

Trabajo Fin de Grado

El régimen de la guarda y custodia de los hijos menores en las rupturas matrimoniales en el Derecho Civil estatal: Una relectura del art. 92 CC a la luz de la última doctrina del Tribunal Supremo

Autora

Lucía Rivero Sobreviola

Directora

Dra. Aurora López Azcona

Facultad de Derecho
2020

A mi familia, gracias por la confianza plena, y por existir.
A mi tutora, gracias por haber sido mi guía y mi motor.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	3
CAPITULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN.....	4
I. Motivación de la elección del tema propuesto.....	4
II. Objetivos y alcance del trabajo.....	5
III. Metodología.....	5
CAPÍTULO SEGUNDO. LA GUARDA Y CUSTODIA.....	6
I. Concepto de guarda y custodia.....	6
II. Evolución del régimen de custodia en el Código civil desde su redacción originaria a fecha de hoy.....	9
III. El modelo de custodia en el CC español. Comparativa con los Derechos civiles territoriales.	13
1. El régimen de custodia en el CC español	13
a) Modalidades de custodia contempladas: la custodia individual y la custodia compartida.....	13
b) El régimen de custodia individual preferente del CC	15
c) Casos en que procede la custodia compartida ex art. 92.5 CC.....	17
d) Casos en los que no procede la custodia compartida ex art. 92.7 CC.....	28
2. El régimen de custodia en los Derechos civiles territoriales.....	32
CAPÍTULO TERCERO. EL TRATAMIENTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO.....	37
I. De la excepcionalidad de la custodia compartida a su elección preferente.....	37
II. Criterios determinantes para la concesión de la custodia compartida.....	39
CONCLUSIONES.....	42
REFLEXIÓN FINAL.....	50
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	52
BIBLIOGRAFÍA.....	53
OTRAS FUENTES DOCUMENTALES.....	55

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.: Artículo.

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CDFA: Código Derecho Foral Aragonés

CE: Constitución Española

CCAA: Comunidades Autónomas

DL: Decreto Legislativo

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

MF: Ministerio Fiscal

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN

I. MOTIVACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA PROPUESTO

Una ruptura conyugal o de pareja no tiene porqué implicar ruptura familiar; es decir, que los cónyuges decidan poner fin a su convivencia no debería conllevar que los hijos menores dejasen de convivir con ambos progenitores. La sociedad actual se está moldeando y se encuentra en un momento de cambio no solo por la incorporación de la mujer en el mercado laboral, sino porque en los matrimonios jóvenes (quienes dibujan las líneas hacia las que tiende la sociedad futura) existe un reparto de tareas y, afortunadamente, cada vez es menos común el rol de “mujer” y el de “hombre”. Este cambio social necesita ser amparado por las leyes, y que las mismas den respuesta a circunstancias de los matrimonios y relaciones de pareja actuales. La legislación ha de adaptarse a la realidad social, en la que los padres tienen una mayor intervención en el cuidado y atención diaria de los menores, produciéndose, en muchos casos, una participación equitativa en el cuidado de los hijos, por lo que ambos progenitores se encontrarían en condiciones similares para ejercer su custodia. Ahora bien, ello no quiere decir que la custodia compartida debiera de ser otorgada automáticamente por defecto en el momento de ruptura conyugal, sino que tendría que concederse en caso de que se demuestre que durante el matrimonio o relación de hecho ha existido una coparentalidad de carácter activo por parte de ambos progenitores en el cuidado de los hijos.

Según datos del INE, en 2018 hubo en España 95.254 divorcios, de los cuales, el 45,1% de los matrimonios correspondientes a las resoluciones de divorcio, tenían hijos menores de edad¹. La custodia compartida fue otorgada en el 33,8% de los casos de divorcio y separación de parejas con hijos, un 3,6% más que en 2017. Si bien esta cifra viene incrementándose desde 2011, año en el cual la custodia compartida representaba el 12% de los casos. Este crecimiento es un reflejo de cambios sociales relacionados con la igualdad de género.

El interés del presente estudio radica en que sea la propia lucha por la igualdad la que promueva la concesión de la custodia compartida en detrimento de la individual.

¹ Instituto Nacional de Estadística, *Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD) 2019* (URL: https://www.ine.es/prensa/ensd_2018.pdf).

II. OBJETIVOS Y ALCANCE DEL TRABAJO

El presente trabajo aborda el estudio de una cuestión muy controvertida como es el tratamiento de la custodia de los hijos menores tras las rupturas matrimoniales, tal y como se articula en el Código civil estatal. En ese momento se genera un desmembramiento de la unidad familiar, y con ello una nueva realidad a la que el menor va a tener que adaptarse.

Según resulta de la lectura del art. 92 CC, alcanzar el ejercicio compartido de la custodia del menor depende de varios factores determinantes, como la existencia de un acuerdo entre los progenitores, o en su defecto, la solicitud de la custodia compartida por uno de ellos, el informe favorable del Ministerio Fiscal, y la aprobación del Juez si considera que tal medida es favorable al interés del menor.

A día de hoy la sociedad está luchando por la efectiva igualdad entre la mujer y el hombre, lucha que no es ajena al Derecho de Familia, por lo que se procede a analizar cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando en su interpretación del régimen jurídico contenido en el CC al objeto de adecuarlo debidamente a las exigencias de la sociedad actual. En concreto, tal y como indica el título, se pretende ir más allá de la literatura del artículo 92 CC, tratando de contextualizar el mismo en el marco de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo.

III. METODOLOGÍA

El desarrollo del presente trabajo requiere profundizar en el estudio del régimen estatal en materia de guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura matrimonial, tal y como se configura en el art. 92 CC.

Este tema se va abordar fundamentalmente desde una perspectiva jurisprudencial, al objeto de identificar los criterios que resultan determinantes para el Tribunal Supremo a la hora de decidir acerca del sistema de guarda y custodia a otorgar a los progenitores. Se trata así de examinar la interpretación de que ha sido objeto por parte del Alto Tribunal el sistema estatal de custodia de los hijos tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, tal y como se recoge en el Código civil.

En atención al enfoque eminentemente jurisprudencial que se optado dar a este trabajo, resulta indispensable el análisis de las resoluciones judiciales del Tribunal Supremo dictadas en materia, desde el momento en que los últimos años se vislumbra un cambio de criterio jurisprudencial, en el sentido que, más allá del tenor literal del art. 92

CC que otorga preferencia a la custodia individual, el Alto Tribunal se muestra proclive al establecimiento de la custodia compartida como régimen “normal”, y no excepcional.

No obstante lo anterior, no se renuncia al examen complementario de la doctrina científica, acudiendo a la bibliografía especializada en la materia.

CAPITULO SEGUNDO: LA GUARDA Y CUSTODIA

I. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA

El cese de la convivencia marital trae consigo la toma de decisiones importantes que afectan, en gran medida, al menor. Entre ellas, la más relevante y conflictual viene a ser la determinación de cuál de los progenitores será quien conviva con el mismo. Esta convivencia puede ser con uno solo de los progenitores, o de manera “compartida”, es decir, en alternancia con ambos.

A priori interesa distinguir debidamente la figura de la “patria potestad” de la de “guarda y custodia”, desde el momento en que en el Código civil se utilizan ambas de manera análoga, lo que genera no poca confusión.

De acuerdo con la STS de 9 de julio de 2002, la patria potestad *“se configura en nuestro Ordenamiento jurídico como una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo (STS 9 de septiembre de 1960 y 8 de abril de 1975)”*².

En términos similares se expresa la doctrina. Así, TAPIA PARREÑO define la patria potestad como *“el conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias en orden a su asistencia y formación, un derecho que se concede para el cumplimiento de una serie determinada de deberes que pueden englobarse en dos: asistencia y formación integral, en todos los aspectos de la vida”*³.

² STS 9 de julio de 2002 (CENDOJ, Roj. 720/2002).

³ J.J TAPIA PARREÑO, “Custodia compartida y Protección de Menores”. *Cuadernos de Derecho Judicial II-2009*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2010. Pág. 77.

La patria potestad es, por tanto, un efecto legal derivado de la existencia de un vínculo de filiación, bien natural o bien adoptivo, el cual comporta una serie de derechos y deberes que deberán ser asumidos por el o los progenitores, y que, a su vez, conforman la institución básica de protección del menor.

En cualquier caso, la expresión “patria potestad” que sigue empleando el Código civil no parece, de acuerdo con PINTO ANDRADE, la más adecuada para una sociedad inserta en el mundo occidental del siglo XXI, puesto que evoca la idea de poder y pertenencia a favor del *pater familias*, por lo que propone *de lege ferenda* identificar la institución con la expresión “responsabilidad parental”⁴. En la misma línea, GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO opinan que el legislador debe sustituir el término “patria potestad” por otro más adecuado desde la perspectiva de género, puesto que dicho término evoca a la figura paterna y no a la materna. Proponen el término de autoridad parental o responsabilidad parentals

En lo que hace propiamente a la guarda y custodia de los hijos a cargo de los padres, interesa llamar la atención sobre la falta de uniformidad del legislador estatal al referirse a la misma, toda vez que el CC emplea términos muy diversos distintos para designarla, tales como “tenerlos en su compañía” (arts. 94, 103 y 154), “quedar al cuidado” (art. 159), “tener consigo” (art. 94), “quedar en la compañía” (art. 96) o “quedar” (art. 103). Ello además, su articulado no aporta una definición clara de lo que se ha de entender por guarda y custodia. Ante esta ambigüedad normativa la jurisprudencia y doctrina se han ocupado de delimitarla, al objeto de distinguirla debidamente de la patria potestad. Sirva de ejemplo la STS de 19 de octubre de 1983 que la define como “*la función de los padres de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía, determinando que la misma es parte integradora de la patria potestad...*”, y añade que “*la patria potestad comprende, entre otros deberes y facultades en relación con los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía, expresiones éstas que se refieren, sin duda alguna, a los derechos de guarda y custodia, y nada se opone a que por resolución judicial se acuerde... la suspensión del derecho de guarda y custodia, parte integrante de la potestad*”.

En la misma línea, CAMPO IZQUIERDO afirma que la guarda y custodia es “*un derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en*

4 C. PINTO ANDRADE. “*La Custodia Compartida*” Edit. Bosch, Barcelona, 2009. Pág. 35.

5 M.P. GARCÍA RUBIO y M. OTERO CRESPO. “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*, núm. 8, 2006. Pág. 73.

su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día. Cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor, constituye ejercicio de la patria potestad”⁶. Por su parte, GUILARTE MARTÍN-CALERO define la guarda y custodia como aquella potestad que otorga el derecho de convivir con los menores, bien permanentemente por atribución individual a un progenitor, o bien de manera alterna por ejercicio de custodia compartida, y que comporta, a su vez, la asunción de las obligaciones de la vida diaria y ordinaria de los menores⁷.

De ello resulta, por consiguiente, que la figura de guarda y custodia se integra en la patria potestad, por estar relacionada con el deber de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía. En este sentido MARTINEZ CALVO señala que la guarda y custodia de los menores queda subsumida dentro del ejercicio cotidiano de la patria potestad mientras los progenitores viven juntos⁸.

Es en el momento de la ruptura de la convivencia cuando se materializa la distinción de ambas figuras, debido a que la titularidad y, en principio, el ejercicio de patria potestad subsiste para ambos progenitores, desde el momento que implica convivencia con el menor y cuidado del mismo, difícilmente puede ejercerse simultáneamente por ambos progenitores aun siendo compartida, desde el momento en que la ruptura matrimonial implica el cese de la convivencia marital. En este sentido, en el *IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia*, celebrado en 2009, se puso de relieve que hay una serie de decisiones atinentes a los hijos menores que, en una custodia individual, no pueden ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, en particular: las decisiones relativas a la fijación del lugar de residencia del menor y los posteriores traslados de domicilio de éste que lo aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, pública o privada, y cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por el menor a tratamientos o intervenciones médicas, preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas al menor y la realización por éste de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y, en general,

6 A.L. CAMPO IZQUIERDO. “Guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, *Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, núm. 7206, Sección Tribuna, Pág. 1.

7 C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2/2008, Pág. 4.

8 J. MARTINEZ CALVO. *La guarda y custodia*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019, Pág. 42.

todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores. En cambio, aquellas decisiones relativas a aspectos de la vida del menor distintas a las nombradas, así como la prestación de asistencia sanitaria en caso de urgente necesidad, le corresponde tomarlas al progenitor que tenga consigo al menor en el momento de ser adoptadas⁹.

II. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL DESDE SU REDACCIÓN ORIGINARIA A FECHA DE HOY

Interesa en este epígrafe ofrecer una evolución del sistema de custodia en Derecho estatal desde la época previa a la codificación al momento presente.

