correspondiente demanda de modificación de medidas²⁰²⁸.

que vuelva a instarse un procedimiento de ruptura, el régimen de guarda y custodia será el fijado en dicho procedimiento, y no otro que pudiera existir con anterioridad—.

²⁰²⁷ Lo que sí cabe descartar es que el juez decida de oficio la modificación del régimen de guarda y custodia, puesto que el art. 775 Lec exige que exista en todo caso petición de parte o del ministerio fiscal.

²⁰²⁸ Téngase en cuenta que la entidad pública está obligada a notificar al ministerio fiscal la revocación de la declaración de la situación de desamparo —art. 172.3 Cc.—, por lo que podría aprovechar dicha notificación para comunicarle la posible conveniencia de solicitar una modificación del régimen de guarda y custodia.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La guarda y custodia se integra ordinariamente en el ámbito personal de la patria potestad, pues está estrechamente ligada con el deber de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía. La distinción entre ambas figuras cobra sentido cuando se rompe la convivencia de los padres, siendo necesario confiar la compañía, atención y cuidado directo de los hijos a uno de ellos o a ambos, pero de forma ordenada en el tiempo; ello sin perjuicio de que, como regla general, ambos progenitores mantengan tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad. Éste es el supuesto en el que entra en juego la guarda y custodia, cuyo ejercicio implica la convivencia diaria con el menor y el cuidado directo de este, así como otras funciones inherentes a dicha convivencia, como la adopción de las decisiones cotidianas de menor importancia y de aquellas que tengan carácter urgente o no admitan demora.

SEGUNDA.- Los regímenes de organización estructural que puede adoptar la guarda y custodia son dos: exclusiva y compartida. No lo es la llamada guarda y custodia partida o distributiva –supuestos en los que existiendo varios hijos comunes, el cuidado de unos es asignado preponderantemente a uno de los progenitores y el del resto al otro, de modo que los menores no conviven entre sí–, puesto que en relación con cada hermano la custodia será individual o compartida.

TERCERA.- Cabe entender la custodia exclusiva como aquel régimen de guarda y custodia de los hijos menores en el que las funciones propias de dicha figura son atribuidas a uno de los progenitores, dejando a salvo el derecho del menor a continuar manteniendo una relación habitual y constante con el progenitor no custodio, así como la obligación de éste último de seguir contribuyendo a su manutención.

CUARTA.- La custodia compartida constituye un régimen de guarda y custodia basado en los principios de coparentalidad y de corresponsabilidad parental que se caracteriza porque ambos progenitores se alternan en el desempeño de las funciones inherentes a la guarda y custodia, compartiendo en un plano de igualdad derechos y obligaciones respecto a sus hijos, y sin que se exija un reparto estrictamente igualitario del tiempo que éstos pasan con cada progenitor..

QUINTA.- En los casos en los que el juez decide que los hijos sean encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren o, de no haberlos, a una institución idónea, no cabe hablar de guarda y custodia, sino de simple guarda, ya que en el sistema del Código civil sería incongruente utilizar dicha expresión para referirse a los supuestos en los que la guarda del menor se atribuye a un tercero que no ostenta la patria potestad.

SEXTA.- El Código Civil se refiere a la guarda y custodia en sede de ruptura matrimonial y en sede de patria potestad, lo que ha provocado que algunas de las previsiones puedan parecer discordantes entre sí. No obstante, en realidad no existen tales contradicciones, ya que el supuesto de hecho de las diferentes normas no es el mismo. Así, mientras que el artículo 92 Cc. se aplicaría en aquellos casos en los que exista una previa situación de convivencia, los artículos 156.5 y 159 Cc. tendrían por objeto regular el ejercicio de la patria potestad en aquellos supuestos en los que los padres nunca han convivido. En cualquier caso, sería conveniente acometer una reforma que unificara y aclarara el sistema, y eliminara estas aparentes contradicciones.

SÉPTIMA.- Algunas Comunidades Autónomas han regulado la guarda y custodia de los hijos menores en los supuestos de ruptura de sus progenitores: Aragón, Cataluña, Navarra, País Vasco y Valencia –aunque esta última fue declarada inconstitucional por el TC en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre—. Dicha regulación desplaza el régimen legal previsto por el Código Civil en los respectivos territorios en que es de aplicación.

OCTAVA.- A partir del artículo 149.1.8 Cc. y de la interpretación que el TC ha hecho del mismo, no hay duda de que Aragón y Navarra cuentan con competencia para legislar sobre guarda y custodia, pues recogían en sus respectivas Compilaciones materias que pueden encontrar conexión con dicha figura. En lo que respecta a los Derechos catalán y vasco, la existencia de una materia conexa a la guarda y custodia en sus Compilaciones anteriores a la Constitución resulta menos evidente. Y en cuanto a la norma valenciana se refiere, parece claro que no existía en su Derecho vigente en el momento de promulgarse la Constitución ninguna materia conexa a la guarda y custodia, lo que terminó provocando la declaración de inconstitucionalidad por parte del TC.

NOVENA.- El ámbito personal de aplicación de las leyes autonómicas vendrá determinado por las normas de Derecho interregional privado. Al respecto, el artículo 9.4 del Código Civil establece ahora que la ley aplicable a la responsabilidad parental se determinará con arreglo al Convenio de la Haya 19 de octubre de 1996, que prevé que las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley del lugar de residencia habitual del menor. En el ámbito autonómico, la ley vasca ha previsto expresamente su ámbito subjetivo de aplicación, lo que rebasa la competencia legislativa del País Vasco, ya que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en exclusiva al Estado la competencia para establecer las reglas para resolver los conflictos de leyes.

DÉCIMA.- La competencia para conocer de los procesos matrimoniales – incluida la determinación del régimen de guarda y custodia – corresponde a los Juzgados de Primera Instancia –o a los Juzgados de Familia, allí donde existan–, pero, cuando tengan lugar actos de violencia de género, éstos perderán su competencia en favor de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Ahora bien, en el supuesto de que el proceso penal concluya sin responsabilidad criminal del denunciado, el Juzgado de Primera Instancia o de Familia debería recuperar la competencia, pues no parece que el Juzgado de

Violencia sobre la Mujer esté legitimado para seguir conociendo del asunto una vez desaparecido el presupuesto por el que se le atribuye la competencia.

DÉCIMO PRIMERA.- Antes de que se dicte la sentencia definitiva en la que se establezca el régimen de guarda y custodia, el juez debe determinar quién va a ejercerla provisionalmente mientras se sustenta el procedimiento de ruptura. Una interpretación sistemática de las reglas previstas por el Código Civil conduce a entender que es posible establecer ya en ese momento el régimen de guarda y custodia compartida. También cabe la posibilidad de que se establezca un régimen de guarda y custodia con carácter provisional en el seno de un procedimiento penal por violencia de género –en concreto, dentro de una orden de protección, que puede incorporar medidas de naturaleza civil–: en este caso, sí cabe descartar que pueda establecerse un régimen de guarda y custodia compartida, puesto que el artículo 92.7 del Código Civil excluye dicho régimen cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por la comisión de actos de violencia doméstica.

DÉCIMO SEGUNDA.- Tanto el Código Civil como las normas autonómicas recogen el régimen de guarda y custodia de los hijos menores dentro del contenido mínimo que debe recoger el convenio regulador. Además, la norma catalana recoge una importante novedad, al incluir en tal convenio el plan de parentalidad. Dicho instrumento consiste en un acuerdo suscrito por ambos progenitores determinando de manera detallada las responsabilidades que debe ejercer cada uno de ellos respecto a sus hijos menores.

DÉCIMO TERCERA.- Las partes pueden fijar el régimen de guarda y custodia a través de un pacto prematrimonial en previsión de ruptura del matrimonio. Para que estos acuerdos, no regulados expresamente en el Código civil, pero admitidos por la jurisprudencia y por los Derechos catalán y vasco, puedan gozar de eficacia tras la ruptura será necesaria su aprobación judicial, especialmente si recogen aspectos que afecten a los hijos menores de edad – como es, por hipótesis, el régimen de guarda y custodia –.

DÉCIMO CUARTA.- Puede resultar muy útil que las partes acudan a mediación familiar para tratar de alcanzar un acuerdo acerca del régimen de guarda y custodia. A tal efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil les faculta para suspender el proceso a fin de someterse a mediación. Además, el papel de la mediación no tiene por qué concluir con el acuerdo final por el que se convengan las diferentes cuestiones referentes a la guarda y custodia, sino que puede seguir resultando de utilidad también después de la ruptura. Puede desempeñar un papel importante la figura del denominado “coordinador parental” o “coordinador de parentalidad”, cuya función es la de ayudar a los padres a resolver los posibles problemas que vayan surgiendo en el desarrollo del régimen de guarda y custodia.

DÉCIMO QUINTA.- La exigencia de que exista petición de parte para establecer la custodia compartida supone que no es posible que el juez la establezca de oficio. Dicha petición puede llevarse a cabo tanto en la propia demanda como en la contestación, pero no en una fase posterior del procedimiento, puesto que ello resultaría contrario al principio “*mutatio libellis*”. Por otro lado, parece que bastará con que se solicite de manera alternativa o incluso subsidiaria, pero no será suficiente con que ambos progenitores hayan solicitado para sí la custodia exclusiva. En todo caso, sería conveniente de *lege ferenda* la eliminación de este requisito, pues en aquellos casos en los que el juez considere acreditado que el régimen de custodia compartida es el que mejor protege el interés del menor, resulta muy discutible hacerlo claudicar por el mero hecho de que ninguno de los progenitores haya solicitado la adopción del mismo.

DÉCIMO SEXTA.- El requisito legal de que la guarda y custodia compartida sea la única forma de proteger adecuadamente el interés superior del menor, significa 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 la única forma en que dicho interés quede adecuadamente protegido. Se trata de un requisito demasiado estricto y que obstaculiza enormemente la

aplicación del régimen de custodia compartida, además de plantear serias dudas desde el punto de vista del interés superior del menor. Por ello, sería conveniente de *lege ferenda* su supresión.

DÉCIMO SÉPTIMA.- El carácter excepcional que la literalidad del Código Civil concede al régimen de custodia compartida está siendo superado progresivamente por la jurisprudencia, que va concediendo una clara preferencia al citado régimen. Algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo defienden que la expresión «*excepcionalmente*» se refiere a la ausencia de acuerdo de los progenitores y no a que el régimen de custodia compartida sea en sí mismo excepcional; defienden también que el régimen de custodia compartida habrá de considerarse normal e incluso deseable.

DÉCIMO OCTAVA.- En el ámbito autonómico, las leyes aragonesa y vasca han establecido la guarda y custodia como régimen preferente en defecto de acuerdo entre las partes. En el caso de la ley vasca, la preferencia por la custodia compartida está parcialmente atenuada, ya que exige para su adopción que exista petición de parte. Las leyes catalana y navarra se han decantado por equiparar los regímenes de custodia compartida y exclusiva, sin mostrar preferencia por ninguno de ellos. Pese a que en el caso del Derecho catalán hay un importante sector de la doctrina que considera que concede una cierta preferencia a la custodia compartida, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha interpretado que no existe tal preferencia y que la ley catalana ha equiparado ambos regímenes de guarda y custodia.

DÉCIMO NOVENA.- Para establecer la configuración concreta del régimen de custodia exclusiva habrá que determinar varias cuestiones: a qué progenitor se le va a atribuir su ejercicio, cómo se va a garantizar el mantenimiento de las relaciones entre el menor y el otro progenitor, dónde se va a fijar la residencia del menor o el modo en el que cada uno de los padres van a contribuir a sufragar los gastos de sus hijos menores.

La organización del régimen de custodia compartida presenta una mayor complejidad, ya que resulta necesario determinar dos aspectos por separado: cómo será la organización física del régimen y cómo será el reparto de tiempo entre los progenitores. En cuanto a la primera cuestión, son dos las alternativas posibles de organización física del régimen de guarda y custodia compartida: que los hijos permanezcan en la misma vivienda y los progenitores vayan rotando, o bien que sean los hijos los que roten entre las viviendas de sus padres. Ambas posibilidades presentan ventajas e inconvenientes, aunque en líneas generales parece más recomendable la segunda. Respecto al reparto de tiempo entre los progenitores, la custodia compartida no implica necesariamente un reparto igualitario del tiempo, aunque sí semejante, pues es éste el dato que permite diferenciarla de un régimen de custodia exclusiva que lleve aparejado un amplio régimen de visitas para el progenitor no custodio. Al respecto, parece necesario que el menor esté en compañía de cada progenitor al menos entre el cuarenta y el cuarenta y cinco por ciento del tiempo. En cuanto a la duración concreta de los periodos, existen múltiples opciones, aunque son preferibles con carácter general los periodos de alternancia largos —a partir de 15 días—, excepto cuando se trata de menores de muy corta edad, con los que pueden resultar más recomendables los periodos de alternancia más breves y frecuentes.

VIGÉSIMA.- Nuestra legislación establece el principio del interés superior del menor como el criterio fundamental al que debe atender el juez a la hora de adoptar cualquier decisión que le afecte y, obviamente, también en la determinación del régimen de guarda y custodia. La L.O. 8/2015 introdujo en la L.O. de Protección Jurídica del Menor una serie de criterios generales para la concreción del interés del menor, pero resultaría conveniente de *lege ferenda* que se establecieran unos más específicos para concretar dicho interés en la determinación del régimen de guarda y custodia, tal y como han hecho las leyes autonómicas. Sin perjuicio de lo anterior, con base en la jurisprudencia y en el derecho comparado, se vienen utilizando los siguientes criterios: la

recomendación de no separar a los hermanos, la aptitud de los progenitores, el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los progenitores y contribución de cada uno al cuidado de los menores, la disponibilidad temporal de cada progenitor y sus posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar, las relaciones de las partes entre sí y con sus hijos, la edad de los hijos, la estabilidad del menor y el lugar de residencia de los progenitores, los posibles riesgos para la salud y la formación del menor, y el número de hijos. Tales criterios deberán ser valorados teniendo en cuenta los siguientes elementos: la opinión del menor, el resultado de los informes exigidos legalmente, los posibles acuerdos entre las partes, y las alegaciones de las partes y otras pruebas practicadas en la comparecencia.. Además, todos los criterios y elementos mencionados deben ser apreciados en su conjunto y teniendo siempre presente el interés superior del menor, por ser el fin último al que debe atender el juez al adoptar su decisión sobre la guarda y custodia de los hijos menores

VIGÉSIMO PRIMERA.- El derecho del menor a ser oído en la adopción de decisiones que puedan afectarle conlleva que en todos los supuestos en los que el menor que tenga suficiente juicio solicite ser oído, la audiencia sólo podrá denegarse cuando el juez motive que la comparecencia del menor es contraria a su interés. En cuanto a los supuestos en los que el menor no solicite comparecer ante el tribunal, tras la reforma introducida a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio y de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, parece que sólo se le debe escuchar cuando tenga suficiente juicio y el juez lo estime necesario, aunque la cuestión no es pacífica. La opinión manifestada por el menor no tiene carácter vinculante para el juez.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- Los dictámenes emitidos por especialistas no vinculan al juez, que deberá valorarlos conforme a las reglas de la sana crítica. En caso de que en el procedimiento existan informes contradictorios, parece razonable entender que cuando el perito de parte tenga acceso a los mismos datos que el designado judicialmente, los informes de unos y otros deberían

tener un valor similar —siempre eso sí, que el perito de parte haya sido designado de un modo por el que quede garantizada su imparcialidad—.

VIGÉSIMO TERCERA.- Tanto el Código Civil como las normas autonómicas compelen al juez a que "procure" no separar a los hermanos, por lo que la regla general será que éstos permanezcan juntos tras la ruptura de sus progenitores. Dicha previsión se refiere a los hermanos de doble vínculo, y no se extiende a los de vínculo sencillo.

VIGÉSIMO CUARTA.- Hay que partir de la presunción de que todos los progenitores poseen aptitud para cuidar a sus hijos menores. No obstante, puede ocurrir que uno de ellos demuestre tener mayores cualidades para cuidar al menor, lo que podría ser tenido en cuenta como criterio para determinar el régimen de guarda y custodia. Los supuestos más habituales en los que ello ocurre es cuando uno de los progenitores padece enfermedades o adicciones, o mantiene un estilo de vida poco adecuado. Con carácter general, la convivencia con un tercero no menoscaba la aptitud para el ejercicio de la guarda y custodia, salvo que la nueva situación ponga en riesgo el bienestar del menor.

VIGÉSIMO QUINTA.- La contribución de cada progenitor al cuidado de los menores constante la convivencia conyugal es un criterio que debe valorarse de forma flexible, porque toda persona puede cambiar sus hábitos y porque no es extraño que si uno de los progenitores trabajaba durante el matrimonio y el otro estaba a cargo de la casa, existiera entre ambos un pacto —expreso o tácito— por el que este último asumiera en mayor medida el cuidado de los hijos menores.

VIGÉSIMO SEXTA.- La disponibilidad temporal de cada progenitor para atender al menor tras la ruptura del matrimonio guarda estrecha relación con su situación profesional y sus posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral. Que uno de los progenitores se encuentre en situación de desempleo no es motivo suficiente para atribuirle la guarda y custodia por tener más tiempo.

El hecho de contar con jornadas laborales muy largas o por turnos rotatorios puede constituir un obstáculo importante para el ejercicio de la guarda y custodia.

VIGÉSIMO SÉPTIMA.- La relación existente entre las partes es uno de los criterios que más controversias provoca en la práctica. El modelo cooperativo es el más recomendable para el establecimiento de un régimen de custodia compartida. En el caso de padres desconectados o entre los que exista una conflictividad moderada, no debe excluirse de forma automática la posibilidad de adoptar la custodia compartida. En cambio, en los casos en los que existe una conflictividad extrema, parece que no resulta recomendable la adopción de dicho régimen, especialmente cuando concurren conductas de violencia doméstica, que tanto el Código Civil como las leyes autonómicas contemplan expresamente como una causa de exclusión del ejercicio de la guarda y custodia. Ahora bien, mientras que en el ámbito autonómico se exige que se haya dictado resolución judicial motivada en la que consten indicios fundados y racionales de criminalidad –en el caso de Aragón y Navarra– o que exista sentencia condenatoria firme –en el caso de Cataluña y País Vasco–, en el Derecho común basta con estar incurrido en un proceso penal por violencia de género. Ello puede vulnerar el derecho constitucional a la presunción de inocencia y, además, se corre el riesgo de privar injustamente a los menores de la compañía de su progenitor, por lo que parecen más adecuadas las previsiones recogidas por las leyes autonómicas. La postura expuesta puede generar ciertos riesgos derivados de dejar al menor a cargo de un presunto maltratador, pero éstos pueden evitarse, o al menos minimizarse, mediante el establecimiento de especiales cautelas por parte del juez.

VIGÉSIMO OCTAVA.- Un criterio de peso para la atribución de la guarda y custodia es la existencia de una mayor vinculación afectiva entre el menor y uno de sus progenitores, pero debe aplicarse con cierta cautela, puesto que las relaciones entre las personas son cambiantes y favorecer un contacto continuado del menor con el progenitor con el que no tiene buena relación

puede ayudar a que alcancen una mayor vinculación afectiva. Además, en algunos casos, la falta de afecto del menor hacia uno de sus padres puede deberse a la presencia de manipulación por parte del otro.

VIGÉSIMO NOVENA.- En el caso de menores lactantes, parece recomendable fijar un régimen de custodia individual en favor de la madre. Una vez que se ha superado la etapa de lactancia, no tendría por qué excluirse el régimen de custodia compartida. En todo caso, parece razonable entender que, en aquellos casos en los que se opte por establecer la custodia exclusiva con base en la corta edad del hijo, se haga con carácter provisional, previendo la posibilidad de que se modifique una vez que el menor supere determinada edad. Incluso sería conveniente de *lege ferenda* establecer que dicho cambio se llevara a cabo de forma automática.

TRIGÉSIMA.- La estabilidad del menor estará condicionada por el mantenimiento, en lo posible, de la situación precedente a la ruptura, para lo que resulta recomendable que conserve su arraigo social, escolar y familiar. Con base en ello, tanto jurisprudencia como doctrina se muestran contrarias al establecimiento del régimen de custodia compartida cuando no existe cierta proximidad entre los domicilios de los progenitores, aunque no se sigue un criterio uniforme respecto a la distancia máxima que puede existir.

TRIGÉSIMO PRIMERA.- Dentro de los posibles riesgos para la salud del menor, los más habituales en la práctica tienen que ver con su salud psicológica. Merece especial consideración la llamada alienación parental, que consiste en la manipulación o programación del hijo por parte de uno de los padres para que odie al otro sin ninguna justificación. Su consideración o no como síndrome tiene dividida a la comunidad médica, y, por el momento, no se recoge en las clasificaciones internacionales de enfermedades. Con independencia de su reconocimiento como enfermedad, la alienación parental es un fenómeno que está presente en muchas situaciones de crisis familiar y que puede provocar importantes perjuicios al menor, por lo que resulta necesario adoptar

soluciones. En estos supuestos, habría que valorar la posibilidad de otorgar la guarda y custodia al progenitor alienado para que pueda recuperar la relación con sus hijos.

TRIGÉSIMO SEGUNDA.- El régimen de guarda y custodia tiene incidencia en el establecimiento de otras medidas en el proceso de separación o divorcio, especialmente en tres: el régimen de visitas, la contribución de los progenitores al mantenimiento de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda familiar. Se trata de cuestiones que no están suficientemente reguladas en el Código Civil, especialmente en los supuestos de custodia compartida, por lo que sería recomendable que se impulsara una reforma que recogiera estos aspectos con mayor minuciosidad.

TRIGÉSIMO TERCERA.- Cuando se establezca un régimen de guarda y custodia exclusiva, deberá fijarse también un régimen de visitas en favor del progenitor no custodio. En el caso de la custodia compartida, ante el silencio de nuestro Código Civil, cabe entender que el posible establecimiento de un régimen de visitas dependerá de la duración de los periodos de alternancia. Al respecto, la extensión temporal a partir de la cual resulta recomendable fijarlo podría situarse en torno a los quince días. Además, podrá establecerse un régimen de relación entre el menor y sus hermanos, abuelos y demás parientes y allegados, cuya extensión y contenido serán como regla general más reducidos que en el régimen de visitas que corresponde a los progenitores.

TRIGÉSIMO CUARTA.- La ruptura de la convivencia no exime a los padres de sus obligaciones para con sus hijos, por lo que será necesario determinar la forma en la que cada uno de los progenitores contribuirá a partir de ese momento a la manutención de los hijos menores; una cuestión sobre la que, una vez más, nuestro Código Civil guarda silencio. Al respecto, se vienen distinguiendo tres tipos de gastos: ordinarios, extraordinarios y voluntarios. El régimen de guarda y custodia que se adopte tiene especial relevancia en la determinación del modo en el que cada progenitor va a contribuir a los gastos

ordinarios. Así, en los supuestos de custodia exclusiva, lo habitual será que el progenitor custodio contribuya al mantenimiento de sus hijos menores satisfaciendo los gastos que conlleva tener a los hijos en su casa y en su compañía y que el no custodio lo haga a través del pago de una pensión de alimentos. En el caso de la custodia compartida, se plantean múltiples posibilidades: que cada progenitor asuma de forma directa los gastos ordinarios del menor que se generen durante el tiempo que esté en su compañía, lo cual parece la opción más adecuada cuando el tiempo de permanencia del menor con cada progenitor sea equitativo y los recursos de los progenitores sean semejantes; que se abra una cuenta bancaria común en la que se carguen los gastos ordinarios susceptibles de domiciliación y con la que se vayan sufragando el resto de gastos del menor; que se establezca una pensión de alimentos a cargo de uno de los progenitores, una modalidad que puede resultar recomendable cuando el reparto temporal de permanencia con el menor sea dispar o exista una notable diferencia en la capacidad económica de las partes; o incluso que se fije el pago recíproco de una pensión de alimentos que cada progenitor abonará al otro en el periodo en el que no se encuentre junto al menor, aunque esta solución puede dar lugar a conflictos innecesarios entre los progenitores. También es posible combinar las anteriores modalidades y establecer sistemas mixtos.

TRIGÉSIMO QUINTA.- En los supuestos en los que se fija un régimen de guarda y custodia exclusiva sin separación de hermanos, tanto el Código Civil como las leyes autonómicas establecen que el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Ahora bien, mientras las normas autonómicas condicionan dicha regla a que ello sea lo más conveniente para el interés superior de los menores, el Código Civil parece configurarla como una norma imperativa. Resultaría más razonable llevar a cabo una interpretación abierta de dicha norma, pues toda vez que el derecho de habitación del menor esté garantizado, no habría problema en que no se realice atribución alguna del uso de la vivienda familiar o incluso que se

atribuya al no custodio. No obstante, ello puede ser discutible si atendemos a la literalidad del Código Civil, por lo que sería conveniente que se acometiera una reforma en la que se aclarara si nos encontramos ante una norma imperativa o bien ante una regla general que admite excepciones cuando las circunstancias así lo aconsejen.

TRIGÉSIMO SEXTA.- En los casos en los que se adopte un régimen de custodia exclusiva con separación de hermanos, el Código Civil se limita a señalar que el juez resolverá lo procedente. Para ello, deberá ayudarse de diferentes criterios, como la capacidad económica de cada uno de los progenitores, la titularidad dominical de la vivienda familiar, la edad de los menores o el número de hijos atribuidos a cada progenitor. En cualquier caso, convendría de *lege ferenda* que el Código Civil especificara los criterios a los que debe acudir el juez.

TRIGÉSIMO SÉPTIMA.- Respecto a los supuestos de custodia compartida, el problema de la atribución del uso de la vivienda se plantea cuando son los hijos los que rotan entre las viviendas de sus padres. Una vez más, el Código Civil no prevé nada para estos supuestos, por lo que ha sido la jurisprudencia la encargada de aportar una solución. Al respecto, viene aplicando por analogía lo previsto en el Código Civil para los supuestos de guarda y custodia exclusiva con separación de hermanos, que ya hemos visto que se limita a señalar que el juez resolverá lo procedente. Para determinar qué es lo procedente podrá seguir los criterios que ya se han enumerado, junto a uno específico: la duración de los periodos de alternancia del menor con uno y otro progenitor. Una vez más, sería conveniente de *lege ferenda* que el legislador estableciera los criterios a tener en cuenta para la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida.

TRIGÉSIMO OCTAVA.- El cauce para solicitar el cambio del régimen de guarda y custodia será la interposición de la correspondiente demanda de modificación de medidas, que podrá presentarse por ambos progenitores de

común acuerdo o bien unilateralmente por uno de ellos. Incluso cabe la posibilidad de que sea el ministerio fiscal el que solicite la modificación del régimen de guarda y custodia. Además, en aquellos casos en los que el divorcio vaya precedido de una separación matrimonial, puede aprovecharse el propio proceso de divorcio para modificar el régimen de guarda y custodia fijado en la sentencia de separación.

TRIGÉSIMO NOVENA.- Para que se pueda proceder a la modificación de las medidas es necesario que así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos, o bien que se haya producido un cambio de las circunstancias de los cónyuges. Por tanto, ya no resultará necesario que concurra en todo caso una alteración de las circunstancias –como ha requerido tradicionalmente nuestra normativa–, sino que bastará con que las nuevas necesidades de los hijos aconsejen la modificación del régimen de guarda y custodia. Además, en el caso de que se alegue una alteración de las circunstancias de los cónyuges, ya no se exige que tenga un carácter sustancial, sino que será suficiente con que se produzca una alteración cierta.

CUADRAGÉSIMA.- La guarda y custodia se extinguirá en los mismos supuestos en los que desaparece la patria potestad. Así mismo, se extinguirá si los progenitores se reconcilian –en el caso de que estuvieran separados– o si contraen nuevo matrimonio entre sí –en el supuesto de que estuvieran divorciados–. Si la patria potestad queda en suspenso, la guarda y custodia correrá la misma suerte. Además, la guarda y custodia también quedará *de facto* en suspenso cuando se inicie una convivencia de hecho entre los progenitores que estuvieran divorciados, pues la vida separada de los padres es un presupuesto para que opere. Tanto en los casos de suspensión como en algunos de los supuestos de extinción, el régimen de guarda y custodia podrá restablecerse. La rehabilitación de la guarda y custodia se producirá de forma automática, salvo que las partes o el ministerio fiscal soliciten su modificación.

CUADRAGÉSIMO PRIMERA.- La regulación de la guarda y custodia en el Código Civil presenta numerosos defectos: recoge duplicidades que dan lugar a aparentes contradicciones, como ocurre con las reglas previstas para el ejercicio de la patria potestad tras la ruptura o para la audiencia del menor; y entremezcla el proceso contencioso con el de mutuo acuerdo, así como las previsiones relativas a la guarda exclusiva y las que se refieren a la custodia compartida. Por otro lado, resulta a todas luces insuficiente, pues no recoge algunos aspectos importantes, como los criterios para la determinación del régimen de guarda y custodia, los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura del matrimonio o la mediación familiar. Además, la regulación que hace de la custodia compartida se limita a prever la posibilidad de adoptar dicho régimen, sin hacer mención alguna a los distintos modos o formas en que puede organizarse o al efecto tiene en la adopción de otras medidas colindantes. Así mismo, muchas previsiones resultan anticuadas, como la marcada preferencia por la custodia exclusiva o las arcaicas reglas para la atribución del uso de la vivienda familiar cuando se adopta el mencionado régimen. Las reformas que se han ido sucediendo han consistido en pequeños parches que en no pocas ocasiones han provocado nuevos problemas. Por ello, urge una reforma global en la materia que, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las diferentes propuestas que se han ido realizando, modernice la regulación de la guarda y custodia, subsanando los defectos y colmando las lagunas existentes, con el fin de dotarla de un marco legal homogéneo, completo, y ajustado a la realidad social actual.

CONCLUSIONI

PRIMA.- La “guarda y custodia” si integra normalmente nell’ambito personale dell’autorità parentale essendo strettamente legata al dovere dei genitori di vegliare sui figli e tenerli in loro compagnia. La distinzione tra le due figure assume significato quando si interrompe la convivenza dei genitori e diventa necessario affidare la compagnia, la cura e la custodia diretta dei figli a uno di essi, o a entrambi, ma in modo regolare nel tempo; questo fermo restando che, come regola generale, entrambi i genitori mantengano la titolarità e l’esercizio dell’autorità parentale. È in questo contesto che entra in gioco la “guarda y custodia”, il cui esercizio implica la convivenza quotidiana con il minore e la custodia diretta di quest’ultimo nonché altre funzioni inerenti a detta convivenza come l’adozione di decisioni quotidiane di minor importanza e di quelle con carattere urgente o che non ammettono ritardi.

SECONDA.- I regimi di organizzazione strutturale che può adottare la “guarda y custodia” sono due: “exclusiva” (esclusiva) e “compartida” (condivisa). Non lo è la cosiddetta “guarda y custodia partida o distributiva” (suddivisa o distributiva) – ipotesi in cui essendoci vari figli in comune, la custodia di alcuni viene assegnata prevalentemente a uno dei genitori e il resto all’altro, di modo che i minori non convivono tra loro –, giacché in relazione o ogni fratello, la “guarda y custodia” sarà “exclusiva” o “compartida”.

TERZA.- La “guarda y custodia esclusiva” deve dunque essere intesa come quel regime di “guarda y custodia” dei figli minori in cui le funzioni proprie di detta figura sono attribuite a uno dei genitori, fatto salvo il diritto del minore di continuare a mantenere una relazione abituale e costante con il genitore non affidatario, nonché l’obbligo di quest’ultimo di continuare a contribuire al suo mantenimento.

QUARTA.- La “guarda y custodia compartida” costituisce un regime di “guarda y custodia” basato sui principi di co-genitorialità e di corresponsabilità parentale che si caratterizza per il fatto che entrambi i genitori si alternano nello svolgimento delle funzioni inerenti la “guarda y custodia”, condividendo un piano di uguali diritti e obblighi nei confronti dei figli e senza che venga richiesta una ripartizione strettamente paritaria del tempo che questi trascorrono con ogni genitore.

QUINTA.- Nei casi in cui il giudice deliberi che i figli siano affidati ai nonni, ai parenti e a persone terze e, qualora non ne ve ne fossero, a un’istituzione idonea, non si può parlare di “guarda y custodia”, ma di semplice “guarda” poiché nel sistema del Codice Civile sarebbe incongruente utilizzare tale espressione per riferirsi ai casi in cui l’affidamento del minore si attribuisce a una terza parte che non vanti l’autorità parentale.

SESTA.- Il Codice Civile fa riferimento alla “guarda y custodia” in sede di rottura del matrimonio e in sede di autorità parentale, cosa che ha fatto in modo di creare un apparente conflitto tra le disposizioni. In realtà, tali contraddizioni non esistono poiché la fattispecie delle diverse norme non è la stessa. Così, mentre l’articolo 92 Cc. si applicherà a quei casi in cui esiste una previa situazione di convivenza, gli articoli 156.5 e 159 Cc. avranno per oggetto la regolamentazione dell’esercizio dell’autorità parentale in quelle situazioni in cui i genitori non hanno mai convissuto. In qualunque caso, sarebbe opportuna una riforma che unificasse e chiarisse il sistema ed eliminasse queste apparenti contraddizioni.

SETTIMA.- Alcune Comunità Autonome hanno regolamentato la “guarda y custodia” dei figli minori nei casi di rottura matrimoniale dei genitori: Aragona, Catalogna, Navarra, Paesi Baschi e Comunità Valenciana - sebbene quest’ultima sia stata dichiarata incostituzionale dal TC nella sua Sentenza 192/2016, del 16 novembre—. Detta regolamentazione trasferisce il regime legale previsto dal Codice Civile nei rispettivi territori in cui si applica.

OTTAVA.- Sulla base dell'articolo 149.1.8 Cc. e dell'interpretazione che il TC ha fatto dello stesso, non ci sono dubbi che Aragona e Navarra dispongano della competenza per legiferare sulla "guarda y custodia", in quanto riuniscono nelle rispettive Compilazioni materie che possono trovare un legame con detta figura. Per quanto riguarda i Diritti catalano e basco, l'esistenza di una materia connessa alla "guarda y custodia" nelle loro Compilazioni precedenti alla Costituzione risulta meno evidente. E in quanto alla norma valenciana, sembra chiaro che non fosse presente nel suo Diritto vigente al momento della promulgazione della Costituzione alcuna materia connessa alla "guarda y custodia", cosa che ha finito per generare la dichiarazione di incostituzionalità da parte del TC.