Empezando por la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, de acuerdo con la misma el criterio a tomar en consideración por el Juez para atribuir la custodia de los hijos en un proceso de nulidad o separación matrimonial era la culpabilidad o inocencia de los cónyuges, quedando así los hijos bajo la potestad del inocente. Ello es así desde el momento en que la ruptura del vínculo matrimonial se basaba en el comportamiento culpable de uno de los cónyuges, motivado por la idea de que el matrimonio era una institución que debía preservar por encima de los intereses de los cónyuges, de tal manera que únicamente podía verse disuelto cuando existiese una conducta que merece la reprobación del Ordenamiento jurídico. Así, la Ley ofrecía una lista cerrada de las causas por las que podía solicitarse el divorcio, en la que se recogían diversas conductas cuyo carácter culpable no se discutía o bien expresarse mediante la violación grave y reiterada de los deberes conyugales. En definitiva, la disolución del vínculo se configuraba en dicha Ley, en vez de como una respuesta a las crisis matrimoniales por la que podía optar cualquiera de los cónyuges, como una sanción impuesta al cónyuge culpable y, en contrapartida, una suerte de liberación para el cónyuge inocente con el fin de salir de una relación que vulneraba sus derechos. Ahora bien, éste último debía aportar un principio de prueba que permitiese al órgano judicial redactar una

⁹ IV Encuentros de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia, Valencia, 26, 27 y 28 de octubre de 2009 (URL: <http://www.icasv-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf>).

sentencia en base a dicho motivo, lo que implicaba que los jueces entrasen en el ámbito de la más estricta intimidad de los sujetos¹⁰.

A partir de ahí, el progenitor declarado culpable era privado de la patria potestad y de los derechos sobre las personas y bienes de los hijos mientras el progenitor inocente viviese, recuperando sólo dichos derechos tras su muerte. En caso de que ambos progenitores fuesen culpables, los hijos quedaban bajo la autoridad de un tutor o curador. No obstante lo anterior, desde el momento en que el modelo de familia imperante era el patriarcal, el cuidado de los hijos menores de tres años quedaba a cargo de la madre, fuera o no culpable, salvo que la sentencia dispusiera lo contrario¹¹.

En línea con esta Ley, el CC en su redacción originaria de 1889 articuló dos soluciones diferentes según los hijos menores tuviesen más o menos de tres años. Tratándose de hijos de más de tres años, sus arts. 70 y 73 optaron por la solución según la cual, en caso de buena fe (en el sentido de no concurrencia de culpabilidad) por parte de ambos progenitores, los hijos varones quedaban al cuidado del padre, mientras que las hijas al cuidado de la madre. Si sólo uno de los progenitores hubiese actuado de buena fe, los hijos quedaban bajo su cuidado. Finalmente, en caso de que ambos estuviesen de mala fe, el juez debía nombrar un tutor a los hijos. En cambio, tratándose de hijos de menos de tres años y cualquiera que fuese su sexo, el art. 159 estableció una preferencia legal a favor de la madre, salvo que la sentencia decidiese otra cosa por motivos especiales. podía provocar situaciones personales complejas para los varones menores, que pasaban de estar bajo la exclusiva atención y cuidado de la madre, a dejar de pasar el tiempo con ella y compartirlo al completo con el padre.

Ya en la II República, el divorcio fue instaurado como causa de disolución del matrimonio por la Ley de 2 de marzo de 1932. En lo referente a sus efectos respecto de los hijos menores, la ley atribuía la custodia al cónyuge inocente, ya fuese el padre o la madre. En caso de que ambos cónyuges fuesen culpables o no lo fuese ninguno de ellos correspondía al Juez, en atención al principio del *favor filii* –que se incorpora por primera vez al Ordenamiento jurídico español- decidir con quién de ellos debían quedar los menores o incluso nombrarles tutor si así lo entendía beneficioso para los menores. En

10 R. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida. Aspectos jurídico-procesales*, Dykinson, Madrid, 2018. Pág. 153.

11 Art. 88 Ley Provisional del Matrimonio Civil, 1870, determinaba que “la madre mantendrá a su cuidado, en todo caso, salvo que la sentencia disponga otra cosa, a los menores de tres años”.

cualquier caso, respecto a los hijos menores de cinco años (ya no de tres años), se atribuía su cuidado a la madre, salvo que se dispusiera lo contrario en la sentencia¹².

Tras la Guerra Civil y una vez suprimido el divorcio como causa de disolución del matrimonio por la Ley del 23 de septiembre de 1939, en virtud de la Ley de 24 de abril de 1958 se dio una nueva redacción a los arts. 70 y 73 CC en lo referente a la nulidad matrimonial y la separación matrimonial respectivamente. De la lectura de estos artículos resulta una clara preferencia materna para la guarda y el cuidado de los hijos menores de siete años (ya no de tres ni de cinco años). A partir de dicha edad, la custodia de los hijos se atribuye en atención al criterio culpabilístico, siendo determinante, de nuevo, la inocencia o culpabilidad de sus progenitores. Sólo en caso de que ambos progenitores hubiesen actuado de buena fe o, lo que es lo mismo, fuesen inocentes, los hijos mayores de siete años quedaban al cuidado del padre, y las hijas al de la madre. Lo mismo que se ha comentado con anterioridad para los hijos mayores de 3 años conforme a la redacción original del CC de 1889, se traslada a este caso para los hijos mayores de 7 años.

Una vez instaurada la democracia, se aprueba la Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del Matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir en los casos de Nulidad, Separación y Divorcio¹³. Con la presente ley, se reforma el título IV del Libro I del CC, adecuándolo a la nueva filosofía de igualdad de la CE.

En lo que aquí interesa, se fija un modelo de guarda y custodia en el que, en defecto de acuerdo entre los progenitores, la determinación del progenitor custodio respecto a los hijos/hijas mayores de siete años queda al arbitrio del juzgador, quien habrá de decidir exclusivamente conforme al principio del supremo interés del menor (art. 92 CC), abandonándose así el criterio culpabilístico. Por su parte, los menores de siete años quedarán bajo el cuidado de la madre, en defecto de acuerdo de los progenitores y salvo que el juez por motivos especiales proveyere de otro modo (nuevo art. 159 CC).

No obstante, este criterio de preferencia materna fue suprimido por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del CC en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, por consistir en un criterio claramente discriminatorio para los padres de

¹² El art. 17 de la Ley 2 de marzo de 1932 prevé que “A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cuál de ellos han de quedar... Si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de 5 años.”

¹³ Conocida como la Ley de Divorcio, se trata de una de las leyes más importantes en el ámbito del Derecho de Familia por ser la primera en democracia en introducir la posibilidad de disolución del matrimonio a través de este mecanismo.

los hijos menores de siete años (en este último caso, pero también los menores de 3 años en un inicio, y de 5 años durante el paréntesis de la II República). En su Preámbulo, la Ley fijaba como objetivo “eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil, y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad”. Se modifica así el art. 159 CC, recalcando que será el Juez quien decidirá, siempre en beneficio de los hijos, a qué progenitor se le confía el cuidado de los menores, desapareciendo de este modo cualquier preferencia que, por razón de edad de los hijos, pudiese corresponder a la figura materna. Se establece, por tanto, la equiparación de ambos cónyuges en cuanto a la capacidad de cuidado de los hijos menores, aunque sean de corta edad.

Consagrado el principio de igualdad en orden a la custodia de los hijos con la citada Ley, en 2005 tuvo lugar, a mi entender, el mayor avance en esta materia, en virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en cuanto incorporó al art. 92 CC, junto a la tradicional custodia individual, la custodia compartida como medida excepcional a adoptar tras la ruptura conyugal. Así, el nuevo art. 92.5 CC señala que “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”.

La reforma del 2005 supuso así un punto de inflexión en el reconocimiento legal del nuevo modelo de guarda y custodia, adaptado a la sociedad y a los principios que inspiran actualmente al Derecho de Familia. A partir de entonces el CC no ha experimentado modificaciones legislativas relevantes en lo referente al régimen de guarda y custodia más allá de la supresión de la exigencia de dictamen favorable del Ministerio Fiscal referida en el art.92.6 CC. De ello resulta, por consiguiente, que el régimen actual vigente en materia de guarda y custodia es el de custodia individual preferente y compartida excepcional. No obstante, como ya se ha apuntado, el Tribunal Supremo ha realizado una importante reinterpretación del precepto, estableciendo que de la lectura del art. 92 CC no ha de entenderse la custodia compartida como una medida excepcional, sino “normal” e incluso “deseable” por permitir a que se haga efectivo el derecho que tienen los hijos a relacionarse con los progenitores, por lo que *de facto* invierte el orden del precepto, dando prácticamente preferencia a la custodia compartida.

Más allá de la perspectiva jurídica, de la evolución normativa hasta aquí expuesta puede afirmarse que la legislación española ha ido adaptándose a los cambios sociales del momento, dejando atrás el reflejo de una sociedad patriarcal, en la que se presumía que toda madre, por el mero hecho de serlo, tenía una mayor capacitación para el cuidado de los hijos, y que, salvo por una clara incapacitación, se le atribuía el cuidado de los menores en “los años tiernos”¹⁴. Ahora bien, aprobada la CE 1978, esta presunción devino inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad de su art. 14, por lo que fue erradicada del CC y a día de hoy la norma es neutra, estableciendo como único criterio el interés superior del menor. Con todo, a pesar de esta neutralidad, existe cierta tendencia social a considerar que la madre sigue siendo la más adecuada para cuidar de los menores¹⁵, por ello la tendencia jurisprudencial mayoritaria es favorable a la concesión de la custodia individual para la madre, si bien se empieza a vislumbrar un cambio hacia la compartida, en pro de la igualdad de género.

III. EL MODELO DE CUSTODIA EN DERECHO CIVIL ESTATAL. COMPARATIVA CON LOS DERECHOS CIVILES TERRITORIALES

1. EL RÉGIMEN DE CUSTODIA EN EL CODIGO CIVIL

A) Modalidades de custodia contempladas: la custodia individual y la custodia compartida

Si bien durante la vigencia del matrimonio la guarda y custodia de los hijos menores se ejerce conjuntamente por ambos progenitores, en el sentido de que los dos tienen el deber de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía, llegado el momento de la ruptura matrimonial se impone la exigencia de elegir el modelo de guarda y custodia más adecuado para el menor, habida cuenta del cese de la convivencia entre los progenitores que aquella implica.

¹⁴ A. GOIRIENA LEKUE, “La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género”, *Aequalitas*. núm. 16, 2005. Pág. 53.

¹⁵ En este sentido interesa reproducir las palabras del Preámbulo de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, que la “guarda exclusiva otorgada a la mujer con el reconocimiento al hombre de un derecho de visita ha seguido siendo una constante”.

En Derecho civil estatal se recogen dos tipos de guarda y custodia: la custodia individual y la custodia compartida, en particular, en el art. 92 CC en sede de efectos de la nulidad, separación o divorcio¹⁶. No obstante, más allá de las previsiones legales PINCONTÓ NOVALES propone una clasificación más extensa en la que incluye cuatro modalidades: conjunta (que implica un ejercicio completa y simultáneamente ejecutado por ambos progenitores), exclusiva (por un solo progenitor), compartida simétricamente (progenitores que, conviviendo o no, comparten paritaria y alternativamente todas las gestiones de bienestar de las personas menores de edad en partes iguales) y compartida asimétricamente (con un progenitor gestor principal y otro secundario)¹⁷. Se entiende que con esta última distinción se están estableciendo posibles subcategorías del régimen de custodia compartida (asimétrica, simétrica o conjunta).

La guarda y custodia individual se caracteriza por ser ejercida por uno de los progenitores, independientemente de que la titularidad y ejercicio de la patria potestad la mantengan ambos. En caso de que se opte (en virtud de convenio regulador o judicialmente) por la custodia individual y, por ende, se atribuya a uno solo de los progenitores, al no custodio se le atribuye el llamado “derecho de visitas” a que se refiere el art. 94 CC y a fijar de común acuerdo por los padres o, en su defecto, por la autoridad judicial. En este punto importa concretar la diferencia entre custodia, entendida como convivencia diaria con el menor, y régimen de visitas, entendido como convivencia temporal. De acuerdo con PINTO ANDRADE, esta diferencia es cuantitativa, en el sentido que en la custodia el tiempo de convivencia es superior al de visita. Ahora bien, propiamente no existe diferencia cualitativa, desde el momento en que ambos progenitores, tanto el visitante como el custodio, poseen las mismas facultades y deberes de cuidado, alimentación y educación para con el menor durante el tiempo en el que conviven con el mismo, en atención a lo dispuesto en el art. 154.1 CC¹⁸. La única distinción, por tanto, es el tiempo de convivencia, si bien en la legislación aparecen

16 J. SOLÉ RESINA y M. YSÁS SOLANES, “Custodia compartida: de la excepción a la regla general. Un paso más hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo”, AA.VV., *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*” Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.733, afirma que “el art. 92 CC, en su apartado primero establece que “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”, es decir, de la ruptura conyugal o de pareja no nacen nuevas obligaciones, sino que estas se mantienen con el mismo contenido, pero cambia el modo de hacerlas efectivas”.

17 T. PICONTO NOVALES, “La guarda y custodia: *dirección y orientación* del niño/niña en el régimen de convivencia familiar”, en AA.VV., *La custodia compartida a Debate*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 104-105.