NONA.- L'ambito personale di applicazione delle leggi delle Comunità Autonome sarà determinato dalle norme del Diritto interregionale privato. A tal proposito, l'articolo 9.4 del Codice Civile stabilisce ora che la legge applicabile alla responsabilità parentale si determinerà secondo la Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 che prevede che le relazioni paterno-filiali siano disciplinate dalla legislazione del luogo di residenza abituale del minore. In ambito autonomo, la legge basca ha previsto espressamente un proprio quadro soggettivo di applicazione, che travalica la competenza legislativa dei Paesi Baschi, poiché l'articolo 149.1.8 della Costituzione attribuisce esclusivamente allo Stato la competenza per stabilire le regole per risolvere i conflitti di legge.

DECIMA.- La competenza per giudicare i procedimenti matrimoniali – inclusa la determinazione del regime di "guarda y custodia" – spetta ai Tribunali di primo grado o ai Tribunali in materia di Diritto di Famiglia, laddove esistano; tuttavia, qualora abbiano luogo atti di violenza di genere, questi perderanno la loro competenza a vantaggio dei Tribunali in materia di violenza contro le donne. Ciononostante, nel caso in cui il processo finale si concluda senza responsabilità penale del denunciato, il Tribunale di primo grado o di Famiglia dovrebbe recuperare la competenza, in quanto non sembra che il Tribunale in materia di violenza contro le donne sia legittimato a continuare a giudicare il

fatto una volta scomparso il presupposto per il quale si attribuisce la competenza.

UNDICESIMA.- Prima che venga emessa la sentenza definitiva in cui si stabilisce il regime di “guarda y custodia”, il giudice deve determinare chi la eserciterà temporaneamente mentre si sostiene il procedimento di rottura. Un’interpretazione sistematica delle regole previste dal Codice Civile porta a riconoscere che è possibile stabilire già in questo momento il regime di “guarda y custodia compartida”. Inoltre, rimane la possibilità che si stabilisca un regime di “guarda y custodia” con carattere provvisorio nell’ambito di un procedimento penale per violenza di genere –in particolare, all’interno di un provvedimento di protezione che può incorporare misure di natura civile–: in questo caso, è opportuno scartare un regime di “guarda y custodia compartida”, poiché l’articolo 92.7 del Codice Civile esclude detto regime quando uno qualsiasi dei genitori sia incorso in un procedimento penale per aver commesso atti di violenza domestica.

DODICESIMA.- Sia il Codice Civile che le norme delle Comunità Autonome collocano il regime di “guarda y custodia” dei figli minori nel contenuto minimo che deve riunire il “convenio regulador”. Inoltre, la norma catalana costituisce un’importante novità includendo in detto accordo il “plan de parentalidad”, il programma concernente l’esercizio della funzione genitoriale. Detto strumento consiste in un accordo sottoscritto da entrambi i genitori in cui si stabiliscono in modo dettagliato le responsabilità che ognuno di essi deve esercitare nei confronti dei figli minori.

TREDICESIMA.- Le parti possono fissare il regime di “guarda y custodia” tramite un accordo prematrimoniale in previsione della rottura del matrimonio. Affinché tali accordi, non disciplinati esplicitamente nel Codice Civile, ma ammessi dalla giurisprudenza e dai Diritti catalano e basco, possano avere efficacia dopo la rottura, sarà necessaria la loro approvazione giudiziale, in

particolare se contengono aspetti che interessano i figli minori d'età – come può essere il regime di “guarda y custodia” –.

QUATTORDICESIMA.- Può risultare molto utile che le parti ricorrano alla mediazione familiare per cercare di raggiungere un accordo relativo al regime di “guarda y custodia”. A tal fine, la *Ley de Enjuiciamiento Civil* li autorizza a sospendere il processo allo scopo di ricorrere alla mediazione. Inoltre, il ruolo della mediazione non deve necessariamente concludersi con l'accordo finale per il quale si stabiliscono le diverse questioni relative alla “guarda y custodia” ma può continuare a essere utile anche successivamente alla rottura. Può assumere un ruolo importante la figura del cosiddetto “coordinatore genitoriale” la cui funzione consiste nell'aiutare i genitori a risolvere i potenziali problemi che possono sorgere nel corso del regime di “guarda y custodia”.

QUINDICESIMA.- Il fatto che sia richiesta una domanda per stabilire la “guarda y custodia compartida” presuppone che non sia possibile che il giudice la stabilisca d'ufficio. Detta domanda può avvenire sia nella stessa istanza che nella contestazione ma non in una fase successiva del procedimento, in quanto risulterebbe contrario al principio di “*mutatio libellis*”. Dall'altra parte, sembrerebbe sufficiente che venga richiesta in maniera alternativa o anche sussidiaria, tuttavia non basterà che entrambi i genitori ne abbiano fatto domanda affinché la “guarda y custodia” sia “esclusiva”. Ad ogni modo, sarebbe opportuno de *lege ferenda* l'eliminazione di questo requisito, in quanto in quei casi in cui secondo il giudice risulti accertato che il regime di “guarda y custodia compartida” sia quello che protegge meglio l'interesse del minore, è discutibile farlo venir meno per il mero fatto che nessuno dei genitori ne abbia richiesta l'adozione.

SEDICESIMA.- Il requisito giuridico che prevede che la “guarda y custodia compartida” sia l'unico modo per proteggere adeguatamente l'interesse superiore del minore, significa che non è sufficiente che il regime di “guarda y custodia compartida” sia quello che più fortemente rispecchia l'interesse

superiore del minore ma che deve essere l'unico modo in cui detto interesse resti adeguatamente tutelato. Si tratta di un obbligo troppo limitato e che ostacola enormemente l'applicazione del regime di "guarda y custodia compartida", oltre a destare seri dubbi dal punto di vista dell'interesse superiore del minore. Per questo, sarebbe opportuno de *lege ferenda* la sua soppressione.

DICIASSETESIMA.- Il carattere eccezionale che quanto disposto dal Codice Civile concede al regime di "guarda y custodia compartida" è stato superato progressivamente dalla giurisprudenza che sta dando un'evidente preferenza al succitato regime. Alcune Sentenze recenti del Tribunale Supremo sostengono che l'espressione "*eccezionalmente*" faccia riferimento all'assenza di accordo dei genitori e non al fatto che il regime di "guarda y custodia" sia in sé stesso eccezionale; sostengono inoltre che il regime di "guarda y custodia compartida" debba considerarsi normale e anche auspicabile.

DICIOTTESIMA.- Nell'ambito delle Comunità Autonome, le leggi aragonesi e basche hanno stabilito la "guarda y custodia compartida" come regime preferenziale in mancanza di accordo tra le parti. Nel caso della legge basca, la preferenza accordata alla "guarda y custodia compartida" è parzialmente attenuata in quanto prevede per la sua adozione che ne sia fatta domanda. Le leggi catalana e navarrese hanno optato per equiparare i regimi di "guarda y custodia compartida" ed "esclusiva", senza dare preferenza a nessuno dei due. Benché in Catalogna un importante settore della dottrina ritenga meglio dare una certa preferenza alla "guarda y custodia compartida", il Tribunale Superiore di Giustizia di Catalogna ha interpretato nel senso che non esista tale preferenza e che la legge catalana abbia equiparato entrambi i regimi di "guarda y custodia".

DICIANNOVESIMA.- Per stabilire la configurazione effettiva del regime di "guarda y custodia esclusiva" si dovranno determinare varie questioni: a quale genitore se ne attribuirà l'esercizio, come sarà garantito il mantenimento dei

rapporti tra il minore e l'altro genitore, dove sarà fissata la residenza del minore e il modo in cui ognuno dei genitori contribuirà a sostenere le spese dei figli minori.

L'organizzazione del regime di "guarda y custodia compartida" presenta una maggiore complessità poiché risulta necessario determinare due aspetti separatamente: come avverrà l'organizzazione fisica del regime e come sarà la ripartizione del tempo tra i genitori. Per quanto riguarda la prima questione, sono due le alternative possibili di organizzazione fisica del regime di "guarda y custodia compartida": che i figli vivano nella stessa abitazione e che i genitori facciano a turno oppure che siano i figli ad avvicinarsi tra le abitazioni dei loro genitori. Entrambe le possibilità presentano pro e contro, sebbene in linea generale sembri preferibile la seconda. In quanto alla ripartizione del tempo tra i genitori, la "guarda y custodia compartida" non implica necessariamente una ripartizione uguale del tempo, ma occorre quanto meno che sia simile, giacché è questo il dato che consente di differenziarla da un regime di "guarda y custodia esclusiva" con un ampio regime di visite per il genitore non affidatario. A tal proposito, sembra necessario che il minore stia in compagnia di ogni genitore almeno tra il quaranta e il quarantacinque per cento del tempo. Per quanto concerne la durata effettiva dei periodi, esistono varie opzioni, sebbene siano preferibili in linea generale i periodi di alternanza ampi –a partire da 15 giorni–, salvo nel caso in cui si tratti di minori molto piccoli, con i quali possono risultare più opportuni periodi di alternanza più brevi e frequenti.

VENTESIMA.- La nostra legislazione stabilisce il principio dell'interesse superiore del minore come criterio fondamentale al quale deve attenersi il giudice nel momento di adottare qualunque decisione che lo interessi e, ovviamente, anche nella determinazione del regime di "guarda y custodia". La *L.O. 8/2015* ha introdotto nella *L.O. de Protección Jurídica del Menor* una serie di criteri generali per l'attuazione dell'interesse del minore, tuttavia, sarebbe conveniente de *lege ferenda* che ne venissero stabiliti alcuni più specifici per concretizzare detto interesse nella determinazione del regime di "guarda y

custodia”, così come hanno fatto le leggi delle Comunità Autonome. Fatto salvo quanto sottolineato nei punti precedenti, sulla base della giurisprudenza e del diritto comparato, sono stati adottati i seguenti criteri: la raccomandazione di non separare i fratelli, l’attitudine dei genitori, l’adempimento dei rispettivi obblighi da parte dei genitori e il contributo di ognuno alla cura dei minori, la disponibilità in termini di tempo di ogni genitore e le loro possibilità di conciliazione della vita lavorativa e familiare, i rapporti delle parti tra loro e con i figli, l’età dei figli, la stabilità del minore e il luogo di residenza dei genitori, i possibili rischi per la salute e lo sviluppo del minore e il numero di figli. Tali criteri dovranno essere valutati tenendo in considerazione i seguenti elementi: l’opinione del minore, il risultato dei rapporti richiesti legalmente, i possibili accordi tra le parti e le allegazioni delle parti addotte in udienza o le prove ivi prodotte. Inoltre, tutti i criteri e gli elementi menzionati devono essere apprezzati nel loro complesso e tenendo sempre presente l’interesse superiore del minore, essendo questo il fine ultimo al quale deve far riferimento il giudice nel deliberare sulla “guarda y custodia” dei figli minori.

VENTUNESIMA.- Il diritto del minore a essere ascoltato nell’adozione delle decisioni che possono interessarlo comporta che in tutti i casi in cui il minore con sufficiente discernimento richieda di essere ascoltato, l’udienza possa essere negata solo qualora il giudice motivi che la comparizione del minore sia contraria al suo interesse. Quanto ai casi in cui il minore non richieda di comparire dinanzi al tribunale, dopo la riforma introdotta attraverso la *Ley 15/2005*, dell’8 luglio e la *Ley 13/2009*, del 3 novembre, sembra che debba essere ascoltato solo se dotato di sufficiente discernimento e qualora il giudice lo ritenga necessario, sebbene la questione non sia definita. L’opinione manifestata dal minore non ha carattere vincolante per il giudice.

VENTIDUESIMA.- I pareri formulati da specialisti non vincolano il giudice, che dovrà valutarli in base a criteri di congruità. Nel caso in cui nel procedimento esistano rapporti contraddittori, sembra ragionevole riconoscere che quando il perito di parte abbia accesso agli stessi dati di quello nominato

giudizialmente, i rapporti degli uni e degli altri dovrebbero avere un valore simile – sempre questo che il perito di parte sia stato nominato in modo che sia garantita la sua imparzialità –.

VENTRITREESIMA.- Sia il Codice Civile che le norme delle Comunità Autonome impongono al giudice che che “eviti” di separare i fratelli, in modo che, in linea generale, questi rimangano uniti dopo la rottura dei genitori. Detta disposizione di riferisce ai fratelli che sono figli di entrambi i genitori, escludendo quelli che sono figli di uno solo.

VENTIQUATTRESIMA.- Occorre partire dal presupposto che tutti i genitori possiedono l’attitudine a prendersi cura dei loro figli minori. Ciononostante, può verificarsi che uno di essi dimostri di avere più qualità per prendersi cura del minore, aspetto che potrebbe essere tenuto in considerazione come criterio per determinare il regime di “guarda y custodia”. Più comunemente si verifica quando uno dei genitori soffre di disturbi o dipendenze o adotta uno stile di vita poco appropriato. In linea generale, la convivenza con una terza parte non pregiudica l’attitudine per l’esercizio della “guarda y custodia”, salvo nel caso in cui la nuova situazione metta a rischio il benessere del minore.

VENTICINQUESIMA.- Il contributo di ogni genitore alla cura dei minori durante la convivenza coniugale è un criterio che va valutato in modo flessibile, perché ogni persona può cambiare abitudini e perché non è raro che se uno dei genitori lavorava durante il matrimonio e l’altro si occupava della casa, esisteva tra loro un patto – espresso o tacito – per il quale quest’ultimo si faceva carico in maggior misura della cura dei figli minori.

VENTISEIESIMA.- La disponibilità temporale di ogni genitore a occuparsi del minore dopo la rottura del matrimonio è strettamente correlata alla sua situazione professionale e alla sua possibilità di conciliazione tra vita familiare e lavorativa. Che uno dei genitori si trovi in situazione di disoccupazione non è un motivo sufficiente per assegnargli la “guarda y custodia” per il fatto che

abbia più tempo. Il fatto di disporre di giornate lavorative molto lunghe o turni a rotazione può costituire un ostacolo importante per l'esercizio della "guarda y custodia".

VENTISETTESIMA.- La relazione esistente tra le parti è uno dei criteri che provoca maggiori controversie nella pratica. Il modello cooperativo è quello più raccomandabile per l'istituzione di un regime di "guarda y custodia compartida". In caso di genitori disuniti o tra i quali esista una conflittualità moderata, non è da escludersi in modo automatico la possibilità di adottare la "guarda y custodia compartida". Al contrario, nei casi in cui esista una conflittualità estrema, non appare opportuna l'adozione di detto regime, in particolare quando concorrono atti di violenza domestica che, sia il Codice Civile che le leggi delle Comunità Autonome contemplano esplicitamente come causa di esclusione dell'esercizio della "guarda y custodia". Tuttavia, mentre nell'ambito autonomo si richiede che sia stata emessa una decisione giudiziaria motivata in cui figurino motivi fondati e ragionevoli di criminalità – nel caso di Aragona e Navarra – o che esista una sentenza di condanna definitiva – nel caso di Catalogna e Paesi Baschi –, nel Diritto comune è sufficiente essere coinvolti in un procedimento penale per violenza di genere. Questo può violare il diritto costituzionale alla presunzione di innocenza e, inoltre, si corre il rischio di privare ingiustamente i minori della compagnia del suo genitore, per cui per cui sembrano più adeguate le disposizioni accolte nelle leggi delle Comunità Autonome. Questa regola può generare alcuni rischi derivati dal lasciare il minore sotto la responsabilità di un presunto violento ma questi possono essere evitati, o almeno minimizzati, mediante l'istituzione di speciali cautele da parte del giudice.

VENTOTTESIMA.- Un criterio preponderante per l'assegnazione della "guarda y custodia" è l'esistenza di un legame affettivo più intenso tra il minore e uno dei suoi genitori; tuttavia, deve essere applicato con una certa cautela, in quanto le relazioni tra le persone sono mutevoli e favorire un contatto continuativo del minore con il genitore con il quale non ha un buon

rapporto può contribuire a creare fra loro un legame affettivo migliore. Inoltre, in alcuni casi, la carenza d'affetto del minore nei confronti di uno dei suoi genitori può essere dovuto alla presenza di manipolazione da parte dell'altro.

VENTINOVESIMA.- In caso di minori neonati in allattamento, sembra opportuno fissare un regime di "guarda y custodia" individuale a favore della madre. Una volta superata la fase di allattamento, non dovrebbe escludersi il regime di "guarda y custodia compartida". In ogni caso, sembra ragionevole riconoscere che, qualora si opti per stabilire la "guarda y custodia esclusiva" sulla base della giovane età del figlio, lo si faccia con carattere temporaneo, prevedendo la possibilità di modificarlo una volta che il minore abbia superato l'età specifica. Sarebbe inoltre opportuno de *lege ferenda* stabilire che detto cambio avvenisse in modo automatico.

TRENTESIMA.- La stabilità del minore sarà condizionata dal mantenimento, nel limite del possibile, della situazione precedente alla rottura, in quanto è opportuno che conservi il suo radicamento sociale, scolastico e familiare. Sulla base di ciò, sia la giurisprudenza che la dottrina si dimostrano contrarie all'istituzione del regime di "guarda y custodia compartida" quando non esista una certa prossimità tra i domicili dei genitori, sebbene non venga seguito un criterio uniforme relativamente alla distanza massima che possa esservi.

TRENTUNESIMA.- Tra i possibili rischi per la salute del minore, i più comuni nella pratica hanno a che fare con la sua salute mentale. Merita di essere oggetto di una considerazione particolare la cosiddetta alienazione parentale, che consiste nella manipolazione o plagio del figlio da parte di uno dei genitori affinché odi l'altro senza alcuna giustificazione. La sua considerazione o meno come sindrome continua a dividere la comunità medica e, per il momento, non rientra nelle classificazioni internazionali delle malattie. Indipendentemente dal suo riconoscimento come malattia, l'alienazione parentale è un fenomeno che è presente in molte situazioni di crisi familiare e che può provocare gravi danni al minore, pertanto, risulta opportuno adottare delle soluzioni. In questi casi,

bisognerebbe valutare la possibilità di concedere la “guarda y custodia” al genitore alienato cosicché possa recuperare il rapporto con i figli.

TRENTADUESIMA.- Il regime di “guarda y custodia” incide nell’istituzione di altre misure nel procedimento di separazione o divorzio, soprattutto per quanto riguarda tre misure: il regime di visite, il contributo dei genitori al mantenimento dei figli minori e l’attribuzione dell’uso della casa familiare. Si tratta di questioni che non sono sufficientemente disciplinate dal Codice Civile spagnolo, nella fattispecie nei casi di “guarda y custodia compartida”, per cui sarebbe opportuno che si promuovesse una riforma che contemplasse tali aspetti con maggior minuziosità.

TRENTATREESIMA.- Laddove si stabilisca un regime di “guarda y custodia esclusiva”, si dovrà fissare anche un regime di visite in favore del genitore non affidatario. In caso di “guarda y custodia compartida”, di fronte al silenzio del nostro Codice Civile, la possibile istituzione di un regime di visite dipenderà dalla durata dei periodi di alternanza. A tal proposito, l’estensione temporale a partire dal quale risulta opportuno fissarlo potrebbe situarsi attorno ai quindici giorni. Inoltre, potrà essere stabilito un regime di relazione tra il minore e i suoi fratelli, nonni e altri parenti e conoscenti, la cui estensione e il cui contenuto saranno, come regola generale, più ridotti rispetto al regime di visite spettante ai genitori.

TRENTAQUATTRESIMA.- La rottura della convivenza non esenta i genitori dai loro obblighi nei riguardi dei figli; pertanto, sarà necessario determinare il modo in cui ognuno dei genitori contribuirà a partire da questo momento al mantenimento dei figli minori, una questione in merito alla quale, ancora una volta, il nostro Codice Civile non si esprime. A tal proposito, si distinguono tre tipi di spese: ordinarie, straordinarie e volontarie. Il regime di “guarda y custodia” adottato assume particolare rilievo nella determinazione del modo in cui ogni genitore contribuirà alle spese ordinarie. Pertanto, nei casi di “guarda y custodia esclusiva”, la prassi sarà che il genitore affidatario contribuisca al

mantenimento dei figli minori sostenendo le spese che comporta tenere i figli a casa sua e in sua compagnia e che il genitore non affidatario lo faccia attraverso il pagamento di un assegno alimentare. Nel caso della “guarda y custodia compartida”, sussistono varie possibilità: che ognuno dei genitori sostenga direttamente le spese ordinarie del minore che si generano nel periodo in cui è in sua compagnia, cosa che sembra l’opzione più adeguata quando il periodo di permanenza del minore con ogni genitore è equo e le risorse dei genitori sono simili; che venga aperto un conto bancario comune in cui vengano addebitate le spese ordinarie che possono esservi domiciliate e con cui si sosterrà il resto delle spese del minore; che si stabilisca un assegno alimentare ad opera di uno dei genitori, modalità che può risultare raccomandabile quando la ripartizione del tempo di permanenza con il minore sia impari o esiste una differenza consistente nella capacità economica delle parti; oppure che si stabilisca il pagamento reciproco di un assegno alimentare che ogni genitore verserà all’altro nel periodo in cui si trova insieme al minore, sebbene questa soluzione possa dar luogo a inutili conflitti tra i genitori. È possibile inoltre combinare le precedenti modalità e stabilire dei sistemi misti.

TRENTACINQUESIMA.- Qualora si stabilisca un regime di “guarda y custodia esclusiva” senza separazione dei fratelli, sia il Codice Civile che le leggi autonome stabiliscono che l’uso della casa coniugale spetti ai figli e al coniuge con cui rimangono in compagnia. Tuttavia, mentre le norme autonome condizionano detta regola al fatto che sia più conveniente per l’interesse superiore dei minori, il Codice Civile sembra configurarla come una norma imperativa. Sarebbe più opportuno dare un’interpretazione aperta di detta norma, poiché ogni volta che il diritto di abitazione del minore è garantito, non sussisterebbe il problema che non si realizzi alcuna assegnazione dell’uso della casa familiare o persino che si assegni al non affidatario. Tuttavia, questo può essere discutibile se ci atteniamo a quanto disposto dal Codice Civile, pertanto sarebbe opportuno che si intraprendesse una riforma in cui si chiarisse

se ci troviamo davanti a una norma imperativa oppure a una regola generale che ammette eccezioni quando le circostanze lo consentono.

TRENTASEIESIMA.- Qualora si adotti un regime di “guarda y custodia esclusiva” con separazione dei fratelli, il Codice Civile si limita a segnalare che spetta al giudice decidere. Per farlo, dovrà avvalersi di diversi criteri, come la capacità economica di ognuno dei genitori, il diritto di proprietà dell’abitazione coniugale, l’età dei minori e il numero di figli assegnati a ogni genitore. In qualunque caso, converrebbe de *lege ferenda* che il Codice Civile specificasse i criteri a cui deve ricorrere il giudice.

TRENTASETTESIMA.- Per quanto riguarda i casi di “guarda y custodia compartida”, il problema dell’assegnazione dell’uso della casa coniugale sussiste quando sono i figli che si alternano tra le abitazioni dei genitori. Una volta di più, il Codice Civile non prevede nulla in merito, pertanto è spettato alla giurisprudenza trovare una soluzione. A tal proposito, si applica per analogia quanto disposto nel Codice Civile per i casi già accennati di “guarda y custodia esclusiva” con separazione dei fratelli che si limita a stabilire che spetta al giudice decidere. A questo scopo potrà seguire i criteri sopra menzionati oltre a un criterio specifico: la durata dei periodi di alternanza del minore con uno o l’altro genitore. Ancora una volta, sarà opportuno de *lege ferenda* che il legislatore stabilisca i criteri da tenere in considerazione per l’attribuzione dell’uso della casa coniugale nei casi di “guarda y custodia compartida”.

TRENTOTTESIMA.- La procedura per richiedere il cambio di regime di “guarda y custodia” sarà la presentazione della corrispondente domanda di modifica dei provvedimenti, che potrà essere presentata da entrambi i genitori di comune accordo oppure unilateralmente da uno di essi. Inoltre, rimane la possibilità che sia il Pubblico Ministero a sollecitare la modifica del regime di “guarda y custodia”. Inoltre, nel caso in cui il divorzio sia preceduto da una

separazione coniugale, è possibile modificare nello stesso procedimento di divorzio il regime di “guarda y custodia” fissato nella sentenza di separazione.

TRENTANOVESIMA.- Affinché si possa procedere alla modifica dei provvedimenti è necessario che questa sia opportuna per le nuove esigenze dei figli oppure che si siano modificate le condizioni dei coniugi. Pertanto, non risulterà più necessario che si verifichi in ogni caso un cambiamento delle circostanze – come richiedeva tradizionalmente la nostra normativa –, ma sarà sufficiente che le nuove esigenze dei figli consentano la modifica del regime di “guarda y custodia”. Inoltre, qualora si adduca un cambiamento delle circostanze dei coniugi, non è più richiesto che abbia carattere sostanziale ma sarà sufficiente che sia certo.

QUARANTESIMA.- La “guarda y custodia” si estinguerà negli stessi casi in cui termina l’autorità parentale. Si estinguerà inoltre in caso di riconciliazione dei genitori – nel caso in cui fossero separati – e se contraggono un nuovo matrimonio tra loro – qualora fossero divorziati –. Laddove l’autorità parentale resti in sospeso, alla “guarda y custodia” spetterà la stessa sorte. Inoltre, la “guarda y custodia” resterà *de facto* in sospeso in caso di inizio di convivenza effettiva dei genitori divorziati, giacché la vita separata dei genitori è un presupposto affinché sia in essere. Sia nei casi di sospensione che in alcuni casi di estinzione, il regime di “guarda y custodia” potrà essere ristabilito. Il ristabilimento della “guarda y custodia” avverrà in modo automatico, salvo nel caso in cui le parti o il Pubblico Ministero ne richiedano la modifica.

QUARANTUNESIMA.- La regolazione della “guarda y custodia” nel Codice Civile presenta vari difetti: contiene duplicità che danno luogo ad apparenti contraddizioni, come accade con le norme previste per l’esercizio dell’autorità parentale dopo la rottura o per l’udienza del minore; e mischia il procedimento contenzioso con quello di mutuo accordo, così come le disposizioni relative “guarda y custodia esclusiva” e quelle che si riferiscono alla “guarda y custodia compartida”. Dall’altro lato, risulta chiaramente inadeguata, poiché non

contempla alcuni aspetti importanti, come i criteri per la determinazione del regime di “guarda y custodia”, i patti prematrimoniali in previsione della rottura del matrimonio o la mediazione familiare. Inoltre, le regole che disciplinano la “guarda y custodia compartida” si limitano a prevedere la possibilità di adottare tale regime, senza fare alcuna menzione ai diversi modi o alle diverse forme in cui può essere organizzata o all’adozione di altre misure simili. Allo stesso modo, molte disposizioni risultano obsolete, come la netta preferenza per la “guarda y custodia esclusiva” o le regole arcaiche per l’assegnazione dell’uso della casa coniugale in caso di adozione del suddetto regime. Le riforme che si sono succedute sono consistite in piccole toppe che, in non poche occasioni, hanno provocato nuovi problemi. Per tali motivi, urge una riforma globale in materia che, tenendo conto della giurisprudenza del Tribunale Supremo e delle diverse proposte che sono state fatte, modernizzino la regolamentazione della “guarda y custodia”, correggendo i difetti e colmando le lacune esistenti, al fine di dotarla di un quadro giuridico omogeneo, completo e adeguato alla realtà sociale attuale.

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, 2016.

AGUADO RENEDO, César, "Reserva de Jurisdicción, Tutela Judicial Efectiva y Custodia de Menores", *UNED: Teoría y Realidad Constitucional*, N° 31, 2013, pp. 523-540.

AGUILAR CUENCA, José Manuel, *S.A.P.: Síndrome de Alienación Parental*, Almuzara, 2004.

AGUILAR CUENCA, José Manuel, "El uso de los hijos en los procesos de separación: El Síndrome de Alienación Parental", *Revista de derecho de familia*, N° 29, 2005, pp. 71-79.

AGUILAR CUENCA, José Manuel, *Con mamá y con papá*, Almuzara, 2006.

AGUILAR SALDÍVAR, Ahída, "El síndrome de alienación parental (SAP): Sus implicaciones en la custodia-régimen de visitas", *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, N° 9, 2010, pp. 6-11.

AGUILERA RODERO, Juan, "El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad", *La Ley*, N°7826, 2012, tomo 2, pp. 1043-1056.

AGUILERA RULL, Ariadna, "Cambio de domicilio del menor por el progenitor custodio. Sentencia de 20 de octubre de 2014", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 98, 2015, pp. 235-243.

ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 3, 2007.

ALASCIO CARRASCO, Laura, "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2011.

ALASCIO CARRASCO, Laura, "Derecho a relacionarse con los abuelos cuando uno de los progenitores ha fallecido, necesidad de motivar la decisión y adecuarla al concreto interés del menor. Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de septiembre de 2014", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 97, 2015, pp. 565-580.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M^a Mercedes, "Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores", *La Ley Derecho de Familia*, N^o 3, 2014, pp. 71-79.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes, "Pactos entre progenitores para distribuir su responsabilidad por los actos de sus hijos. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2014", *La Ley Derecho de Familia*, N^o 5, 2015, pp. 94-106.

ALCÁZAR RUIZ, Rafael, "Diseño de una escala para la evaluación de la custodia compartida en el ámbito judicial. Estrategia para la validación científica de la escala (ICC)", *AZARBE: Revista internacional de trabajo social y bienestar*, N^o 3, 2014, pp. 271-277.

ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana", *Revista Boliviana de Derecho*, N^o 18, 2014, pp. 566-577.

ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "Custodia compartida y mediación familiar en el Derecho Civil Valenciano: Criterios para la determinación del interés del menor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N^o 2, 2015, pp. 789-796.

ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "Atribución del uso de la vivienda en los casos de crisis familiares: anotaciones al artículo 6 de la Ley valenciana de relaciones familiares", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N^o 3 bis, 2015, pp. 99-112.

ALMEDA SAMARANCH, Elisabet, "Monoparentalidad y responsabilidad parental", en: *La Custodia Compartida a Debate* –ed. PICONTO NOVALES, Teresa–, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", N^o 56, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 101-130.

ALONSO BEZOS, Juan José, "Guarda y custodia. Exploración del menor. STS núm. 427/2015, de 10 de julio (RJ 2015,2564)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, N^o 9, 2015, pp. 159-160.

ALSTON, Philip y GILMOUR-WALSH, Bridget, *El interés superior del niño: Hacia una síntesis de los Derechos del Niño y de los Valores Culturales*, Innocenti Studies, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.

ALTIERI MASSA, Santiago, "El derecho del niño y adolescente a ser oído", en: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008, pp. 35-44.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, "Inconstitucionalidad del artículo 92.8 del Código Civil: el informe favorable del Ministerio Fiscal en la custodia compartida", en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo* – coords. BERROCAL LANZAROT, María Isabel; JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción; CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen; y CUADRADO IGLESIAS, Manuel –, Dykinson, Vol. 2, 2015, pp. 1651-1668.

ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián, "Custodia Compartida", *La Toga*, nº 181, enero-marzo, 2011, pp. 13-15.

AMRAM, Denise y MAZZILLI, Elisabetta, "Insuficiencia de los remedios frente al incumplimiento de las medidas personales respecto de los hijos menores tras la crisis conyugal: una visión comparada de los ordenamientos español e italiano", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 1, 2014, pp. 35-47.

ANGOSTO SÁEZ, José Fulgencio, "Sentencia de 23 de septiembre de 2002: La recuperación de la guarda y custodia por los padres. El principio favor filii como criterio orientador de la actuación administrativa y judicial", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 63, 2003, pp. 901-914.

ANSALDO, Anna, "Il divorzio", en: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* – coord. DOGLIOTTI, Massimo –, Lex Nova, Torino, 2008, pp. 173-188.

APRIL CAMPOY, Juan Manuel, "La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 675, 2003, pp. 11-54.

ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, SEIJO MARTÍNEZ, María Dolores y FARIÑA RIVERA, Francisca, "Razonamientos judiciales en procesos de separación", *Psicothema*, Vol. 17, Nº 1, 2005, pp. 57-63.

ARCH MARÍN, Mila, "Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: implicaciones para las recomendaciones de guarda y custodia", *Papeles del Psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, Vol. 31, Nº 2, 2010 (Ejemplar dedicado a: Rol profesional del psicólogo educativo; psicología de a educación en I+D+i), pp. 183-190.

ARCH MARÍN, Mila y JARCE ESPARCIA, Adolfo José, "Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto", *Revista de derecho de familia*, Nº 41, 2008, pp. 25-33.

ARCH MARÍN, Mila, *La intervención de los psicólogos forenses en las evaluaciones parciales de guarda y custodia de los niños*, Universidad de Barcelona, 2008. Tesis Doctoral inédita. goo.gl/r9vtsW (fecha última consulta: 06/04/2018).

ARCH MARÍN, Mila, "El síndrome de alienación parental desde la perspectiva de la psicología forense", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen – , Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 123-128.

ARCH MARÍN, Mila (et. al.), "Child custody assessment: a field survey of Spanish forensic psychologists' practiques", *The European journal of psychology applied to legal context*, Vol. 3, N° 2, 2011, pp. 107-128.

ARCERI, Alessandra, "Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità", *Famiglia e Diritto*, fasc. 7, 2012, pp. 1-7.

ARGUDO PÉREZ, José Luis, "Mediación familiar y relaciones entre padres e hijos", en: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* – coords. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio – , Institución Fernando el Católico, 2013, pp. 273-298.

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, "Procesos de familia y violencia de Género", *Práctica de Tribunales*, N° 100, 2013, pp. 1-22.

ASTIGGIANO, Flavio, "Affidamento condiviso, inidoneità dei genitori e possibilità di affidamento del minore a terzi", *Famiglia, persone e successioni*, fasc. 10, 2012, pp. 1-8.

AULETTA, Tommaso, "L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina", *Famiglia, persone e successioni*, fasc. 6, 2012, pp. 1-16.