18 C. PINTO ANDRADE, *La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución*, *Misión jurídica*, Núm. 9, 2015, págs. 146 y 147.

reguladas como dos figuras diferenciadas con regímenes jurídicos propios. De esta perspectiva disiente MARTINEZ CALVO, para entender que la custodia exclusiva se refiere a la situación de aquel progenitor al que se le ha atribuido judicialmente el ejercicio de la guarda y custodia, y no a todo progenitor que, custodio o no, tenga en su compañía o bajo su cuidado y protección al menor¹⁹.

Por su parte, la custodia compartida implica su ejercicio de forma igualitaria pero alterna entre ambos progenitores²⁰. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que responde a los principios de flexibilidad de la fórmula escogida y del caso concreto en interés del menor. TENA PIAZUELO la define como la ficción consistente en procurar el mantenimiento de una normalidad familiar que realmente se ha perdido²¹. Es decir, a pesar de no existir una convivencia conjunta, los progenitores han de recrear el entorno en el que se encontraba el menor previo la ruptura matrimonial. En cualquier caso, la viabilidad de este régimen requiere del respeto y de la colaboración²² por parte de ambos progenitores, asegurando una relación estable entre ellos con el fin de facilitar la comunicación por parte de los hijos con ambos progenitores, y con todo ello tratar de establecer un sistema eficaz de resolución de conflictos²³.

Una vez clarificados los dos tipos de custodia que contempla el CC, interesa advertir que el precitado art. 92 CC no recoge propiamente los presupuestos objetivos necesarios para otorgar uno u otro modelo de guarda y custodia, sino que, en su lugar, establece los supuestos en los que no resulta viable la custodia compartida en sus apartados 5º y 7º.

B) El régimen de custodia individual preferente del CC

Según se ha indicado, hasta la Ley de 2005, el CC establecía en su art. 159 la preferencia de la madre para el ejercicio de la custodia de los hijos en caso de crisis

19 J. MARTINEZ CALVO, *La guarda y custodia...*, cit., Pág. 50.

20 La STS de 11 de marzo de 2010 (CENDOJ Roj. 963/2010) determina que “la custodia conjunta no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores”. Esto es, “igualitario” no quiere decir alternancia por periodos iguales de cohabitación,

21 I. TENA PIAZUELO. “La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia.” *Aequalitas*, Núm. 18, 2006, Pág. 33.

22 P. ORTUÑO MUÑOZ, “El Nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial”, Aranzadi, Navarra, 2006, Pág. 63.

23 STS 529/2017, de 27 de septiembre de 2017 (CENDOJ Roj. 3378/2017), FJ 2º: «*conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad*».

matrimonial, y los arts. 90 y 92 de dicho cuerpo legal no preveían la figura de la custodia compartida, por lo que no se prohibía, pero tampoco se contemplaba expresamente. Será en 2005 cuando se modifique el art. 92 CC, dando entrada de forma expresa a la guarda y custodia compartida.

A priori interesa advertir que la literalidad del vigente art. 92 CC genera cierta confusión, ya que, por un lado, mezcla el proceso contencioso y el acuerdo entre los progenitores, resultando complicado distinguir a qué modalidad de ruptura matrimonial (contenciosa o convencional) se está refiriendo el legislador; y por otro lado, no hace un análisis claro de qué previsiones se refieren a la custodia individual o a la compartida. En este sentido, doctrina y la jurisprudencia han puesto de manifiesto las complejidades que presenta la instauración judicial de la custodia compartida por ser requerido el cumplimiento de unos exigentes requisitos, calificando a la regulación de la custodia compartida contenida en el art. 92 CC de “entelequia”²⁴, “realidad excepcional”²⁵, “farragosa”, y “poco clara”²⁶.

No obstante lo anterior, de la lectura del precitado artículo parece resultar una cierta preferencia del legislador estatal por la custodia individual, en cuanto que condiciona el ejercicio de la custodia compartida al cumplimiento de una serie de presupuestos muy estrictos hasta tal punto que le aporta un cierto carácter subsidiario. En este sentido GUILARTE MARTÍN-CALERO afirma que la regulación del CC ha optado “por dotar al nuevo modelo, en su atribución judicial, de un carácter subsidiario y, casi, excepcional, al rodearlo de numerosas exigencias y cautelas, primando al modelo de guarda exclusiva. Piénsese que, en su fijación convencional, guarda exclusiva y custodia compartida están en pie de igualdad, de suerte que los padres podrán elegir entre un modelo u otro sin necesidad de justificar su elección, mientras que el juez para fijar un modelo de custodia compartida precisa: solicitud de parte, informar del Ministerio Fiscal y que se den los condicionantes de orden fáctico que hagan presumir que el régimen establecido es el más adecuado y el que mejor protege el interés del menor”²⁷.

24 A. PÉREZ MAYOR, “La entelequia de la custodia compartida o alterna”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Nº 3, 2007, Pág. 813.

25 J. RIVERA ALVAREZ, “La custodia compartida impuesta por el Juez: una realidad excepcional en las crisis matrimoniales” AA.VV., *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm.1, 2006, Pág. 16.

26 M. PÉREZ SALAZAR-RESANO, “Patria Potestad”, en AA.VV., *Tratado de Derecho de Familia: Aspectos Sustantivos y Procesales*, Editorial Jurídica Sepin, Madrid, 2005, Pág. 193.

27 C. GUILARTE MARTÍN CALERO, “Criterios de atribución de la custodia compartida”, *InDret*, 2010, Pág. 6.

Desvinculándose de esta lectura, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de abril de 2013 sostuvo que el art. 92 CC no concibe expresamente la custodia compartida como una medida excepcional, sino que la misma debe considerarse como lo deseable y aconsejable, ya que permite que el menor se relacione con ambos progenitores, siempre y cuando sea recomendable y en beneficio de este. Ulteriormente ha reproducido esta doctrina en sus sentencias de 29 de abril de 2013²⁸, 25 de abril de 2014²⁹, 30 de octubre de 2014³⁰, 15 de julio de 2015³¹, 30 de mayo de 2016³², 5 de abril de 2019³³ y 18 julio de 2019³⁴. Esta jurisprudencia se analizará más detalladamente en el capítulo 3.

En 2013 el cambio de perspectiva propugnado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo intentó tener su plasmación legal en virtud del Anteproyecto de Ley sobre la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio, con el que se pretendió terminar con la resistencia a la atribución de la custodia compartida y eliminar la excepcionalidad con la que se regulaba hasta el momento³⁵. Así, se introdujo el art. 92 bis CC, con el fin de suprimir la preferencia hasta entonces vigente por la custodia individual, estableciendo que será el Juez quien determine, según el caso concreto y siempre en beneficio del menor, previo informe del Ministerio Fiscal, qué régimen de custodia es más adecuado. Esto es, se configura un sistema de libre determinación judicial de la custodia en atención al interés de los hijos, en línea con lo establecido por parte de los Derechos civiles territoriales, en concreto, por el Derecho navarro y aragonés tras la reforma de 2019. No obstante, este borrador no llegó a prosperar, sin que posteriormente hayan surgido nuevas iniciativas en este sentido.

C) Casos en que procede la custodia compartida *ex art. 92.5 y 8 CC*

Tras la reforma de 2005, el art. 92 en sus apartados 5 y 8 CC da entrada, por primera vez en Derecho español, a la guarda y custodia compartida.

En particular, el art. 92.5 contempla la posible adopción de la custodia compartida por acuerdo de los progenitores, pudiendo ser solicitada bien mediante convenio

28 STS 29 de abril de 2013 (CENDOJ Roj. 5710/2013).

29 STS 25 de abril de 2014 (CENDOJ Roj. 200/2014).

30 STS 30 de octubre de 2014 (CENDOJ Roj. 4342/2014).

31 STS 15 de julio de 2015 (CENDOJ Roj. 3217/2015).

32 STS de 30 de mayo de 2016 (CENDOJ Roj. 2568/2016).

33 STS de 5 de abril de 2019 (CENDOJ Roj. 1363/2019).

34 STS de 18 de julio de 2019 (CENDOJ Roj. 2564/2019).

35 ELDERECHO.COM (2013). *El Gobierno aprueba el Anteproyecto de Ley que elimina la excepcionalidad de la custodia compartida* (ULR: <https://elderecho.com/el-gobierno-aprueba-el-anteproyecto-de-ley-que-elimina-la-excepcionalidad-de-la-custodia-compartida>).

regulador anexo a la demanda de separación o divorcio, bien en cualquier momento del proceso, cuando se cambie de un proceso contencioso a otro de mutuo acuerdo³⁶.

Por su parte, el art. 92.8 CC deja abierta la posibilidad de que el juez fije la guarda y custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores, siempre que lo solicite uno de los progenitores y ello sea acorde al interés del menor³⁷.

En el régimen vigente se distinguen, por tanto, dos supuestos de posible fijación de la custodia compartida: de mutuo acuerdo por los padres o, en su defecto, por decisión judicial.

a) Custodia compartida en virtud de acuerdo de los progenitores

Por lo que hace a la custodia compartida por mutuo acuerdo de los progenitores, el apartado 5 del art. 92 CC recoge su adopción de forma consensuada por los padres ya sea en el convenio regulador (a presentar necesariamente en la separación o divorcio de mutuo acuerdo *ex* arts. 81.1 y 86 CC) o ulteriormente durante la tramitación del procedimiento, si bien su concesión por parte del juez no es automática.

En este sentido, interesa reparar que, en caso de adoptarse en el convenio regulador, el art. 90 CC exige su aprobación judicial a efectos de eficacia y que tal aprobación se supedita a que dicho convenio (y, en lo que aquí interesa, la cláusula referente a la custodia) no sea perjudicial para el menor y, por ende, el Juez considere que su interés queda mejor protegido por la custodia individual, aun no pactada por las partes. La misma idea subyace en el art. 92.6 CC, aunque no se haga referencia expresa al interés del menor, cuando establece los presupuestos de índole procesal a seguir por el Juez con carácter previo a la adopción de cualquier decisión sobre el régimen de guarda y custodia en general³⁸.

36 Art. 92.5 CC: “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda y custodia conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”.

37 Art. 92.8 CC: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor”.

38 Art. 92.6 CC: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

Esta previsión merece una valoración muy positiva, ya que es razonable pensar que, generalmente, cuando los padres, titulares de la patria potestad, están de acuerdo en la modalidad de custodia escogida, esta será la decisión más favorable para todas las partes implicadas, y, en particular, beneficiará el interés de los hijos, pilar fundamental sobre el que se han de apoyar las decisiones con respecto a ellos, tomadas por los padres o por la autoridad judicial. Ahora bien, en caso de que el Juez atribuya la guarda y custodia compartida a los progenitores que así lo soliciten de mutuo acuerdo, debe fundamentar su resolución teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor y la idoneidad de dicho sistema de custodia elegido.

A partir de aquí, interesa reparar ahora en la lectura que del precepto 92.5 CC ofrece el Tribunal Supremo, en particular, desde su Sentencia de 29 de abril de 2013. Esta STS inicia la corriente jurisprudencial (seguida por las SSTs de 29 de noviembre³⁹ y de 12 de diciembre de 2013⁴⁰ o las más recientes de 5 de abril de 2019⁴¹ y de 18 julio de 2019⁴²) que contempla la custodia compartida como modelo de custodia preferente y no excepcional como prevé el CC. Por lo demás, en todas ellas se asienta la idea de que la custodia compartida será otorgada o no, en función del interés del menor, y que la interpretación del artículo 92.5 del CC debe estar fundada en el interés de los menores *“que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”*.

Por añadidura, la autoridad judicial, habrá de comprobar que la modalidad de custodia finalmente elegida se cumplirá eficazmente, tal y como indica el art. 92.5 *in fine* (“las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido”). Sobre esta previsión, VILLAGRASA ALCÁINE afirma que un indicio de desconfianza del legislador al sistema de custodia compartida que se va imponiendo

39 STS de 29 de noviembre de 2013 (CENDOJ, Roj. 5641/2013).

40 STS de 12 de diciembre de 2013 (CENDOJ, Roj. 5824/2013).

41 STS de 5 de abril de 2019 (CENDOJ, Roj. 1363/2019).

42 STS de 18 de julio de 2019 (CENDOJ, Roj. 2564/2019).

legalmente se encuentra en la obligación de que la autoridad judicial adopte las cautelas y garantías que considere precisas para asegurar la efectiva guarda del menor, lo que es facultativo en los sistemas de guarda exclusiva en uno de los progenitores, como puede ser el seguimiento por el equipo técnico psicosocial adscrito al Juzgado, la comunicación de las decisiones extraordinarias acordadas durante cada período de guarda o el requerimiento a que se mantenga la comunicación entre los hijos y el progenitor que no ostente la guarda durante el período correspondiente⁴³.

En cualquier caso, el art. 92.6 CC establece que el juez, previo a decidir acerca de la guarda y custodia, deberá *“recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”*. De este precepto se extrae, en primer lugar, que resulta preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal⁴⁴, de tal manera que el juez habrá que recabar su informe, si bien no tiene carácter vinculante. Ahora bien, tal informe ya no habrá de ser “favorable” como preveía el art. 92 CC antes de que la STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012 declarase inconstitucional tal inciso contenido en su aptdo. 8, afirmando que *“la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida”*.