ATIENZA LÓPEZ, José Ignacio, "El interés del menor y la custodia compartida", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, núms. 79-80, agosto-septiembre-2013, pp. 45-52.

AYERRA MICHELENA, Kepa, *Derecho Civil Vasco de Familia: Comentario crítico a la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, 1ª ed.

BALDA MEDARDE, María José, "«La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres»", en: *La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar*, *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010, pp. 217-230.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, "Sentencia de 11 de marzo de 2010: Guarda y custodia compartida", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 84, 2010, pp. 1833-1849.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* – coords. CUENA CASAS, Matilde, ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio y ORTEGA DOMÉNECH, Jorge – , Dykinson, Madrid, 2013 pp. 1131-1142.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, "El interés del menor como criterio de aplicación de la Ley valenciana de relaciones familiares", *Revista Boliviana de Derecho*, N° 19, 2015, pp. 790-803.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Custodia compartida de los hijos", *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 441-474.

BARRADA ORELLANA, Reyes, "Guarda compartida. Jurisprudencia catalana de las Audiencias Provinciales y del TSJ", *XVIIenes Jornades de Dret Català a Tossa*, 2012.

BARRADA ORELLANA, Reyes, "Modificación de medidas en cuanto a la guarda de los hijos comunes. Valoración de la voluntad del menor. Improcedencia de la modificación. Sentencia de 25 de octubre de 2012", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 93, Septiembre-Diciembre, 2014, pp. 201-216.

BARRIO GALLARDO, Aurelio, *Autonomía privada y matrimonio*, Editorial Reus, Madrid, 2016.

BATÀ, Antonella y SPIRITO, Angelo, "Separazione dei coniugi e affidamento dei figli", *Famiglia e Diritto*, fasc. 1, 2012, pp. 1-2.

BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu, "Propuesta de lege ferenda. El artículo 156.5 CC", *Revista de derecho de familia*, N° 59, 2013, pp. 55-66.

BASINI, Giovanni Franceso, "Crisi tra i genitori e affidamento condiviso. Gli aspetti di diritto sostanziale (art. 337 ter c.c.)", *Codice Commentato di famiglia, minori e soggetti deboli* – BASINI, Giovanni Franceso, BONILINI, Giovanni y CONFORTINI, Massimo – , Utet Giuridica, 2014, pp. 1137-1173.

BAUTISTA CASTELBLANCO, Carmen Lucy, "Síndrome de Alienación Parental: Efectos Psicológicos", *Tesis Psicológica*, N° 2, noviembre 2007, pp. 65-72.

BAUTISTA LÓPEZ, Julia, "Inconstitucionalidad de la necesidad de informe "favorable" del Ministerio Fiscal para el otorgamiento de la guarda y custodia compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 854, 2012, p. 7.

BAYARRI MARTÍ, M^a Luisa, "El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio", *Noticias Jurídicas*, 2014. goo.gl/3jbCnB (fecha última consulta: 06/04/2018).

BECERRIL RUIZ, Diego, "La adaptación a la ruptura: percepción social de los efectos", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María del Carmen – , Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1^a ed., pp. 69–88.

BECERRIL RUIZ, Diego, "Algunos mitos de la custodia compartida", en: *La custodia compartida en España – coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego –* , Dykinson, Madrid, 2017, pp. 73-92.

BELLO JANEIRO, Domingo, "Materiales prelegislativos y opción normativa en Galicia", *XIII Jornadas IDADFE: Crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, UNED de Calatayud, 2014.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "Hijos menores, custodia compartida e individual, vivienda familiar y gastos de los hijos", en: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* – coords. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio – , Institución Fernando el Católico, 2013, pp. 321-328.

BELTRÁ CABELLO, Carlos, "Disolución del matrimonio. Efectos para los hijos. (Comentario a la STS de 10 de diciembre de 2012)", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, N° 147, 2013, pp. 7-12.

BELTRÁ CABELLO, Carlos, "Guarda y custodia compartida del menor: modificación de medidas en un divorcio", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, N°. 184, 2016, pp. 41-46.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Sentencia de 17 de octubre de 2012: Informe favorable del Ministerio Fiscal para otorgamiento de custodia compartida sin acuerdo entre los padres", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 91, 2013, pp. 491-508.

BERIAIN FLORES, Irantzu, "Algunas reflexiones en torno a la constitucionalidad de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores", en: *Justicia en Tiempos de Crisis: publicación resultante de las Jornadas Justicia en Tiempos de Crisis: primer Encuentro Poder Judicial- Universidad, celebrado en Bilbao los días 14 y 15 de septiembre de 2015*

– coord. ORDEÑANA GUEZURAGA, Ixusko y URIARTE RICOTE, Maite –, Consejo General del Poder Judicial, 2016, pp. 535-564.

BERNALTE BENAZET, Juan, "Las nuevas figuras parentales en la realidad familiar actual. Aproximación legal y jurisprudencial", *Revista de derecho de familia*, N° 63, 2014, pp. 85-101.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Custodia compartida: una alternativa legal en los futuros procesos de separación y divorcio", en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* – coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos –, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, N° 27-29, junio 2005, El Derecho, Madrid, 2005, pp. 699-710.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La reducción de la pensión de alimentos por alteración sustancial de las circunstancias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 742, 2014, pp. 620-644.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 743, 2014, pp. 1347-1375.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 746, 2014, pp. 3284-3314.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, N° 3, 2014, pp. 29-53.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Pactos en previsión de ruptura matrimonial", *La Ley Derecho de Familia*, N° 5, 2015, pp. 48-67.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La audiencia del menor en los procesos judiciales", *La Ley Derecho de Familia*, N° 7, 2015, pp. 1-13.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, N° 4, 2015, pp. 583-629.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Estudio comparativo de la normativa estatal y autonómica en materia de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, N° 11, 2016, pp. 1-39.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Violencia de género y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, N° 12, 2016, pp. 1-20.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guarda y custodia compartida", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 756, 2016, pp. 2204-2245.

BETELU SEMINARIO, Virginia, *La guarda y custodia compartida de los hijos*, Universidad Pública de Navarra (Trabajo final de Máster Universitario en Acceso a la Abogacía), 2012.

BEYEBACH, Mark, "La repercusión sobre el menor de los procesos de ruptura matrimonial: aspectos emocionales y relacionales", en: *Custodia compartida y protección de menores* – TAPIA PARREÑO, José Jaime – , Cuadernos de Derecho Judicial, N° II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 295-319.

BJARNASON, Thoroddur y ARNARSSON, Arsaell M., "Joint Physical Custody and Communicatios with Parents: A Cross-National Study of Children in 36 Western Countries", *Journal of Comparative Family Studies*, Vol. 42, Issue 6, 2011, pp. 871-890.

BLANCO CARRASCO, María, "Los puntos de encuentro familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores", *Cuadernos de Trabajo Social*, N° 21, 2008, pp. 27-42.

BLANCO LÓPEZ, Juan, "Compartir la custodia o compartir los cuidados: aportaciones al debate desde la perspectiva de género y los estudios de masculinidad", *Revista internacional de pensamiento político*, N° 8, 2013, pp. 29-40.

BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, "La custodia compartida desde un análisis de género: Estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares", en: *La Custodia Compartida a Debate* –ed. PICONTO NOVALES, Teresa– , Cuadernos "Bartolomé de las Casas", N° 56, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 131-154.

BONACHERA VILLEGAS, Raquel, "La atribución de la guarda y custodia compartida", *Práctica de Tribunales*, N° 108, 2014, pp. 1-18.

BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra, "Derecho de visita de los abuelos", *Actualidad civil*, N° 5, 2014, pp. 548-560.

BRIONES ILLANA, Pedro J. y VILLANUEVA BADENES, María Lidón, "Impacto de la Ley de Custodia Compartida de la Comunidad Valenciana en las

modificaciones de medida", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 24, 2014, pp. 43-48.

CABALLERO LOBATO, Rafael E., "Fórmulas de resolución de conflictos en materia matrimonial: convenios y capitulaciones", en: *Diez años de abogados de familia*, La Ley, 2003, 1ª ed., pp. 49-58.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, "Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 5, 2009, pp. 109-130.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, "Capítulo IX: Los efectos de la nulidad, separación y divorcio", *Propuesta de Código Civil –coord. MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús–*, 2017, pp. 37-45. <http://www.derechocivil.net/esp/libros.php> (fecha última consulta: 12/04/2018).

CALAZA LÓPEZ, Sonia, "La tutela del «superior interés del menor» en el proceso judicial", *La Ley Derecho de Familia*, N° 7, 2015, pp. 1-22.

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores", *Actualidad civil*, N° 3, 2014, pp. 290-302.

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "Responsabilidad civil derivada de la obstaculización de las relaciones paterno filiales", *La Ley Derecho de Familia*, N° 8, 2015, pp. 1-9.

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "La revisión por el TS de la aplicación de su doctrina sobre guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, N° 11, 2016, pp. 1-12.

CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N° 30, 2012, pp. 19-33.

CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "Guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?", *La Ley*, N° 7206, 2009, tomo 3, pp. 2042-2046.

CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "Abuelos, parientes y allegados", *Actualidad civil*, N° 19-20, 2012, pp. 1895-1905.

CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "El menor en el proceso", *La Ley Derecho de Familia*, N° 7, 2015, pp. 1-16.

CAMPUZANO TORNÉ, Herminia, "La responsabilidad parental y su ejercicio en supuestos de falta de convivencia de los progenitores: regulación actual del Código civil y perspectivas de futuro", *Revista de Derecho privado*, año N° 101, mes 1-2, 2017, pp. 3-45.

CANTO COMBARRO, Ainara, "Estado de la cuestión, visiones y posicionamientos en torno a la custodia compartida", *X Foro para la Igualdad de mujeres y hombres*, 2013. (Jornadas).

CANTÓN DUARTE, José, "Adaptación de los hijos de divorciados", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María del Carmen – , Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 89-102.

CAÑETE QUESADA, Agustín, "El Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio", *La Ley*, N° 6140, 2004, tomo 5, pp. 1516-1524.

CAÑIZARES AGUADO, Ricardo Emilio, "La modificación de medidas en caso de separación o divorcio: solicitud de custodia exclusiva en reconvención", *Economist & Jurist*, Vol. 24, N° 198, 2016, pp. 22-29.

CAREAGA CASTRILLO, Pilar, "Mitos y realidades sobre el SAP", en: *Custodia responsable y sus obstáculos: el SAP* – et. al. PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, Ana Mª – , Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres, Madrid, 2011, pp. 51-61.

CARRASCO PERERA, Ángel, "La custodia compartida llega al Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 790, 2009, p.3.

CARRASCO PERERA, Ángel, "Llueven custodias compartidas", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 823, 2011, p. 2.

CARRIÓN VIDAL, Almudena, "Divorcio y separación en el Código Civil tras la reforma por la Ley 15/2005, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria", *Cuestiones de interés jurídico*, 2014, pp. 1-15.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán, "Procesos matrimoniales y violencia de género", *Práctica de Tribunales*, N° 101, 2013, pp. 1-19.

CASADO CASADO, Belén, "El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal", *Revista de derecho de familia*, N° 62, 2014, pp. 69-94.

CASADO ROMÁN, Javier e ISABAL ORDOÑEZ, Elisa M^a, "La Mediación Familiar en el Derecho Español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, N^o7, 2010, pp. 113-132.

CASAS PLANES, María Dolores, "La responsabilidad civil de los padres por daños causados por sus hijos (I)", *Práctica Derecho de daños*, N^o 35, 2006, pp. 51-63.

CASCONE, Ciro, "Affidamento alternato? una pia illusione. Duplica i problemi nella gestione dei figli", *Diritto & Giustizia*, fasc.8, 2005, pp. 1-6.

CASEIRAS ARROYO, Begoña, "Reforma de la Ley del Divorcio: Custodia Compartida", *Padres y Maestros*, N^o 304, noviembre-diciembre, 2006, pp. 32-35.

CASTÁN TOBEÑAS, José –revisada por GARCÍA CANTERO, Gabriel y CASTÁN VÁZQUEZ, Jose M^a–, *Derecho Civil Español, Común y Foral, tomo quinto, Derecho de familia, volumen segundo: relaciones paterno-filiales y tutelares*, REUS S.A., Madrid, 1995.

CASTAÑEDA RIBAS, María Leoba, "La imprevisión en los contratos: la cláusula *rebus sic stantibus* como excepción al principio *pacta sunt servanda*", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 62, N^o 258, 2012, pp. 203-228.

CASTAÑOS CASTRO, Paula y GARCÍA ALGUACIL, María José, "La guarda y custodia compartida: Nuevo modelo de corresponsabilidad parental ¿en interés del menor?", *Boletín. Servicio de Estudios Registrales de Catalunya*, N^o 156, 2011, pp. 63-80.

CASTILLA BAREA, Margarita, "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la Ley aragonesa de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N^o 7, 2010, pp. 105-154.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho: procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores: especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Actualidad civil*, N^o 15, 2007, pp. 1738-1755.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, *La privación de la patria potestad: Criterios legales, doctrinales y judiciales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, 2^a Ed.

CATALÁN FRÍAS, M^a José (et. al.), "La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre psicología y derecho", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 17, 2007, pp. 131-151.

CATALÁN FRÍAS, M^a José (et. al.), "Motivos Alegados por los Progenitores Varones al Solicitar la Custodia de sus Hijos en los procedimientos Contenciosos", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 19, 2009, pp. 27-41.

CERRILLOS VALLEDOR, Ángela, "Apoyar una parentalidad positiva", en: *Custodia responsable y sus obstáculos: el SAP* – et. al. PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, Ana M^a – , Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres, Madrid, 2011, pp. 25-36.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores, "Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista de derecho de familia*, N^o 44, 2009, pp. 45-62.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores, "Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales con previsiones de ruptura que afecten a los hijos menores: reflexiones en torno a su eficacia", *La Ley Derecho de Familia*, N^o 11, 2016, pp. 1-11.

CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, "El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N^o 3, 2015, pp. 195-212.

CLARAMUNT BIELSA, M. Mercè, "Custodia compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N^o 870, 2013, p. 3.

CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, "Una visión crítica sobre la regulación de la custodia compartida en la legislación española", *Noticias Jurídicas*, 2007. goo.gl/7yHKBo (fecha última consulta: 06/04/2018)

CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, *El interés del menor en la custodia compartida*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009. Tesis doctoral inédita. goo.gl/oTyyLu (fecha última consulta: 06/04/2018).

CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, "¿El patrimonio de la sociedad conyugal condiciona la aplicación de la custodia compartida en situaciones de crisis matrimoniales?", en: *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial* – coords. GONZÁLEZ-ORÚS, Martín; CHARRO, Fernando; MIRANDA MENDOZA, Eduardo; SOSA OLÁN, Henry; VAQUERO PINTO, María José; y ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo – , Vol. 3, 2012, pp. 83-93.

CLEMENTE DÍAZ, Miguel, *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos*, Editorial Síntesis, Madrid, 2014.

CLEMENTE MEORO, Mario Enrique, "Las relaciones paterno-filiales (II)", en: *Derecho de Familia* – MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis y ROCA TRÍAS, Encarnación – , Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed. pp. 465-504.

CLEMENTE MEORO, Mario Enrique, "Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", en: *Derecho de Familia* – MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis y ROCA TRÍAS, Encarnación – , Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed. pp. 137-177.

COLÁS ESCANDÓN, Ana Mª, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: Derecho de Visita, Estancia, Comunicación y Atribución de la Guarda y Custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2005.

COLL TELLECHEA, María José, "La custodia compartida", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 7, 2001, p. 34.

COLUMNA HERRERA, Luis Miguel, "Interferencias parentales: el síndrome de alienación parental", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen – , Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 103-114.

CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis, "Ley Valenciana de Custodia Compartida", *Revista de treball, economia i societat*, Nº 62, 2011, pp. 1-30.

CORDERO CUTILLAS, Iciar, "Algunas consideraciones de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", *Actualidad civil*, Nº 3, 2013, pp. 340-361.

CORDERO CUTILLAS, Iciar y FAYOS GARDÓ, Antonio, "La custodia compartida en las distintas legislaciones españolas. La nueva lista de bienestar del menor en el anteproyecto de reforma del código", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 1, 2014, pp. 4-12.

COSTAS RODAL, Lucía, "Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº. 5, 2016, pp. 157-166.

COSTAS RODAL, Lucía, "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº. 11, 2016, pp. 167-176.

COY FERRER, Antonio, "La guarda y custodia en los casos de separación y/o divorcio", *Pedagogía social: revista interuniversitaria*, Nº 2, 1986, pp. 37-43.

CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, 1ª ed.

CUBEDDU, Maria Giovanna, "Accordi sull'affidamento dei figli, riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti urgenti", *Rivista del notariato*, fasc.1, 2010, pp. 1-10.

CUENA CASAS, Matilde, "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, N° 2, 2014, pp. 9-39.

DAZA BONACHELA, María del Mar, "Comentario victimológico al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio", *La Ley*, N° 8214, 2013, tomo 5, pp. 1328-1332.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, septiembre 2012, pp. 46-59.

DE DIOS PÉREZ, Juan Francisco, "El impacto en los hijos de la separación de la pareja y su relación con la Modalidad individual o compartida de custodia", *La Ley Derecho de Familia*, N° 11, 2016, pp. 1-5.

DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso del figli nella separazione en el divorcio*, Cedam, Padova, 2006.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad, "Guarda y custodia compartida: de su negación jurisprudencial a su admisión en el proyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio", en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* – coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos –, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, N° 27-29, junio 2005, *El Derecho*, Madrid, 2005, pp. 719-730.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida de ambos progenitores", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año N° 83, N° 702, 2007, pp. 1821-1827.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Las funciones del progenitor custodio y el derecho de visitas del no custodio", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 710, 2008, pp. 2512-2517.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Atribución al padre de la guarda y custodia de un menor tras el fracaso del reinicio de la relación con su hijo a través de un

régimen de visitas", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año N° 85, N° 714, 2009, pp. 2180-2182.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Relevancia del traslado al extranjero de la madre que tiene la guarda y custodia de los hijos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 719, 2010, pp. 1270-1274.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 730, 2012, pp. 1037-1047.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida de los progenitores: casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año N° 88, N° 731, 2012, pp. 1613-1645.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar: análisis jurisprudencial", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año N° 88, N° 732, 2012, pp. 2298-2326.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "El ejercicio de la guarda de menores tras la ruptura matrimonial y la responsabilidad solidaria de los padres por sus infracciones", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 739, 2013, pp. 3357-3670.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "La custodia compartida en casos de violencia doméstica y el superior interés del menor", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 746, 2014, pp. 3265-3283.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Concepto de allegados y el interés superior del menor", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 751, 2015, pp. 2871-2892.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Cambio de residencia del extranjero progenitor custodio y la importancia del interés superior del menor", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 748, 2015, pp. 895-906.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 759, 2017, pp. 345-369.

DE LAMA AYMÁ, Alejandra, "Posibilidad de modificar el régimen de guarda y custodia por incumplimiento del régimen de visitas: criterios", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 93, 2013, pp. 417-455.

DE LA OLIVA VÁZQUEZ, Antonio, "Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: Problemas y alternativas", en: *La Protección del*

Menor en las Rupturas de Pareja – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen –, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 249-260.

DE LASALA PORTA, Carmen, "El prejuicio de sexo en la atribución de la Guarda y Custodia de los hijos e hijas", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad entre mujeres y hombres*, Nº 7, 2001, pp. 14-19.

DE LA TORRE LASO, Jesús, "Los puntos de encuentro familiar: un enfoque actual de intervención en situaciones de ruptura familiar", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 16, 2006, pp. 65-73.

DELGADO CORDERO, Ana Mª, "Reflexiones sobre la conveniencia de la custodia compartida de los hijos menores de edad en los procesos de familia", en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* – coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos –, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de derecho de familia, Nº 27-29, junio 2005, *El Derecho*, Madrid, 2005, pp. 711-718.

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

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "Capítulo primero: De las relaciones personales", en: *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* – dir. LACRUZ BERDEJO, José Luis –, Diputación General de Aragón, 1988, pp. 415-456.

DEL POZO, Ana Belén, "Custodia compartida: un lento camino", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, Nº 132, 2008, pp. 6-9.

DE LOS RÍOS GONZÁLEZ, Mercedes, "Cambio de guarda y custodia. El Síndrome de Alienación Parental. Aspectos prácticos", *Revista de derecho de familia*, Nº 27, 2005, pp. 305-310.

DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María, "Rottura della famiglia e interesse dei figli en el Derecho Civil italiano", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 717, 2010, pp. 209-230.

DE MARINO BORREGÓ, Rubén, "Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna en los procesos matrimoniales", en: *Diez años de abogados de familia*, La Ley, 2003, 1ª ed., pp. 249-256.

DE PABLO CONTERAS, Pedro, "Las normas jurídicas de Derecho privado. Fuentes del Derecho y fuentes del Derecho privado", en: *Curso de Derecho Civil (I). Volumen I: Derecho privado y Derechos subjetivos* – coord. DE PABLO CONTERAS, Pedro –, Edisofer, 2016, 5ª ed., pp. 65-118.

DE TORRES PEREA, José Manuel, "Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIX, Fascículo II, 2006, pp. 675-742.

DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, 2011.

DE TORRES PEREA, José Manuel, "La custodia compartida", en: *Prácticum familia 2016* –coord. ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, pp. 629-659.

DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven", *XIII Jornadas IDADFE: Crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, UNED de Calatayud, 2014.

DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar: un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia", *La Ley*, Nº 8299, 2014, tomo 2, pp. 1409-1418.

DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, "La atribución del uso de la vivienda familiar en España", *VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia: Reformas legislativas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, Departamento de Derecho (en colaboración con el IBIDE), Valencia, 2015.

DE VERDA BEAMONTE, José Ramón y MARTÍNEZ CARLOS, Pablo Joaquín, "La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven: un estudio en clave jurisprudencial", *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, Nº 1 (2), Valencia, 2015, pp. 1-104.

DE VERDA BEAMONTE, José Ramón y CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año Nº 91, Nº 752, 2015, pp. 3387-3466.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, "Resarcimiento de los daños por incumplimiento de las medidas personales de las sentencias de divorcio: de la reflexión teórica a los tribunales de justicia", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 1, 2012, pp. 61-80.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, "La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su

futuro profesional", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 1, 2013, pp. 51-67.

DÍAZ SIERRA, María del Carmen, "El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio rector del interés superior del menor", *Revista uruguaya de derecho de familia*, N° 15, 2000, pp. 187-194.

DIEZ GARCÍA, Helena, *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2004.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen I): Parte general del Derecho Civil y personas jurídicas*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2018.

DI LALLO, Alice, "Minore collocato dalla madre perché maggiormente in grado di garantire il diritto alla bigenitorialità", *Diritto & Giustizia*, fasc.10, 2016, p. 4.

DOGLIOTTI, Massimo, "Affidamento condiviso e individuale", en: *Affidamento condiviso e diritti dei minori – coord. DOGLIOTTI, Massimo –*, Lex Nova, Torino, 2008, pp. 47-68.

DOMINGO MONFORTE, José, "Custodia compartida disensual: Rara avis", *Revista de derecho de familia*, N° 37, 2007, pp. 283-288.

DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana, "Derecho de familia: Reglas generales y excepciones", *Economist & Jurist*, N° 135, 2009, pp. 16-35.

DOMINGO MONFORTE, José, "Vía libre a la aplicación judicial de la custodia compartida en la Comunidad Valenciana", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 836, 2012, p. 6.

DOMINGO MONFORTE, José, "Acuerdos preventivos sobre custodia de los hijos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 867, 2013, p. 3.

DOMINGO MONFORTE, José, "Custodia y nido compartido: todo cambia", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 891, 2014, p. 5.

DOMINGO MONFORTE, José, "Custodia compartida y vivienda familiar: la nueva doctrina jurisprudencial", *La Ley*, Nº 9012, 2017.

DURÁN AYAGO, Antonia, "La protección de menores en la era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización", en: *Globalización y Derecho* – CALVO CARAVACA, A. L. y BLANCO-MORALES LIMONES, P. – , Colex, 2003, pp. 212-236.

DURÁN AYAGO, Antonia, "Custodia: corresponsabilidad...antes y después del divorcio", *Meridiam*, nº 60, 2012, pp. 16-23.

ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lisette, *La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos*, Editorial de la Universidad de Granada, 2011. Tesis Doctoral inédita. goo.gl/w6QCv4 (fecha última consulta: 06/04/2018).

ENCABO LUCINI, Emilio y ROMERO CORELL, Juan, *Custodia consensuada. Para custodias colores*, Litera, Albuixech, 2012.

ESCALONA LARA, José María, "La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias prácticas", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 1, 2014, pp. 59-65.

ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, "Guarda y custodia compartida y atribución de la vivienda familiar", *Práctica de Tribunales*, Nº 119, 2016, pp. 1-18.

ESCUDERO BERZAL, Beatriz, "Custodia compartida: atribución vivienda familiar", *Comunitaria: Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, Nº 6, 2013, pp. 37-56.

ESCUDERO GUTIÉRREZ, Isabel, "Una visión diferente de la custodia compartida", *Economist & Jurist*, Nº 136, 2010, pp. 82-90.

ESCUDERO NAFS, Antonio, AGUILAR REDORIA, Lola y DE LA CRUZ LEIVA, Julia, "La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): «terapia de la amenaza»", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 28, Nº 102, Madrid, 2008, pp. 283-305.

ESPARZA OLCINA, Carlos, "La guarda compartida en el Código Civil español y en la Ley autonómica valenciana", *Revista Boliviana de Derecho*, Nº 17, 2014, pp. 190-209.

ESPINOSA CALABUIG, Rosario, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

ESPINONA CONDE, Gema, en: "Posibilidad de cambio a custodia compartida sin que haya alteración sustancial de circunstancias" —ed. PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, José María, —, *El Derecho*, Boletín de Derecho de Familia, N° 108, 2011.

ESQUIVIAS JARAMILLO, José Ignacio, "Guarda y custodia compartida y protección jurídica del menor: otra forma de verlo", *La Ley Derecho de Familia*, N° 11, 2016, pp. 1-13.

FARIÑA RIVERA, Francisca, SEIJO MARTÍNEZ, María Dolores, ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, y VÁZQUEZ FIGUEIREDO, María José, "Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 27, 2017, pp. 107-113.

FAVA, Giovanna, "Quando l'affido condiviso non funziona: dalla sanzione all'affido esclusivo con esclusione dall'esercizio della potestà", *Giurisprudenza di merito*, fasc.12, 2008, pp. 1-6.

FEBBRAJO, Tommaso, *Crisi della famiglia e diritto alla "bigenitorialità": L'affidamento dei figli dopo la legge n. 54/2006*, eum, 2008.

FERNÁNDEZ GÁLVEZ, Aroa, "Guarda y custodia paterna", *Economist & Jurist*, Vol. 20, N° 158, 2012, pp. 36-45.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, "La guarda y custodia compartida", *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 4, 2013, pp. 93-102.

FERRANDO, Gilda, "L'assegnazione della casa familiare", en: *Affidamento condiviso e diritti dei minori* —coord. DOGLIOTTI, Massimo—, Lex Nova, Torino, 2008, pp. 99-150.

FERRER ANDRÉS, Manuel, "Algunas ideas procesales y sustantivas de las Sentencias de Primera Instancia de Zaragoza, en los dos primeros años de preferencia en la custodia compartida", *Actas de los vigésimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragónes*, El Justicia de Aragón, 2012, pp. 355-378.

FERRER RIBA, Josep, "Sentencia de 29 de marzo de 2001: Atribución judicial de la guarda y custodia de una menor de edad a sus abuelos maternos: carácter temporal y revisable de la medida. Disociación de la guarda asignada a los abuelos y ejercicio de la patria potestad correspondiente a la madre. Derechos de comunicación y visita de los padres: posibilidad de fijarlos en ejecución de sentencia", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 58, 2002, pp. 71-90.

FIGONE, Alberto, "L'affidamento al Comune del figlio minore in sede di separazione", *Famiglia e Diritto*, fasc. 4, 2003, pp. 1-3.

FIORAVANTI, Chiara Daniela, "Separazione personale: assegno per il coniuge e affidamento dei figli", *Famiglia e Diritto*, fasc. 1, 2002, pp. 1-10.

FLAQUER VILARDEBÒ, Lluís, "Liberalización sin protección: Un balance de los resultados de la aplicación de la Ley de divorcio de 2005", en: *La Custodia Compartida a Debate* – ed. PICONTO NOVALES, Teresa –, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", N° 56, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 23-44.

FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, "Guarda, custodia y pensiones derivadas de los procedimientos matrimoniales en favor de los hijos", *La Ley Derecho de Familia*, N° 3, 2014, pp. 21-28.

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, "La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: Custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores", en: *La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar, Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010, pp. 177-216.

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, "El derecho a decidir el lugar de residencia del menor: guarda y custodia, patria potestad y sustracción de menores", *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, N° 86, 2009, pp. 15-22.

FRÍAS RODRÍGUEZ, Itziar, "Guarda y custodia compartida: criterios jurisprudenciales que podrían desaconsejar su adopción", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, N° 9, julio-diciembre, 2016, pp. 114-118.

GAFFAL, Margit, "Sentencia de 28 de septiembre de 2009: Guarda y custodia de la hija menor tras la sentencia de separación contenciosa. Distinción entre guarda compartida y guarda exclusiva con un régimen de visitas intersemanal muy amplio. La desatención al interés del menor como motivo casacional", *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, N° 84, 2010, pp. 1461-1475.

GAFFAL, Margit, "Parental Alienation in Divorce Judgments", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4, 2012.

GARCÍA BECEDAS, María José, "La custodia compartida en los procesos matrimoniales. Evolución jurisprudencial", *Revista de investigación universitaria*, N° 11, 2012, pp. 79-91.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Menores y crisis matrimonial", en: *Derecho y familia en el siglo XXI* – eds. HERRERA CAMPOS, Ramón y BARRIENTOS

RUÍZ, Miguel Ángel – , Volumen II, Editorial Universidad de Almería, 2011, pp. 993-1003.

GARCÍA RUBIO, María Paz, "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, fascículo III, 2003. pp. 1.653-1.673.

GARCÍA RUBIO, María Paz, "Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la Orden de protección", *La Ley*, Nº 6041, 2004, tomo 3, pp. 1909-1917.

GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 8, febrero 2006, pp. 69-105.

GARCÍA PRESAS, Inmaculada, "La protección jurídica del menor en la mediación familiar en España", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen – , Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 417-440.

GARCÍA PRESAS, Inmaculada, "La emancipación de hecho desde el artículo 319 del Código Civil", *AFDUC: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 15, 2011, pp. 177-193.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M., "La mediación familiar en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 863, 2013, p.2.

GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, "El menor en el proceso civil". *XXIII Jornadas Ius Familiae: Edades legales y capacidades especiales*, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 2014.

GARDNER, Richard A., "Recent Trends in Divorce and Custody Litigation", *Academy Forum*, Volume 29, Number 2, Summer, 1985, pp. 3-7.

GAYÁ, Verónica, "Los hijos son a medias: la custodia compartida de los hijos tras el divorcio busca su hueco", *El Siglo de Europa*, Nº 1122, 2015, pp. 48-49.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja", en: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres* – GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith – , Aranzadi Thomson Reuters, 2015, 1ª ed., pp. 23-90.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil. II. Los procesos especiales*, Colex, 2012, 4ª ed.

GIRALT PAGÉ, Nuria, "Las modalidades de guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español", en: *Derecho y familia en el siglo XXI* – eds. HERRERA CAMPOS, Ramón y BARRIENTOS RUÍZ, Miguel Ángel –, Volumen II, Editorial Universidad de Almería, 2011, pp. 795-813.

GODOY MORENO, Amparo, "La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada", en: *Diez años de abogados de familia*, La Ley, 2003, 1ª ed., pp. 315-342.

GOIRIENA LEKUE, Agurtzane, "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 16, 2005, pp. 52-57.

GOIRIENA LEKUE, Argurtzane, "La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio", *La Ley*, Nº 6823, 2007, tomo 5, pp. 1100-1104.

GÓMEZ MAGAN, Pilar, "Síndrome de Alienación Parental (SAP)", *Revista de derecho de familia*, Nº 38, 2008, pp. 63-78.

GONZÁLEZ DE CHÁVEZ DE ARMAS, Inés; PÉREZ SALAS, Ana; y VELASCO GISBERT, Mª Luisa, *Análisis de los modelos de custodia derivados de situaciones de separación y divorcio en España*, Instituto de la Mujer (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad), 2012.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "La ejecución forzosa de obligaciones de hacer y entregar cosa determinada en los procesos de familia y menores", en: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* – dirs. SARAIVA GONZÁLEZ, Ana María y GARCÍA CRIADO, Juan José –, Estudios de Derecho Judicial, Nº 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 83-149.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores", *La Ley*, Nº 6886, 2008, tomo 1, pp. 1716-1726.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento", *La Ley*, Nº 6998, 2008, tomo 4, pp. 1781-1791.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida", *La Ley*, N° 7206, 2009, tomo 3, pp. 2050-2055.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "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", *La Ley*, N° 7537, 2010, tomo 5, pp. 1940-1948.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón", *La Ley*, N° 7529, 2010, tomo 5, pp. 1793-1800.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, en: "Posibilidad de cambio a custodia compartida sin que haya alteración sustancial de circunstancias" —ed. PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, José María, —, *El Derecho*, Boletín de Derecho de Familia, N° 108, 2011.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, N° 11, 2016, pp. 1-14.

GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, Silvana, *La guarda y custodia compartida: una nueva institución de Derecho de Familia en España*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013 (trabajo final de Máster en Derecho de Familia).

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Carlos, "Guarda y custodia compartida: conflictividad y protección del menor", *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 4, 2012, pp. 101-102.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eugenia Lucía, "La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor", *I curso de experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad de Internacional de Andalucía en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga*, 2009. (Trabajo de investigación).

GONZÁLEZ PÓVEDA, Pedro, "Régimen de comunicación entre padres, parientes o allegados con hijos menores de edad: determinación judicial (la Disposición Transitoria 10ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo)", en: *Diez años de abogados de familia*, *La Ley*, 2003, 1ª ed., pp. 91-97.