El segundo requisito a cumplir consiste en dar audiencia a los menores que tengan suficiente juicio, independientemente de su edad, siempre que se estime necesario ya sea de oficio por el propio Juez o el Ministerio Fiscal⁴⁵.

43 C. VILLAGRASA ALCAIDE, “La custodia compartida en España y en Cataluña: Entre deseos y realidades”, en AA.VV., *La custodia compartida a Debate*, Dykinson, Madrid, 2010, Pág. 75.

44 El art. 749.2 LEC determina que, en los procesos “en los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal”.

45 Con la Ley 15/2005, de 8 julio se suprime la previsión normativa en la que se establecía que los mayores de doce años debían ser siempre oídos antes de aprobarse la modalidad de custodia y las medidas judiciales sobre su cuidado y educación.

Una interpretación correcta de esta previsión pasa por acudir al art. 9 LOPJM que formula el derecho del menor a ser oído y escuchado siempre que tenga suficiente madurez. Interesa señalar que en 2015 dicho precepto fue reformado con el propósito de establecer una regulación del derecho a la audiencia del menor más detallada y adaptada a distintas normas internacionales entre las que destacan el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. Como resultado de esta reforma, surge la actual redacción del art. 9 LOPJM, que presenta una serie de aspectos novedosos entre los que destaca en primer lugar la inclusión del término “escuchado”, quedando así el apartado 1 del presente artículo: *“El menor tiene derecho a ser oído y escuchado”*. Se ha manifestado que en el derecho de ser oído, el menor expresa su opinión ante el reclamo de un tercero que tiene que decidir sobre un asunto que afecta al menor; y que en el derecho a ser escuchado, es el propio menor quien reclama expresar su opinión ante la persona que decide sobre la cuestión que le afecta⁴⁶. En segundo lugar, importa destacar la inclusión de la expresión “teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”. Sobre este extremo el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño en su Observación nº 12 interpreta que las opiniones del menor tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que éste sea capaz de formarse un criterio propio, y que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de la opinión del menor, debiendo ser evaluada su capacidad o madurez, para tener debidamente en cuenta sus opiniones⁴⁷. Por ello, el art. 9.2 LOPJM dispone que *“se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente”*. Complementariamente, el mismo apartado incluye una serie de criterios que permiten determinar cuándo un menor tiene la suficiente madurez para ejercer este derecho. Concretamente prevé que *“la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso”*, y añade que *“se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos”*. Este precepto prevé que cuando el menor tenga una edad inferior a doce años se deberá valorar si tiene la madurez suficiente para ejercitar este derecho, valoración la cual deberá realizarse por personal especializado, teniendo en cuenta el desarrollo

46 D. RODA Y RODA, *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, Pág.202.

47 Apartados 28 y 29 Observación nº 12 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.

evolutivo del menor y su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Ahora bien, la expresión “*en todo caso*” se trata de una presunción, por lo que, si se pusiera de manifiesto que, aun cumplidos los doce años, debido a sus circunstancias personales, el menor no ha alcanzado la madurez o capacidad necesaria “*para comprender o evaluar el asunto concreto del que se trata*”, no procedería la audiencia⁴⁸.

Un tercer requisito a cumplir consiste en la valoración de las alegaciones de las partes en la comparecencia, así como la prueba practicada en la misma.

El último dato a tener en cuenta es la relación que los progenitores mantengan entre sí y con sus hijos. Ello es así desde el momento en que la conflictividad, enfrentamiento o desavenencias entre los padres generan situaciones complejas que influyen en gran medida a las relaciones con los hijos comunes y, por ende, condicionan la aplicación del régimen de guarda y custodia fijado. Ahora bien, este criterio ha sido matizado por la doctrina mayoritaria en el sentido de entender que, para que la conflictividad entre progenitores pueda afectar al ejercicio adecuado de la custodia compartida, deberá partirse de unas relaciones muy deterioradas y con un elevado nivel de enfrentamiento. En este sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO afirma que la relación entre los progenitores tendrá que ser una relación deteriorada, pésima, conflictiva o simplemente inviable para que se descarte el régimen de guarda compartida, pues se hace necesaria la existencia de una actitud, un entendimiento mínimo y una colaboración entre los padres para que sea un sistema eficaz y no uno generador de continuos problemas. Siguiendo esta línea, PÉREZ-SALAZAR RESANO afirma que se debe aceptar la custodia compartida como medida adecuada en aquellas situaciones en las que exista un cierto grado de discrepancia o tensión entre los progenitores, siempre que ambos sean capaces de preservar a sus hijos, evitando transmitirles sus propios conflictos. Se parte de que no es requerido un óptimo nivel de entendimiento para que pueda prosperar un sistema de guarda equitativo entre los progenitores⁴⁹.

No obstante, frente a esta línea doctrinal dominante se encuentran autores como VILLAGRASA ALCAIDE que entiende que, para salvaguardar el beneficio del menor,

48 F. RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE. El derecho a la audiencia tras las últimas reformas legislativas en materia de protección de la infancia y adolescencia. Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, Págs. 120-127.

49 M. PÉREZ-SALAZAR RESANO, “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia”, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, núm. 7.206, 2009, Año XXX, Pág. 2.

resulta crucial la existencia de una buena relación entre los progenitores⁵⁰. De modo similar, PÉREZ MARTÍN considera que el requisito de “la falta de conflictividad” se considera básico e imprescindible, ya que si los padres no tienen relación entre sí nunca podrá acordarse la custodia compartida pues es consustancial a ésta una buena relación entre los progenitores⁵¹.

De igual modo, la doctrina del Tribunal Supremo ha venido teniendo en cuenta la relación existente entre los progenitores a la hora de otorgar o no la custodia compartida, valorando si la conflictividad entre los progenitores constituye o no impedimento para acordar la guarda y custodia de los menores. Ahora bien, un estudio detallado de la misma revela un cierto cambio de criterio sobre el particular del que se dará cuenta a continuación.

Así, las SSTs de 8 de octubre de 2009⁵² y de 11 de marzo de 2010⁵³, sentaron la doctrina según la cual condicionar la concesión de la custodia compartida a la buena relación de los progenitores implica una reducción de las previsiones legales, en cuanto se deja en manos de uno de ellos la conveniencia de este sistema. En la misma línea, la STS de 22 de julio de 2011⁵⁴ declaró que *“las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”*. Esta afirmación se reproduce, entre otras, en sus sentencias de 9 de marzo de 2012, de 7 de junio y de 17 de diciembre de 2013.

La STS de 29 de noviembre de 2013⁵⁵ va más allá, exigiendo la existencia de una conflictividad extrema entre los progenitores para denegar la custodia compartida. La Sala hace referencia a que la genérica afirmación de “no tienen buenas relaciones” no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se aprecia de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de los menores.

50 C. VILLAGRASA ALCAIDE, “La custodia compartida en ...” cit., Pág. 98.

51 A.J. PÉREZ MARTÍN, “Guarda y custodia conjunta o compartida”, en Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos, vol. I, Lex Nova S.A, 2007, Pág. 268.

52 STS de 8 de octubre de 2009 (CENDOJ, Roj. 5969/2009).

53 STS de 11 de marzo de 2010 (CENDOJ, Roj. 963/2010).

54 STS de 22 de julio de 2011 (CENDOJ, Roj. 4924/2011). “lo que importa garantizar o proteger es el interés del menor que, si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el Art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad (...) De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”.

55 STS de 29 de noviembre de 2013 (CENDOJ, Roj. 5641/2013).

En la misma línea, la STS de 16 de octubre de 2014⁵⁶ determina que la adopción del sistema de custodia compartida no requiere un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo, afirmando que “la tensa situación que concurre entre los cónyuges no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal” y que “la mera discrepancia sobre el sistema de custodia no puede llevar a su exclusión”⁵⁷.

Dicha doctrina se mantiene hasta el momento presente, entendiendo el Alto Tribunal que en una situación de ruptura matrimonial es frecuente la existencia de desencuentros entre las partes, a la par, que cierta tensión, por cuanto ello es una *“consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia”* (STS de 11 de febrero de 2016)⁵⁸. Para añadir *que “ello no empecé a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia [compartida], salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos”* (STS de 27 de junio de 2016)⁵⁹.

En fechas más recientes, la STS de 12 de mayo de 2017⁶⁰ declara que la tensa relación entre los progenitores no desaconseja en sí misma el régimen de custodia y guarda compartida si el nivel de controversia no excede del que es propio en situaciones de crisis matrimonial. En relación al concreto caso enjuiciado, la Sala estima que *“la tensa situación entre los progenitores no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal y por ello, y acreditada la favorable disposición de los menores, la gran aptitud de ambos padres para ostentar la custodia y la abstinencia de ambos para predisponer negativamente a los hijos, debe conllevar a que se admita el sistema de custodia compartida como el más favorable para el interés de los menores”*⁶¹.

Ulteriormente, el Tribunal Supremo reitera esta doctrina en su sentencia de 17 de enero de 2018⁶², afirmando que si el interés del menor lo demanda y los informes son favorables a la custodia compartida, el hecho de que exista enfrentamiento personal entre los progenitores, no es motivo para denegar la custodia compartida, ya que dicha

56 STS de 16 de octubre de 2014 (CENDOJ, Roj. 4240/2014).

57 STS de 9 de septiembre de 2015 (CENDOJ, Roj. 3707/2015).

58 STS de 11 de febrero de 2016 (CENDOJ, Roj. 437/2016).

59 STS de 27 de junio de 2016 (CENDOJ, Roj. 3145/2016).

60 STS de 12 de mayo de 2017 (CENDOJ, Roj. 1792/2017).

61 STS de 16 de octubre de 2014 (CENDOJ, Roj. 4240/2014).

62 STS de 17 de enero de 2018 (CENDOJ, Roj. 43/2018).

denegación perjudicaría el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores.

Para la STS de 17 de enero de 2019⁶³ la búsqueda del enfrentamiento personal entre ambos cónyuges no puede ser en sí misma causa de denegación del sistema de guarda compartida, en cuanto perjudica el interés del menor que precisa de atención y cuidado de ambos.

En definitiva, de la doctrina científica y jurisprudencia hasta aquí recogida se desprende que, para otorgar la custodia compartida, resulta necesaria *a priori* que exista una relación de mutuo respeto entre ambos padres que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura de los progenitores, se mantenga un marco familiar que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. A partir de ahí, en caso de las relaciones entre los progenitores sean tensas -lo que resulta muy habitual-, habrá de analizarse el concreto conflicto existente y especialmente en qué medida afecta de forma negativa al interés superior del menor, piedra angular del procedimiento.

b) Custodia compartida por decisión judicial

El art. 92.8 CC constituye de los apartados más controvertidos, en cuanto contempla la posible adopción por parte del Juez del régimen de custodia compartida, en defecto de acuerdo de los padres, siempre y cuando considere que es la opción más acorde con el interés superior del menor.

En cualquier caso, son varios los presupuestos que han de concurrir para que el Juez pueda optar por una custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores.

El primer requisito radica en que la custodia compartida sea solicitada por uno de los progenitores, es decir, a instancia de parte. Sobre este particular puede traerse a colación la STS de 29 de abril de 2013⁶⁴, según la cual: “un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores (...) si la pide uno, y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del menor, podrá establecerse este régimen de guarda”

El segundo presupuesto tiene que ver con el informe del Ministerio Fiscal. Sin duda, el más polémico, ya que la redacción original de la Ley 15/2005, requería un informe

⁶³ STS de 17 de enero de 2019 (CENDOJ, Roj. 50/2019).

⁶⁴ STS de 29 de abril de 2013 (CENDOJ, Roj. 2246/2013).

favorable, por lo que el Juez quedaba totalmente vinculado al mismo, de tal manera que si el informe fuese negativo, no podría adoptar este régimen. No obstante, tal inciso relativo a la necesidad de informe “favorable” fue declarado inconstitucional por la STC de 17 de octubre de 2012 por considerar que “precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente (...) dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada”⁶⁵. Por añadidura, a juicio del Alto Tribunal, la denegación del ejercicio de la guarda compartida debida a la vinculación del Juez al dictamen del Fiscal, supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, aunque la actuación del Ministerio Fiscal está prevista para asegurar el bienestar de los menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba *de facto* el derecho a obtener una resolución sobre el fondo. Así las cosas, tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, únicamente es el Juez quien puede decidir sobre el sistema de guarda y custodia que considere oportuno, por ser el mismo quien tiene potestad jurisdiccional, no siendo determinante el informe del Ministerio Fiscal; esto es, el Juez valorará la viabilidad de la custodia compartida para con el caso concreto, independientemente de que el mismo sea favorable o no. A este respecto PEREZ MARTIN y GARCIA DE YZAGUIRRE advierten que, si fuese obligatorio el carácter favorable, en caso de que el Ministerio Fiscal emitiese informe no favorable, los Jueces deberían denegar automáticamente la custodia compartida, sin entrar a analizar el fondo del asunto, influyendo así en el principio de prevalencia de la protección del interés del menor⁶⁶.