GONZÁLEZ VICENTE, Pilar, "Condicionantes para la adopción de la guarda y custodia compartida", *Iuris, Actualidad y práctica del derecho*, N° 111, 2006, pp. 26-33

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, "La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de las cosas", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año N° 89, N° 736, 2013, pp. 1133-1150.

GRASSI, Claudia, "Potestà genitoriale e affidamento della prole", *Giustizia Civile*, fasc.10, 2008, pp. 1-28.

GUASP DELGADO, Jaime y ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Derecho procesal civil. Tomo II: Procesos declarativos especiales*, Civitas, 2002, 5ª ed.

GUERRERO PALOMARES, Salvador, "La ejecución provisional del pronunciamiento relativo a la guarda y custodia de menores contenido en sentencia definitiva", *La Ley*, N° 5580, 2002, tomo 5, pp. 1478-1480.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Comentarios al primer párrafo y al apartado a) del artículo 90 del Código Civil", en: *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: (Ley 15/2005, de 8 de julio)* – dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente – , Lex Nova, 2005, pp. 103-112.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", en: *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio : (Ley 15/2005, de 8 de julio)* – dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente – , Lex Nova, 2005, pp. 113-184.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2008.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género", en: *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* – coord. DE HOYOS SANCHO, Montserrat – , Lex Nova, 2009, pp. 203-230.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2010.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "El derecho de los nietos a mantener relaciones personales con sus abuelos (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011)", *Revista de derecho de familia*, N° 56, 2012, pp. 45-48.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Atribución de vivienda familiar en procedimiento de divorcio a los hijos menores y al progenitor custodio. Sentencia de 15 de marzo de 2013", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 93, 2013, pp. 523-536.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La regulación de la custodia compartida: una oportunidad para la consolidación de la carrera profesional de las mujeres", en: *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género* – coord. MESA MARRERO, Carolina y GRAU PINEDA, María del Carmen –, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 791-804.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo de la ley orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", en: *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* – coord. CABEDO MALLOL, Vicente José y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac –, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 87-131.

GUILLÉN CATALÁN, Raquel, "El interés del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013, de 5 de febrero", *Revista Boliviana de Derecho*, N° 19, 2015, pp. 758-767.

GUZMÁN PÉREZ, Cristina, "La patria potestad y custodia de los hijos, en los casos de separación y divorcio, según la legislación y jurisprudencia española. Notas desde el Derecho Canónico", *Estudios Eclesiásticos*, Vol. 86, N° 339, 2011, pp. 769-801.

HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, "La autorregulación de las relaciones con los hijos de progenitores que no viven juntos", *La Ley Derecho de Familia*, N° 5, 2015, pp. 14-23.

HERNÁNDEZ ESCOBAR, Ana, "Guarda y custodia compartida y periciales de los trabajadores sociales", *La Toga*, N° 185, 2012, pp. 56-58.

HERNÁNDEZ GUILLÉN, Eva, "La preferencia de la custodia compartida tras un divorcio: STS de 3 junio 2016 (RJ 2016, 2330)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 11, 2016, pp. 187-188.

HERNANDO RAMOS, Susana, "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida", *La Ley*, N° 7206, 2009, tomo 3, pp. 2038-2042.

HERNANDO RAMOS, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia. Especial referencia a la guarda y custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, N° 2010, 2010, pp. 1-21.

HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, "Guarda y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación", *Revista Boliviana de Derecho*, N° 18, 2014, pp. 592-601.

HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, "Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: novedades en torno a la futura ley de corresponsabilidad parental", *Revista de Derecho UNED*, N° 14, 2014, pp. 295-323.

HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, "Repercusión de los incumplimientos sobre guarda y custodia tras la reforma del Código Penal", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 3 ter, 2015, pp. 104-119.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida", *Actualidad Civil*, N° 10, 2011, pp. 1131-1146.

HOWARD, Walter, "El interés del niño y adolescente en las crisis familiares", en: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008, pp. 13-33.

IBÁÑEZ LÓPEZ, Andrea y GARCÍA LONGORIA, María Paz, "Estudio sobre la posibilidad de mediación con menores y sus familias en situaciones de violencia de género bajo la perspectiva de profesionales del ámbito sociojurídico de Almería", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, mayo-agosto, Vol. 7, N° 2, 2016, pp. 1-45.

IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, Fernando L., "Traslado internacional de menores y derecho de custodia", *Economist & Jurist*, N° 130, 2009, pp. 42-48.

IBÁÑEZ VALVERDE, Vicente J., "El laberinto de la custodia compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados", *El Derecho, Boletín de Derecho de Familia*, N° 40 y 41, noviembre-diciembre, 2004.

IGLESIAS REINA, Marta, *Custodia compartida y vivienda familiar*, Universidad Complutense de Madrid, Trabajo Final de Máster Universitario en Derecho Privado), 2013.

IÑIGUEZ DEL VAL, Susana, "De la excepción a la realidad de la custodia compartida. Criterios para su atribución. Sentencia de 29 de abril de 2013", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 94, Enero-Abril, 2014, pp. 245-267.

IRTI, Claudia, *Affidamento condiviso e casa familiare*, Jovene Editore Napoli, 2010.

IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

IVARS RUIZ, Joaquín, "La custodia compartida tras la reforma del Código Civil", *Revista internauta de práctica jurídica*, N° 19, 2007.

IVARS RUIZ, Joaquín, "De por qué el artículo 92.8 del Código Civil y la excepcionalidad de la custodia compartida contenciosa son contrarios al favor filii", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 796, 2010, pp. 11-13.

JIMÉNEZ LINARES, M^a Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial", en: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada* – coord. HERRERA CAMPOS, Ramón –, Vol. 24, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000, pp. 869-897.

JUSTICIA DÍAZ, M^a Dolores, "Los hijos ante el proceso de divorcio de sus padres y su papel en la mediación familiar", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen –, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1^a ed., pp. 403-416.

LACRUZ BERDEJO, José Luis (et. al.) –revisada por RAMS ALBESA, Joaquín–, *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, Dykinson, Madrid, 2010, 4^a ed.

LACRUZ BERDEJO, José Luis (et. al.) –revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús–, *Elementos de Derecho Civil I: Parte General*, Dykinson, Madrid, 2012, 5^a ed.

LACUEVA BARTOLACCI, Rodrigo, "Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso", *La Ley*, N° 7512, 2010, tomo 5, pp. 1608-1613.

LAING KLAFF, Ramsay, "The Tender Years Doctrine: A Defense", *California Law Review*, Vol. 70, Issue 2, 1982, pp. 335-372.

LANGA MUELA, Adrián, *Custodia compartida en Aragón. Análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil IV: Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2014, 13^a ed.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, "Crisis parentales y custodia de los hijos en España", *XIII Jornadas IDADFE: Crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, UNED de Calatayud, 2014.

LAUROBA LACASA, María Elena, "Sentencia de 8 de octubre de 2009: Custodia compartida. Interés superior del menor. Criterios de delimitación del interés. Falta de motivación de la sentencia", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 84, 2010, pp. 1477-1510.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas", *La Ley*, N° 7206, 2009, tomo 3, pp. 2031-2038.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia compartida, acuerdos de los padres y establecimiento de oficio", *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 2, 2010, pp. 237-245.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel A., SERRANO MOLINA, Alberto y SAINZ TORRES, Marta, "Ni vencedores ni vencidos en la guerra por los hijos, padre y madre compartiendo la custodia", *Crítica*, N° 928, septiembre-octubre, 2005, pp. 26-29.

LENTI, Leonardo, "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo", *CEDAM: La nova giurisprudenza civile commentata*, Anno XXXII, N° 1, 2016, pp. 148-158.

LIEBEL, Manfred, "Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 49, 2015, pp. 43-61.

LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, "Custodia de menores: conflicto entre el padre y los abuelos: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992", *Poder Judicial*, N° 30, 1993, pp. 145-158.

LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, "Leyes de familia y Constitución: ley 13/2005, de 1 de julio y ley 15/2005, de 8 de julio", *Revista de Derecho privado*, año N° 90, mes 2, 2006, pp. 33-82.

LIÑÁN GARCÍA, Ángeles, "El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, N° 32, 2013, pp. 1-38.

LONGO, Franco, "Diritti del minore, mediazione familiare e affidamento condiviso", *Famiglia e Diritto*, fasc. 1, 2003, pp. 1-11.

LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, Laura, "La novedosa figura de la custodia compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de julio y el interés superior del menor", *Scio*, N° 1, 2007, pp. 81-90.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven: atribución del uso de la vivienda familiar. Gastos de asistencia a los hijos", en: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* – coords. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio –, Institución Fernando el Católico, 2013, pp. 87-118.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Crisis de pareja y custodia de los hijos menores: análisis de la regulación aragonesa", *XIII Jornadas IDADFE: Crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, UNED de Calatayud, 2014.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, "La atribución del uso de la vivienda familiar y el destino del ajuar familiar en las situaciones de crisis de convivencia: la solución del legislador aragonés", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 1, 2014, pp. 75-92.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa", *Revista de derecho civil aragonés*, N° 20, 2014, pp. 127-154.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, "El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida", *Revista Boliviana de derecho*, N° 19, 2015, pp. 206-235.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: Derecho positivo y práctica jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 3 bis, 2015, pp. 45-98.

LÓPEZ AZCONA, Patricia, "La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura de la convivencia en Derecho aragonés: una relectura de los arts. 77 y 81 CDFA a la luz de la jurisprudencia", *Revista de derecho civil aragonés*, N° 21-22, 2015-2016, pp. 37-111.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Vol. 13, N° 1, 2015, pp. 51-70.

LÓPEZ JARA, Manuel, "La modificación en el proceso de ejecución del régimen de guarda y custodia por incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del régimen de visitas", *La Ley Derecho de Familia*, N° 3, 2014, pp. 54-62.

LÓPEZ JARA, Manuel, "El régimen de la guarda y custodia del menor cuando el progenitor custodio traslada su domicilio a otro país. El interés del menor como criterio rector y parámetro para su determinación. STS, sala 1ª, de 20 de octubre de 2014", *La Ley Derecho de Familia*, N° 5, 2015, pp. 86-93.

LÓPEZ JARA, Manuel, "La sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar del artículo 96 del Código Civil por el de otra distinta. STS, Sala 1ª, 16 de enero de 2015", *La Ley Derecho de Familia*, N° 6, 2015, pp. 129-140.

LÓPEZ JARA, Manuel, "Aspectos procesales de la guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, N° 11, 2016, pp. 1-15.

LÓPEZ JARA, Manuel, "La competencia para conocer del procedimiento de modificación de medidas definitivas. Problemática de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer", *La Ley Derecho de Familia*, N° 12, 2016, pp. 1-10.

LÓPEZ MARTÍNEZ, Raúl, "Legislación sobre custodia compartida en España: situación actual", *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, N° 22, 2016, pp. 179-192.

LÓPEZ ORDINALES, Julio Jesús, "Custodia compartida. Cuestiones procesales", en: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* – dirs. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María y GARCÍA CRIADO, Juan José – , Estudios de Derecho Judicial, N° 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 249-311.

LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, *La Patria Potestad: Voluntad del Titular*, Universidad de Valladolid, 1982.

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen, "Efectos personales del divorcio respecto de los hijos. De Roma al Código Civil español", *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre, 2012, pp. 249-339.

LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel, "Decisión sobre la custodia: que la preservación del bien de los hijos sea real y no potencial", *Revista de derecho de familia*, N° 50, 2011, pp. 287-296.

LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel, "Interés superior del menor y custodia: Análisis jurisprudencial", *Economist & Jurist*, Vol. 19, N° 151, 2011, pp. 36-43.

LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel y ALONSO ESPINOSA, Francisco José, "Custodia compartida e interés superior del menor", *La Ley*, 8556, 2015, tomo 5, pp. 1180-1192.

LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, "La mediación familiar como instrumento para la adopción de la guarda y custodia compartida", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen –, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 387-402.

LORA, Laura Noemí, "Discurso jurídico sobre el interés superior del niño", *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*, Ediciones Suarez, 2006, pp. 479-488.

LOZANO MARTÍN, Antonio y VENEGAS MEDINA, María del Mar, "Mediación familiar y custodia compartida: una mirada al presente que posibilita el mañana", en: *La custodia compartida en España – coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego –*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 137-152.

MACÍAS CASTILLO, Agustín, "Guarda y custodia compartida: «deslocalización» de los hijos como efecto legal inherente al divorcio", *Actualidad civil*, N° 12, 2010, pp. 1462-1466.

MAGRO SERVET, Vicente, "Incumplimiento del régimen de custodia o visitas de menores: ¿artículo 618.2 o 622 del Código Penal? ¿Hace falta un expreso requerimiento previo en el orden civil?", *La Ley Penal*, N° 98-99, 2012, pp. 101-106.

MAGRO SERVET, Vicente, "Viabilidad de las relaciones de los abuelos con sus nietos en las ejecuciones judiciales de los procesos de separación o divorcio", *Práctica de Tribunales*, N° 101, 2013, pp. 64-67.

MALPARTIDA VÁZQUEZ, Jacinto, "No sólo hay que reformar la guarda y custodia de los hijos", *Noticias Jurídicas*, 2014. goo.gl/z5xjkC (fecha última consulta: 06/04/2018).

MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar, "Derecho de uso de la vivienda familiar y atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial", *LandAS: International Journal of Lands Law and Agricultural Science*, N° 5, 2011, pp. 13-25.

MARCO FRANCIA, María Pilar, "La guarda y custodia compartida en la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", *Noticias Jurídicas*, 2011. goo.gl/g17KLi (fecha última consulta: 06/04/2018).

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Una visión crítica de la regulación de la guarda y custodia compartida", en: *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín* – coords. ATIENZA NAVARRO, María Luisa, EVANGELIO LLORCA, Beatriz; MAS BADÍA, María Dolores; y MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar –, Universidad De Valencia, 2009, pp. 583-594.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso", *La Ley*, 7105,2009, tomo 1, pp. 1447-1458.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009, pp. 75-106.

MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Sentencia de 30 de junio 2009: Responsabilidad civil de la madre que obstaculizó la relación personal de su hijo menor con el padre titular de la guarda y custodia. Daño moral por privación indebida de la compañía de los hijos: reconocimiento, criterio de imputación subjetiva y cuantificación. Plazo de prescripción de la acción e inicio de su cómputo. Doctrina de los daños continuados. Falta de condena en costas por existencia de serias dudas de hecho o de derecho", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 84, 2010, pp. 1369-1390.

MARÍN GARCÍA, Ignacio y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel, "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y el contencioso-administrativo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2010.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?", *Revista de Derecho privado*, marzo-abril, 2006, pp. 13-32.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", en: *Comentarios al Código Civil* – coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo –, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, 3ª ed., pp. 206-227.

MARÍN MORANTE, José Gabriel, "Reflexiones sobre la custodia compartida tras la Ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana", *Práctica de Tribunales*, 2012, pp. 1-11.

MARÍN RULLÁN, Marta, DUJO LÓPEZ, Víctor y HORCAJO GIL, Pedro José, "Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 27, 2017, pp. 115-125.

MARTÍN AZCANO, Eva María, "La pensión alimenticia a favor de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda en los procesos de divorcio", *La Ley Derecho de Familia*, N° 1, 2014, pp. 75-80.

MARTÍN AZCANO, Eva María, "La guarda y custodia compartida en el Código de Derecho Foral de Aragón", *La Ley Derecho de Familia*, N° 3, 2014, pp. 80-86.

MARTÍN AZCANO, Eva María, "Alimentos del hijo mayor de edad afectado por discapacidad en el proceso matrimonial", *Actualidad Civil*, nº 10, 2014.

MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, Luis, *Apuntes y Anotaciones para un Curso de Derecho Civil*, Librería General, S.A., 2001.

MARTÍN MOLINA, Alejandro Andrés, "Cuestiones actuales sobre la custodia compartida", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 15, mayo, 2017, pp. 1-15.

MARTÍN MOMPTEL, Ismael, *Análisis de la custodia compartida en el Código Civil y en el Código de Derecho Foral de Aragón*, Trabajo Fin de Grado, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 2014.

MARTÍN MONTALBÁN, Alicia, "Construyendo la custodia compartida entre todos", en: *La custodia compartida en España – coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego –*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 153-165.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Ordenamiento Jurídico español", *IUS: Revista de Investigación Jurídica*, Vol. VI, septiembre 2013, pp. 1-23

MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)", *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015, pp. 1-25.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Breves notas acerca de los pactos prematrimoniales en el Derecho comparado: origen y evolución", *IUS: Revista de Investigación Jurídica*, Vol. IX, julio 2015, pp. 1-12.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, "La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 3 ter, 2015, pp. 198-206.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, "La regulación de las visitas del menor acogido tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", en: *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015 – dir. MAYOR DEL HOYO, María Victoria –*, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 249-266.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, "El "affidamento" y la "collocazione" en el Derecho italiano: una visión comparada con la guarda y custodia española", *Revista de Derecho de Familia*, Nº 78, 2018, pp. 51-88.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Documento de trabajo sobre el matrimonio: El divorcio exprés", en: *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?* – et. al. GARCÍA CANTERO, Gabriel – , Thomson Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 15-54.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales", en: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* – coord. DE SALAS MURILLO, Sofía – , El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 185-218.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en: La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar, *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010, pp. 133-176.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Notas sobre adjudicación del uso de la vivienda familiar y responsabilidad hipotecaria", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García* – coord. JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo – , Aranzadi, Universidad de Jaén, 2012, pp. 1279-1286.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* – coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – , Edisofer, 2016, 5ª ed., pp. 187-222.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La filiación", en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* – coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – , Edisofer, 2016, 5ª ed., pp. 321-354.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia* – coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – , Edisofer, 2016, 5ª ed., pp. 223-248.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "La edad", en: *Curso de Derecho Civil (I). Volumen II: Derecho de la Persona* – coord. DE PABLO CONTRERAS, Pedro – , Edisofer, 2016, 5ª ed., pp. 105-130.

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M^a Lourdes, "Estudio sobre la obstaculización y privación del derecho de visita por el progenitor que ostenta la guarda del menor, al otro", *Revista de Derecho Privado*, N^o 3, mayo-junio, 2013, pp. 39-74.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, "El menor en las situaciones de crisis familiar: la atribución de su guarda y custodia", en: *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad* – coord. MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María –, Fundación Diagrama: Colección Estudios Sociales, Murcia, 2004, pp. 113-137.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, "Mediación y guarda y custodia de menores", en: *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis* – coord. MARTÍN DIZ, Fernando –, Dykinson, 2011, pp. 103-138.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Nuria, "La guarda y custodia compartida en el Derecho autonómico. Estado actual de la cuestión", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 5, 1, 2016, pp. 76-95.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales en la legislación valenciana", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* – coords. CUENA CASAS, Matilde, ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio y ORTEGA DOMÉNECH, Jorge –, Dykinson, Madrid, 2013 pp. 1439-1466.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., "La responsabilidad civil derivada de hechos ilícitos cometidos por personas sometidas a patria potestad y tutela (I)", *Práctica Derecho de daños*, N° 41, 2006, pp. 5-24.

MARTOS CALABRÚS, M^a Angustias, "La no separación de los hermanos en la crisis matrimonial o de pareja y en otras circunstancias", *Revista de derecho de familia*, N° 55, 2012, pp. 27-42.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria, "Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y nasciturus", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 734, 2012, pp. 3213-3240.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria, *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad (Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar)*, Aranzadi Thomson Reuters, 2013, 1^a ed.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria, "El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio", en: *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* – dir. MAYOR DEL HOYO, María Victoria –, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 219-248.

MECERREYES JIMÉNEZ, L. José, "La práctica pericial psicológica en los juzgados de familia", *Papeles del psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, N° 73, 1999.

MECO TÉBAR, Fabiola, "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*, N° 18, 2014, pp. 420-431.

MECO TÉBAR, Fabiola, "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 19 de julio (EDJ 2013, 149996)", *Revista Boliviana de derecho*, N° 19, 2015, pp. 584-595.

MECO TÉBAR, Fabiola, "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 3, 2015, pp. 173-194.

MECO TÉBAR, Fabiola, "Drogodependencia y custodia compartida: ¿Un maridaje conveniente?", *Revista española de drogodependencias*, N° 1, 2015, pp. 92-101.

MEDINA SUÁREZ, Isabel, "Mediación familiar, garantía para custodias compartidas satisfactorias", *Apuntes de Psicología*, Vol. 34, N° 2-3, 2016, pp. 277-280.

MÉNDEZ TOJO, Ramón, "La guarda y custodia compartida: una solución deseable", *Actualidad civil*, N° 1, 2017, pp. 14-25.

MERELLO, Simone, "I rapporti personali tra genitori e figli", *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 3, 2003, pp. 1-17.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, "El tratamiento de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental", *La Ley Derecho de Familia*, N° 3, 2014, pp. 2-20.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, "Limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores. Comentario a la STS, Sala 1º, de lo Civil, 181/2014, de 3 de abril", *La Ley Derecho de Familia*, N° 6, 2015, pp. 117-128.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, "El reparto de los tiempos de estancia de los hijos menores con los progenitores en los casos de custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, N° 11, 2016, pp. 1-12.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "La protección de menores: una perspectiva constitucional", en: *Custodia compartida y protección de menores – TAPIA PARREÑO, José Jaime –*, Cuadernos de Derecho Judicial, N° II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 11-70.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, Emilio y FERRER ANDRÉS, Manuel, "Dos años de custodia compartida en Aragón", *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2012, pp. 295-322.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, Emilio, "La regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar en el artículo 81 del Código de Derecho Foral de Aragón", *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2012, pp. 323-353.

MONSERRAT QUINTANA, Antonio, "La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de julio", *Práctica de Tribunales*, Nº 23, 2006, pp. 1-10.

MONTERROSO CASADO, Esther y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María "Análisis de la regulación legal de la custodia compartida tras la separación y el divorcio: una propuesta de *lege ferenda*", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, núm. 131, 2011, pp. 5-58.

MONTERO AROCA, Juan, *Guarda y custodia de los hijos: (la aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTÉS PENADÉS, V.L. –coord.–, *Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

MONTES RODRÍGUEZ, M^a Pilar, "El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003", *Revista Boliviana de Derecho*, Nº 18, 2014, pp. 578-589.

MORAGA GARCÍA, M^a Ángeles, "Igualdad y custodia compartida", en: *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*, Corts Valencianes, 2014, pp. 477-491.

MORALES ORTEGA, Helena y CASTILLO BOLAÑO, Jennifer, "La custodia parental compartida: un análisis desde la perspectiva de género y de derecho", *Justicia*, Nº 20, 2011, pp. 56-70.

MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, "El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor", en: *Custodia compartida y protección de menores* – TAPIA PARREÑO, José Jaime –, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 71-115.

MORELLO DI GIOVANNI, Donatella, "Affidamento congiunto nella separazione personale tra i coniugi", *Famiglia e Diritto*, fasc. 5, 1997, pp. 1-2.

MORELLO, Augusto Mario, "Aspectos procesales de conflictos referentes a la guarda y custodia de menores de padres separados", en: *Familia y sucesiones: enfoque actual: libro homenaje al Dr. Eduardo Moreno Dubois* – MORELLO, Augusto Mario (coord.) –, Librería Editoria Platense, 2006, pp. 147-158.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, "El convenio regulador: acuerdos en materia de alimentos amplios respecto de los hijos", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen –, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 261-280.

MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa, "La regulación de la ruptura matrimonial y de las parejas de hecho", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, 2015, pp. 1-38.

MORENO TORRES, Julieta, "Presente y futuro de la consideración del interés del menor en las decisiones judiciales y administrativas", *Revista de derecho de familia*, Nº 64, 2014, pp. 89-107.

MORENO VELASCO, Víctor, *La validez de los acuerdos prematrimoniales*, La Ley, Nº 7049, 2008.

MORENO VELASCO, Víctor y GAUDET, John "La problemática del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EEUU", *La Ley*, Nº 7179, 2009, tomo 3, pp. 1763-1766.

MORENO VELASCO, Víctor, "Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad", *La Ley*, Nº 7267, 2009, tomo 4, pp. 1957-1961.

MORENO VELASCO, Víctor, "La exploración de menores en los procesos de nulidad, separación y divorcio", *La Ley*, Nº 7378, 2010, tomo 3, pp. 1434-1439.

MORERA VILLAR, Beatriz, *Guarda y custodia compartida*, Universitat de Valencia, 2014. Tesis Doctoral inédita. goo.gl/giqZG2 (fecha última consulta: 06/04/2018).

MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, "La excepción temporal del divorcio y su repercusión con los menores", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen –, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 193-216.

MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, "Hacia una reforma de la custodia compartida", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García* – coord. JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo –, Aranzadi, Universidad de Jaén, 2012, pp. 1287-1304.

MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, "Régimen jurídico de la custodia compartida: el interés del menor", en: *La custodia compartida en España – coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego –*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 93-108.

MORO BONILLO, Esther, "La voluntad del menor en el cambio de custodia", *Revista de derecho de familia*, N° 57, 2012, pp. 47-75.

NANCLARES VALLE, Javier, "La guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de pareja", *Revista jurídica del notariado*, N° 70, 2009, pp. 135-170.

NANCLARES VALLE, Javier, "La custodia de los hijos en el derecho civil de Navarra", *Aranzadi civil-mercantil*, Vol. 2, N° 1, abril, 2012, pp. 81-115.

NAVARRO MICHEL, Mónica, "Cambio de domicilio del progenitor custodio. Procedencia y efectos. Sentencia de 11 de diciembre de 2014", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 98, 2015, pp. 419-434.

NAVAS NAVARRO, Susana, "Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al Derecho catalán)", *Revista de derecho de familia*, N° 54, 2012, pp. 23-55.

NISTAL BURÓN, Javier, "Régimen de visitas de los menores en situación de guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores está preso. El centro penitenciario como 'punto de encuentro familiar'", *Revista de derecho y proceso penal*, N° 42, 2016, pp. 139-150.

NOVO PÉREZ, Mercedes (et. al.), "¿Cómo motivan los jueces la capacidad de los progenitores en las resoluciones judiciales?", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 23, 2013, pp. 47-51.

NUÑEZ BOLAÑOS, María, "Ejecución forzosa: Causas de oposición", en: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida – dirs. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María y GARCÍA CRIADO, Juan José –*, Estudios de Derecho Judicial, N° 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 151- 191.

NÚÑEZ NÚÑEZ, María, "La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores por sus progenitores: su concesión a abuelos u otros familiares", *La Ley Derecho de Familia*, N° 3, 2014, pp. 87-93.

NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen, "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Persona y Derecho*, N° 73, 2015, pp. 117-160.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV: Derecho de Familia*, EDERSA, Madrid, 2006, 6ª ed.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, "Custodia compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 11, 2016, pp. 1-9.

OLIVARES HUERTAS, Manuel, "Ejercicio de corresponsabilidad parental, mejor opción que custodia compartida", en: *La custodia compartida en España – coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego –*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 125-136.

ONTIVEROS RODRÍGUEZ, Francisco, "Competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer: el art. 99 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (problemática y propuestas de reforma)", *La Ley*, Nº6695, 2007, tomo 2, pp. 1832-1837.

ORGILÉS AMORÓS, Mireia (et. al.), "Intervención psicológica con hijos de padres separados: Experiencia de un Punto de Encuentro Familiar", *Anales de psicología*, Vol. 23, Nº 2, 2007, 240-244.

OROPEZA ORTÍZ, José Luis, "Síndrome de Alienación Parental: Actores Protagonistas", *Revista Internacional de Psicología*, Vol. 8, Nº 2, julio 2007, pp. 1-19.

ORTEGA GUERRERO, Irene, "El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea", *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 2, Nº 3, 2002, pp. 87-108.

ORTIZ IBÁÑEZ, Marina, "La Custodia Compartida de los hijos y de las hijas en casos de nulidad, separación y divorcio", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 7, 2001, pp. 35-37.

PANIZA FULLANA, Antonia, "Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 10, 2015, pp. 79-91.

PANIZA FULLANA, Antonia, "Derecho de familia y derecho patrimonial: reclamación de alimentos abonados por quien resulta no ser el padre de la menor", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, Nº 11, 2015, pp. 153-164.

PÁRAMO DE SANTIAGO, Casto, "Vivienda familiar: atribución de uso al progenitor custodio y a los hijos y las consecuencias de la ejecución hipotecaria", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, N° 172, 2015, pp. 133-137.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles y LÓPEZ AZCONA, Aurora, "Relaciones entre ascendientes y descendientes", en: *Manual de Derecho civil aragonés* – dir. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; coord. PARRA LUCÁN, M^a Ángeles – , El Justicia de Aragón, 2012, 4^a ed., pp. 165-202.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, "Nombre y domicilio", en: *Curso de Derecho Civil (I). Volumen II: Derecho de la Persona* – coord. DE PABLO CONTRERAS, Pedro – , Edisofer, 2016, 5^a ed., pp. 61-82.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, "Responsabilidad por hecho ajeno", en: *Curso de Derecho Civil (II). Volumen II: Contratos y responsabilidad civil* – coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – , Edisofer, 2016, 4^a ed., pp. 439-458.

PASTOR VITA, Francisco Javier, "Una primera aproximación al Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", *La Ley*, N°6235, 2005, tomo 2, pp. 1837-1853.

PAZ RODRÍGUEZ, Juan Ignacio, "La prueba pericial", *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, 2009.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "El sistema público de protección de menores e incapaces", en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* – coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – , Edisofer, 2016, 5^a ed., pp. 435-454.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados", en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* – coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – , Edisofer, 2016, 5^a ed., pp. 407-434.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad", en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* – coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – , Edisofer, 2016, 5^a ed., pp. 377-406.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo de 2000 (interés superior del menor)", en: *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil* – coords. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis y ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia – , Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1329-1365.

PÉREZ CONESA, Carmen, "¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código Civil?. Algunas referencias jurisprudenciales y legales", *Aranzadi civil-mercantil*, Vol. 1, N° 8, diciembre, 2011, pp. 25-32.

PÉREZ CONESA, Carmen, "Análisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 8, 2013, pp. 61-102.

PÉREZ CONESA, Carmen, "Doctrina formulada por el Tribunal Supremo en torno al sistema de custodia de los menores: primacía del que mejor se adapte al interés del menor, coincida o no con la compartida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 7, 2013, pp. 39-46.

PÉREZ CONESA, Carmen, "Inconstitucionalidad del inciso favorable del artículo 92.8 del Código Civil relativo a la custodia compartida solicitada por un solo cónyuge (STC de 17 de octubre de 2012)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 9, 2013, pp. 61-67.

PÉREZ CONESA, Carmen, "La conflictividad entre los progenitores es incompatible con un sistema compartido de custodia por ser perjudicial para el interés del menor (STS de 30 de octubre de 2014)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 1, N° 11, 2015, pp. 127-131.

PÉREZ CONESA, Carmen, "Concesión de la custodia de los menores a ambos progenitores conjuntamente y atribución de la vivienda familiar (STS de 6 de abril de 2016)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 6, 2016, pp. 123-129.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, "Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 116, 2006, pp. 501-534.

PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, Ana M^a, "Las trampas de la custodia compartida y la ficción del SAP", en: *Custodia responsable y sus obstáculos: el SAP* – et. al. PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, Ana M^a – , Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres, Madrid, 2011, pp. 9-21.

PÉREZ GALVÁN, María, "Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida", *La Ley*, N° 7206, 2009, tomo 3, pp. 2055-2057.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, "Conflictos de competencia entre los juzgados de familia y los juzgados de violencia sobre la mujer. Criterios jurisprudenciales", *Revista de derecho de familia*, N° 37, 2007, pp. 31-54.

PÉREZ MAYOR, Adrián, "La entelequia de la custodia compartida o alterna", *Revista Jurídica de Catalunya*, N° 3, 2007, pp. 807-817.

PÉREZ RUFÍAN, Laura, "La jornada laboral del padre no puede ser un obstáculo para la custodia compartida", *Revista de derecho de familia*, N° 64, 2014, pp. 305-312.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita, "La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia", *La Ley*, N° 7206, 2009, tomo 3, pp. 2046-2049.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita, "La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar", en: *Custodia compartida y protección de menores* – TAPIA PARREÑO, José Jaime –, Cuadernos de Derecho Judicial, N° II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 243-293.

PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto, "El interés del menor y la custodia compartida (Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª, de 7 de noviembre de 2003. Publicada en la Revista de Derecho Familiar, núm. 24 de julio de 2004. Págs. 221 y 222)", *Revista de derecho de familia*, N° 26, 2005, pp. 275-278.

PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio, Su incidencia en la relación abuelos-nietos", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen –, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 341-374.

PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Conflictividad matrimonial y acuerdo para divorciarse. Propuestas para la implantación de la mediación familiar intrajudicial", *Actualidad civil*, N° 16, 2009, pp. 1880-1904.

PÉREZ VALLEJO, Ana María, "Modificación de medidas y exploración judicial del menor", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García* – coord. JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo –, Aranzadi, Universidad de Jaén, 2012, pp. 1327-1348.

PÉREZ VEGA, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad", *Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 9, 2005, pp. 673-692.

PÉREZ VEGA, Ángeles, "Guarda y custodia compartida: una medida polémica", *La Toga*, N° 159, 2006, pp. 22-23.

PÉREZ-VILLAR APARICIO, Rosa C. (coord.), *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Themis, 2006.

PICONTÓ NOVALES, Teresa, "Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado", en: *La Custodia Compartida a Debate* – ed. PICONTÓ NOVALES, Teresa –, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Nº 56, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 45-76.

PICONTÓ NOVALES, Teresa, "Relaciones entre padres e hijos en el siglo XXI", en: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* – coords. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio –, Institución Fernando el Católico, 2013, pp. 299-321.

PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad", *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 30, 2013.

PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Nº 9, junio-diciembre, 2015, pp. 143-175.

PONS SALVADOR, Gema y DEL BARRIO GÁNDARA, Victoria, "El efecto del divorcio sobre la ansiedad de los hijos", *Psicothema*, Vol. 7, Nº 3, 1995, pp. 489-497.

PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La guarda y custodia compartida de los hijos. Comentarios a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, Facultad de Ciencias Sociales, Universitat Abat Oliba CEU, 2011.

POUS DE LA FLOR, María Paz, "Panorama judicial sobre custodia de los menores", *XIII Jornadas IDADFE: Crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, UNED de Calatayud, 2014.

PRATS ALBENTOSA, L., "Las instituciones tutelares (III). Los oficios tutelares (cont.)", en: *Derecho de Familia* – MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis y ROCA TRÍAS, Encarnación –, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed. pp. 563-581.

PRATS ALBENTOSA, L., "Las instituciones tutelares (II). Los oficios tutelares. La tutela", en: *Derecho de Familia* – MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis y ROCA TRÍAS, Encarnación –, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed. pp. 523-561.

PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, José María, "Posibilidad de cambio a custodia compartida sin que haya alteración sustancial de circunstancias", *El Derecho*, Boletín de Derecho de Familia, Nº 108, 2011.

QUINTANA VILLAR, María Soledad, "La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 43, 2014, pp. 241-258.

QUINZÁ ALEGRE, Asunción, "Ley valenciana de custodia compartida. Hitos e impacto social", *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, N° 60 (1), 2015, pp. 144-163.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, "Breves notas sobre la guarda y su ejercicio", en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* – coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos –, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, N° 27-29, junio 2005, El Derecho, Madrid, 2005, pp. 699-710.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia de los hijos", *Derecho Privado y Constitución*, N° 15, 2001, pp. 281-330.

RAMÍREZ GONZÁLEZ, Marta, *Cuando los padres se separan. Alternativas de custodia para los hijos [Guía práctica]*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, N° 2, 2012, pp. 89-108.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Antecedentes a la Observación general núm 14 (2013)", *La Ley Derecho de Familia*, noviembre, 2014, pp. 1-15.

RECUERO ASTRAY, Santiago, "La guarda y custodia compartida de menores", *Noticias Jurídicas*, 2013. goo.gl/9USMw2 (fecha última consulta: 06/04/2018).

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil", *Cuadernos de trabajo social*, N° 18, 2005, pp. 137-162.

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida impuesta por el juez a solicitud de uno de los padres: una realidad excepcional en las crisis matrimoniales: el párrafo octavo del art. 92 del CC", *Acciones e investigaciones sociales*, n° extra 1, 2006, pp. 186-202.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

ROCA TRÍAS, Encarnación, "art. 92", en: *Comentarios del Código Civil* – dirs. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALVADOR CODERECHE, Pablo –, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 389-391.

RODA RODA, Dionisio, *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Universidad de Murcia, 2013. Tesis Doctoral inédita. goo.gl/Xfpng8 (fecha última consulta: 06/04/2018).

RODA RODA, Dionisio, "La prueba pericial en los procedimientos de familia: Peritos, testigos peritos, procedencia, práctica y valoración", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, N° 50, 2016, pp. 11-49.

RODRÍGUEZ ARREDONDO, M^a Paz, "Padres de primera y segunda categoría: los puntos de encuentro familiar", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen – , Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1^a ed., pp. 217-242.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Revisión conceptual del peritaje psicológico en relación a la Custodia de Menores en Cataluña", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 24, 2014, pp. 19-29.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, JARNE ESPARCIA, Adolfo y CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier, "Informe pericial psicológico en tribunales de familia: análisis de su estructura, metodología y contenido", *Escritos de Psicología*, Vol. 8, N° 1, 2015, pp. 44-56.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Valoración del Informe Pericial sobre la Custodia de Menores en Sentencias Judiciales: Estudio comparativo entre informes privados y oficiales", *Escritos de Psicología*, Vol. 8, N° 3, 2015, pp. 11-19.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos, CARBONELL SÁNCHEZ, Xabier y JARNE ESPARCIA, Adolfo, "Análisis de las atribuciones de guarda y custodia de menores en las sentencias judiciales", *Acción psicológica*, Vol. 12, N° 1, 2015, pp. 1-10.

RODRÍGUEZ ESCUDERO, M^a de las Victorias, "La responsabilidad parental y el cambio de domicilio del menor por el progenitor custodio", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 746, 2014, pp. 2893-2926.

RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, "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)", *Revista Boliviana de derecho*, N° 19, 2015, pp. 562-575.

RODRÍGUEZ MARTÍN, M^a Ángeles, "La guarda y custodia compartida ¿un régimen excepcional?", *Economist & Jurist*, N° 191, 2015, pp. 40-54.

RODRÍGUEZ SANTERO, Elena María, "¿Cómo se protege el interés de los/las menores en la mediación familiar? Lo que la persona mediadora debería saber", *Mediatio*, N° 6, 2014, pp. 98-110.

ROGEL VIDE, Carlos, "En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados –Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio–", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 1, 2005, pp. 73-93.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, "En torno a la responsabilidad civil de los padres (a propósito de una sentencia de 13 de noviembre de 2000)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 674, 2002, pp. 2391-2404.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica", *La Ley*, N° 7504, 2010, tomo 5, pp. 1553-1560.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores", *Revista de derecho de familia*, N° 53, 2011, pp. 293-296.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida como medida favorable a los hijos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 814, 2011, p. 8.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La modificación del régimen de guarda y custodia por la voluntad del hijo", *La Ley*, N° 7600, 2011, tomo 2, pp. 1575-1581.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, "El cambio de residencia del hijo por el progenitor custodio: problemática jurídica", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 834, 2012, p. 7.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, "Los abusos del régimen de visitas como supuestos de incumplimientos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 844, 2012, p. 8.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales", *La Ley*, N° 7956, 2012, tomo 4, pp. 1245-1251.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, "Los inconvenientes para la concesión de la custodia compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 873, 2013, p. 5.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 863, 2013, p. 6.

ROMERO GONZÁLEZ, Ruth, "Algunos problemas en torno a la guarda y custodia de los menores: el Punto de Encuentro Familiar", *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, 2009.

ROMERO NAVARRO, Fermín, "Coparentalidad y género", *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social*, N° 2, 2009, pp. 11-28.

ROS GARCÍA, Elia (et. al.), "Síndrome de Alienación Parental", *XVII Jornades de Foment de la Investigació*, Universitat Jaume I, 2013.

ROSALES, Juan Carlos, "Desigualdad y exilio en la custodia de los hijos", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen – , Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 243-248.

RUIZ CALLADO, Raúl y ALCÁZAR RUIZ, Rafael, "Factores determinantes en la atribución de la custodia compartida. Un estudio sociológico en los Juzgados de Familia", en: *La custodia compartida en España* – coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego – , Dykinson, Madrid, 2017, pp. 109-124.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad, "La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar", *Práctica de Tribunales*, N° 100, 2013, pp. 1-16.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad, "Inconstitucionalidad del requisito de informe del Ministerio Fiscal para poder otorgar custodia compartida en supuestos contenciosos", *Práctica de Tribunales*, N° 101, 2013, pp. 1-7.

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina, "Hacia la corresponsabilidad como derecho constitucional en las relaciones familiares: la custodia compartida", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García* – coord. JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo – , Aranzadi, Universidad de Jaén, 2012, pp. 1397-1409.

SABATER BAYLE, Elsa, "Ley Foral Navarra 3/2011 de 17 de marzo de custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres", *XIII Jornades IDADFE: Crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, UNED de Calatayud, 2014.

SACCHETTI, Lamberto, "Dell'affidamento congiunto imposto", *Famiglia e Diritto*, fasc. 3, 2003, 3, pp. 1-6.

SÁEZ LÓPEZ, Iván, "Custodia compartida: criterios divididos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 865, 2013, p. 5.

SALANOVA VILLANUEVA, Marta, "Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994", *Anuario de Derecho Civil*, Año 1996, Vol. 49, N° 2, pp. 943-976.

SÁNCHEZ AGUIRRE, Carlos, "El uso de la vivienda familiar en España en el régimen de custodia compartida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 3 ter, 2015, pp. 91-103.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, "La guarda de hecho en nuestro Código Civil", *Revista jurídica del notariado*, N° 94, 2015, pp. 11-60.

SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación: repercusiones en los hijos", en: *Custodia compartida y protección de menores* –TAPIA PARREÑO, José Jaime–, Cuadernos de Derecho Judicial, N° II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 117-173.

SAN SEGUNDO MANUEL, Rosa, "El SAP una nueva forma de violencia de género", en: *Custodia responsable y sus obstáculos: el SAP* –et. al. PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, Ana M^a–, Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres, Madrid, 2011, pp. 73-39.

SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "El régimen de visitas de los progenitores", *European Journal of Social Law*, N° 16, 2012, pp. 82-95.

SANAHUJA BUENAVENTURA, María, "La custodia compartida como modelo preferente", *Estudios Jurídicos*, N° 2010, 2010, pp. 1-30.

SANTOS MORÓN, María, "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, Núm. 3, 2014, pp. 1-36.

SANZ ACOSTA, Luis, "Consolidación de la doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida", *Actualidad civil*, N° 3, 2014, pp. 356-360.

SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (cuestiones sustantivas)", en: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* –dirs. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María y GARCÍA CRIADO, Juan José–, Estudios de Derecho Judicial, N° 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 193-248.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana, "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 3 bis, 2015, pp. 145-163.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana, "La custodia compartida en el Código Civil y en la legislación autonómica", en: *Justicia en Tiempos de Crisis: publicación resultante de las Jornadas Justicia en Tiempos de Crisis: primer Encuentro Poder Judicial-Universidad, celebrado en Bilbao los días 14 y 15 de septiembre de 2015* – coord. ORDEÑANA GUEZURAGA, Ixusko y URIARTE RICOTE, Maite –, Consejo General del Poder Judicial, 2016, pp. 483-508.

SERRANO CASTRO, Francisco, "Examen de las causas, consecuencias y soluciones de las interferencias parentales desde la perspectiva judicial", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen –, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 115-122.

SERRANO CASTRO, Francisco, "Hacia un nuevo modelo de corresponsabilidad parental", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, noviembre 2010, pp. 24-26.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia", *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2012, pp. 181-294.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, "La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida", *Revista de derecho civil aragonés*, N° 18, 2012, pp. 9-54.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Nota práctica sobre guarda y custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres", *Revista de derecho civil aragonés*, N° 18, 2012, pp. 227-244.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón", en: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* – coords. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio –, Institución Fernando el Católico, 2013, pp. 13-86.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, "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*, N° 35, 2014, pp. 47-54.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Título II: De las relaciones entre ascendientes y descendientes", en: *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia* – dir. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; coords. BAYOD LÓPEZ, María

del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio – , Gobierno de Aragón, 2015, pp. 157-230.

SERRANO MOLINA, Alberto, "La guarda compartida ¿una regulación necesaria?", en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* – coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos – , Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, N° 27-29, junio 2005, El Derecho, Madrid, 2005, pp. 735-740.

SILLERO CROVETTO, Blanca, "Reflexiones en torno al marco legal de la custodia compartida", *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, N° 35, 2010, pp. 4-20.

SILLERO CROVETTO, Blanca, "Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 6, 2017, pp. 11-40.

SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia", en: *Custodia compartida y protección de menores* – TAPIA PARREÑO, José Jaime – , Cuadernos de Derecho Judicial, N° II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 175-210.

SOLA PASCUAL, Asun, "La custodia compartida no es una medida excepcional, sino que debe considerarse normal e incluso deseable", *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 4, 2013, pp. 117-118.

SOLA PASCUAL, Asun, "Guarda y custodia a una madre que se llevó a su hijo a EEUU", *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 1, 2013, pp. 101-102.

SOLÉ RESINA, Judith y YSÀS SOLANES, María, "Custodia compartida: de la excepción a la regla general. Un paso más hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo", en: *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado* – dir. GARCÍA RUBIO, María Paz y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a del Rosario; coord. LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura y OTERO CRESPO, Marta – , Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 1^a ed., pp. 731-758.

SOLÉ RESINA, Judith, "La guarda y custodia tras la ruptura", en: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres* – GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith – , Aranzadi Thomson Reuters, 2015, 1^a ed., pp. 91-143.

SOLSONA PAIRÓ, Montse; SPIJKER, Jeroen; y AJENJO COSP, Marc, "Calidoscopio de la custodia compartida en España", en: *La custodia compartida en España* – coords. VENEGAS MEDINA, María del Mar y BECERRIL RUIZ, Diego – , Dykinson, Madrid, 2017, pp. 45-72.

SORIANO IBÁÑEZ, Benito, "Los procesos de familia y la guarda y custodia en Aragón", *Estudios Jurídicos*, N° 2010, 2010, pp. 1-40.

SOSPEDRA NAVAS, *Los procesos de familia*, Thomson Civitas, 2006, 1ª ed.

SOTO ROMÁN, Jelitza, "Implicaciones de la diversidad humana y familiar en la evaluación de la custodia compartida", *Análisis*. (S. Juan P.R., 1999), Vol. 15, N° 1, 2014, pp. 13-27.

SUSO ARAICO, Anabel (dir.), "Análisis de los modelos de custodia derivados de situaciones de separación y divorcio en España", *Instituto de la mujer (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad)*, 2012.

TALAVERA SÁNCHEZ, Irma, "La nueva regulación de la guarda y custodia", *Gaceta Jurídica de HispaColem*, N° 6, 2007, pp. 4-5.

TAMAYO HAYA, Silvia, "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial", en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* – coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos –, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, N° 27-29, junio 2005, *El Derecho*, Madrid, 2005, pp. 741-752.

TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año N° 83, N° 700, 2007, pp. 667-712.

TAMAYO HAYA, Silvia, "El interés del menor como criterio de atribución de la custodia", *Revista de derecho de familia*, N° 41, 2008, pp. 35-79.

TAMBORERO DEL RÍO, Ramón, "La guarda y custodia compartida", en: *Diez años de abogados de familia*, La Ley, 2003, 1ª ed., pp. 515-519.

TAPIA PARREÑO, José Jaime, "La custodia compartida en la doctrina de las Audiencias Provinciales", en: *Custodia compartida y protección de menores* – TAPIA PARREÑO, José Jaime –, Cuadernos de Derecho Judicial, N° II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 211-241.

TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El síndrome de alienación parental: Una forma de maltrato*, EOS: Psicología Jurídica, Madrid, 2006.

TEJEDOR HUERTA, Asunción, "El Interés de los Menores en los Procesos Contenciosos de Separación o Divorcio", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 22, 2012, pp. 67-75.

TEJEIRO SALGUERO, Ricardo y GÓMEZ VALLECILLO, Jorge, "Divorcio, custodia y bienestar del menor: una revisión de las investigaciones en Psicología", *Apuntes de Psicología*, Vol. 29, Nº 3, 2011, pp. 425-434.

TEJERO ACEVEDO, Roberto; y GONZÁLEZ TRIJUEQUE, David, "El fenómeno denominado Alienación Parental (AP) y sus implicaciones forenses en la jurisdicción civil en España", *Revista iberoamericana de diagnóstico y evaluación psicológica*, Vol. 2, Nº 36, 2013, pp. 183-208.

TENA PIAZUELO, Isaac, "La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 18, 2006, pp. 26-41.

TENA PIAZUELO, Isaac, "La ruptura de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida", en: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008, pp. 45-65.

TENA PIAZUELO, Isaac, "Custodia compartida... sí, pero no", en: *I Congreso multidisciplinar sobre interferencias parentales tras la ruptura de pareja* – et. al., coord. FARIÑA RIVERA, Francisca – , ASEMIP, A Coruña, 2010, pp. 225-238.

TENA PIAZUELO, Isaac, "Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?", *Aranzadi civil-mercantil*, Vol. 1, Nº 1, abril, 2011, pp. 79-102.

TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda: doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2015.

TENA PIAZUELO, Isaac, "Sentencia 16 enero 2015. Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 101, 2016, pp. 47-66.

TENA PIAZUELO, Isaac, "Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida", *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, Nº 1, 2018, pp. 99-131.

TIRADO ESTRADA, Jesús José, "Especialización de la jurisdicción de familia. Términos para el debate e implantación", en: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* – dirs. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María y GARCÍA CRIADO, Juan José – , Estudios de Derecho Judicial, Nº 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 313-367.

TORÍO LÓPEZ, Susana (et.al.), "Hacia la corresponsabilidad familiar: Construir lo cotidiano. Un programa de educación parental", *Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación*, Vol. 28, N° 1, 2010, pp. 85-108.

TORRES GÓMEZ, Myriam Fernanda, "La custodia de los hijos en las parejas separadas. Conflictos privados y obligaciones públicas", *Tendencias & Retos*, Vol. 20, N° 2, 2015, pp. 177-179.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, "Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia", *La Ley*, N° 5857, 2003, tomo 5, pp. 1810-1830.

URBÓN LLACA, Ángela, "Distintos tipos de guarda y custodia y requisitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo para conseguirlos", *Economist & Jurist*, Vol. 24, N° 204, 2016, pp. 38-45.

UREÑA CARAZO, Belén, "Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)", *La Ley Derecho de Familia*, N° 6, 2015, pp. 7-24.

UREÑA CARAZO, Belén, "Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia", *Revista de derecho de familia*, N° 69, 2015, pp. 49-69.

UREÑA CARAZO, Belén, "La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género", *La Ley Derecho de Familia*, N° 11, 2016, pp. 1-16.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, "Sentencia de 1 de octubre de 2010: Custodia compartida sin acuerdo de los progenitores. Falta de valoración de los dictámenes periciales. Interés superior del menor que aconseja la continuación de la medida de guarda y custodia compartida", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 86, 2011, pp. 1207-1224.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, "Modificación de la guarda única por la custodia compartida con el argumento de que dicha medida es más beneficiosa para los hijos. Sentencia de 19 de julio de 2013", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 94, Enero-Abril, 2014, pp. 451-460.

UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis, "La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia", *La Ley*, N° 7996, 2013, tomo 1, pp. 1202-1205.

VAGLIO, Sergio, "Affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio", *Famiglia e Diritto*, 1995, 3, pp. 1-7.

VALERO MATAS, Jesús A., "La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso neozelandés", *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas (RIPS)*, Vol. 9, N° 1, 2010, pp. 89-100.

VALLEJO AYALA, Lourdes L., "Efectos de la alienación parental en pleitos de custodia de menores", *Revista de Derecho Puertorriqueño*, N° 46, 2006, pp. 85-104.

VALLEJO ORELLANA, Reyes, SÁNCHEZ-BARRANCO, Fernando y SÁNCHEZ-BARRANCO, Pablo, "Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 24, N° 92, 2004, pp. 91-112.

VALLESPÍN PÉREZ, David, "El ejercicio conjunto de la patria potestad en los casos de divorcio contencioso en los que la custodia es atribuida en exclusiva a uno de los progenitores: ¿realidad o ficción?", *Práctica de Tribunales*, N° 100, 2013, pp. 1-14.

VARAS ÁLVAREZ, Leticia, "Interés del menor y guarda y custodia compartida", *Actualidad civil*, N° 6, 2016, pp. 22-29.

VARELA PORTELA, M^a José, "¿Custodia compartida o interés del/la menor?", *XXIV Congreso Estatal de Mujeres Abogadas: el retroceso de los derechos de las mujeres en el siglo XXI*, Salamanca, 2012.

VARELA ÁLVAREZ, Carmen, "Custodia compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 870, 2013, p. 3.

VÁZQUEZ BERMUDEZ, Isabel, *Logros y retos: Actas del III congreso universitario nacional Investigación y género*, 2011, pp. 2040-2057.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, "El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar", *Revista de derecho de familia*, N° 67, 2015, pp. 79-115.

VECCHI, Alessandro, "Conferma da piazza cavour: l'affidamento condiviso è la regola, quello esclusivo è l'eccezione", *Diritto e Giustizia online*, fasc. 0, 2010, pp. 1-3.

VEGA TORRES, Susana, "Malos tratos y menores", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen –, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1^a ed., pp. 129-150.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J., "Las relaciones de los nietos con los abuelos en los casos de ruptura de pareja", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen –, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 321-340.

VENCHIARUTTI, Angelo, "Diritto di visita del genitore non affidatario e dei nonni", *Famiglia e Diritto*, fasc. 3, 1996, pp. 1-5.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Situación actual del derecho de visita de los abuelos", *I Congrés estatal sobre la defensa dels menors a las crises de parella*, 2008.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Cuestiones de Derecho de Familia ante la violencia de género", *Revista de derecho de familia*, Nº 47, 2010, pp. 49-76.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Estado actual de la guarda y custodia y el régimen de visitas ante supuestos de violencia de género", en: *Logros y retos: Actas del III congreso universitario nacional de investigación y género* – coord. VÁZQUEZ BERMUDEZ, Isabel –, 2011, pp. 2040-2057.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Incidencia en la modificación de medidas de la convivencia con un tercero en la vivienda familiar", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* – coords. CUENA CASAS, Matilde, ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio y ORTEGA DOMÉNECH, Jorge –, Dykinson, Madrid, 2013 pp. 1635-1654.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "El ejercicio de la patria potestad en igualdad de condiciones. Valoración de la custodia compartida", en: *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género* – coord. MESA MARRERO, Carolina y GRAU PINEDA, María del Carmen –, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 453-480.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda»", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, enero, 2016.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, "La atribución del uso de otras viviendas distintas a la familiar. Las segundas residencias", *Revista de derecho de familia*, Nº 74, 2017, pp. 61-84.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida en España y en Cataluña: Entre deseos y realidades", en: *La Custodia Compartida a Debate* – ed. PICONÓ NOVALES, Teresa –, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Nº 56, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 77-99.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental", *XIII Jornadas IDADFE: Crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, UNED de Calatayud, 2014.

VIÑAS MAESTRE, Dolors, "La concesión de más custodias compartidas responde a una realidad social", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, noviembre 2010, pp. 12-23.

VIÑAS MAESTRE, Dolors, "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 3, 2012.

VIOLA DEMESTRE, Isabel, "La custodia compartida no exime del pago de alimentos. Sentencia de 11 de febrero de 2016", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 102, 2016, pp. 293-310.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, "La guarda y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial más reciente", en: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* – coord. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos –, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Nº 27-29, junio 2005, *El Derecho*, Madrid, 2005, pp. 753-760.

VIVES MARTÍNEZ, Gemma, "Custodia compartida, valoración de la prueba y victimización de los menores: una visión objetiva desde la Magistratura y la experiencia", *Economist & Jurist*, Vol. 15, Nº 113, 2007, pp. 88-98.

YÁRNOZ YABEN, Sagrario, "Hacia la coparentalidad post-divorcio: percepción del apoyo de la ex pareja en progenitores divorciados españoles", *International journal of clinical and health psychology*, Vol. 10, Nº 2, 2010, pp. 295-307.

YSÀS SOLANES, María, "¿Han cambiado los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja?", en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* – coords. CUENA CASAS, Matilde, ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio y ORTEGA DOMÉNECH, Jorge –, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1675-1696.

ZABALGO JIMÉNEZ, Paloma, "La supresión de la excepcionalidad en la custodia compartida", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, octubre 2013, pp. 22-23.

ZAERA NAVARRETE, Juan I., "La audiencia del menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentarios a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 3, 2015, pp. 793-810.

ZAMBRANO, Virginia, "Affidamento condiviso ed esperienze europee", en: *Affidamento condiviso e diritti dei minori – coord. DOGLIOTTI, Massimo –*, Lex Nova, Torino, 2008, p. 261-334

ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia de los hijos*, Bosch, Barcelona, 1996, 1ª ed.

ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "La guarda y custodia compartida: pautas para su correcta aplicación", *Economist & Jurist*, Vol. 14, N° 104, 2006, pp. 60-66.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La reforma de la Ley del divorcio: la mal llamada custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, N° 2005, 2005, pp. 1-41.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales de sus padres", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja – dir. GARCÍA GARNICA, María de Carmen –*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., pp. 27-68.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, en: "Posibilidad de cambio a custodia compartida sin que haya alteración sustancial de circunstancias" –PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, José María –, *El Derecho*, Boletín de Derecho de Familia, N° 108, 2011, p. 7.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "La guarda y custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Comentarios a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013", *Economist & Jurist*, Vol. 21, N° 172, 2013, pp. 46-53.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "Eficacia de los pactos familiares", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, N° 1, enero-abril, 2013, pp. 1-56.

ZUMAQUERO GIL, Laura, "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, N° 41, 2016, pp. 111-151.

ZÚÑIGA, Ángeles, "La custodia compartida", *Escritura pública*, N° 78, 2012, pp. 64-66.

ZURITA MARTÍN, Isabel, "Denegación de custodia a una madre por su condición homosexual", *La Ley*, N° 6817, 2007, tomo 5, pp. 1037-1042.

JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 13 de julio del 2000 – *Elholz vs. Alemania* – (Ar. TEDH 2000\152).

STEDH de 2 de septiembre de 2010 – *Mincheva vs. Bulgaria* – (Ar. TEDH 2010\91).

STEDH de 2 de noviembre de 2010 – *Piazzini vs. Italia* – (Ar. JUR 2010\360648).

STEDH de 11 de enero de 2011 – *Bordeianu vs. Moldavia* – (Ar. JUR 2011\2703).

STEDH de 20 de diciembre de 2011 – *Prodelalova vs. República Checa* – (Ar. TEDH 2011\111).

STEDH de 17 de enero de 2012 – *Kopf y Liberda vs. Austria* – (Ar. JUR 2012\14910).

STEDH de 11 de octubre de 2016 – *Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias vs. España* – (Ar. TEDH 2016\72).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 6 de mayo de 1983 (Ar. RTC 1983\34). 34

STC de 28 de septiembre de 1992 (Ar. RTC 1992\121).

STC de 12 de marzo de 1993 (Ar. RTC 1993\88).

STC de 6 de mayo de 1993 (Ar. RTC 1993\156).

STC de 29 de mayo del 2000 (Ar. RTC 2000\146).

STC de 15 de enero de 2001 (Ar. RTC 2001\1).

STC de 20 de mayo de 2002 (Ar. RTC 2002\124).

STC de 25 de noviembre de 2002 (Ar. RTC 2002\224).

STC de 14 de julio de 2003 (Ar. RTC 2003\144).

STC de 19 de abril de 2004 (Ar. RTC 2004\71).

STC de 14 de marzo de 2005 (Ar. JUR 2005\108).

STC de 6 de junio de 2005 (Ar. RTC 2005\152).

STC de 30 de enero de 2006 (Ar. RTC 2006\17).

Auto del TC de 18 de julio de 2007 (Ar. RTC 2007\336).

STC de 31 de enero de 2008 (Ar. RTC 2008\22).

STC de 14 de mayo de 2008 (Ar. RTC 2008\59).

STC de 26 de mayo de 2008 (Ar. JUR 2008\139).

Auto del TC de 12 de junio de 2008 (Ar. RTC 2008\156).

STC de 22 de diciembre de 2008 (Ar. RTC 2008\176).

STC de 29 de junio de 2009 (Ar. RTC 2009\163).

STC de 28 de junio de 2010 (Ar. RTC 2010\31).

Auto del TC de 22 de noviembre de 2011 (Ar. RTC 2011\161).

STC de 17 de octubre de 2012 (Ar. RTC 2012\185).

Auto del TC de 29 de octubre de 2012 (Ar. JUR 2012\377324).

STC de 28 de abril de 2016 (Ar. RTC 2016\82).

STC de 9 de junio de 2016 (Ar. RTC 2016\110).

STC de 16 de noviembre de 2016 (Ar. RTC 2016\192).

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 16 de noviembre de 1978 (Ar. RJ 1978\3511).

STS de 12 de febrero de 1982 (Ar. RJ 1982\682).

STS de 11 de octubre de 1982 (Ar. RJ 1982\5550).

STS de 19 de octubre de 1983 (Ar. RJ 1983\5333).

STS de 28 de octubre de 1983 (Ar. RJ 1983\5845).

STS de 14 de mayo de 1987 (Ar. RJ 1987\3550).

STS de 5 de octubre de 1987 (Ar. RJ 1987\6716).

STS de 9 de marzo de 1989 (Ar. RJ 1989\2030).

STS de 30 de abril de 1991 (Ar. RJ 1991\3108).

STS de 11 de octubre de 1991 (Ar. RJ 1991\7447).
STS de 12 de febrero de 1992 (Ar. RJ 1992\1271).
STS de 11 de diciembre de 1992 (Ar. RJ 1992\9733).
STS de 7 de abril de 1994 (Ar. RJ 1994\2728).
STS de 23 de junio de 1994 (Ar. RJ 1994\4969).
STS de 25 de junio de 1994 (Ar. RJ 1994\6502).
STS de 7 de marzo de 1995 (Ar. RJ 1995\2151).
STS de 17 de junio de 1995 (Ar. RJ 1995\5304).
STS de 23 de septiembre de 1996 (Ar. RJ 1996\6731).
STS de 11 de junio de 1996 (Ar. RJ 1996\4756).
STS de 6 de julio de 1996 (Ar. RJ 1996\6608).
STS de 22 de abril de 1997 (Ar. RJ 1997\3251).
STS de 20 de mayo de 1997 (Ar. RJ 1997\3891).
STS de 19 de diciembre de 1997 (Ar. RJ 1997\9110).
STS de 27 de enero de 1998 (Ar. RJ 1998\110).
STS de 11 de junio de 1998 (Ar. RJ 1998\4681).
STS de 21 de diciembre de 1998 (Ar. RJ 1998\9649).
STS de 23 de diciembre de 1998 (Ar. RJ 1998\9758).
STS de 22 de mayo de 1999 (Ar. RJ 1999\3358).
STS de 15 de diciembre de 1999 (Ar. RJ 1999\8229).
STS de 23 de febrero del 2000 (Ar. RJ 2000\1169).
STS de 15 de noviembre del 2000 (Ar. RJ 2000\9214).
STS de 4 de diciembre del 2000 (Ar. RJ 2000\9323).
STS de 1 de marzo de 2001 (Ar. RJ 2001\5969).
STS de 27 de marzo de 2001 (Ar. RJ 2001\4770).
STS de 29 de marzo de 2001 (Ar. RJ 2001\9852).
STS de 14 de mayo de 2001 (Ar. RJ 2001\6205).
STS de 15 de febrero de 2002 (Ar. RJ 2002\1619).
STS de 27 de mayo de 2002 (Ar. RJ 2002\4573).

STS de 20 de septiembre de 2002 (Ar. RJ 2002\8462).
STS de 21 de marzo de 2003 (Ar. JUR 2003\87497).
STS de 28 de marzo de 2003 (Ar. RJ 2003\3038).
STS de 9 de junio de 2003 (Ar. RJ 2003\5137).
STS de 9 de julio de 2003 (Ar. RJ 2003\4621).
STS de 27 de noviembre de 2003 (Ar. RJ 2004\296).
STS de 1 de diciembre de 2003 (Ar. RJ 2003\8826).
STS de 22 de abril de 2004 (Ar. RJ 2004\2713).
STS de 28 de junio de 2004 (Ar. RJ 2004\4321).
STS de 2 de julio de 2004 (Ar. RJ 2004\5333).
STS de 12 de julio de 2004 (Ar. RJ 2004\4344).
STS de 14 de diciembre de 2004 (Ar. RJ 2004\7919).
STS de 14 de febrero de 2005 (Ar. RJ 2005\1670).
STS de 23 de mayo de 2005 (Ar. RJ 2005\4139).
Auto del TS de 28 de junio de 2005 (Ar. RJ 2007\522).
STS de 11 de noviembre de 2005 (Ar. RJ 2005\9476).
STS de 19 de diciembre de 2005 (Ar. RJ 2005\7840).
STS de 26 de diciembre de 2005 (Ar. RJ 2006\180).
STS de 10 de febrero de 2006 (Ar. RJ 2006\549).
Auto del TS de 3 de marzo de 2006 (Ar. JUR 2006\145848).
STS de 8 de mayo de 2006 (Ar. RJ 2006\2342).
STS de 8 de noviembre de 2006 (Ar. RJ 2006\8133).
STS de 25 de enero de 2007 (Ar. RJ 2007\592).
STS de 17 de octubre de 2007 (Ar. RJ 2007\7307).
STS de 30 de octubre de 2008 (Ar. RJ 2008\6924).
STS de 14 de noviembre de 2008 (Ar. RJ 2009\393).
STS de 3 de diciembre de 2008 (Ar. RJ 2009\524).

STS de 30 de junio de 2009 (Ar. RJ 2009\5490).
STS de 27 de julio de 2009 (Ar. RJ 2009\4577).
STS de 28 de septiembre de 2009 (Ar. RJ 2009\7257).
STS de 8 de octubre de 2009 (Ar. RJ 2009\4606).
STS de 14 de enero de 2010 (Ar. RJ 2010\2323).
STS de 18 de enero de 2010 (Ar. RJ 2010\1274).
STS de 10 de marzo de 2010 (Ar. RJ 2010\2329).
STS de 11 de marzo de 2010 (Ar. RJ 2010\2340).
STS de 14 de julio de 2010 (Ar. RJ 2010\6041).
STS de 1 de octubre de 2010 (Ar. RJ 2010\7302).
STS de 22 de noviembre de 2010 (Ar. RJ 2011\936).
STS de 21 de febrero de 2011 (Ar. RJ 2011\2362).
STS de 18 de marzo de 2011 (Ar. RJ 2011\935).
STS de 29 de marzo de 2011 (Ar. RJ 2011\3021).
STS de 1 de abril de 2011 (Ar. RJ 2011\3139).
STS de 7 de abril de 2011 (Ar. RJ 2011\3152).
STS de 14 de abril de 2011 (Ar. RJ 2011\3590).
STS de 26 de abril de 2011 (Ar. RJ 2011\3716).
STS de 30 de abril de 2011 (Ar. RJ 2011\3724).
STS de 12 de mayo de 2011 (Ar. RJ 2011\3280).
STS de 21 de junio de 2011 (Ar. RJ 2011\7325).
STS de 21 de julio de 2011 (Ar. RJ 2011\5438).
STS de 22 de julio de 2011 (Ar. RJ 2011\5676).
STS de 27 de julio de 2011 (Ar. RJ 2011\6282).
STS de 5 de septiembre de 2011 (Ar. RJ 2011\5677).
STS de 27 de septiembre de 2011 (Ar. RJ 2011\7382).
STS de 30 de septiembre de 2011 (Ar. RJ 2011\7387).
STS de 3 de octubre de 2011 (Ar. RJ 2011\7381).
STS de 10 de octubre de 2011 (Ar. RJ 2011\6839).
STS de 20 de octubre de 2011 (Ar. RJ 2011\6843).