El tercer y último requisito consiste en que la decisión tomada por la autoridad judicial sea la que mejor protege el interés del menor. Es decir, el juez deberá motivar debidamente que la custodia compartida tutela adecuadamente el principio del *favor filii*, y que otro régimen de custodia no lo protegería mejor.

65 El Tribunal Supremo en su sentencia 22 de julio de 2011 declara “de aquí que no resulte necesario concretar el significado de la “excepcionalidad”, a que se refiere el art. 92.8 CC ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla”.

66 M. GARCÍA DE YZAGUIRRE y L.A. PÉREZ MARTÍN, 2013, “STC nº 185/2012 sobre la necesidad de informe favorable del Ministerio Fiscal para la custodia compartida. Visión de los promotores de la cuestión de inconstitucionalidad”, en *Congreso Internacional de Constitución y Derecho de Familia*, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, (URL: <https://canal.uned.es/video/5a6fa305b111f86718b45b7>).

Sobre este particular, el Tribunal Supremo defiende que la custodia compartida es el sistema que mejor responde al interés del menor, y defiende que, en caso de que resulte beneficioso para el mismo, si queda probada la capacidad suficiente de ambos progenitores para atender al menor, se adoptará este sistema (STS de 17 de enero de 2019⁶⁷ y STS de 16 de enero de 2020⁶⁸). En este sentido la STS de 11 de febrero de 2016⁶⁹, señala como ventajas que reporta la custodia compartida para el menor las siguientes: fomenta la integración del menor con ambos progenitores, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; se evita el sentimiento de pérdida; no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y se estimula la cooperación de los progenitores.

En la misma línea, las SSTS de 29 de abril de 2013, 17 de octubre⁷⁰ y 13 de diciembre de 2017⁷¹, y 10 de octubre de 2018⁷² entienden que la custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores, sino que conforma el sistema normalmente más adecuado, y el cual es adoptado siempre que resulte compatible con el interés del menor, sin que ello suponga, necesariamente, recompensa o reproche.

Como ejemplo de la superación de la excepcionalidad de este sistema de custodia, es destacable la STS de 11 de enero de 2018⁷³, en la que el Tribunal Supremo fija una custodia compartida en casación, cuando ninguna de las instancias anteriores lo habían hecho, haciendo suyo el parecer del Ministerio Fiscal, que ponía de manifiesto que la sentencia recurrida *“petrifica la situación del menor, de casi cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de la estabilidad que tiene bajo la custodia exclusiva de su madre, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior”*. Posteriormente, siguen este mismo criterio las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril⁷⁴ y de 25 de noviembre de 2019⁷⁵, en las cuales el Alto Tribunal aboga a favor de

67 STS de 17 de enero de 2019 (CENDOJ, Roj. 50/2019).

68 STS de 16 de enero de 2020 (CENDOJ, Roj. 61/2020).

69 STS de 11 de febrero de 2016 (CENDOJ, Roj. 359/2016).

70 STS de 17 de octubre de 2017 (CENDOJ, Roj. 3718/2017).

71 STS de 13 de diciembre de 2017 (CENDOJ, Roj. 4372/2017).

72 STS de 10 de octubre de 2018 (CENDOJ, Roj. 3479/2018).

73 STS de 11 de enero de 2018 (CENDOJ, Roj. 40/2018).

74 STS de 5 de abril de 2019 (CENDOJ, Roj. 1363/2019).

75 STS de 25 de noviembre de 2019 (CENDOJ, Roj. 3855/2019).

establecer el régimen de custodia compartida cuando no existan circunstancias que se opongan a ello.

D) Supuestos en los que no procede la custodia compartida ex art. 92.7 CC

El art. 92.7 CC prohíbe expresamente la atribución de la custodia compartida (entiéndase, también individual) cuando cualquiera de los progenitores se encuentre 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. Dicho precepto prevé, asimismo, que tampoco procederá su atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Este precepto ha sido muy criticado por la doctrina por incompleto y, por ende, por plantear numerosas dudas interpretativas, lo que en la práctica se ha traducido en soluciones judiciales completamente contradictorias y dispares⁷⁶. Importa por ello tratar de ofrecer una clarificación de su contenido, distinguiendo a tal efecto entre sus dos párrafos.

Su primer párrafo excluye de modo imperativo (*“no procederá”*) la custodia compartida entre los cónyuges cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por *“atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos”*. La Fiscalía General del Estado interpreta que, pese a que el precepto se limite a requerir que el progenitor *“esté incurso en un proceso penal”*, no basta con la existencia de una mera denuncia, sino que se requiere la constatación por el Juez penal de la existencia de indicios de criminalidad⁷⁷. Esta precisión ha recogida expresamente en los Derechos civiles territoriales, en particular, en el Código del Derecho Foral de Aragón y la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo donde se establece *“la necesidad de contar con una resolución judicial motivada “en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad”*. Por su parte, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro

⁷⁶ M.P. GARCÍA RUBIO, “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, 2006, Pág. 99.

⁷⁷ Circular FGE 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 (La Ley 1772/2011).

segundo del Código Civil de Cataluña exige sentencia firme o *“indicios, fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”*.

El segundo párrafo establece como requisito la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. De ello resulta que se está excluyendo, asimismo, la custodia compartida cuando el progenitor no esté incurso en un proceso penal, sino en caso de que el Juez de Primera Instancia que está conociendo del proceso de separación, nulidad o divorcio, o de relaciones paternofiliales advierta de la existencia de tales indicios⁷⁸.

Por lo demás, interesa advertir de que el CC se refiere exclusivamente a la violencia doméstica, sin mención expresa a la violencia de género. Ahora bien, según entiende la Fiscalía General del Estado, ello no significa que no se pueda entender que las conductas contempladas en el art. 92.7 abarquen todas las formas de violencia intrafamiliar, entre las que se encuentra la violencia sobre la mujer, desde el momento que dicho cuerpo legal permite el matrimonio entre personas con y diferente sexo⁷⁹. Así, dependiendo del género de los cónyuges, se hablará de violencia de género (en aquellos supuestos de violencia en el seno de un matrimonio contraído por un hombre y una mujer, con o sin hijos), o de violencia doméstica (categoría más amplia, la cual engloba los supuestos de violencia en un matrimonio formado por personas del mismo género, violencia de padres a menores, o viceversa).

Centrando ahora nuestra atención en la aplicación de que ha sido objeto este precepto por parte de la jurisprudencia, es posible identificar dos líneas jurisprudenciales contradictorias.

Así, es posible identificar una primera línea jurisprudencial que deniega la atribución de custodia compartida por concurrir los presupuestos del art. 92.7 CC e, incluso, defiende la suspensión del régimen de visitas del progenitor no custodio en caso de que sea necesario.

⁷⁸ En el art. 49 bis 2 LEC se establece que *“...tras verificar que concurren los requisitos del art. 87 ter 3 LOPJ, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 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 Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el Tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente”*.

⁷⁹ Cfr. Circular FGE 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la violencia sobre la mujer.

Como primer exponente de esta línea podemos mencionar la STS de 7 de abril de 2011, que denegó la concesión de la custodia compartida al progenitor condenado por amenazas a su cónyuge. Aunque el Tribunal Supremo reconoce que dicho delito no está incluido en el art. 92.7 CC, interpreta que puede constituir un indicio de violencia entre los cónyuges y, por ende, considera que la custodia compartida no procede en atención al interés superior del menor.

En fechas más recientes, mantiene el mismo criterio la STS de 4 de febrero de 2016 que concede la custodia de los hijos a la madre, quien había interpuesto recurso de casación en contra de sentencia dictada en apelación que acordaba la custodia compartida tras la separación de los padres, existiendo una condena por un delito de amenazas en el ámbito familiar, con prohibición de acercarse a la demandante, a su domicilio y lugar de trabajo. Para llegar a este fallo el Tribunal Supremo se hace eco de su doctrina, según la cual constituye premisa necesaria para acordar la custodia compartida que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales, que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Como se ha comentado, es lógico que tras una ruptura matrimonial existan conflictos entre los cónyuges fruto de la separación, si bien la Sala advierte, con buen criterio, que ello no puede justificar la existencia de una condena por violencia de género, la cual genera la imposibilidad de realizar un ejercicio compartido de comunicación a favor de los menores, principal función de la custodia compartida. Según la Sala, pese a las alegaciones vertidas por el padre, tales hechos tienen grave repercusión en los menores, quienes han sido testigos de un episodio de violencia contra su madre, y por ende, son víctimas indirectamente, encontrándose en una posición de riesgo entre los progenitores. A este respecto, MESA RAYA sostiene que aquellos menores que presencian episodios de violencia, no solo viven en un ambiente de violencia en general, sino que, desde el momento en que una de sus principales figuras de protección (su madre) sufre una situación de continuas agresiones ejercidas por su otro progenitor, ello les genera consecuencias muy negativas, teniendo un gran impacto en su desarrollo psicológico y emocional⁸⁰. Precisamente, el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección

⁸⁰ M^a.C. MESA RAYA, *Una mirada hacia los hijos e hijas expuestos a situaciones de Violencia de Género, Orientaciones para la intervención desde los Servicios sociales de Aragón*, Instituto Aragonés de la Mujer, Zaragoza, 2011, Pág. 13.

Jurídica del Menor, modificada por la LO 5/2015, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “libre de violencia” y que, “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Esta línea jurisprudencial sigue manteniéndose en la actualidad, como así lo demuestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2019⁸¹, en la que se otorga la custodia materna por la existencia de indicios de delito de violencia de género por parte del padre, así como por la falta de entendimiento de los progenitores, por lo que concluye que en interés y beneficio del menor, la custodia compartida no resulta adecuada.

Es más, el Tribunal Supremo ha ido más lejos en alguna sentencia, mostrándose favorable, ya no sólo a la atribución de la custodia, sino a la suspensión del régimen de visitas al progenitor condenado por delito de maltrato en el ámbito doméstico. Así, su Sentencia de 26 de noviembre de 2015⁸² estima el recurso de casación interpuesto por la madre y anula en su sentencia el régimen de visitas establecido a favor de un padre, que había sido condenado por maltrato a su expareja y a otra de sus hijas, con su hija menor; aun cuando las sentencias de instancia exigían que se desarrollara de forma tutelada en un Punto de encuentro Familiar, y previo sometimiento a un programa terapéutico en el que se le tratase su violento carácter. El art. 94 CC permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. El Tribunal Supremo, a la vista de la normativa y doctrina jurisprudencial relativa a la violencia de género, declara que los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otra de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa. Sienta así la siguiente doctrina jurisprudencial: *“el Juez o Tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes”*.

Hay otra línea jurisprudencial presente en los Tribunales Superiores de Justicia, sin embargo, favorable a atribuir la custodia compartida, pese a concurrir indicios de violencia, siempre y cuando el interés del menor quede protegido. Como exponente de la

81 STS de 9 de octubre de 2019 (CENDOJ, Roj. 10362/2019).

82 STS de 26 de noviembre de 2015 (CENDOJ, Roj. 4900/2015).

misma puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de enero de 2015⁸³ que en un supuesto de violencia de género opta por atribuir la custodia compartida, por considerar que ambos progenitores tenían plena capacidad para atender en la forma debida al menor y por habiendo caducado la orden de protección a los seis meses sin que nadie hubiese creído necesario solicitar su prórroga. Es más, de la prueba pericial practicada en la instancia se desprende que los episodios de violencia no habían afectado en absoluto al menor, el cual mantenía una buena relación con ambos progenitores, haciendo aconsejable la guarda compartida según el propio perito, de manera que el Tribunal entiende que no se cumplen los presupuestos establecidos para excluir al padre de la custodia compartida. Ello en aplicación del CCC, donde, según interpreta el Tribunal, resulta indispensable para vetar la custodia compartida que no sólo el otro progenitor (como sucede en el CC o el CDFA), sino también el propio menor haya sido víctima directa o indirecta de los actos. A partir de ahí, para que un menor sea calificado de víctima indirecta de los actos de violencia familiar o de género imputados a uno de sus progenitores, es suficiente con acreditar que los ha presenciado o que los ha percibido sensorialmente de cualquier modo, de manera que el menor haya tomado conocimiento o adquirido conciencia de ellos por sí mismo.

2. COMPARATIVA CON LOS DERECHOS CIVILES TERRITORIALES

Dentro del marco de los Derechos civiles territoriales, hay ciertas CCAA que se han dotado de su propio régimen jurídico en materia de efectos de ruptura, divergiendo del criterio del CC en lo que hace al régimen de custodia. En concreto Aragón, Cataluña, País Vasco y Navarra.

La primera CCAA en regular la custodia compartida fue Aragón, a través de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, refundida en el CDFA en 2011 que adoptó en su art. 6.2 la custodia compartida como régimen legal preferente a adoptar en caso de ruptura de la convivencia en defecto de acuerdo entre los progenitores, haciendo eco de sus beneficios en su Preámbulo tanto para el menor como para los padres, por entenderse que el mismo permite mantener lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, aceptar mejor la nueva situación familiar por parte de los menores y que ambos padres se impliquen de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los

⁸³ STJS de Cataluña de 12 de enero de 2015 (CENDOJ, Roj. 543/2015).

hijos⁸⁴. Refundida esta Ley con las restantes leyes civiles aprobadas por las Cortes de Aragón en el CDFA, esta previsión se reprodujo en el art. 80.2 de dicho cuerpo legal. Se trata una opción legislativa que supuso un cambio del sistema tradicional de custodia individual preferente⁸⁵, normalmente a favor de la madre, tal y como queda expuesto el núm. 10 del Preámbulo del CDFA⁸⁶.