STS de 2 de noviembre de 2011 (Ar. RJ 2012\1239).
STS de 10 de enero de 2012 (Ar. RJ 2012\3642).
STS de 27 de febrero de 2012 (Ar. RJ 2012\3383).
STS de 9 de marzo de 2012 (Ar. RJ 2012\5241).
STS de 19 de abril de 2012 (Ar. RJ 2012\5909).
STS de 26 de abril de 2012 (Ar. RJ 2012\6102).
STS de 27 de abril de 2012 (Ar. RJ 2012\6105).
STS de 30 de abril de 2012 (Ar. RJ 2012\5235).
STS de 9 de mayo de 2012 (Ar. RJ 2012\5137).
STS de 21 de mayo de 2012 (Ar. RJ 2012\6532).
STS de 30 de mayo de 2012 (Ar. RJ 2012\6547).
STS de 31 de mayo de 2012 (Ar. RJ 2012\6550).
STS de 13 de julio de 2012 (Ar. RJ 2012\8358).
STS de 25 de octubre de 2012 (Ar. RJ 2012\9727).
STS de 26 de octubre de 2012 (Ar. RJ 2012\9730).
STS de 5 de noviembre de 2012 (Ar. RJ 2012\10135).
STS de 10 de diciembre de 2012 (Ar. RJ 2013\204).
STS de 31 de enero de 2013 (Ar. RJ 2013\927).
STS de 25 de febrero de 2013 (Ar. RJ 2013\2154).
STS de 14 de marzo de 2013 (Ar. RJ 2013\2420).
STS de 15 de marzo de 2013 (Ar. RJ 2013\2174).
STS de 29 de abril de 2013 (Ar. RJ 2013\3269).
STS de 24 de mayo de 2013 (Ar. RJ 2013\3393).
STS de 7 de junio de 2013 (Ar. RJ 2013\3943).
STS de 17 de junio de 2013 (Ar. RJ 2013\4375).
STS de 19 de julio de 2013 (Ar. RJ 2013\5002).
STS de 17 de octubre de 2013 (Ar. RJ 2013\7255).
STS de 11 de noviembre de 2013 (Ar. RJ 2013\7262).
STS de 20 de noviembre de 2013 (Ar. RJ 2013\7824).
STS de 25 de noviembre de 2013 (Ar. RJ 2013\7873).

STS de 29 de noviembre de 2013 (Ar. RJ 2013\7449).

STS de 3 de diciembre de 2013 (Ar. JUR 2013\376804).

STS de 17 de diciembre de 2013 (Ar. RJ 2014\74).

STS de 12 de febrero de 2014 (Ar. RJ 2014\2090).

STS de 13 de febrero de 2014 (Ar. RJ 2014\1341).

STS de 17 de febrero de 2014 (Ar. RJ 2014\918).

STS de 3 de abril de 2014 (Ar. RJ 2014\1950).

STS de 25 de abril de 2014 (Ar. RJ 2014\2651).

STS de 29 de mayo de 2014 (Ar. RJ 2014\3889).

STS de 6 de junio de 2014 (Ar. RJ 2014\2844).

STS de 16 de junio de 2014 (Ar. RJ 2014\3073).

STS de 30 de junio de 2014 (Ar. RJ 2014\3244).

STS de 2 de julio de 2014 (Ar. RJ 2014\4250).

STS de 7 de julio de 2014 (Ar. RJ 2014\3540).

STS de 20 de octubre de 2014 (Ar. RJ 2014\5613).

STS de 22 de octubre de 2014 (Ar. RJ 2014\5023).

STS de 24 de octubre de 2014 (Ar. RJ 2014\5180).

STS de 30 de octubre de 2014 (Ar. RJ 2014\5268).

STS de 18 de noviembre de 2014 (Ar. RJ 2014\5718).

STS de 28 de noviembre de 2014 (Ar. RJ 2014\6048).

STS de 16 de enero de 2015 (Ar. RJ 2015\355).

STS de 13 de febrero de 2015 (Ar. RJ 2015\681).

STS de 16 de febrero de 2015 (Ar. RJ 2015\553).

STS de 8 de mayo de 2015 (Ar. RJ 2015\1731).

STS de 29 de mayo de 2015 (Ar. RJ 2015\2273).

STS de 26 de junio de 2015 (Ar. RJ 2015\2658).

STS de 10 de julio de 2015 (Ar. RJ 2015\2564).

STS de 15 de julio de 2015 (Ar. RJ 2015\2778).

STS de 20 de julio de 2015 (Ar. RJ 2015\2786).

STS de 9 de septiembre de 2015 (Ar. RJ 2015\4179).

STS de 25 de septiembre de 2015 (Ar. RJ 2015\4028).

STS de 9 de octubre de 2015 (Ar. RJ 2015\4224).

STS de 14 de octubre de 2015 (Ar. JUR 2015\244697).

STS de 21 de octubre de 2015 (Ar. RJ 2015\4784).

STS de 17 de noviembre de 2015 (Ar. RJ 2015\5392).

STS de 30 de diciembre de 2015 (Ar. RJ 2015\5894).

STS de 4 de febrero de 2016 (Ar. RJ 2016\494).

STS de 11 de febrero de 2016 (Ar. RJ 2016\249).

STS de 3 de marzo de 2016 (Ar. RJ 2016\2184).

STS de 4 de marzo de 2016 (Ar. RJ 2016\1399).

STS de 9 de marzo de 2016 (Ar. RJ 2016\842).

STS de 29 de marzo de 2016 (Ar. RJ 2016\995).

STS de 6 de abril de 2016 (Ar. RJ 2016\1321).

STS de 13 de abril de 2016 (Ar. RJ 2016\1339).

STS de 20 de abril de 2016 (Ar. RJ 2016\3847).

STS de 25 de abril de 2016 (Ar. RJ 2016\1712).

STS de 26 de mayo de 2016 (Ar. RJ 2016\2292).

STS de 30 de mayo de 2016 (Ar. RJ 2016\2308).

STS de 15 de junio de 2016 (Ar. RJ 2016\2780).

STS de 27 de junio de 2016 (Ar. RJ 2016\3718).

Auto del TS de 27 de junio de 2016 (Ar. JUR 2016\159987).

STS de 21 de julio de 2016 (Ar. RJ 2016\3445).

STS de 12 de septiembre de 2016 (Ar. RJ 2016\4828).

STS de 16 de septiembre de 2016 (Ar. RJ 2016\4449).

STS de 12 de enero de 2017 (Ar. RJ 2017\12).

STS de 18 de enero de 2017 (Ar. RJ 2017\343).

Auto del TS de 15 de febrero de 2017 (Ar. JUR 2017\37072)

STS de 17 de febrero de 2017 (Ar. RJ 2017\483).

STS de 22 febrero de 2017 (Ar. RJ 2017\650).

STS de 28 febrero de 2017 (Ar. RJ 2017\606).
STS de 12 mayo de 2017 (Ar. RJ 2017\2203).
STS de 9 de junio de 2017 (Ar. RJ 2017\3152),
STS de 21 junio de 2017 (Ar. RJ 2017\3039).
STS de 13 julio de 2017 (Ar. RJ 2017\3622).
STS de 22 septiembre de 2017 (Ar. RJ 2017\4731).
STS de 22 septiembre de 2017 (Ar. RJ 2017\4868).
STS de 19 octubre de 2017 (Ar. RJ 2017\4484).
STS de 19 octubre de 2017 (Ar. RJ 2017\4485).
STS de 25 octubre de 2017 (Ar. RJ 2017\4677).
STS de 13 diciembre de 2017 (Ar. RJ 2017\5389).
STS de 10 de enero de 2018 (Ar. RJ 2018\61).
STS de 10 enero de 2018 (Ar. RJ 2018\74).
STS de 11 enero de 2018 (Ar. RJ 2018\104).
STS de 17 de enero de 2018 (Ar. RJ 2018\100).
STS de 18 enero de 2018 (Ar. RJ 2018\99).
STS de 29 de enero de 2018 (Ar. RJ 2018\199).
STS de 20 febrero de 2018 (Ar. RJ 2018\573).
STS de 4 abril de 2018 (Ar. JUR 2018\98270).
STS de 6 abril de 2018 (Ar. JUR 2018\98197).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

ARAGÓN

STSJ de Aragón de 13 de julio de 2011 (Ar. RJ 2011\6564).
STSJ de Aragón de 30 de septiembre de 2011 (Ar. RJ 2012\668).
STSJ de Aragón de 15 diciembre de 2011 (Ar. RJ 2012\55).
STSJ de Aragón de 1 de febrero de 2012 (Ar. RJ 2012\4317).
STSJ de Aragón de 8 de febrero de 2012 (Ar. RJ 2012\4318).

STSJ de Aragón de 9 de febrero de 2012 (Ar. RJ 2012\4319).
STSJ de Aragón de 9 de abril de 2012 (Ar. RJ 2012\10021).
STSJ de Aragón de 18 de abril de 2012 (Ar. RJ 2012\6132).
STSJ de Aragón de 6 de junio de 2012 (Ar. RJ 2012\8788).
STSJ de Aragón de 5 de julio de 2012 (Ar. RJ 2012\8806).
STSJ de Aragón de 24 de julio de 2012 (Ar. RJ 2012\8812).
STSJ de Aragón de 24 de septiembre de 2012 (Ar. RJ 2012\11146).
STSJ de Aragón de 25 septiembre de 2012 (Ar. RJ 2012\11147).
STSJ de Aragón de 28 de septiembre de 2012 (Ar. RJ 2012\10948).
STSJ de Aragón de 19 de octubre de 2012 (Ar. RJ 2012\11171).
STSJ de Aragón de 22 de noviembre de 2012 (Ar. RJ 2012\11186).
STSJ de Aragón de 7 de febrero de 2013 (Ar. RJ 2012\11186).
STSJ de Aragón de 11 de marzo de 2013 (Ar. RJ 2013\2895).
STSJ de Aragón de 13 de marzo de 2013 (Ar. RJ 2013\2897).
STSJ de Aragón de 25 de marzo de 2013 (Ar. RJ 2013\4174).
STSJ de Aragón de 29 de abril de 2013 (Ar. RJ 2013\4811).
STSJ de Aragón de 11 de julio de 2013 (Ar. RJ 2013\5404).
STSJ de Aragón de 17 de julio de 2013 (Ar. RJ 2013\5764).
STSJ de Aragón de 18 de julio de 2013 (Ar. RJ 2013\6655).
STSJ de Aragón de 25 de julio de 2013 (Ar. RJ 2013\5407).
STSJ de Aragón de 4 de septiembre de 2013 (Ar. RJ 2013\8305).

STSJ de Aragón de 30 de septiembre de 2013 (Ar. RJ 2014\1186).

STSJ de Aragón de 9 de octubre de 2013 (Ar. RJ 2013\8497).

STSJ de Aragón de 15 de noviembre de 2013 (Ar. RJ 2013\8501).

STSJ de Aragón de 10 de enero de 2014 (Ar. RJ 2014\982).

STSJ de Aragón de 17 de febrero de 2014 (Ar. RJ 2014\1570).

STSJ de Aragón de 23 de mayo de 2014 (Ar. JUR 2014\181021).

STSJ de Aragón de 18 de julio de 2014 (Ar. RJ 2014\4293).

STSJ de Aragón de 26 de septiembre de 2014 (Ar. RJ 2014\5533).

STSJ de Aragón de 21 de octubre de 2014 (Ar. RJ 2014\6673).

STSJ de Aragón de 2 de octubre de 2015 (Ar. RJ 2015\4641).

STSJ de Aragón de 6 de octubre de 2015 (Ar. RJ 2015\4645).

STSJ de Aragón de 16 de octubre de 2015 (Ar. RJ 2015\4650).

STSJ de Aragón de 18 enero de 2018 (Ar. RJ 2018\1013).

CATALUÑA

STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008 (Ar. RJ 2009\643).

STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2008 (Ar. RJ 2009\1449).

STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2010 (Ar. RJ 2010\4016).

STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2010 (Ar. RJ 2010\4018).

STSJ de Cataluña de 26 de julio de 2012 (Ar. RJ 2012\10031).

STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2014 (Ar. RJ 2014\3744).

STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2015 (Ar. RJ 2015\1236).

STSJ de Cataluña de 29 marzo de 2017 (Ar. RJ 2017\2098).

STSJ de Cataluña de 20 julio 2017 (Ar. RJ 2017\6251).

STSJ de Cataluña de 6 noviembre 2017 (Ar. RJ 2017\6074).

NAVARRA

STSJ de Navarra de 23 de octubre de 2012 (RJ 2012\11174).

VALENCIA

STSJ de Valencia de 24 de enero de 2012 (Ar. RJ 2012\5920).

Auto del STSJ de Valencia de 12 de marzo de 2012 (Ar. RJ 2012\5934).

Auto del STSJ de Valencia de 17 de abril de 2012 (Ar. RJ 2012\8777).

STSJ de Valencia de 6 de septiembre de 2013 (Ar. RJ 2013\6660).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

A CORUÑA

SAP de A Coruña de 27 de noviembre de 1996 (Ar. AC 1996\2194).

SAP de A Coruña de 9 de febrero de 1999 (Ar. AC 1999\3850).

SAP de A Coruña de 16 de julio de 1999 (Ar. AC 1999\8867).

SAP de A Coruña de 14 de febrero de 2005 (Ar. JUR 2006\92903).

SAP de A Coruña de 21 de marzo de 2006 (Ar. JUR 2006\144391).

SAP de A Coruña de 22 de mayo de 2006 (Ar. JUR 2006\187779).

SAP de A Coruña de 24 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\81326).

SAP de A Coruña de 14 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\228632).

SAP de A Coruña de 16 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\138536).

SAP de A Coruña de 21 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\272575).

SAP de A Coruña de 17 de abril de 2008 (Ar. JUR 2008\225590).

SAP de A Coruña de 30 de julio de 2008 (Ar. JUR 2008\368106).

SAP de A Coruña de 10 de septiembre de 2008 (Ar. AC 2008\1725).

SAP de A Coruña de 4 de diciembre de 2009 (Ar. JUR 2010\199579).

SAP de A Coruña de 16 de septiembre de 2010 (Ar. JUR 2010\343095).

SAP de A Coruña de 1 de diciembre de 2010 (Ar. JUR 2011\54542).

SAP de A Coruña de 20 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2011\345105).

SAP de A Coruña de 24 de octubre de 2011 (Ar. JUR 2011\391731).

SAP de A Coruña de 7 de septiembre de 2012 (Ar. JUR 2012\31432).

SAP de A Coruña de 3 de diciembre de 2015 (Ar. JUR 2015\308436).

SAP de A Coruña de 18 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\51121).

SAP de A Coruña de 6 febrero de 2018 (Ar. JUR 2018\95375).

ÁLAVA

SAP de Álava de 15 de marzo de 1993 (Ar. AC 1993\289).

SAP de Álava de 12 de marzo de 2001 (Ar. AC 2001\786).

SAP de Álava de 20 de junio de 2002 (Ar. JUR 2003\88619).

SAP de Álava de 17 de junio de 2014 (Ar. JUR 2014\246623).

SAP de Álava de 27 de octubre de 2014 (Ar. JUR 2015\13243).

ALBACETE

SAP de Albacete de 10 de febrero de 1998 (Ar. AC 1998\3462).

SAP de Albacete de 18 de enero de 1999 (Ar. AC 1999\1).

SAP de Albacete de 1 de diciembre de 2003 (Ar. JUR 2004\51020).

SAP de Albacete de 19 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\88847).

SAP de Albacete de 29 de junio de 2007 (Ar. JUR 2007\336956).

SAP de Albacete de 13 de noviembre de 2009 (Ar. JUR 2010\26981).

SAP de Albacete de 15 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\51514).

ALICANTE

SAP de Alicante de 7 de julio de 1997 (Ar. AC 1997\1591).

SAP de Alicante de 6 de marzo de 2003 (Ar. JUR 2003\193553).

SAP de Alicante de 9 de marzo de 2004 (Ar. JUR 2004\112241).

SAP de Alicante de 21 de mayo de 2004 (Ar. JUR 2005\25461).

SAP de Alicante de 27 de enero de 2005 (Ar. JUR 2005\86322).

SAP de Alicante de 3 de marzo de 2005 (Ar. JUR 2005\196981).

SAP de Alicante de 11 de abril de 2006 (Ar. JUR 2006\186337).

SAP de Alicante de 8 de mayo de 2006 (Ar. JUR 2006\248961).

SAP de Alicante de 22 de septiembre de 2006 (Ar. JUR 2008\140748).

SAP de Alicante de 1 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\265890).

SAP de Alicante de 22 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\265423).

SAP de Alicante de 4 de abril de 2007 (Ar. JUR 2007\263029).

SAP de Alicante de 16 de mayo de 2007 (Ar. JUR 2008\157986).

SAP de Alicante de 24 de abril de 2009 (Ar. AC 2009\1040).

SAP de Alicante de 11 de junio de 2009 (Ar. JUR 2009\370489).

SAP de Alicante de 17 de mayo de 2011 (Ar. JUR 2011\312392).

SAP de Alicante de 16 de junio de 2011 (Ar. JUR 2012\12022).

SAP de Alicante de 8 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2012\11588).

SAP de Alicante de 16 de enero de 2012 (Ar. JUR 2012\216263).

SAP de Alicante de 31 de enero de 2012 (Ar. JUR 2012\185820).

SAP de Alicante de 28 de noviembre de 2012 (Ar. JUR 2013\57014).

SAP de Alicante de 5 de diciembre de 2012 (Ar. JUR 2013\116336).

SAP de Alicante de 28 de febrero de 2013 (Ar. JUR 2013\201765).

SAP de Alicante de 11 de marzo de 2013 (Ar. JUR 2013\187770).

SAP de Alicante de 7 de mayo de 2013 (Ar. JUR 2013\279127).

SAP de Alicante de 12 de julio de 2013 (Ar. JUR 2013\350085).

SAP de Alicante de 24 de octubre de 2013 (Ar. JUR 2014\7596).

SAP de Alicante de 25 de octubre de 2013 (Ar. JUR 2014\5732).

SAP de Alicante de 30 de octubre de 2013 (Ar. JUR 2014\7998).

SAP de Alicante de 30 de enero de 2014 (Ar. JUR 2014\118517).

SAP de Alicante de 8 de julio de 2014 (Ar. JUR 2015\54154).

SAP de Alicante de 10 de febrero de 2015 (Ar. JUR 2015\124422).

SAP de Alicante de 11 de marzo de 2015 (Ar. JUR 2015\142649).

SAP de Alicante de 5 de mayo de 2015 (Ar. JUR 2015\167918).

SAP de Alicante de 6 de mayo de 2015 (Ar. JUR 2015\167331).

SAP de Alicante de 7 de mayo de 2015 (Ar. JUR 2015\167333).

ALMERÍA

SAP de Almería de 11 de febrero de 1998 (Ar. AC 1998\3359).

SAP de Almería de 11 de mayo de 1998 (Ar. AC 1998\5469).

SAP de Almería de 14 de junio de 1999 (Ar. AC 1999\1365).

SAP de Almería de 17 de febrero de 2003 (Ar. JUR 2003\76562).

SAP de Almería de 20 de octubre de 2003 (Ar. JUR 2003\271559).

SAP de Almería de 18 de enero de 2005 (Ar. JUR 2006\33259).

SAP de Almería de 13 de mayo de 2009 (Ar. JUR 2010\346677).

SAP de Almería de 27 de diciembre de 2012 (Ar. JUR 2013\133930).

ASTURIAS

SAP de Asturias de 27 de mayo de 2002 (Ar. JUR 2002\191125).

SAP de Asturias de 22 de octubre de 2002 (Ar. JUR 2003\11859).

SAP de Asturias de 30 de octubre de 2002 (Ar. JUR 2003\12925).

SAP de Asturias de 2 de abril de 2003 (Ar. JUR 2003\231488).

SAP de Asturias de 7 de noviembre de 2003 (Ar. JUR 2004\66270).

SAP de Asturias de 10 de diciembre de 2003 (Ar. JUR 2004\67256).

SAP de Asturias de 9 de junio de 2004 (Ar. JUR 2004\185391).

SAP de Asturias de 15 de julio de 2004 (Ar. JUR 2005\25060).

SAP de Asturias de 27 de enero de 2005 (Ar. JUR 2005\44239).

SAP de Asturias de 31 de marzo de 2005 (Ar. JUR 2005\96434).

SAP de Asturias de 29 de septiembre de 2005 (Ar. JUR 2005\236494).

SAP de Asturias de 10 de febrero de 2006 (Ar. JUR 2006\134441).

SAP de Asturias de 13 de junio de 2006 (Ar. JUR 2006\187339).

SAP de Asturias de 26 de septiembre de 2006 (Ar. JUR 2006\251474).

SAP de Asturias de 23 de octubre de 2006 (Ar. JUR 2006\277868).

SAP de Asturias de 29 de noviembre de 2006 (Ar. JUR 2007\23523).

SAP de Asturias de 23 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\204352).

SAP de Asturias de 27 de abril de 2007 (Ar. JUR 2007\296632).

SAP de Asturias de 31 de mayo de 2007 (Ar. JUR 2007\294485).

SAP de Asturias de 17 de septiembre de 2007 (Ar. JUR 2008\50750).

SAP de Asturias de 20 de septiembre de 2007 (Ar. JUR 2008\60334).

SAP de Asturias de 17 de abril de 2009 (Ar. JUR 2009\246098).

SAP de Asturias de 14 de mayo de 2009 (Ar. JUR 2009\269029).

SAP de Asturias de 26 de mayo de 2009 (Ar. JUR 2009\319739).

SAP de Asturias de 28 de abril de 2010 (Ar. JUR 2010\232322).

SAP de Asturias de 19 de mayo de 2010 (Ar. JUR 2010\238748).

SAP de Asturias de 20 de mayo de 2010 (Ar. JUR 2010\238431).

SAP de Asturias de 8 de abril de 2011 (Ar. JUR 2011\215764).

SAP de Asturias de 28 de abril de 2011 (Ar. JUR 2011\214971).

SAP de Asturias de 16 de enero de 2015 (Ar. JUR 2015\66713).

SAP de Asturias de 4 de diciembre de 2015 (Ar. JUR 2016\33099).

SAP de Asturias de 31 de octubre de 2016 (Ar. JUR 2016\266840).

SAP de Asturias de 25 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\64401).

ÁVILA

SAP de Ávila de 10 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\50948).

SAP de Ávila de 1 febrero de 2018 (Ar. JUR 2018\67850).

BADAJOS

SAP de Badajoz de 23 de enero de 1998 (Ar. AC 1998\165).

SAP de Badajoz de 15 de julio de 1998 (Ar. AC 1998\1387).

SAP de Badajoz de 19 de abril de 1999 (Ar. AC 1999\750).

SAP de Badajoz de 4 de septiembre de 2009 (Ar. JUR 2009\429496).

SAP de Badajoz de 18 de mayo del 2000 (Ar. AC 2000\956).

SAP de Badajoz de 15 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\81749).

SAP de Badajoz de 25 de abril de 2007 (Ar. JUR 2007\281032).

SAP de Badajoz de 15 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\63182).

SAP de Badajoz de 31 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\67498).

BALEARES

SAP de Baleares de 29 de junio de 1998 (Ar. AC 1998\1459).

SAP de Baleares de 19 de abril de 1999 (Ar. AC 1999\4858).

SAP de Baleares de 20 de julio de 1999 (Ar. AC 1999\7889).

SAP de Baleares de 9 de mayo de 2002 (Ar. JUR 2002\187481).

SAP de Baleares de 6 de septiembre de 2002 (Ar. JUR 2002\271944).

SAP de Baleares de 18 de noviembre de 2002 (Ar. JUR 2003\91648).

SAP de Baleares de 13 de abril de 2004 (Ar. JUR 2004\171529).

SAP de Baleares de 1 de septiembre de 2004 (Ar. JUR 2004\255234).

SAP de Baleares de 17 de septiembre de 2004 (Ar. JUR 2004\287192).

SAP de Baleares de 30 de septiembre de 2004 (Ar. JUR 2005\36500).

SAP de Baleares de 29 de junio de 2005 (Ar. JUR 2005\178434).

SAP de Baleares de 7 de marzo de 2006 (Ar. JUR 2006\141176).

SAP de Baleares de 12 de mayo de 2006 (Ar. JUR 2006\203077).

SAP de Baleares de 28 de noviembre de 2006 (Ar. JUR 2007\240039).

SAP de Baleares de 29 de diciembre de 2006 (Ar. JUR 2007\89096).

SAP de Baleares de 27 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2008\133674).

SAP de Baleares de 27 de abril de 2007 (Ar. JUR 2007\289800).

SAP de Baleares de 7 de febrero de 2008 (Ar. AC 2008\1996).

SAP de Baleares de 25 de abril de 2008 (Ar. JUR 2008\331845).

SAP de Baleares de 18 de junio de 2008 (Ar. JUR 2009\83419).

SAP de Baleares de 12 de noviembre de 2008 (Ar. JUR 2009\119465).

SAP de Baleares de 31 de marzo de 2009 (Ar. JUR 2009\274065).

SAP de Baleares de 10 de julio de 2009 (Ar. JUR 2009\408030).

SAP de Baleares de 13 de julio de 2009 (Ar. JUR 2009\408025).

SAP de Baleares de 14 de julio de 2009 (Ar. JUR 2009\425449).

SAP de Baleares de 30 de octubre de 2009 (Ar. JUR 2009\488137).

SAP de Baleares de 11 de mayo de 2010 (Ar. JUR 2010\239784).

SAP de Baleares de 20 de julio de 2010 (Ar. JUR 2010\302709).

SAP de Baleares de 6 de abril de 2011 (Ar. JUR 2011\187033).

SAP de Baleares de 8 de abril de 2011 (Ar. JUR 2011\186442).

SAP de Baleares de 20 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2011\347585).

SAP de Baleares de 24 de enero de 2012 (Ar. JUR 2012\53818).

SAP de Baleares de 18 de marzo de 2014 (Ar. JUR 2014\98386).

SAP de Baleares de 19 de mayo de 2014 (Ar. JUR 2014\179797).

SAP de Baleares de 23 de diciembre de 2015 (Ar. JUR 2016\27845).

SAP de Baleares de 23 de enero de 2018 (Ar. JUR 2018\64737).

BARCELONA

SAP de Barcelona de 1 de abril de 1997 (Ar. AC 1997\969).

SAP de Barcelona de 5 de enero de 1998 (Ar. AC 1998\24).

SAP de Barcelona de 6 de mayo de 1998 (Ar. AC 1998\5563).

SAP de Barcelona de 16 de septiembre de 1998 (Ar. AC 1998\6460).

SAP de Barcelona de 15 de febrero de 1999 (Ar. AC 1999\3815).

SAP de Barcelona de 30 de abril de 1999 (Ar. AC 1999\6596).

SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1999 (Ar. AC 1999\5921).

SAP de Barcelona de 10 de junio de 1999 (Ar. AC 1999\6801).

SAP de Barcelona de 13 de septiembre de 1999 (Ar. AC 1999\7368).

SAP de Barcelona de 15 de noviembre de 1999 (Ar. AC 1999\2485).

SAP de Barcelona de 14 de marzo del 2000 (Ar. AC 2000\4278).

SAP de Barcelona de 17 de marzo del 2000 (Ar. JUR 2000\139023).

SAP de Barcelona de 5 de octubre del 2000 (Ar. JUR 2001\56).

SAP de Barcelona de 22 de mayo de 2001 (Ar. JUR 2001\245214).

SAP de Barcelona de 7 de junio de 2001 (Ar. JUR 2001\251463).

SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2001 (Ar. JUR 2002\18451).

SAP de Barcelona de 21 de diciembre de 2001 (Ar. JUR 2002\85050).

SAP de Barcelona de 25 de enero de 2002 (Ar. JUR 2002\134455).

SAP de Barcelona de 28 de marzo de 2002 (Ar. JUR 2002\152815).

SAP de Barcelona de 25 de abril de 2002 (Ar. JUR 2002\185046).

SAP de Barcelona de 15 de julio de 2002 (Ar. JUR 2002\278952).

SAP de Barcelona de 15 de abril de 2003 (Ar. JUR 2003\254131).

SAP de Barcelona de 28 de abril de 2003 (Ar. AC 2003\1713).

SAP de Barcelona de 21 de octubre de 2003 (Ar. JUR 2003\259763).

SAP de Barcelona de 18 de noviembre de 2003 (Ar. JUR 2004\5170).

SAP de Barcelona de 2 de diciembre de 2003 (Ar. JUR 2004\77632).

SAP de Barcelona de 3 de marzo de 2004 (Ar. JUR 2004\119199).

SAP de Barcelona de 26 de abril de 2004 (Ar. JUR 2004\150769).

SAP de Barcelona de 3 de mayo de 2004 (Ar. JUR 2004\241732).

SAP de Barcelona de 9 de junio de 2004 (Ar. JUR 2004\208629).

SAP de Barcelona de 22 de julio de 2004 (Ar. JUR 2004\217560).

SAP de Barcelona de 3 de septiembre de 2004 (Ar. JUR 2004\288113).

SAP de Barcelona de 9 de septiembre de 2004 (Ar. JUR 2004\305634).

Auto de la AP de Barcelona de 29 de octubre de 2004 (Ar. JUR 2004\302243).

SAP de Barcelona de 7 de febrero de 2005 (Ar. JUR 2005\83430).

SAP de Barcelona de 10 de febrero de 2005 (Ar. JUR 2005\80554).

SAP de Barcelona de 14 de marzo de 2005 (Ar. JUR 2005\119725).

SAP de Barcelona de 10 de mayo de 2005 (Ar. JUR 2005\170296).

Auto de la AP de Barcelona de 14 de junio de 2005 (Ar. JUR 2005\176421).

SAP de Barcelona de 22 de junio de 2005 (Ar. JUR 2005\175869).

SAP de Barcelona de 9 de enero de 2006 (Ar. JUR 2006\85030).

SAP de Barcelona de 12 de enero de 2006 (Ar. JUR 2006\84815).

Auto de la AP de Barcelona de 7 de febrero de 2006 (Ar. JUR 2006\112111).

SAP de Barcelona de 17 de marzo de 2006 (Ar. JUR 2006\231653).

SAP de Barcelona de 11 de mayo de 2006 (Ar. JUR 2006\271683).

SAP de Barcelona de 16 de mayo de 2006 (Ar. JUR 2006\260210).

SAP de Barcelona de 25 de mayo de 2006 (Ar. JUR 2007\3835).

SAP de Barcelona de 27 de julio de 2006 (Ar. JUR 2007\124388).

SAP de Barcelona de 9 de octubre de 2006 (Ar. JUR 2007\140591).

SAP de Barcelona de 7 de noviembre de 2006 (Ar. JUR 2007\113747).

SAP de Barcelona de 9 de noviembre de 2006 (Ar. JUR 2007\113641).

SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2006 (Ar. JUR 2007\143259).

SAP de Barcelona de 21 de diciembre de 2006 (Ar. JUR 2007\143211).

SAP de Barcelona de 8 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\192980).

SAP de Barcelona de 10 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\178861).

SAP de Barcelona de 12 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\178637).

SAP de Barcelona de 23 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\192715).

SAP de Barcelona de 1 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\205331).

SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\204890).

SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\101427).

SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\204497).

SAP de Barcelona de 27 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\120435).

SAP de Barcelona de 12 de abril de 2007 (Ar. JUR 2007\271520).

SAP de Barcelona de 17 de abril de 2007 (Ar. JUR 2007\242769).

SAP de Barcelona de 27 de abril de 2007 (Ar. JUR 2007\242076).

SAP de Barcelona de 8 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\120704).

SAP de Barcelona de 9 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\120661).

SAP de Barcelona de 10 de mayo de 2007 (Ar. JUR 2007\261394).

SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2007 (Ar. JUR 2007\260532).

SAP de Barcelona de 21 de junio de 2007 (Ar. JUR 2007\285748).

SAP de Barcelona de 12 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\284709).

SAP de Barcelona de 19 de junio de 2007 (Ar. JUR 2007\293042).

SAP de Barcelona de 21 de junio de 2007 (Ar. JUR 2007\277071).

SAP de Barcelona de 26 de junio de 2007 (Ar. JUR 2007\285611).

SAP de Barcelona de 4 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\276723).

SAP de Barcelona de 18 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\284403).

SAP de Barcelona de 20 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\284308).

SAP de Barcelona de 25 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\284117).

SAP de Barcelona de 26 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\284045).

SAP de Barcelona de 27 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\331268).

SAP de Barcelona de 1 de octubre de 2007 (Ar. JUR 2008\14175).

SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2007 (Ar. JUR 2008\13568).

SAP de Barcelona de 23 de octubre de 2007 (Ar. JUR 2008\12059).

Auto de la AP de Barcelona de 3 de diciembre de 2007 (Ar. JUR 2008\73382).

SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 2007 (Ar. JUR 2008\109344).

SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2007 (Ar. JUR 2008\108567).

SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2008 (Ar. JUR 2008\144903).

SAP de Barcelona de 25 de abril de 2008 (Ar. JUR 2008\178328).

SAP de Barcelona de 14 de mayo de 2008 (Ar. JUR 2008\205142).

SAP de Barcelona de 6 de junio de 2008 (Ar. JUR 2008\266236).

SAP de Barcelona de 18 de julio de 2008 (Ar. JUR 2008\314409).

SAP de Barcelona de 24 de julio de 2008 (Ar. JUR 2008\314120).

SAP de Barcelona de 19 de septiembre de 2008 (Ar. JUR 2009\41264).

SAP de Barcelona de 8 de octubre de 2008 (Ar. JUR 2009\38058).

SAP de Barcelona de 26 de noviembre de 2008 (Ar. JUR 2009\72858).

SAP de Barcelona de 12 de mayo de 2009 (Ar. JUR 2009\401638).

SAP de Barcelona de 13 de mayo de 2009 (Ar. JUR 2009\401482).

SAP de Barcelona de 11 de junio de 2009 (Ar. JUR 2009\408657).

SAP de Barcelona de 1 de julio de 2009 (Ar. JUR 2009\418335).

SAP de Barcelona de 7 de julio de 2009 (Ar. JUR 2009\418038).