En fechas recientes el referido art. 80.2 CDFA, ha sido modificado en virtud de la Ley 6/2019, de 21 de marzo, para sustituir la preferencia de la custodia compartida, por la libre determinación judicial en atención al interés superior del menor. Esta reforma se justifica en su Preámbulo afirmando que, en caso de ruptura de la convivencia entre los progenitores, y a falta de acuerdo entre ellos, los tribunales han de decidir sobre el régimen de custodia, atendiendo única y exclusivamente al superior interés del menor, sin apriorismos, atendiendo al caso concreto. Por ende, se entiende que no resulta conveniente que el legislador preestablezca una norma general así como una excepción, sino que la elección de un sistema u otro debe de ser resultado de un análisis pormenorizado de los factores concretos, entre los cuales se encuentran la edad de los menores, el arraigo social y familiar de los mismos, -su opinión siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce-, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores, así como la dedicación de cada progenitor al cuidado de los menores durante el periodo de convivencia, factor éste incorporado novedosamente en la reforma de 2019.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CCC, supone el segundo intento en nuestro país de promoción de la custodia compartida. Siguiendo a VILLAGRASA ALCÁINE⁸⁷, en la Exposición de motivos del Anteproyecto se afirmaba que *“la coparentalidad y la guarda compartida reflejan materialmente el interés del hijo*

84 C. MARTINEZ DE AGUIRRE. “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia”, en *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, Pág.150.

85 J.A. SERRANO GARCÍA. “La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia”, en *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013, pág. 17.

86 Núm. 10 del Preámbulo CDFA: “La presente regulación, respondiendo a una importante demanda social, supone un cambio del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Con este cambio se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores”.

87 C. VILLAGRASA ALCÁINE, “La custodia compartida...”, cit., Pág. 75.

a seguir manteniendo una relación estable con ambos progenitores, y esto de entrada, supone priorizar la guarda compartida por parte de ambos progenitores frente a otras fórmulas posibles, y sobre todo de la guarda individual”. Así, el CCC establece en su art. 233-8, que las responsabilidades derivadas del divorcio, o separación, mantienen el carácter compartido, y en la medida de lo posible, deben ejercerse de manera conjunta por ambos progenitores. El legislador catalán atribuye preferencia por el acuerdo entre los progenitores a la hora de fijar el modelo de custodia de los menores, el cual deberá articularse a través del plan de parentalidad regulado en el art. 233-9 CCC. En dicho plan deberá constar el lugar o lugares en los que vivirán de manera habitual los menores, las tareas de las que debe responsabilizarse cada progenitor en cuanto a la vida cotidiana de los menores, el régimen de relación y comunicación con los mismos en los periodos de no convivencia, la forma en la que han de realizarse los cambios en la guarda, y si procede, los costes que genere, el régimen de estancias de los hijos con los progenitores en periodos vacacionales y fechas señaladas, el tipo de educación, y la forma de tomar decisiones relativas al menor.

En defecto de acuerdo entre los progenitores en el plan de parentalidad o cuando la modalidad de custodia escogida por los progenitores no sea aprobada por la autoridad judicial, será ésta última quien deberá distribuir las responsabilidades de manera compartida (art. 233-10 CCC), salvo que la atribución de la guarda exclusiva a uno de los progenitores sea más adecuada, de acuerdo con el interés superior del menor. Esto es, en Derecho catalán se aboga por el régimen de custodia compartida preferente, incluso en procesos contenciosos, por lo que, en caso de atribución de custodia individual se deberá de fundamentar en el beneficio del interés superior del menor ateniendo al caso concreto.

En la misma línea, la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de Relaciones Familiares en Supuestos de Separación o Ruptura de los Progenitores declara en su Exposición de Motivos que la custodia compartida se alza como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio por entenderse que es la solución que mejor permite el ejercicio del derecho que los menores tienen a relacionarse con sus progenitores y familias extensas. Ahora bien, pese a que en dicha ley parece abogarse por la custodia compartida preferente, según precisan LOPEZ AZCONA y PICONTO NOVALES⁸⁸, la ley vasca *no*

⁸⁸ A. LÓPEZ AZCONA y T. PICONTO NOVALES, “Breves reflexiones sobre el cambio de régimen de custodia de los hijos menores en Derecho aragonés” *Tribuna Idibe*, 26 junio 2019 (URL: <https://idibe.org/tribuna/breves-reflexiones-cambio-regimen-custodia-los-hijos-menores-derecho-aragones/>).

lleva esta declaración hasta sus últimas consecuencias, si se atiende al tenor del art. 9. Dicho precepto, aplicable en defecto de convenio regulador entre los progenitores a que se refiere el art. 5, establece que cada uno de los progenitores por separado o bien ambos de común acuerdo podrán solicitar al juez el régimen de custodia que más convenga al menor. Dicha solicitud deberá ir acompañada de una propuesta fundada del régimen de desarrollo de la custodia, incluyendo los periodos de convivencia y relación, así como el régimen de comunicaciones con el progenitor no custodio, y con el resto de parientes y personas allegadas. A partir de ahí, corresponde al Juez comprobar si la custodia compartida es perjudicial o no para el menor, valorando la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones y con los menores, el número de hijas e hijos, la edad de estos, su opinión siempre que tengan suficiente juicio, y en todo caso si son mayores de doce años, el cumplimiento de los deberes de los progenitores en relación con sus hijos, el resultado de los informes requeridos, el arraigo social, escolar y familiar de los menores, las posibilidades de conciliación laboral y familiar de los progenitores, así como su voluntad e implicación en la vida de los menores y en la asunción de deberes, la ubicación de sus residencias habituales y los apoyos con los que cuenten. En todo caso, las partes podrán aportar, y el juez recabar, informes del servicio de mediación familiar, médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo del ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores. En caso de que el Juez otorgue la custodia compartida, fijará un régimen de convivencia de cada progenitor con los menores, adaptado a su situación familiar, que garantice el ejercicio en términos de igualdad. Si por el contrario, otorga la custodia exclusiva a un progenitor, fijará un régimen de comunicación, estancia o visitas con el no custodio, garantizando así las relaciones paternofiliales y con la familia extensa.

Por último, interesa reparar en el Fuero Nuevo de Navarra, tras la reforma de que ha sido objeto por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. Su ley 69 contempla el pacto de parentalidad entre los progenitores como primera opción para regular las relaciones familiares y evitar la litigiosidad. Tal pacto habrá de precisar, en concreto, el lugar o lugares donde vivirán los hijos con uno y otro en cada momento, los períodos de convivencia de los hijos con cada progenitor, la forma de comunicación de los mismos con el que en cada momento no los tenga bajo su cuidado y los aspectos personales y económicos que afecten al cambio de guarda entre ambos y, aun incluso, las tareas de las

que se responsabiliza cada uno de ellos en las actividades escolares y extraescolares diarias de los menores con mención, en su caso, de la ayuda de terceros.

En defecto de pacto, según precisa la Ley 70, será el Juez quien establezca las medidas oportunas que mejor protejan el interés de los menores, y para ello, los progenitores deberán aportar en su solicitud, una propuesta del plan de responsabilidad parental en los mismos términos de la citada Ley 69. Ahora bien, según prevé la misma ley 70, tanto las partes, previo al procedimiento judicial, como el Juez, una vez iniciado el mismo, podrán solicitar mediación familiar con el fin de alcanzar un pacto de planificación parental.

Subsidiariamente, cuando cualquiera de los progenitores solicite la decisión del juez acerca del régimen de custodia y cuidado diario de los menores, regirá, como en Derecho aragonés tras la reforma de 2019, la libre determinación judicial. Para la toma de esta decisión la autoridad judicial tendrá en cuenta la solicitud y propuestas de planificación de responsabilidad parental presentada por cada progenitor, y, en su caso, los informes periciales, habiendo oído al Ministerio Fiscal y a aquellas personas cuya opinión sobre los menores estimase necesario. Complementariamente, esta Ley recoge una serie de factores⁸⁹ a los que atenderá el Juez con el fin de proteger el interés superior del menor, tales como la edad de los hijos, la capacidad parental, la relación entre los progenitores y con los menores, la cooperación entre los progenitores, el arraigo social y familiar de los hijos, la opinión de estos cuando tengan suficiente juicio y siempre cuando son mayores de doce, teniendo especial consideración a los mayores de catorce. También valorará el juez la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos, así como las posibilidades de conciliación laboral y familiar, y los acuerdos y convenios previos existentes entre los progenitores. En esta decisión el Juez tratará de conciliar todos los intereses, recordando la Ley la subordinación de los intereses de los progenitores a los de los menores, y asegurando la igualdad de los progenitores en sus relaciones con los menores en lo que sea beneficio para estos. En caso de que se conceda la custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia adaptado a la situación familiar, garantizando la equidad. Si se concede la custodia individual, se fijará un régimen de comunicación y estancias con el progenitor no custodio. Al igual que ocurre en el Derecho Civil Estatal, no procede la atribución de custodia (individual o compartida) a aquel progenitor que esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida,

⁸⁹ E. SABATER BAYLE, *Las crisis matrimoniales. Derecho Navarro*, 2020, Pág. 13 (trabajo inédito. Cito por cortesía de su autora).

integridad física, libertad, integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos. Tampoco procede cuando se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad y de violencia doméstica o de género. Finalmente, interesa destacar que el texto navarro contempla la posible atribución de la guarda y custodia a favor de terceros, la cual podrá ser concedida, excepcionalmente, siempre y cuando los parientes o allegados lo consintiesen, sin perjuicio de la posterior formalización de la figura legal.

CAPÍTULO TERCERO. EL TRATAMIENTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

I. DE LA EXCEPCIONALIDAD DE LA CUSTODIA COMPARTIDA A SU ELECCIÓN PREFERENTE

Como se ha apuntado anteriormente, desde hace unos años el Tribunal Supremo viene defendiendo la posición según la cual, más allá del tenor literal del art. 92 CC, la custodia compartida debe contemplarse, no como una medida excepcional, sino como deseable y aconsejable, ya que permite que el menor se relacione con ambos progenitores, siempre y cuando sea recomendable y en beneficio de este. Ulteriormente ha reproducido esta doctrina en sus sentencias de 29 de abril de 2013⁹⁰, 25 de abril de 2014⁹¹, 30 de octubre de 2014⁹², 15 de julio de 2015⁹³, 29 de marzo de 2016⁹⁴, 30 de mayo de 2016⁹⁵, 5 de abril de 2019⁹⁶ y 18 julio de 2019⁹⁷.

Sirva de ejemplo la STS de 29 de marzo de 2016 que casa la SAP de Madrid de 24 de febrero de 2015 para reconocer la custodia compartida solicitada por el padre, con base en la siguiente doctrina:

“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 los asuntos similares (...) La sentencia

90 STS de 29 de abril de 2013 (CENDOJ Roj. 5710/2013).

91 STS de 25 de abril de 2014 (CENDOJ Roj. 200/2014).

92 STS de 30 de octubre de 2014 (CENDOJ Roj. 4342/2014).

93 STS de 15 de julio de 2015 (CENDOJ Roj. 3217/2015).

94 STS de 29 de marzo de 2016 (CENDOJ, Roj. 194/2016)

95 STS de 30 de mayo de 2016 (CENDOJ Roj. 2568/2016).

96 STS de 5 de abril de 2019 (CENDOJ Roj. 1363/2019).

97 STS de 18 de julio de 2019 (CENDOJ Roj. 2564/2019).

no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a éste, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan”.

Ahora bien, a juicio del Tribunal Supremo, la atribución de la custodia compartida ha de analizarse caso a caso en atención a las circunstancias concurrentes, pero velando siempre por el interés superior del menor, como así se indica la STS de 29 de marzo de 2016. Puede traerse a colación a este respecto la STS de 18 de julio de 2019 que deniega la custodia compartida en el concreto caso enjuiciado, pese a reconocer que *“esta Sala en numerosas sentencias ha establecido que la custodia compartida es el sistema prioritario, para custodia de menores, tras los procedimientos de ruptura conyugal o de pareja (sentencia de 25 de abril de 2014 y sentencia de 5 de abril de 2019)”*. Por lo que hace al concreto caso enjuiciado, el Tribunal Supremo confirma el criterio de la sentencia recurrida a favor de otorgar la custodia individual a la madre, en interés de los menores, valorando el informe psicosocial y la dinámica precedente de los progenitores con respecto a los hijos. El informe de la trabajadora social recomienda, desde el punto de vista técnico, el ejercicio materno de la guarda y custodia de los menores de acuerdo al desempeño de las funciones parentales de los progenitores, el momento evolutivo en el que se encuentran, siendo valorada como la opción más favorable por aportar continuidad en los hábitos y rutinas. El Tribunal Supremo, por todo lo expuesto, de acuerdo con el art. 92 CC declara que en la sentencia recurrida se expresan con detalle los argumentos que propician la denegación de la custodia compartida, y que la decisión fue tomada en base al interés superior del menor, manteniendo, por tanto, la custodia materna.

A partir de ahí, como argumentos a favor de la bondad intrínseca de la custodia compartida, el Tribunal Supremo esgrime los siguientes: se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; se evita el sentimiento de pérdida; no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. Pueden consultarse en este sentido las SSTS de 15 de julio

de 2015⁹⁸, de 9 de septiembre de 2015⁹⁹, de 17 de noviembre de 2015¹⁰⁰ y de 6 de abril de 2018¹⁰¹. Con todo, los datos del INE mencionados anteriormente arrojan que a día de hoy sigue concediéndose la custodia a la madre en buena parte de los casos, aunque no deja de ser cierto que se observa una tendencia creciente hacia la implantación de la custodia compartida¹⁰².

Ahora bien, esta predisposición del Tribunal Supremo por la custodia compartida se encuentra matizada en el sentido de priorizar en todo caso el principio del interés superior del menor sobre el principio de igualdad de los derechos entre los progenitores, (p.e. la STS 7 de marzo de 2017¹⁰³), por entender que la norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores (discrepando así del criterio de la norma aragonesa en su redacción anterior a la reforma de 2019), sino que la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor.

Por lo demás, esta manifestación general del Tribunal Supremo a favor de establecer el régimen de custodia compartida, no implica que siempre se haya de adoptar tal régimen, sino que se deberá atender al caso concreto (STS de 21 de diciembre de 2016¹⁰⁴). Por añadidura, la doctrina del Alto Tribunal afirma que para modificar una situación de guarda que funciona bien, quien solicita la custodia compartida debe concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el menor.

II. CRITERIOS DETERMINANTES PARA LA CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

En defecto de regulación específica en el CC, el Tribunal Supremo ha fijado una serie de criterios a seguir por los jueces y tribunales a la hora de conceder la custodia compartida.

98 STS de 15 de julio de 2015 (CENDOJ Roj. 3217/2015).

99 STS de 9 de septiembre de 2015 (CENDOJ Roj. 3707/2015).

100 STS de 17 de noviembre de 2015 (CENDOJ Roj. 5218/2015).

101 STS de 6 de abril de 2018 (CENDOJ Roj. 1167/2018).

102 Instituto Nacional de Estadística, *Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD) 2019* (URL: https://www.ine.es/prensa/ensd_2018.pdf).

103 STS de 7 de marzo de 2017 (CENDOJ Roj. 849/2017).

104 STS 21 de diciembre de 2016 (CENDOJ Roj 5532/2016).

Dichos criterios fueron recogidos, en primer lugar, por la STS de 8 de octubre de 2009¹⁰⁵, para ser reiterados en ulteriores pronunciamientos, tales como las Sentencias de 10 de marzo¹⁰⁶ y 11 de marzo de 2010¹⁰⁷, 7 de julio¹⁰⁸ y 22 de julio de 2011¹⁰⁹ y de 9 de marzo de 2012¹¹⁰ y 29 de abril de 2013. Tales criterios son los siguientes¹¹¹:

a) La capacidad de los progenitores para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad, y la baja conflictividad en sus relaciones.

A este respecto la STS de 24 de abril de 2018 declara que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los progenitores exista una relación de mutuo respeto con el fin de adoptar actitudes y conductas que beneficien al menor, pero ello no implica que la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no autoricen este régimen de guarda y custodia, salvo que afecten de manera relevante a los menores, perjudicándoles. Por tanto, para que la tensa relación entre los progenitores aconseje no adoptar dicho régimen, será requerido que sea de un nivel superior al propio de una situación en crisis matrimonial¹¹².

Seguidamente, y en relación a la cooperación activa y corresponsabilidad, la misma sentencia declara que los derechos derivados de la relación paterno filial exige que ambos progenitores se aparten de divergencias puntuales en relación a la crianza y educación del menor, adquiriendo un mayor compromiso con el fin de hacer efectivo el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de sus funciones tras el divorcio.

b) La relación de los progenitores con los hijos

Un requisito relevante es la relación existente entre el progenitor que solicita la custodia compartida con los hijos. En concreto, el Tribunal Supremo entiende que la

105 STS de 8 de octubre de 2009 (CENDOJ, Roj. 5969/2009).

106 STS de 10 de marzo de 2010 (CENDOJ, Roj. 2329/2010).

107 STS de 11 de marzo de 2010 (CENDOJ, Roj. 963/2010).

108 STS de 7 de julio de 2011 (CENDOJ, Roj. 5008/2011).

109 STS de 22 de julio de 2011 (CENDOJ, Roj. 4924/2011).

110 STS de 9 de marzo de 2012 (CENDOJ, Roj. 5241/2012).

111 FJ 5º STS 8 de octubre de 2009 y FJ 4º STS de 10 de marzo de 2010, en las que el TS dice “*del estudio de Derecho comparado se llega a la conclusión de que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en su relación con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales (...): los acuerdos aportados por los progenitores, la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros: 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*”.

112 STS de 24 de abril de 2018 (CENDOJ, Roj. 1478/2018).

custodia compartida no procede en aquellos casos en los que el progenitor que la solicita ha desatendido a los menores durante la convivencia, así lo plasma en la STS de 20 de abril de 2016¹¹³: *“Del conjunto probatorio obrante en autos se evidencia que la madre ha sido cuidadora principal de los hijos, no siendo sino a raíz de la ruptura y en coincidencia con la interpelación judicial, cuando el progenitor comienza a mostrar mayor interés”*

A su vez, el Alto Tribunal defiende que en caso de que el divorcio o separación haya tenido lugar previo al nacimiento del menor, no cabe la custodia compartida ya que no ha existido un régimen previo a la ruptura, tal y como indica la STS de 17 de julio de 2015¹¹⁴, en la que valora la práctica anterior de los progenitores, y difícilmente puede aproximar este régimen al existente antes de la ruptura ya que el recurrente provocó esta última en el embarazo de su cónyuge por lo que la menor no va a retomar el modelo sino que *“sería iniciarlo ex novo”*.

c) La proximidad de los domicilios de los respectivos progenitores y de los referentes locativos del menor.

De acuerdo con la jurisprudencia, es requisito imprescindible que los domicilios de ambos progenitores estén próximos entre sí o bien al colegio de los hijos menores. Las distancias superiores a 50 km dificultan o impiden la custodia compartida. Sirva de ejemplo la STS de 21 de diciembre de 2016¹¹⁵, en la que se expresa de forma taxativa lo siguiente: *“resulta así que, aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio”*.

En la misma línea, en su Sentencia 10 de enero de 2018¹¹⁶ el Tribunal Supremo deniega la custodia compartida de un menor dado la gran distancia geográfica entre las viviendas de sus progenitores, considerando que la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales,

113 STS de 20 de abril de 2016 (CENDOJ, Roj 1658/2016).

114 STS de 17 de julio de 2015 (CENDOJ, Roj. 3214/2015).

115 STS de 21 de diciembre de 2016 (CENDOJ, Roj. 5532/2016).

116 STS de 10 de enero de 2018 (CENDOJ, Roj.36/2018).

debido a la distorsión que ello puede provocar y a las alteraciones en el régimen de vida del menor.

d) La disponibilidad de los progenitores para mantener trato directo con sus hijos en el periodo alterno que les pudiera corresponder.

A juicio del Tribunal Supremo, es un obstáculo para la atribución de la custodia compartida la falta de disponibilidad de los progenitores para mantener el trato directo con los menores por profesiones que exigen desplazamientos continuos, de cierta permanencia o por jornadas laborales extensas o de ciertas características que impidan o limiten la implicación del progenitor en la vida del menor, es un obstáculo a la fijación de la custodia compartida. Este criterio, en particular, es esgrimido por la STS de 15 de octubre de 2014¹¹⁷, que concede la custodia exclusiva a la madre por ser dedicarse en exclusiva a su cuidado, en cuanto ha dejado su trabajo por ello. Además, la escasa disponibilidad del padre hace necesaria la ayuda de su familia, por lo que, unido esto a la mala relación existente entre la menor y la familia paterna, hace inviable la atribución de la custodia compartida.

e) La edad de los menores y su voluntad

Este criterio, estrechamente vinculado con el principio del interés superior del menor que rige todos los procedimientos de familia, aparece formulado en la STS de 31 de julio de 2009¹¹⁸ en los siguientes términos: *“Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento”*.

En cuanto a la edad, la STS de 22 de octubre de 2014¹¹⁹ examina el tema de la corta edad de los menores, en el sentido de valorar que no desincentiva ni debe ser causa de exclusión del sistema de custodia compartida, pues señala que no hay que ignorar que esa corta edad facilita su capacidad de adaptación a nuevas situaciones como esa alternancia en la guarda y custodia.

117 STS de 15 de octubre de 2014 (CENDOJ, Roj. 3900/2014).

118 STS de 31 de julio de 2009 (CENDOJ, Roj. 5817/2009).

119 STS de 22 de octubre de 2014 (CENDOJ, Roj. 4084/2014).

e) El resultado de los informes periciales

El informe psicosocial es otro criterio a valorar para la atribución de una custodia compartida, aunque se reserva para los menores de doce años sin madurez suficiente. Así, los hijos mayores de doce años, así como los de edad inferior con suficiente madurez tienen el derecho a ser oídos mediante la prueba de exploración de menores ante el Juez y el Fiscal. En cambio, respecto a los menores sin madurez suficiente, la valoración se realiza mediante la elaboración de un informe psicosocial, para determinar cuál es el régimen de custodia más beneficioso para los mismos.

La obligatoriedad de realizar dicha pruebas aparece recogida en la STS de 12 de mayo de 2017¹²⁰ cuando se afirma que *“se valoró el informe psicosocial y la exploración de los menores para llegar a la conclusión de que lo más favorable para ellos era permanecer con su madre, sin perjuicio de un amplio régimen de visitas, lo que no consta que sea contrario al interés de los menores, máxime si tenemos en cuenta su edad, próxima a la mayoría de edad”*. En la misma línea, la STS 6 de abril de 2016¹²¹ declara que debe estarse al sistema de guarda y custodia que se ha determinado a la luz de un informe psicosocial elaborado con una metodología precisa, sin que pueda ser corregido por vía de recurso, salvo una motivación muy rigurosa.

En definitiva, a juicio del Tribunal Supremo, la ponderación de todos estos criterios, atendiendo a las circunstancias del caso, permitirá determinar la atribución o no de la custodia compartida. En otras palabras, a juicio del Alto Tribunal, para establecer la custodia compartida de los progenitores, además de tenerse en cuenta los requisitos legales (acuerdo de los padres, audiencia de los menores con suficiente juicio, informe del Ministerio Fiscal, informe técnico en su caso), deberán darse unas determinadas condiciones que permitan la viabilidad de este modelo de guarda conjunta.

CONCLUSIONES

Procede cerrar el presente Trabajo de Fin de Grado con la exposición de las conclusiones más relevantes a las que se han llegado en la elaboración del mismo.

¹²⁰ STS de 12 de mayo de 2017 (CENDOJ, Roj. 1792/2017).

¹²¹ STS de 6 de abril de 2018 (CENDOJ, Roj.1167/2018).

Sobre el concepto de guarda y custodia

1ª. Sobre la necesaria distinción entre la figura de “patria potestad” y la de “guarda y custodia” coinciden jurisprudencia y doctrina en afirmar que la figura de guarda y custodia se integra en la patria potestad, por estar relacionada con el deber de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, quedando así subsumida dentro del ejercicio cotidiano de la patria potestad mientras los progenitores convivan.

2ª. En lo referente a la guarda y custodia de los hijos a cargo de los padres se observa una absoluta falta de uniformidad de la legislación estatal al referirse a la misma, empleando términos muy diversos para designarla; ello unido a que el articulado del CC no aporta una definición clara de lo que se ha de entender por guarda y custodia, siendo tarea de la jurisprudencia y doctrina el delimitar dicha figura, salvando la ambigüedad normativa existente.

3ª. La guarda y custodia es un derecho-deber integrado dentro de la potestad parental que implica que el progenitor tenga al menor en su compañía, lo cuide y se ocupe de su formación y educación. Esta guarda y custodia, tras la nulidad, la separación o el divorcio, puede llevarse a cabo de forma exclusiva por un progenitor y con régimen de visitas para el otro (custodia individual) o de forma compartida entre ambos progenitores (custodia compartida).

Sobre la evolución del régimen de custodia en el CC

1ª. De la evolución normativa desde la redacción originaria del CC hasta la actualidad, puede afirmarse que la legislación española se ha ido adaptando a los cambios sociales de cada momento, abandonando el reflejo de una sociedad patriarcal en la que se presumía que toda madre, por el mero hecho de serlo, tenía una mayor capacitación para el cuidado de los menores, y que, salvo por una clara incapacitación se le atribuía el cuidado de los menores en “los años tiernos” o primera infancia.