SAP de Barcelona de 15 de julio de 2009 (Ar. JUR 2009\455353).

SAP de Barcelona de 16 de julio de 2009 (Ar. JUR 2009\493133).

SAP de Barcelona de 27 de julio de 2009 (Ar. JUR 2009\417004).

SAP de Barcelona de 28 de julio de 2009 (Ar. JUR 2009\492865).

SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 2009 (Ar. JUR 2010\85064).

SAP de Barcelona de 21 de diciembre de 2009 (Ar. JUR 2010\84447).

SAP de Barcelona de 29 de diciembre de 2009 (Ar. JUR 2010\151764).

SAP de Barcelona de 27 de enero de 2010 (Ar. JUR 2010\148898).

SAP de Barcelona de 9 de febrero de 2010 (Ar. JUR 2010\147540).

SAP de Barcelona de 3 de marzo de 2010 (Ar. JUR 2010\177860).

SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2010 (Ar. JUR 2010\176951).

SAP de Barcelona de 26 marzo 2010 (Ar. JUR 2010\389182).

SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2010 (Ar. JUR 2010\175136).

SAP de Barcelona de 13 de abril de 2010 (Ar. JUR 2010\242844).

SAP de Barcelona de 22 de abril de 2010 (Ar. JUR 2010\241560).

SAP de Barcelona de 14 de mayo de 2010 (Ar. JUR 2010\291104).

SAP de Barcelona de 18 de mayo de 2010 (Ar. JUR 2010\291049).

SAP de Barcelona de 22 de septiembre de 2010 (Ar. JUR 2011\83310).

SAP de Barcelona de 7 de octubre de 2010 (Ar. JUR 2010\384350).

SAP de Barcelona de 7 de noviembre de 2010 (Ar. JUR 2011\81330).

SAP de Barcelona de 24 de noviembre de 2010 (Ar. JUR 2011\79470).

SAP de Barcelona de 10 de marzo de 2011 (Ar. JUR 2011\180192).

SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2011 (Ar. JUR 2011\293241).

SAP de Barcelona de 25 de mayo de 2011 (Ar. JUR 2011\257752).

SAP de Barcelona de 8 de junio de 2011 (Ar. JUR 2011\311450).

SAP de Barcelona de 8 de julio de 2011 (Ar. JUR 2011\367569).

SAP de Barcelona de 7 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2011\367429).

SAP de Barcelona de 21 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2011\367442).

SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2011 (Ar. JUR 2011\408769).

SAP de Barcelona de 12 de diciembre de 2011 (Ar. JUR 2012\23659).

SAP de Barcelona de 14 de diciembre de 2011 (Ar. JUR 2012\21752).

SAP de Barcelona de 10 de abril de 2012 (Ar. JUR 2012\195763).

SAP de Barcelona de 21 de septiembre de 2012 (Ar. JUR 2012\331262).

SAP de Barcelona de 23 de octubre de 2012 (Ar. JUR 2012\370989).

SAP de Barcelona de 9 de enero de 2013 (Ar. JUR 2013\71975).

SAP de Barcelona de 4 de febrero de 2013 (Ar. JUR 2013\172522).

SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2013 (Ar. JUR 2013\171898).

SAP de Barcelona de 27 de febrero de 2013 (Ar. JUR 2013\109922).

SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2013 (Ar. JUR 2013\169985).

SAP de Barcelona de 18 de junio de 2013 (Ar. JUR 2013\337590).

SAP de Barcelona de 1 de octubre de 2013 (Ar. JUR 2013\354341).

SAP de Barcelona de 2 de octubre de 2013 (Ar. JUR 2013\354342).

SAP de Barcelona de 28 de noviembre de 2013 (Ar. JUR 2013\384072).

SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 2013 (Ar. JUR 2014\20728).

SAP de Barcelona de 10 de enero de 2014 (Ar. JUR 2014\52903).

SAP de Barcelona de 30 de enero de 2014 (Ar. JUR 2014\52820).

SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2014 (Ar. JUR 2014\84864).

SAP de Barcelona de 26 de marzo de 2014 (Ar. JUR 2014\112844).

SAP de Barcelona de 2 de abril de 2014 (Ar. JUR 2014\134678).

SAP de Barcelona de 8 de abril de 2014 (Ar. JUR 2014\135644).

SAP de Barcelona de 9 de abril de 2014 (Ar. AC 2014\689).

SAP de Barcelona de 8 de octubre de 2014 (Ar. JUR 2015\10091).

SAP de Barcelona de 7 de noviembre de 2014 (Ar. JUR 2015\43312).

SAP de Barcelona de 12 de enero de 2016 (Ar. JUR 2016\102213).

SAP de Barcelona de 16 de marzo de 2017 (Ar. JUR 2017\183605).

SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2017 (Ar. JUR 2017\198351).

SAP de Barcelona de 12 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\38122).

SAP de Barcelona de 16 de enero de 2018 (Ar. JUR 2018\38141).

SAP de Barcelona de 24 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\82544).

SAP de Barcelona de 6 febrero de 2018 (Ar. JUR 2018\82473).

BURGOS

SAP de Burgos de 25 de junio de 1999 (Ar. AC 1999\1571).

SAP de Burgos de 15 de diciembre de 2003 (Ar. JUR 2004\51543).

SAP de Burgos de 31 de marzo de 2004 (Ar. JUR 2004\146453).

SAP de Burgos de 30 de junio de 2006 (Ar. JUR 2006\228603).

SAP de Burgos de 3 de noviembre de 2006 (Ar. JUR 2007\23869).

SAP de Burgos de 14 de diciembre de 2006 (Ar. JUR 2007\60376).

SAP de Burgos de 8 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\251023).

SAP de Burgos de 12 de mayo de 2008 (Ar. JUR 2009\20155).

SAP de Burgos de 15 de mayo de 2012 (Ar. JUR 2012\234462).

CÁCERES

SAP de Cáceres de 1 de febrero del 2000 (Ar. AC 2000\777).

SAP de Cáceres de 16 de octubre de 2006 (Ar. JUR 2006\285927).

SAP de Cáceres de 5 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\265115).

SAP de Cáceres de 26 de junio de 2012 (Ar. JUR 2012\237299).

SAP de Cáceres de 26 de junio de 2013 (Ar. JUR 2013\248598).

SAP de Cáceres de 21 marzo de 2017 (Ar. AC 2017\548)

SAP de Cáceres de 24 de enero de 2018 (Ar. JUR 2018\68206).

CÁDIZ

SAP de Cádiz de 18 de enero de 2001 (Ar. JUR 2001\114647).

SAP de Cádiz de 8 de abril de 2002 (Ar. JUR 2002\164469).

SAP de Cádiz de 4 de junio de 2003 (Ar. JUR 2003\223302).

SAP de Cádiz de 9 de septiembre de 2005 (Ar. AC 2005\1999).

SAP de Cádiz de 31 de mayo de 2007 (Ar. JUR 2007\358864).

SAP de Cádiz de 12 de junio de 2007 (Ar. JUR 2008\17513).

SAP de Cádiz de 15 de noviembre de 2007 (Ar. JUR 2008\56643).

SAP de Cádiz de 16 de abril de 2008 (Ar. JUR 2008\234373).

SAP de Cádiz de 23 de marzo de 2011 (Ar. JUR 2011\242030).

SAP de Cádiz de 29 de marzo de 2012 (Ar. JUR 2012\157593).

SAP de Cádiz de 3 de octubre de 2012 (Ar. JUR 2013\7303).

SAP de Cádiz de 3 de mayo de 2017 (Ar. JUR 2017\183872).

SAP de Cádiz de 10 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\82579).

SAP de Cádiz de 11 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\82165).

SAP de Cádiz de 31 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\82402).

CANTABRIA

SAP de Cantabria de 3 de marzo del 2000 (Ar. AC 2000\4659).

SAP de Cantabria de 3 de abril de 2007 (Ar. JUR 2007\263125).

SAP de Cantabria de 12 de mayo de 2009 (Ar. JUR 2009\269291).

SAP de Cantabria de 28 de mayo de 2015 (Ar. JUR 2015\265595).

SAP de Cantabria de 5 febrero de 2018 (Ar. JUR 2018\75145).

CASTELLÓN

SAP de Castellón de 12 de febrero de 1998 (Ar. AC 1998\462).

SAP de Castellón de 14 de julio de 1998 (Ar. AC 1998\1429).

SAP de Castellón de 20 de julio de 1998 (Ar. AC 1998\6509).

SAP de Castellón de 7 octubre de 1998 (Ar. AC 1998\7583).

SAP de Castellón de 17 de marzo de 1999 (Ar. AC 1999\549).

SAP de Castellón de 20 de diciembre de 1999 (Ar. AC 1999\2550).

SAP de Castellón de 20 de abril del 2000 (Ar. AC 2000\1012).

SAP de Castellón de 20 de septiembre del 2000 (Ar. AC 2000\1796).

SAP de Castellón de 3 de julio de 2001 (Ar. JUR 2002\29767).

SAP de Castellón de 10 de abril de 2003 (Ar. AC 2003\846).

SAP de Castellón de 27 de junio de 2003 (Ar. JUR 2004\11638).

SAP de Castellón de 1 de octubre de 2003 (Ar. JUR 2003\264372).

SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003 (Ar. JUR 2003\264777).

SAP de Castellón de 13 de julio de 2005 (Ar. JUR 2005\202806).

SAP de Castellón de 4 de octubre de 2005 (Ar. JUR 2005\274311).

SAP de Castellón de 15 de noviembre de 2005 (Ar. JUR 2006\107227).

SAP de Castellón de 27 de junio de 2006 (Ar. JUR 2006\253170).

SAP de Castellón de 26 de julio de 2006 (Ar. JUR 2007\77990).

SAP de Castellón de 23 de octubre de 2006 (Ar. JUR 2007\228244).

SAP de Castellón de 7 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\273649).

SAP de Castellón de 22 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\214131).

SAP de Castellón de 11 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\317946).

SAP de Castellón de 19 de junio de 2007 (Ar. JUR 2007\320791).

SAP de Castellón de 21 de enero de 2008 (Ar. JUR 2008\156176).

SAP de Castellón de 22 de enero de 2008 (Ar. JUR 2008\156170).

SAP de Castellón de 25 de enero de 2008 (Ar. JUR 2008\167943).

SAP de Castellón de 28 de mayo de 2008 (Ar. JUR 2008\274860).

SAP de Castellón de 22 de marzo de 2010 (Ar. JUR 2010\220643).

SAP de Castellón de 18 de febrero de 2011 (Ar. AC 2011\1052).

SAP de Castellón de 15 de noviembre de 2011 (Ar. JUR 2012\75942).

SAP de Castellón de 7 de septiembre de 2012 (Ar. JUR 2013\19216).

SAP de Castellón de 24 de febrero de 2014 (Ar. JUR 2015\56256).

SAP de Castellón de 9 de junio de 2014 (Ar. AC 2014\1622).

SAP de Castellón de 2 de septiembre de 2014 (Ar. JUR 2015\53194).

SAP de Castellón de 19 de septiembre de 2014 (Ar. JUR 2015\52949).

SAP de Castellón de 3 de octubre de 2014 (Ar. JUR 2015\56255).

SAP de Castellón de 8 de octubre de 2014 (Ar. JUR 2015\54866).

SAP de Castellón de 24 de octubre de 2014 (Ar. JUR 2015\56256).

SAP de Castellón de 19 de enero de 2016 (Ar. JUR 2016\143537).

SAP de Castellón de 27 de octubre de 2016 (Ar. JUR 2017\12918).

CIUDAD REAL

SAP de Ciudad Real de 17 de noviembre de 1998 (Ar. AC 1998\2323).

SAP de Ciudad Real de 23 de octubre de 2001 (Ar. JUR 2002\30910).

SAP de Ciudad Real de 3 de mayo de 2004 (Ar. JUR 2004\200095).

SAP de Ciudad Real de 20 de abril de 2007 (Ar. JUR 2007\304949).

SAP de Ciudad Real de 26 de abril de 2010 (Ar. JUR 2010\232578).

SAP de Ciudad Real de 16 de febrero de 2011 (Ar. JUR 2011\145306).

SAP de Ciudad Real de 23 de septiembre de 2013 (Ar. JUR 2013\313057).

CÓRDOBA

SAP de Córdoba de 26 de junio del 2000 (Ar. AC 2000\4677).

SAP de Córdoba de 20 de marzo de 2003 (Ar. JUR 2003\117693).

SAP de Córdoba de 14 de julio de 2003 (Ar. AC 2003\1480).

SAP de Córdoba de 9 de diciembre de 2003 (Ar. JUR 2004\20140).

SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2003 (Ar. JUR 2004\20303).

SAP de Córdoba de 3 de febrero de 2004 (Ar. JUR 2004\102654).

SAP de Córdoba de 1 de marzo de 2004 (Ar. JUR 2004\125769).

SAP de Córdoba de 26 de marzo de 2004 (Ar. JUR 2004\128515).

SAP de Córdoba de 10 de marzo de 2005 (Ar. JUR 2005\144585).

SAP de Córdoba de 12 de septiembre de 2005 (Ar. JUR 2006\30635).

SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006 (Ar. JUR 2006\230967).

SAP de Córdoba de 3 de octubre de 2007 (Ar. JUR 2008\59509).

SAP de Córdoba de 15 de noviembre de 2007 (Ar. JUR 2008\56604).

SAP de Córdoba de 26 de noviembre de 2008 (Ar. JUR 2009\60234).

SAP de Córdoba de 23 de febrero de 2009 (Ar. JUR 2009\314795).

SAP de Córdoba de 3 de noviembre de 2010 (Ar. JUR 2011\377808).

SAP de Córdoba de 30 de julio de 2014 (Ar. JUR 2014\258259).

SAP de Córdoba de 23 de enero de 2018 (Ar. JUR 2018\46596).

SAP de Córdoba de 23 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\48783).

CUENCA

SAP de Cuenca de 30 de septiembre de 1996 (Ar. AC 1996\2457).

SAP de Cuenca de 17 de diciembre de 1998 (Ar. AC 1998\2551).

SAP de Cuenca de 28 de febrero de 2003 (Ar. AC 2003\886).

SAP de Cuenca de 3 de septiembre de 2007 (Ar. JUR 2007\364282).

GIRONA

SAP de Girona de 9 de febrero del 2000 (Ar. AC 2000\184).

SAP de Girona de 25 de febrero de 2001 (Ar. AC 2001\1827).

SAP de Girona de 28 de febrero de 2001 (Ar. JUR 2001\320026).

SAP de Girona de 21 de mayo de 2001 (Ar. JUR 2001\199817).

SAP de Girona de 27 de enero de 2004 (Ar. JUR 2004\90873).

SAP de Girona de 20 de octubre de 2004 (Ar. JUR 2004\309987).

SAP de Girona de 21 de marzo de 2005 (Ar. JUR 2005\125312).

SAP de Girona de 13 de octubre de 2005 (Ar. JUR 2006\50383).

SAP de Girona de 26 de enero de 2006 (Ar. JUR 2006\112601).

SAP de Girona de 6 de marzo de 2006 (Ar. JUR 2006\266554).

SAP de Girona de 3 de noviembre de 2006 (Ar. JUR 2007\105329).

SAP de Girona de 29 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\250697).

SAP de Girona de 23 de octubre de 2007 (Ar. JUR 2008\128075).

SAP de Girona de 9 de enero de 2008 (Ar. JUR 2008\139220).

SAP de Girona de 13 de octubre de 2009 (Ar. AC 2010\205).

SAP de Girona de 30 de septiembre de 2010 (Ar. JUR 2010\385443).

SAP de Girona de 10 de junio de 2011 (Ar. JUR 2011\290768).

SAP de Girona de 5 de diciembre de 2011 (Ar. JUR 2012\18324).

SAP de Girona de 11 de octubre de 2016 (Ar. JUR 2017\53891).

GRANADA

SAP de Granada de 14 de diciembre de 1992 (Ar. AC 1992\1671).

SAP de Granada de 30 de mayo del 2000 (Ar. JUR 2000\268224).

Auto de la AP de Granada de 3 de octubre del 2000 (Ar. JUR 2001\20249).

SAP de Granada de 3 de octubre de 2001 (Ar. JUR 2001\328878).

SAP de Granada de 1 de octubre de 2002 (Ar. JUR 2002\283003).

SAP de Granada de 3 de enero de 2006 (Ar. JUR 2006\161855).

SAP de Granada de 15 de junio de 2007 (Ar. JUR 2008\17484).

SAP de Granada de 11 de julio de 2008 (Ar. JUR 2011\173845).

SAP de Granada de 2 de octubre de 2009 (Ar. JUR 2010\46836).

SAP de Granada de 6 de noviembre de 2009 (Ar. JUR 2010\45155).

SAP de Granada de 20 de septiembre de 2013 (Ar. JUR 2014\126740).

SAP de Granada de 19 de mayo de 2017 (Ar. JUR 2017\218976).

GUADALAJARA

SAP de Guadalajara de 26 de enero de 1995 (Ar. AC 1995\66).

SAP de Guadalajara de 2 de febrero de 1995 (Ar. AC 1995\360).

SAP de Guadalajara de 16 de octubre de 2007 (Ar. JUR 2008\200006).

SAP de Guadalajara de 12 de mayo de 2010 (Ar. JUR 2010\239656).

SAP de Guadalajara de 15 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\63006).

GUIPÚZCOA

SAP de Guipúzcoa de 30 de mayo de 1998 (Ar. AC 1998\966).

SAP de Guipúzcoa de 27 de julio de 1998 (Ar. AC 1998\1909).

SAP de Guipúzcoa de 14 de diciembre de 1998 (Ar. AC 1998\2200).

SAP de Guipúzcoa de 14 de abril de 1999 (Ar. AC 1999\468).

SAP de Guipúzcoa de 30 de abril de 1999 (Ar. AC 2000\230).

SAP de Guipúzcoa de 14 de mayo de 1999 (Ar. AC 1999\898).

SAP de Guipúzcoa de 20 de mayo de 1999 (Ar. AC 1999\1027).

SAP de Guipúzcoa de 29 de julio de 1999 (Ar. AC 1999\1450).

SAP de Guipúzcoa de 18 de junio de 2007 (Ar. JUR 2007\337497).

SAP de Guipúzcoa de 14 de diciembre de 2007 (Ar. JUR 2008\117647).

SAP de Guipúzcoa de 27 de junio de 2008 (Ar. JUR 2009\16832).

SAP de Guipúzcoa de 26 de septiembre de 2014 (Ar. JUR 2014\298695).

SAP de Guipúzcoa de 30 marzo de 2017 (Ar. JUR 2017\138798).

SAP de Guipúzcoa de 6 junio de 2017 (Ar. AC 2017\1177).

HUELVA

SAP de Huelva de 15 de septiembre del 2000 (Ar. JUR 2001\5272).

SAP de Huelva de 20 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\272774).

SAP de Huelva de 30 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\202414).

SAP de Huelva de 10 de diciembre de 2007 (Ar. JUR 2008\228736).

SAP de Huelva de 27 de octubre de 2013 (Ar. JUR 2014\64444).

HUESCA

SAP de Huesca de 31 de marzo de 1995 (Ar. AC 1995\561).

SAP de Huesca de 2 de diciembre de 1996 (Ar. AC 1996\2296).

SAP de Huesca de 31 de enero de 2012 (Ar. JUR 2012\189880).

SAP de Huesca de 16 de marzo de 2012 (Ar. JUR 2012\209848).

SAP de Huesca de 31 de mayo de 2012 (Ar. JUR 2012\250272).

SAP de Huesca de 30 de octubre de 2013 (Ar. JUR 2013\347512).

SAP de Huesca de 26 de febrero de 2014 (Ar. JUR 2014\273057).

SAP de Huesca de 11 de noviembre de 2014 (Ar. JUR 2015\52726).

SAP de Huesca de 10 de marzo de 2015 (Ar. JUR 2015\99674).

SAP de Huesca de 15 de abril de 2015 (Ar. JUR 2015\126309).

JAÉN

SAP de Jaén de 20 de febrero de 1998 (Ar. AC 1998\4077).

SAP de Jaén de 19 de enero de 2001 (Ar. AC 2001\507).

SAP de Jaén de 9 de mayo de 2005 (Ar. JUR 2005\159766).

SAP de Jaén de 26 de octubre de 2006 (Ar. JUR 2007\144810).

SAP de Jaén de 19 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\266022).

SAP de Jaén de 19 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\228771).

SAP de Jaén de 19 de noviembre de 2007 (Ar. JUR 2008\93663).

SAP de Jaén de 26 de diciembre de 2008 (Ar. JUR 2009\71587).

SAP de Jaén de 30 de enero de 2009 (Ar. JUR 2009\198748).

SAP de Jaén de 20 de diciembre de 2010 (Ar. JUR 2011\120993).

LA RIOJA

SAP de la Rioja de 28 de enero de 2004 (Ar. JUR 2004\80997).

SAP de La Rioja de 30 de enero de 2004 (Ar. JUR 2004\81267).

SAP de La Rioja de 10 de julio de 2006 (Ar. JUR 2006\225041).

SAP de La Rioja de 28 de mayo de 2007 (Ar. JUR 2007\303441).

SAP de La Rioja de 21 de junio de 2010 (Ar. JUR 2010\266298).

LAS PALMAS

SAP de Las Palmas de 29 de julio de 1994 (Ar. AC 1994\1222).

SAP de Las Palmas de 27 de junio de 1997 (Ar. AC 1997\1279).

SAP de Las Palmas de 15 de marzo de 1999 (Ar. AC 1999\4921).

SAP de Las Palmas de 14 de mayo de 1999 (Ar. AC 1999\5473).

SAP de Las Palmas de 11 de noviembre de 2002 (Ar. JUR 2003\91346).

SAP de Las Palmas de 20 de diciembre de 2002 (Ar. JUR 2003\237959).

SAP de Las Palmas de 14 de abril de 2004 (Ar. JUR 2004\152673).

SAP de Las Palmas de 15 de abril de 2004 (Ar. JUR 2004\152448).

SAP de Las Palmas de 10 de noviembre de 2004 (Ar. JUR 2005\22343).

SAP de Las Palmas de 17 de enero de 2005 (Ar. JUR 2005\71443).

SAP de Las Palmas de 28 de febrero de 2005 (Ar. JUR 2005\108942).

SAP de Las Palmas de 18 de julio de 2005 (Ar. JUR 2005\216685).

SAP de Las Palmas de 18 de abril de 2006 (Ar. JUR 2006\181970).

SAP de Las Palmas de 14 de junio de 2006 (Ar. JUR 2006\211237).

Auto de la AP de Las Palmas de 13 de septiembre de 2006 (Ar. AC 2010\1938).

SAP de Las Palmas de 26 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\156718).

SAP de Las Palmas de 24 de abril de 2007 (Ar. JUR 2007\170887).

SAP de Las Palmas de 17 de mayo de 2007 (Ar. JUR 2007\288195).

SAP de Las Palmas de 18 de mayo de 2007 (Ar. JUR 2007\287995).

SAP de Las Palmas de 26 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\346951).

SAP de Las Palmas de 23 de noviembre de 2007 (Ar. JUR 2008\65497).

SAP de Las Palmas de 27 de noviembre de 2007 (Ar. JUR 2008\65209).

SAP de Las Palmas de 4 de junio de 2008 (Ar. JUR 2008\302719).

SAP de Las Palmas de 4 de noviembre de 2013 (Ar. JUR 2014\70692).

LEÓN

SAP de León de 7 de mayo de 1998 (Ar. AC 1998\1498).

SAP de León de 20 de enero del 2000 (Ar. AC 2000\2926).

SAP de León de 21 de abril de 2004 (Ar. JUR 2004\171825).

SAP de León de 12 de mayo de 2006 (Ar. JUR 2006\187991).

SAP de León de 13 de octubre de 2006 (Ar. JUR 2006\256965).

SAP de León de 26 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\249673).

SAP de León de 22 de febrero del 2008 (Ar. JUR 2008\166271).

SAP de León de 12 de junio de 2008 (Ar. JUR 2008\329674).

SAP de León de 25 de febrero de 2009 (Ar. JUR 2009\187780).

SAP de León de 2 de abril de 2009 (Ar. JUR 2009\221082).

SAP de León de 27 de septiembre de 2013 (Ar. JUR 2013\326193).

LLEIDA

SAP de Lleida de 28 de febrero del 2000 (Ar. AC 2000\767).

SAP de Lleida de 3 de marzo de 2004 (Ar. JUR 2004\119153).

SAP de Lleida de 12 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\292467).

LUGO

SAP de Lugo de 19 de julio de 2006 (Ar. JUR 2006\279676).

SAP de Lugo de 14 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\253572).

SAP de Lugo de 31 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\70250).

MADRID

SAP de Madrid de 31 de octubre de 1995 (Ar. AC 1995\2097).

SAP de Madrid de 17 de febrero de 1998 (Ar. AC 1998\4985).

SAP de Madrid de 20 de abril de 1999 (Ar. AC 1999\956).

SAP de Madrid de 5 de julio de 1999 (Ar. AC 1999\8900).

SAP de Madrid de 23 de mayo del 2000 (Ar. JUR 2000\193229).

SAP de Madrid de 25 de mayo de 2001 (Ar. JUR 2001\235752).

SAP de Madrid de 12 de noviembre de 2001 (Ar. JUR 2002\20146).

SAP de Madrid de 7 de diciembre de 2001 (Ar. JUR 2002\56676).

SAP de Madrid de 27 de febrero de 2002 (Ar. JUR 2002\149726).

SAP de Madrid de 8 de marzo de 2002 (Ar. JUR 2002\196395)

SAP de Madrid de 14 de mayo de 2002 (Ar. JUR 2002\198890).

SAP de Madrid de 31 de mayo de 2002 (Ar. JUR 2002\200706).

SAP de Madrid de 17 de septiembre de 2002 (Ar. JUR 2003\27985)

SAP de Madrid de 19 de septiembre de 2002 (Ar. JUR 2003\28050).

SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002 (Ar. JUR 2003\29800).

SAP de Madrid de 13 de marzo de 2003 (Ar. JUR 2003\187688).

SAP de Madrid de 18 de marzo de 2003 (Ar. JUR 2003\187877).

SAP de Madrid de 21 de marzo de 2003 (Ar. JUR 2003\187975).

SAP de Madrid de 21 de mayo de 2003 (Ar. JUR 2003\189158).

SAP de Madrid de 17 de junio de 2004 (Ar. JUR 2004\315777).

SAP de Madrid de 9 de julio de 2004 (Ar. JUR 2004\315507).

SAP de Madrid de 22 de julio de 2004 (Ar. JUR 2004\270053).

SAP de Madrid de 4 de octubre de 2004 (Ar. JUR 2005\8716).

SAP de Madrid de 18 de noviembre de 2004 (Ar. JUR 2005\37074).

SAP de Madrid de 22 de febrero de 2005 (Ar. JUR 2005\222004).

SAP de Madrid de 16 de marzo de 2005 (Ar. JUR 2005\111369).

SAP de Madrid de 5 de julio de 2005 (Ar. JUR 2005\221174).

SAP de Madrid de 10 de noviembre de 2005 (Ar. JUR 2006\1193).

SAP de Madrid de 14 de noviembre de 2005 (Ar. JUR 2006\194040).

SAP de Madrid de 12 de diciembre de 2005 (Ar. JUR 2006\91273).

SAP de Madrid de 16 de enero de 2006 (Ar. JUR 2006\90394).

SAP de Madrid de 27 de enero de 2006 (Ar. JUR 2006\89766).

Auto de la AP de Madrid de 6 de marzo de 2006 (Ar. JUR 2006\149535).

SAP de Madrid de 4 de abril de 2006 (Ar. JUR 2006\171677).

SAP de Madrid de 8 de junio de 2006 (Ar. JUR 2006\288053).

SAP de Madrid de 7 de septiembre de 2006 (Ar. JUR 2007\55756).

SAP de Madrid de 22 de septiembre de 2006 (Ar. JUR 2007\31052).

SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2006 (Ar. JUR 2006\268395).

SAP de Madrid de 24 de octubre de 2006 (Ar. JUR 2007\61974).

SAP de Madrid de 27 de octubre de 2006 (Ar. JUR 2007\61819).

SAP de Madrid de 31 de octubre de 2006 (Ar. JUR 2007\53560).

SAP de Madrid de 14 de noviembre de 2006 (Ar. JUR 2007\61074).

SAP de Madrid de 24 de noviembre de 2006 (Ar. JUR 2007\75689).

SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2006 (Ar. JUR 2007\75434).

SAP de Madrid de 17 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\158903).

SAP de Madrid de 24 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\177562).

SAP de Madrid de 8 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\154332).

SAP de Madrid de 15 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\152960).

SAP de Madrid de 22 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\151887).

SAP de Madrid de 2 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\150709).

SAP de Madrid de 5 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\323187).

SAP de Madrid de 7 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\173620).

SAP de Madrid de 9 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\149920).

SAP de Madrid de 15 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2008\86761).

SAP de Madrid de 11 de abril de 2007 (Ar. JUR 2007\313755).

SAP de Madrid de 22 de mayo de 2007 (Ar. JUR 2007\313029).

SAP de Madrid de 25 de mayo de 2007 (Ar. JUR 2007\312903).

SAP de Madrid de 1 de junio de 2007 (Ar. JUR 2007\312615).

SAP de Madrid de 16 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\336589).

SAP de Madrid de 26 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\336157).

SAP de Madrid de 27 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\346934).

SAP de Madrid de 13 de septiembre de 2007 (Ar. JUR 2007\346268).

SAP de Madrid de 11 de octubre de 2007 (Ar. JUR 2007\352620).

SAP de Madrid de 16 de octubre de 2007 (Ar. AC 2007\2322).

SAP de Madrid de 17 de octubre de 2007 (Ar. AC 2007\2330).

SAP de Madrid de 24 de octubre de 2007 (Ar. JUR 2008\40890).

SAP de Madrid de 2 de noviembre de 2007 (Ar. JUR 2008\20819).

SAP de Madrid de 12 de diciembre de 2007 (Ar. JUR 2008\82720).

SAP de Madrid de 27 de diciembre de 2007 (Ar. JUR 2008\80552).

SAP de Madrid de 2 de enero de 2008 (Ar. JUR 2008\100307).

SAP de Madrid de 18 de enero de 2008 (Ar. JUR 2008\99049).

SAP de Madrid de 30 de mayo de 2008 (Ar. JUR 2008\223667).

SAP de Madrid de 4 de julio de 2008 (Ar. JUR 2008\287434).

SAP de Madrid de 11 de septiembre de 2008 (Ar. JUR 2008\382856).

SAP de Madrid de 8 de octubre de 2008 (Ar. JUR 2009\26994).

SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008 (Ar. JUR 2009\88147).

SAP de Madrid de 29 de diciembre de 2008 (Ar. JUR 2009\88105).

SAP de Madrid de 27 de febrero de 2009 (Ar. JUR 2009\237080).

SAP de Madrid de 6 de marzo de 2009 (Ar. JUR 2009\236367).

SAP de Madrid de 13 de abril de 2009 (Ar. JUR 2009\246582).

SAP de Madrid de 23 de abril de 2009 (Ar. JUR 2009\245393).

SAP de Madrid de 23 de julio de 2009 (Ar. JUR 2010\22268).

SAP de Madrid de 28 de julio de 2009 (Ar. JUR 2010\22241).

SAP de Madrid de 28 de octubre de 2009 (Ar. JUR 2010\38880).

SAP de Madrid de 30 de noviembre de 2009 (Ar. JUR 2010\70108).

SAP de Madrid de 5 de enero de 2010 (Ar. JUR 2010\107492).

SAP de Madrid de 25 de enero de 2010 (Ar. JUR 2010\126487).

SAP de Madrid de 3 de marzo de 2010 (Ar. JUR 2010\166006).

SAP de Madrid de 29 de marzo de 2010 (Ar. JUR 2010\306450).

SAP de Madrid de 6 de mayo de 2010 (Ar. JUR 2010\240310).

SAP de Madrid de 19 de mayo de 2010 (Ar. JUR 2010\258876).

SAP de Madrid de 28 de mayo de 2010 (Ar. JUR 2010\258439).

SAP de Madrid de 30 de junio de 2010 (Ar. JUR 2010\319906).

SAP de Madrid de 5 de julio de 2010 (Ar. JUR 2010\311420).

SAP de Madrid de 26 de julio de 2010 (Ar. JUR 2010\308952).

SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2010 (Ar. JUR 2010\343159).

SAP de Madrid de 30 de septiembre de 2010 (Ar. JUR 2011\24560).

SAP de Madrid de 17 de febrero de 2011 (Ar. JUR 2011\192620).

SAP de Madrid de 23 de febrero de 2011 (Ar. JUR 2011\192416).

SAP de Madrid de 28 de febrero de 2011 (Ar. JUR 2011\192213).

SAP de Madrid de 24 de mayo de 2011 (Ar. JUR 2011\247886).

SAP de Madrid de 1 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2011\346769).

SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2011\409290).

SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2012\868).

SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2011\383857).

SAP de Madrid de 30 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2011\388233).

SAP de Madrid de 13 de octubre de 2011 (Ar. JUR 2012\24577).

SAP de Madrid de 24 de octubre de 2011 (Ar. JUR 2012\17038).

SAP de Madrid de 21 de noviembre de 2011 (Ar. JUR 2011\432435).

SAP de Madrid de 8 de marzo de 2013 (Ar. JUR 2013\159485).

SAP de Madrid de 28 de junio de 2013 (Ar. JUR 2013\263874).

SAP de Madrid de 5 de julio de 2013 (Ar. JUR 2013\264064).

SAP de Madrid de 13 de mayo de 2014 (Ar. JUR 2014\167680).

SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2014 (Ar. JUR 2015\19607).

SAP de Madrid de 6 de noviembre de 2015 (Ar. JUR 2015\307921).

SAP de Madrid de 10 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\74593).

SAP de Madrid de 16 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\74934).

SAP de Madrid de 2 febrero de 2018 (Ar. JUR 2018\90984).

SAP de Madrid de 5 febrero de 2018 (Ar. JUR 2018\91094).

MÁLAGA

SAP de Málaga de 9 de febrero de 1999 (Ar. AC 1999\4435).

SAP de Málaga de 20 de julio del 2000 (Ar. AC 2000\1726).

SAP de Málaga de 20 de mayo de 2002 (Ar. JUR 2002\239973).

SAP de Málaga de 16 de julio de 2003 (Ar. JUR 2003\225357).

SAP de Málaga de 15 de junio de 2005 (Ar. AC 2005\1714).

SAP de Málaga de 14 de julio de 2005 (Ar. JUR 2005\199056).

SAP de Málaga de 1 de septiembre de 2005 (Ar. JUR 2005\228944).

SAP de Málaga de 7 de septiembre de 2005 (Ar. JUR 2006\37766).

SAP de Málaga de 1 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\238594).

SAP de Málaga de 24 de abril de 2007 (Ar. JUR 2007\367549).

SAP de Málaga de 29 de diciembre de 2007 (Ar. JUR 2008\245907).

SAP de Málaga de 12 de febrero de 2008 (Ar. JUR 2008\245489).

SAP de Málaga de 30 de junio de 2008 (Ar. JUR 2008\287471).

SAP de Málaga de 28 de enero de 2009 (Ar. JUR 2009\198968).

SAP de Málaga de 13 de febrero de 2009 (Ar. JUR 2009\251414).

SAP de Málaga de 22 de junio de 2010 (Ar. JUR 2010\370659).

SAP de Málaga de 1 de julio de 2010 (Ar. JUR 2011\83727).

SAP de Málaga de 16 de julio de 2010 (Ar. JUR 2011\73536).

SAP de Málaga de 22 de julio de 2010 (Ar. JUR 2011\110649).

SAP de Málaga de 14 de septiembre de 2010 (Ar. JUR 2011\83460).

SAP de Málaga de 28 de septiembre de 2010 (Ar. JUR 2011\83237).

SAP de Málaga de 1 de diciembre de 2010 (Ar. JUR 2011\343434).

SAP de Málaga de 3 de febrero de 2011 (Ar. JUR 2011\343118).

SAP de Málaga de 30 de junio de 2011 (Ar. JUR 2012\45855).

SAP de Málaga de 26 de enero de 2012 (Ar. JUR 2012\329480).

SAP de Málaga de 16 de febrero de 2012 (Ar. AC 2012\1401).

SAP de Málaga de 24 de mayo de 2012 (Ar. JUR 2012\331381).

SAP de Málaga de 3 de diciembre de 2012 (Ar. JUR 2013\185201).

SAP de Málaga de 22 de octubre de 2013 (Ar. JUR 2014\17117).

SAP de Málaga de 13 de noviembre de 2014 (Ar. JUR 2015\192491).

SAP Málaga de 17 de febrero de 2016 (Ar. JUR 2016\69277).

Auto de la AP de Málaga de 9 de marzo de 2016 (Ar. AC 2016\397).

SAP de Málaga de 25 abril de 2017 (Ar. JUR 2018\224).

MURCIA

SAP de Murcia de 19 de mayo 1993 (Ar. AC 1993\1823).

SAP de Murcia de 11 de marzo de 1994 (Ar. AC 1994\520).

SAP de Murcia de 21 de septiembre de 1999 (Ar. AC 1999\2111).

SAP de Murcia de 21 de marzo del 2000 (Ar. JUR 2000\200502).

SAP de Murcia de 9 de mayo del 2000 (Ar. JUR 2000\201642).

SAP de Murcia de 30 de noviembre del 2000 (Ar. JUR 2001\77972).

SAP de Murcia de 12 de julio de 2001 (Ar. JUR 2001\325182).

SAP de Murcia de 23 de abril de 2002 (Ar. AC 2002\1536).

SAP de Murcia de 14 de octubre de 2003 (Ar. JUR 2003\276360).

SAP de Murcia de 1 de julio de 2005 (Ar. JUR 2006\81811).

SAP de Murcia de 29 de junio de 2006 (Ar. JUR 2006\253108).

SAP de Murcia de 3 de julio de 2006 (Ar. JUR 2006\240200).

SAP de Murcia de 4 de septiembre de 2006 (Ar. JUR 2006\252257).

SAP de Murcia de 18 de octubre de 2006 (Ar. JUR 2007\183560).

SAP de Murcia de 7 de noviembre de 2006 (Ar. JUR 2006\277535).

SAP de Murcia de 5 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\254864).

SAP de Murcia de 13 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\254591).

SAP de Murcia de 26 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\254056).

SAP de Murcia de 22 de enero de 2008 (Ar. JUR 2008\228122).

SAP de Murcia de 10 de febrero de 2009 (Ar. JUR 2009\191429).

SAP de Murcia de 27 de octubre de 2009 (Ar. JUR 2009\475912).

SAP de Murcia de 15 de diciembre de 2009 (Ar. JUR 2010\76302).

SAP de Murcia de 28 de enero de 2010 (Ar. JUR 2010\158645).

SAP de Murcia de 4 de febrero de 2011 (Ar. JUR 2011\116354).

SAP de Murcia de 9 de diciembre de 2011 (Ar. JUR 2012\1003).

SAP de Murcia de 22 de diciembre de 2011 (Ar. JUR 2012\8893).

SAP de Murcia de 20 de marzo de 2012 (Ar. JUR 2012\131680).

SAP de Murcia de 24 de mayo de 2012 (Ar. JUR 2012\232812).

SAP de Murcia de 26 de junio de 2012 (Ar. AC 2012\529).

SAP de Murcia de 25 de marzo de 2013 (Ar. JUR 2003\217240).

SAP de Murcia de 18 de julio de 2013 (Ar. JUR 2013\276365).

SAP de Murcia de 3 de enero de 2014 (Ar. JUR 2014\40800).

SAP de Murcia de 21 de abril de 2014 (Ar. JUR 2014\136695).

SAP de Murcia de 11 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\61929).

SAP de Murcia de 25 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\96498).

NAVARRA

SAP de Navarra de 11 de noviembre de 1992 (Ar. AC 1992\1565).

SAP de Navarra de 29 de enero de 1993 (Ar. AC 1993\67).

SAP de Navarra de 29 de abril de 1994 (Ar. AC 1994\608).

SAP de Navarra de 13 de abril de 2005 (Ar. JUR 2005\196441).

SAP de Navarra de 15 de junio de 2005 (Ar. JUR 2005\198028).

SAP de Navarra de 17 de noviembre de 2006 (Ar. JUR 2007\90459).

SAP de Navarra de 29 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2012\92597).

SAP de Navarra de 28 de septiembre de 2012 (Ar. AC 2013\1378).

SAP de Navarra de 4 de noviembre de 2014 (Ar. JUR 2015\101927).

SAP de Navarra de 20 de enero de 2017 (Ar. JUR 2017\137776).

OURENSE

SAP de Ourense de 3 de mayo de 1999 (Ar. AC 1999\1012).

SAP de Ourense de 20 de marzo del 2000 (Ar. AC 2000\557).

SAP de Ourense de 20 de febrero de 2009 (Ar. JUR 2009\188736).

SAP de Ourense de 21 de diciembre de 2010 (Ar. JUR 2011\61930).

SAP de Ourense de 1 de junio de 2012 (Ar. JUR 2012\228284).

SAP de Ourense de 19 de julio de 2012 (Ar. JUR 2012\279334).

SAP de Ourense de 28 de junio de 2013 (Ar. JUR 2013\257674).

PALENCIA

SAP de Palencia de 1 de julio de 1998 (Ar. AC 1998\1559).

SAP de Palencia de 10 de febrero de 1999 (Ar. AC 1999\681).

SAP de Palencia de 2 de mayo de 2003 (Ar. JUR 2003\239515).

SAP de Palencia de 28 de julio de 2017 (Ar. J JUR 2017\234466).

PONTEVEDRA

SAP de Pontevedra de 2 de diciembre de 1998 (Ar. AC 1998\2505).

SAP de Pontevedra de 8 de mayo de 2003 (Ar. JUR 2003\228964).

SAP de Pontevedra de 15 de octubre de 2004 (Ar. JUR 2006\23501).

SAP de Pontevedra de 6 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\265018).

SAP de Pontevedra de 10 de septiembre de 2010 (Ar. JUR 2010\334316).

SAP de Pontevedra de 16 de noviembre de 2011 (Ar. JUR 2011\420039).

SAP de Pontevedra de 21 de septiembre de 2012 (Ar. JUR 2012\319268).

SAP de Pontevedra de 19 de junio de 2013 (Ar. JUR 2013\245165).

SAP de Pontevedra de 29 noviembre de 2017 (Ar. JUR 2018\30478).

SAP de Pontevedra de 31 enero 2018 (Ar. JUR 2018\70717).

SALAMANCA

SAP de Salamanca de 19 de junio de 1995 (Ar. AC 1995\1141).

SAP de Salamanca de 24 de junio de 2004 (Ar. JUR 2004\207884).

SAP de Salamanca de 14 de septiembre de 2005 (Ar. JUR 2005\275341).

SAP de Salamanca de 7 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\273624).

SAP de Salamanca de 30 de octubre de 2007 (Ar. JUR 2008\85623).

SAP de Salamanca de 19 de mayo de 2008 (Ar. JUR 2008\348339).

SAP de Salamanca de 7 de julio de 2008 (Ar. JUR 2008\362816).

SAP de Salamanca de 15 de julio de 2009 (Ar. JUR 2009\363002).

SAP de Salamanca de 18 de julio de 2016 (Ar. JUR 2016\210373).

SAP de Salamanca de 21 de noviembre de 2017 (Ar. JUR 2018\30421).

SANTA CRUZ DE TENERIFE

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de enero de 1998 (Ar. AC 1998\129).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 7 de abril de 2003 (Ar. JUR 2003\238773).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de enero de 2004 (Ar. JUR 2004\70451).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de noviembre de 2004 (Ar. AC 2004\2086).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2005 (Ar. JUR 2005\222818).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 de octubre de 2005 (Ar. JUR 2005\262239).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de abril de 2006 (Ar. JUR 2006\174966).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 28 de abril de 2006 (Ar. JUR 2006\188306).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de septiembre de 2006 (Ar. JUR 2007\2044).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\157933).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\148209).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de abril de 2007 (Ar. JUR 2007\170562).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\342604).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de octubre de 2007 (Ar. JUR 2008\47071).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de marzo de 2009 (Ar. JUR 2009\247708).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 28 de junio de 2010 (Ar. JUR 2010\417835).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de mayo de 2011 (Ar. JUR 2011\281418).

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de marzo de 2012 (Ar. JUR 2012\206214).

SEGOVIA

SAP de Segovia de 7 de abril de 1994 (Ar. AC 1994\615).

SAP de Segovia de 28 de febrero de 1998 (Ar. AC 1998\4101).

SAP de Segovia de 9 de febrero de 2007 (Ar. JUR 2007\254699).

SAP de Segovia de 3 de junio de 2011 (Ar. JUR 2011\246824).

SEVILLA

SAP de Sevilla de 31 de octubre de 2002 (Ar. JUR 2003\81039).

SAP de Sevilla de 18 de septiembre de 2003 (Ar. ARP 2003\714).

SAP de Sevilla de 12 de marzo de 2004 (Ar. JUR 2004\127046).

SAP de Sevilla de 12 de diciembre de 2005 (Ar. JUR 2006\182354).

SAP de Sevilla de 24 de noviembre de 2006 (Ar. JUR 2007\181999).

SAP de Sevilla de 31 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\176740).

SAP de Sevilla de 12 de febrero de 2007 (Ar. UR 2007\239202).

SAP de Sevilla de 16 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\237976).

SAP de Sevilla de 27 de abril de 2007 (Ar. JUR 2008\26460).

SAP de Sevilla de 4 de junio de 2007 (Ar. JUR 2011\222227).

SAP de Sevilla de 10 de octubre de 2007 (Ar. JUR 2008\69732).

SAP de Sevilla de 27 de febrero de 2008 (Ar. JUR 2008\370054).

SAP de Sevilla de 30 de septiembre de 2008 (Ar. JUR 2009\53527).

SAP de Sevilla de 24 de octubre de 2008 (Ar. JUR 2009\64517).

SAP de Sevilla de 10 de noviembre de 2008 (Ar. JUR 2009\62351).

SAP de Sevilla de 1 de abril de 2009 (Ar. JUR 2009\221311).

SAP de Sevilla de 5 de junio de 2009 (Ar. JUR 2011\232936).

SAP de Sevilla de 14 de octubre de 2010 (Ar. JUR 2011\82839).

SAP de Sevilla de 8 de abril de 2011 (Ar. JUR 2011\365234).

SAP de Sevilla de 8 de abril de 2014 (Ar. JUR 2014\220578).

SAP de Sevilla de 24 de abril de 2014 (Ar. JUR 2014\220096).

SAP de Sevilla de 31 de julio de 2014 (Ar. JUR 2014\283544).

SORIA

SAP de Soria de 8 de abril de 1996 (Ar. AC 1996\1580).

SAP de Soria de 29 de diciembre de 1997 (Ar. AC 1997\2556).

SAP de Soria de 23 de noviembre de 1998 (Ar. AC 1998\7816).

TARRAGONA

SAP de Tarragona de 6 de febrero de 1992 (Ar. AC 1992\369).

SAP de Tarragona de 6 de octubre de 1995 (Ar. AC 1995\1994).

SAP de Tarragona de 10 de diciembre de 2004 (Ar. JUR 2005\67423).

SAP de Tarragona de 27 de julio de 2005 (Ar. JUR 2006\81620).

SAP de Tarragona de 2 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\125891).

Auto de la AP de Tarragona de 21 de mayo de 2007 (Ar. JUR 2007\304048).

SAP de Tarragona de 26 de noviembre de 2010 (Ar. JUR 2011\79232).

SAP de Tarragona de 25 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2011\403633).

SAP de Tarragona de 16 de diciembre de 2011 (Ar. JUR 2012\25107).

SAP de Tarragona de 14 de junio de 2013 (Ar. JUR 2013\272840).

SAP de Tarragona de 4 de diciembre de 2013 (Ar. JUR 2014\25198).

SAP de Tarragona de 21 de marzo de 2014 (Ar. JUR 2014\114914).

SAP de Tarragona de 22 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\87195).

SAP de Tarragona de 2 febrero de 2018 (Ar. JUR 2018\85484).

TERUEL

SAP de Teruel de 28 de marzo de 2012 (Ar. JUR 2012\150272).

SAP de Teruel de 20 de mayo de 2013 (Ar. JUR 2013\248589).

SAP de Teruel de 5 de marzo de 2014 (Ar. JUR 2014\118875).

SAP de Teruel de 11 de junio de 2014 (Ar. JUR 2014\222601).

TOLEDO

SAP de Toledo de 20 de julio de 1992 (Ar. AC 1992\1121).

SAP de Toledo de 3 de junio de 1994 (Ar. AC 1994\1126).

SAP de Toledo de 30 de enero de 1995 (Ar. AC 1995\167).

SAP de Toledo de 17 de septiembre de 1998 (Ar. AC 1998\1851).

SAP de Toledo de 11 de noviembre de 1999 (Ar. AC 1999\2407).

SAP de Toledo de 8 de mayo del 2000 (Ar. AC 2000\2078).

SAP de Toledo de 9 de enero de 2003 (Ar. JUR 2003\121341).

SAP de Toledo de 18 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\81553).

SAP de Toledo de 25 de abril de 2007 (Ar. JUR 2007\262101).

SAP de Toledo de 16 de mayo de 2008 (Ar. JUR 2008\330924).

SAP de Toledo de 29 de junio de 2010 (Ar. JUR 2010\276387).

SAP de Toledo de 16 de febrero de 2011 (Ar. JUR 2011\159849).

SAP de Toledo de 21 de marzo de 2012 (Ar. JUR 2012\151360).

SAP de Toledo de 21 de octubre de 2013 (Ar. JUR 2014\15967).

SAP de Tarragona de 11 de julio de 2014 (Ar. JUR 2014\236028).

VALENCIA

SAP de Valencia de 17 de noviembre de 1992 (Ar. AC 1992\1578).

SAP de Valencia de 18 de julio de 1994 (Ar. AC 1994\1223).

SAP de Valencia de 15 de mayo de 1995 (Ar. AC 1995\961).

SAP de Valencia de 22 de abril 1999 (Ar. AC 1999\4946).

SAP de Valencia de 14 de junio de 1999 (Ar. AC 1999\7856).

SAP de Valencia de 2 de febrero del 2000 (Ar. JUR 2000\96680).

SAP de Valencia de 3 de febrero del 2000 (Ar. AC 2000\3572).

SAP de Valencia de 9 de marzo del 2000 (Ar. JUR 2000\126438).

SAP de Valencia de 11 de julio del 2000 (Ar. JUR 2000\295263).

SAP de Valencia de 10 de enero de 2001 (Ar. JUR 2004\32365).

SAP de Valencia de 25 de abril de 2001 (Ar. JUR 2001\196127).

SAP de Valencia de 26 de noviembre de 2001 (Ar. JUR 2004\33045).

SAP de Valencia de 7 de febrero de 2002 (Ar. JUR 2002\113421).

SAP de Valencia de 29 de mayo de 2002 (Ar. JUR 2002\200439).

SAP de Valencia de 11 de junio de 2002 (Ar. JUR 2002\251323).

SAP de Valencia de 8 de julio de 2002 (Ar. JUR 2003\27642).

SAP de Valencia de 28 de enero de 2003 (Ar. JUR 2003\93275).

SAP de Valencia de 13 de febrero de 2003 (Ar. JUR 2003\93800).

SAP de Valencia de 2 de abril de 2003 (Ar. JUR 2003\188357).

SAP de Valencia de 13 de mayo de 2003 (Ar. JUR 2003\171870).

SAP de Valencia de 17 de junio de 2003 (Ar. JUR 2003\190653).

SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2003 (Ar. JUR 2004\165288).

SAP de Valencia de 12 de enero de 2004 (Ar. JUR 2004\168748).

SAP de Valencia de 31 de marzo de 2004 (Ar. JUR 2004\171112).

SAP de Valencia de 16 de septiembre de 2004 (Ar. JUR 2005\1085).

SAP de Valencia de 3 de noviembre de 2004 (Ar. JUR 2005\22730).

SAP de Valencia de 17 de diciembre de 2004 (Ar. JUR 2005\66633).

SAP de Valencia de 1 de marzo de 2005 (Ar. JUR 2005\131686).

SAP de Valencia de 5 de mayo de 2005 (Ar. JUR 2005\163824).

SAP de Valencia de 14 de julio de 2005 (Ar. JUR 2005\202782).

SAP de Valencia de 21 de julio de 2005 (Ar. JUR 2005\198891).

SAP de Valencia de 22 de julio de 2005 (Ar. JUR 2005\198875).

SAP de Valencia de 3 de octubre de 2005 (Ar. JUR 2006\2578).

SAP de Valencia de 18 de enero de 2006 (Ar. AC 2006\669).

SAP de Valencia de 20 de febrero de 2006 (Ar. JUR 2006\141417).

SAP de Valencia de 1 de marzo de 2006 (Ar. JUR 2006\243590).

SAP de Valencia de 21 de marzo de 2006 (Ar. JUR 2006\179808).

SAP de Valencia de 22 de marzo de 2006 (Ar. JUR 2006\179777).

SAP de Valencia de 5 de abril de 2006 (Ar. JUR 2006\254405).

SAP de Valencia de 3 de mayo de 2006 (Ar. JUR 2006\243109).

SAP de Valencia de 12 de septiembre de 2006 (Ar. JUR 2007\55678).

SAP de Valencia de 18 de octubre de 2006 (Ar. JUR 2007\76464).

SAP de Valencia de 15 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\235242).

SAP de Valencia de 25 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\239555).

SAP de Valencia de 1 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\274051).

SAP de Valencia de 7 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\273668).

SAP de Valencia de 15 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\273061).

SAP de Valencia de 27 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\213572).

SAP de Valencia de 25 de mayo de 2007 (Ar. JUR 2007\136253).

SAP de Valencia de 31 de mayo de 2007 (Ar. JUR 2007\259947).

SAP de Valencia de 12 de junio de 2007 (Ar. JUR 2007\259043).

SAP de Valencia de 18 de junio de 2007 (Ar. JUR 2007\258567).

SAP de Valencia de 19 de junio de 2007 (Ar. JUR 2007\258457).

SAP de Valencia de 24 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\326341).

SAP de Valencia de 20 de septiembre de 2007 (Ar. JUR 2007\339999).

SAP de Valencia de 27 de septiembre de 2007 (Ar. JUR 2008\5633).

SAP de Valencia de 26 de febrero de 2008 (Ar. JUR 2008\191581).

SAP de Valencia de 10 de marzo de 2008 (Ar. JUR 2008\191007).

SAP de Valencia de 9 de abril de 2008 (Ar. JUR 2008\189008).

SAP de Valencia de 26 de mayo de 2008 (Ar. JUR 2008\275163).

SAP de Valencia de 8 de septiembre de 2008 (Ar. JUR 2009\4322).

SAP de Valencia de 30 de septiembre de 2008 (Ar. JUR 2009\27636).

SAP de Valencia de 10 de febrero de 2009 (Ar. JUR 2010\73433).

SAP de Valencia de 23 de marzo de 2009 (Ar. JUR 2010\73262).

SAP de Valencia de 13 de julio de 2009 (Ar. JUR 2010\72754).

SAP de Valencia de 22 de septiembre de 2009 (Ar. JUR 2010\72528).

SAP de Valencia de 7 de octubre de 2009 (Ar. JUR 2010\72280).

SAP de Valencia de 16 de diciembre de 2009 (Ar. JUR 2010\68770).

SAP de Valencia de 12 de enero de 2011 (Ar. JUR 2011\127724).

SAP de Valencia de 21 de febrero de 2011 (Ar. JUR 2011\76122).

SAP de Valencia de 29 de noviembre de 2011 (Ar. JUR 2012\44109).

SAP de Valencia de 22 de diciembre de 2011 (Ar. JUR 2012\45907).

SAP de Valencia de 18 de enero de 2012 (Ar. JUR 2012\75743).

SAP de Valencia de 9 de febrero de 2012 (Ar. JUR 2012\164330).

SAP de Valencia de 25 de julio de 2012 (Ar. JUR 2012\357810).

SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2012 (Ar. JUR 2012\357454).

SAP de Valencia de 22 de noviembre de 2012 (Ar. JUR 2013\20038).

SAP de Valencia de 12 de diciembre de 2012 (Ar. JUR 2013\61564).

SAP de Valencia de 17 de diciembre de 2012 (Ar. JUR 2013\61397).

SAP de Valencia de 9 de enero de 2013 (Ar. JUR 2013\119835).

SAP de Valencia de 23 de septiembre de 2013 (Ar. JUR 2013\352227).

SAP de Valencia de 14 de octubre de 2013 (Ar. JUR 2013\351228).

SAP de Valencia de 21 de octubre de 2013 (Ar. JUR 2013\351021).

SAP de Valencia de 28 de octubre de 2013 (Ar. JUR 2014\10432).

SAP de Valencia de 11 de noviembre de 2013 (Ar. JUR 2014\11044).

SAP de Valencia de 14 de noviembre de 2013 (Ar. JUR 2014\10308).

SAP de Valencia de 11 de diciembre de 2013 (Ar. JUR 2014\81374).

SAP de Valencia de 15 de enero de 2014 (Ar. JUR 2014\80716).

SAP de Valencia de 1 de abril de 2014 (Ar. JUR 2014\169376).

SAP de Valencia de 7 de abril de 2014 (Ar. JUR 2014\168942).

SAP de Valencia de 30 de abril de 2014 (Ar. JUR 2014\173946).

SAP de Valencia de 5 de mayo de 2014 (Ar. JUR 2014\200932).

SAP de Valencia de 9 de mayo de 2014 (Ar. JUR 2014\174273).

SAP de Valencia de 15 de mayo de 2014 (Ar. JUR 2014\174276).

SAP de Valencia de 19 de mayo de 2014 (Ar. JUR 2014\174658).

SAP de Valencia de 26 de mayo de 2014 (Ar. AC 2014\1128).

SAP de Valencia de 16 de junio de 2014 (Ar. JUR 2014\201094).

SAP de Valencia de 18 de junio de 2014 (Ar. JUR 2014\201095).

SAP de Valencia de 24 de junio de 2014 (Ar. JUR 2014\255732).

SAP de Valencia de 30 de junio de 2014 (Ar. JUR 2014\252486).

SAP de Valencia de 7 de julio de 2014 (Ar. JUR 2014\252867).

SAP de Valencia de 16 de julio de 2014 (Ar. JUR 2014\252578).

SAP de Valencia de 17 de julio de 2014 (Ar. JUR 2014\252664).

SAP de Valencia de 21 de julio de 2014 (Ar. JUR 2014\252127).

SAP de Valencia de 22 de julio de 2014 (Ar. JUR 2014\252222).

SAP de Valencia de 8 de septiembre de 2014 (Ar. JUR 2014\271269).

SAP de Valencia de 9 de septiembre de 2014 (Ar. JUR 2014\270997).

SAP de Valencia de 15 de septiembre de 2014 (Ar. JUR 2014\271348).

SAP de Valencia de 22 de septiembre de 2014 (Ar. JUR 2014\271978).

SAP de Valencia de 14 de octubre de 2014 (Ar. JUR 2015\52236).

SAP de Valencia de 27 de abril de 2015 (Ar. JUR 2015\168549).

SAP de Valencia de 19 de mayo de 2015 (Ar. JUR 2015\168164).

VALLADOLID

SAP de Valladolid de 31 de marzo de 2004 (Ar. JUR 2004\122017).

SAP de Valladolid de 13 de julio de 2004 (Ar. JUR 2004\243901).

SAP de Valladolid de 24 de mayo de 2006 (Ar. JUR 2006\177562).

SAP de Valladolid de 16 de junio de 2006 (Ar. JUR 2006\187279).

SAP de Valladolid de 22 marzo de 2017 (Ar. JUR 2017\118508).

SAP de Valladolid de 12 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\52352).

SAP de Valladolid de 22 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\65110).

SAP de Valladolid de 24 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\64183).

VIZCAYA

SAP de Vizcaya de 23 de junio de 1998 (Ar. AC 1998\1220).

SAP de Vizcaya de 2 de julio de 1998 (Ar. AC 1998\1386).

SAP de Vizcaya de 24 de febrero de 2006 (Ar. JUR 2006\154935).

SAP de Vizcaya de 19 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\122040).

SAP de Vizcaya de 20 de marzo de 2007 (Ar. JUR 2007\136930).

SAP de Vizcaya de 27 de marzo de 2008 (Ar. JUR 2008\172265).

SAP de Vizcaya de 31 de octubre de 2008 (Ar. JUR 2008\387641).

SAP de Vizcaya de 12 de noviembre de 2008 (Ar. JUR 2009\202465).

SAP de Vizcaya de 18 de mayo de 2011 (Ar. JUR 2011\301120).

SAP de Vizcaya de 30 de junio de 2016 (Ar. AC 2016\1633).

ZAMORA

SAP de Zamora de 15 de enero de 1999 (Ar. AC 1999\109).

SAP de Zamora de 20 de julio de 2006 (Ar. JUR 2006\205333).

SAP de Zamora de 23 de noviembre de 2016 (Ar. JUR 2016\275251).

ZARAGOZA

SAP de Zaragoza de 30 de noviembre de 1994 (Ar. AC 1994\2073).

SAP de Zaragoza de 27 de noviembre de 1995 (Ar. AC 1995\2224).

SAP de Zaragoza de 9 de febrero de 1998 (Ar. AC 1998\3232).

SAP de Zaragoza de 2 de enero de 2001 (Ar. JUR 2001\81391).

SAP de Zaragoza de 20 de abril de 2001 (Ar. JUR 2001\172649).

SAP de Zaragoza de 30 de abril de 2001 (Ar. JUR 2001\142672).

SAP de Zaragoza de 15 de octubre de 2003 (Ar. JUR 2003\252022).

SAP de Zaragoza de 7 de enero de 2004 (Ar. JUR 2004\60729).

SAP de Zaragoza de 24 de mayo de 2004 (Ar. JUR 2004\180589).

SAP de Zaragoza de 22 de septiembre de 2005 (Ar. JUR 2005\274915).

SAP de Zaragoza de 24 de octubre de 2005 (Ar. JUR 2005\241134).

SAP de Zaragoza de 30 de marzo de 2006 (Ar. JUR 2006\140426).

SAP de Zaragoza de 14 de noviembre de 2006 (Ar. JUR 2007\123270).

SAP de Zaragoza de 20 de noviembre de 2007 (Ar. JUR 2008\76220).

SAP de Zaragoza de 12 de diciembre de 2007 (Ar. JUR 2008\82603).

SAP de Zaragoza de 15 de julio de 2008 (Ar. JUR 2008\344577).

SAP de Zaragoza de 22 de julio de 2008 (Ar. JUR 2009\43141).

SAP de Zaragoza de 23 de septiembre de 2010 (Ar. JUR 2010\342588).

SAP de Zaragoza de 16 de noviembre de 2010 (Ar. JUR 2011\41511).

SAP de Zaragoza de 30 de noviembre de 2010 (Ar. JUR 2011\63578).

SAP de Zaragoza de 28 de diciembre de 2010 (Ar. JUR 2011\68976).

SAP de Zaragoza de 18 de enero de 2011 (Ar. JUR 2011\119272).

SAP de Zaragoza de 8 de marzo de 2011 (Ar. JUR 2011\270953).

SAP de Zaragoza de 15 de marzo de 2011 (Ar. JUR 2011\270831).

SAP de Zaragoza de 29 de marzo de 2011 (Ar. AC 2011\481).

SAP de Zaragoza de 12 de abril de 2011 (Ar. JUR 2011\270224).

SAP de Zaragoza de 3 de mayo de 2011 (Ar. JUR 2011\269689).

SAP de Zaragoza de 14 de junio de 2011 (Ar. JUR 2011\266100).

SAP de Zaragoza de 21 de junio de 2011 (Ar. JUR 2011\265026).

SAP de Zaragoza de 6 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2011\329999).

SAP de Zaragoza de 13 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2011\329981).

SAP de Zaragoza de 27 de septiembre de 2011 (Ar. JUR 2011\348276).

SAP de Zaragoza de 15 de noviembre de 2011 (Ar. JUR 2011\403871).

SAP de Zaragoza de 29 de noviembre de 2011 (Ar. JUR 2011\431895).

SAP de Zaragoza de 2 de diciembre de 2011 (Ar. JUR 2011\431898).

SAP de Zaragoza de 17 de enero de 2012 (Ar. JUR 2012\35561).

SAP de Zaragoza de 24 de enero de 2012 (Ar. JUR 2012\43195).

SAP de Zaragoza de 7 de febrero de 2012 (Ar. JUR 2012\63159).

SAP de Zaragoza de 14 de febrero de 2012 (Ar. JUR 2012\73103).

SAP de Zaragoza de 28 de febrero de 2012 (Ar. JUR 2012\88042).

SAP de Zaragoza de 13 de marzo de 2012 (Ar. JUR 2012\126359).

SAP de Zaragoza de 20 de marzo de 2012 (Ar. JUR 2012\126870).

SAP de Zaragoza de 27 de marzo de 2012 (Ar. JUR 2012\134996).

SAP de Zaragoza de 30 de marzo de 2012 (Ar. JUR 2012\137042).

SAP de Zaragoza de 25 de abril de 2012 (Ar. JUR 2012\162327).

SAP de Zaragoza de 9 de mayo de 2012 (Ar. JUR 2012\199240).

SAP de Zaragoza de 22 de mayo de 2012 (Ar. JUR 2012\184960).

SAP de Zaragoza de 19 de junio de 2012 (Ar. JUR 2012\236280).

SAP de Zaragoza de 20 de julio de 2012 (Ar. JUR 2012\276585).

SAP de Zaragoza de 23 de julio de 2012 (Ar. JUR 2012\287820).

SAP de Zaragoza de 6 de septiembre de 2012 (Ar. JUR 2012\318794).

SAP de Zaragoza de 12 de diciembre de 2012 (Ar. JUR 2013\111436).

SAP de Zaragoza de 12 de febrero de 2013 (Ar. JUR 2013\110731).

SAP de Zaragoza de 19 de febrero de 2013 (Ar. JUR 2013\111726).

SAP de Zaragoza de 15 de octubre de 2013 (Ar. JUR 2014\19991).

SAP de Zaragoza de 26 de noviembre de 2013 (Ar. JUR 2014\18332).

SAP de Zaragoza de 20 de diciembre de 2013 (Ar. JUR 2014\16707).

SAP de Zaragoza de 27 de mayo de 2014 (Ar. JUR 2014\180453).

SAP de Zaragoza de 8 de julio de 2014 (Ar. JUR 2014\199874).

SAP de Zaragoza de 4 de noviembre de 2014 (Ar. JUR 2015\62458).

SAP de Zaragoza de 2 de diciembre de 2014 (Ar. JUR 2015\62889).

SAP de Zaragoza de 16 de diciembre de 2014 (Ar. JUR 2015\63515).

SAP de Zaragoza de 24 de marzo de 2015 (Ar. JUR 2015\113088).

SAP de Zaragoza de 21 de abril de 2015 (Ar. JUR 2015\126855).

SAP de Zaragoza de 9 de junio de 2015 (Ar. JUR 2015\163178).

SAP de Zaragoza de 30 de junio de 2015 (Ar. JUR 2015\181856).

SAP de Zaragoza de 28 de julio de 2015 (Ar. JUR 2015\215412).

SAP de Zaragoza de 15 de septiembre de 2015 (Ar. JUR 2015\234736).

SAP de Zaragoza de 14 de marzo de 2017 (Ar. JUR 2017\107757).

SAP de Zaragoza de 16 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\66650).

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Alicante de 15 de noviembre de 2005 (Ar. JUR 2010\40185).

Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 28 de Madrid de 19 de julio de 2007 (Ar. JUR 2007\276116).

Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008 (Ar. AC 2008\1963).

Auto del Juzgado de Primera Instancia de Gijón 22 de junio de 2010 (Ar. AC 2010\1257).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla de 1 de septiembre de 2010 (Ar. AC 2010\1517).

Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 25 de Madrid de 14 de febrero de 2011 (Ar. JUR 2012\44940).

Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Sevilla de 8 de abril de 2011 (Ar. AC 2011\509).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Colmenar Viejo de 22 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\30867).

Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Salamanca de 12 de febrero de 2018 (Ar. JUR 2018\49306).