2ª. La guarda y custodia, en un primer momento, se otorgaba al progenitor no culpable, con independencia de si era la madre o el padre. No obstante, con el paso del tiempo se elimina esta premisa de culpabilidad, implantándose la preferencia por la

custodia materna de los menores hasta una determinada edad, a partir de la cual los varones pasaban al cuidado paterno. Finalmente, comienza a centrarse la norma en el interés superior del menor como prisma entorno al cual gira la decisión del régimen de custodia.

3ª. A día de hoy, a pesar de la neutralidad existente en la norma vigente, sigue persistiendo la tendencia social a considerar que la figura materna es la más adecuada para tener bajo su cuidado a los menores, ello unido a que la tendencia jurisprudencial mayoritaria es favorable a la concesión de la custodia individual materna, si bien comienza a vislumbrarse un cambio hacia la compartida, en pro de la igualdad de género.

Sobre el modelo de custodia en el Derecho civil estatal

1ª. En Derecho civil estatal se recogen dos regímenes de custodia en el art. 92 CC, en sede de efectos de la nulidad, separación o divorcio: la custodia individual y la compartida. En concreto, la custodia individual se caracteriza por ser ejercida por uno de los progenitores, independientemente de que la titularidad y ejercicio de la patria potestad la mantengan ambos. La custodia compartida implica el ejercicio de forma igualitaria pero alterna entre los progenitores.

2ª. La literalidad del vigente art. 92 CC genera cierta confusión, en cuanto a qué previsiones hacen referencia a una modalidad de custodia u otra, si bien, de la lectura del mismo, parece resultar una cierta preferencia del legislador estatal por la custodia individual, en cuanto a que condiciona el ejercicio de la custodia compartida al cumplimiento de presupuestos muy estrictos, atribuyéndole así un carácter subsidiario.

No obstante, el Tribunal Supremo se ha desvinculado del tenor literal del art. 92 CC, para sostener que dicho precepto no concibe expresamente la custodia compartida como una medida excepcional, sino como lo deseable y aconsejable, por permitir al menor relacionarse con ambos progenitores, siempre y cuando sea beneficioso para el mismo.

4ª. El art. 92 CC da preferencia al acuerdo mutuo entre las partes a la hora de elegir el sistema de guarda y custodia de los menores; es decir, permite que los propios progenitores decidan de mutuo acuerdo cuál es el sistema idóneo para el menor. En caso

de que opten por el régimen de custodia compartida, dejarán constancia del mismo en el convenio regulador, el cual deberá ser aprobado por el Juez, con el fin de ratificar si el interés superior del menor se ha visto protegido y priorizado.

En caso de que no sea posible alcanzar un acuerdo entre los progenitores, el apartado 8 del mismo artículo recoge la posible solicitud a instancia de parte del régimen de custodia compartida, con el fin de que sea el juez quien lo acuerde, en su caso, si lo estima acorde al interés de los menores.

4ª. El art. 92.6 CC establece una serie de presupuestos a cumplir por el Juez a la hora de decidir sobre el concreto régimen de custodia a adoptar, entre las cuales interesa mencionar el informe -no vinculante- del Ministerio Fiscal, sea o no favorable (inciso declarado inconstitucional por la STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012); la audiencia a los menores con suficiente juicio; y la relación existente entre los progenitores y con los menores.

Este último presupuesto ha sido matizado por la doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo, en el sentido de entender que, para otorgar la custodia compartida, resulta necesaria *a priori* que exista una relación de mutuo respeto entre ambos progenitores, que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, sin perturbar su desarrollo emocional, y que, pese a la ruptura de los progenitores, se mantenga un marco familiar que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. En caso de que las relaciones entre los progenitores sean tensas -lo cual resulta habitual- habrá de analizarse el caso concreto y cómo el mismo afecta al interés superior del menor.

5ª. Tras la ruptura afectiva de la pareja, el interés del menor aconseja, como regla, seguir manteniendo contacto con ambos progenitores y la custodia compartida sería la mejor manera de protegerlo, si bien no siempre es posible, especialmente cuando el contexto familiar revela con evidencias explícitas que los menores han vivido expuestos a episodios de actos de violencia en sus hogares. El art. 92.7 del CC se presenta como una garantía para su no otorgamiento, si bien, su redacción confusa e incompleta ha llevado a la inaplicación en ciertos casos de la prohibición expresa.

6ª. En relación con el art. 92.8 CC, son los Tribunales quienes han de determinar los detalles de la custodia compartida cuando no existe consenso, habiéndose pronunciado el Tribunal Supremo sobre el modo en que debieran ser entendidas las

palabras de dicho precepto ya que el tenor literal del mismo supondría otorgar la custodia compartida únicamente en casos concretos. Sobre este particular, el Tribunal Supremo defiende la custodia compartida como el sistema que mejor responde al interés del menor, y tal y como indica en la sentencia de 11 de febrero de 2016, es el sistema que fomenta la integración del menor con ambos progenitores, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, evita el sentimiento de pérdida, no se cuestiona la idoneidad de los progenitores y se estimula la cooperación de los mismos.

Sobre los Derechos Civiles Territoriales

1ª. Dentro del marco de los Derechos civiles territoriales, hay ciertas Comunidades Autónomas que se han dotado de su propio régimen jurídico en materia de efectos de ruptura, separándose así del criterio sobre el régimen de custodia adoptado en el Código Civil. En concreto estas comunidades son Aragón, Cataluña, País Vasco y Navarra.

2ª. Aragón, primera Comunidad Autónoma en regular la custodia compartida en virtud de la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, ha modificado recientemente el art. 80.2 CDFA por la Ley 6/2019, de 21 de marzo, en aras de sustituir el régimen de custodia compartida preferente por el de libre determinación judicial en atención al interés superior del menor, decisión la cual ha de ser el resultado de un análisis pormenorizado de los factores concretos.

3ª. Por lo que hace al Derecho civil catalán, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CC de Cataluña, aboga por el régimen de custodia compartida preferente, siendo requerido fundamentar, en caso contrario, la concesión de custodia individual en beneficio del interés superior del menor en relación al caso concreto.

4ª. La Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores aboga por la custodia compartida preferente, si bien, según precisan LOPEZ AZCONA y PICONTO NOVALES, la ley vasca *no lleva esta declaración hasta sus últimas consecuencias*, debido a que condiciona la atribución de este régimen a que al menos uno de los progenitores la solicite al Tribunal, siempre y cuando sea beneficioso para el menor.

5ª. El Fuero Nuevo de Navarra, tras la reforma de que ha sido objeto por la Ley Foral 21/2019 de 4 de abril, aboga, como en Derecho aragonés tras la reforma de 2019, por el sistema de libre determinación judicial de la custodia en atención al interés superior de los hijos, sin priorizar ninguna modalidad de custodia.

Sobre el tratamiento de la custodia compartida por el Tribunal Supremo

1ª. Desde hace unos años el Tribunal Supremo viene defendiendo la posición según la cual, más allá del tenor literal del art. 92 CC, la custodia compartida debe contemplarse, no como una medida excepcional, sino como deseable y aconsejable, ya que permite que el menor se relacione con ambos progenitores, siempre y cuando sea recomendable y en beneficio de este.

2ª. Ahora bien, a juicio del Tribunal Supremo, la atribución de la custodia compartida ha de analizarse caso a caso en atención a las circunstancias concurrentes, pero velando, en todo caso, por el interés superior del menor.

3ª. Como argumentos a favor de la bondad intrínseca de la custodia compartida, el Tribunal Supremo esgrime los siguientes: se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; se evita el sentimiento de pérdida; no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Sobre los criterios determinantes para la concesión de la custodia compartida

1ª. En defecto de regulación específica en el CC, el Tribunal Supremo ha fijado una serie de criterios a seguir por los jueces y tribunales a la hora de conceder la custodia compartida: baja conflictividad entre los progenitores, relación existente entre los progenitores y los menores, la proximidad entre los domicilios de los progenitores, la disponibilidad de los progenitores para mantener el trato directo con los menores, la edad de los menores y los resultados de los informes periciales pertinentes.

2ª. En cuanto a la baja conflictividad, el Tribunal Supremo defiende que los desencuentros propios de la crisis matrimonial, siempre y cuando no afecten de manera

relevante a los menores, perjudicándoles, no serán motivo suficiente para desaconsejar la atribución de la custodia compartida, sino que será requerido que los mismos sean de un nivel superior al propio de una situación en crisis matrimonial.

3ª. En cuanto a la relación de los progenitores con los menores, el Tribunal Supremo entiende que no procede la custodia compartida en aquellos casos en los que el progenitor solicitante ha desatendido a los mismos durante la convivencia.

4ª. En cuanto a la distancia entre los domicilios de los progenitores, resulta imprescindible, a juicio del Tribunal Supremo, que se encuentren próximos entre sí o bien al colegio de los menores, entendiendo que las distancias superiores a 50 km dificultan o impiden el régimen de custodia compartida.

5ª. El Tribunal Supremo considera un obstáculo para la atribución de la custodia compartida la falta de disponibilidad de los progenitores para mantener el trato directo con los menores por tener profesiones que exijan desplazamientos continuos o jornadas laborales extensas que impiden la implicación del progenitor en la vida del menor.

6ª. Por lo que hace a la edad de los menores implicados, el Tribunal Supremo determina que no debe de ser causa de exclusión de la custodia compartida, ya que no se ha de ignorar que la corta edad de los mismos facilita su capacidad de adaptación a situaciones nuevas como la alternancia en la guarda y custodia.

7ª. En cuanto al resultado de los informes periciales, el Tribunal Supremo reserva el informe psicosocial para los menores de doce años sin madurez suficiente, con el fin de valorar el régimen de custodia más beneficioso para los mismos. Por su parte, los mayores de doce años, así como los de edad inferior con suficiente madurez tienen derecho a ser oídos mediante la prueba de exploración de menores ante el Juez y el Fiscal.

8ª. En definitiva, a juicio del Alto Tribunal, para atribuir la custodia compartida a ambos progenitores, además de tenerse en cuenta los requisitos legales (acuerdo de los padres, audiencia de los menores con suficiente juicio, informe del Ministerio Fiscal, informe técnico en su caso), deberán darse unas determinadas condiciones que permitan la viabilidad de este modelo de guarda conjunta.

REFLEXIÓN FINAL

Del estudio jurisprudencial realizado puedo concluir que la actual tendencia del Tribunal Supremo de conceder la custodia compartida en caso de que resulte beneficioso para el menor, es un paso en aras a la igualdad entre el hombre y la mujer. La incorporación de la mujer al mundo laboral en estas últimas décadas ha supuesto un punto de inflexión en la atribución casi automática de la custodia de los hijos a la madre, debido a que actualmente, la mujer no dedica su tiempo en exclusiva al cuidado de los hijos y de la vivienda, sino que sus aspiraciones personales y profesionales han ganado relevancia y se equiparan a las de los hombres. Nuestro país se encuentra lejos de consolidar una absoluta igualdad de género y ello afecta también a la materia que nos concierne, ya que los “roles” dentro de la familia siguen estando marcados a pesar de la evolución.

Gracias a la realización de este estudio he sido capaz de formar una opinión personal sobre el régimen de custodia y la preferencia (o no) por un sistema u otro. A mi parecer, resulta fundamental la atención al caso concreto, realizando un análisis pormenorizado de las circunstancias familiares y personales del menor, por lo que considero que no se debería establecer una prioridad o preferencia por un régimen determinado, sino que la tendencia en los Tribunales fuese la de salvaguardar el interés superior del menor y protegerle, dándole a la autoridad judicial la capacidad de determinar de manera libre y en atención al caso, el sistema idóneo. El simple hecho de que exista una tendencia preferente por un régimen de custodia, conlleva su aplicación casi automática, por lo que esa denominación está atentando de antemano al interés superior del menor.

Ciertamente, cualquier sistema de custodia que se adopte tras una ruptura familiar altera la realidad a la que está acostumbrado el menor, pero considero que éste, por su corta edad, va a ser capaz de adaptarse al nuevo modo de vida, independientemente de que la custodia sea compartida o individual, ya que ambos sistemas ofrecen inconvenientes para el menor. Por ello, entiendo que se ha de erradicar el término “modelo preferente” y centrarse en aquél que mejor atienda a la dinámica familiar previa a la ruptura matrimonial, ya que cada familia presenta unas características propias, difícilmente generalizables.

Como conclusión final, decir que, desde mi perspectiva, la igualdad de género y de oportunidades en materia de Familia, no se consigue estableciendo como preferente la custodia compartida por entender que es la que más beneficiosa resulta para el menor o

por ser la que menos altera la rutina y estructura familiar del mismo. En otras palabras, a mi juicio, la custodia de los hijos ha de concederse bien exclusivamente a uno de los progenitores o a ambos de manera conjunta, siempre y cuando las circunstancias de vida de los mismos favorezcan al menor, y esta decisión no ha de ser resultado de una línea jurisprudencial u otra, sino que ha de devenir de un análisis detallado de todos los factores que el Tribunal Supremo defiende como determinantes para la concesión de uno u otro sistema.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

STS de 9 de julio de 2002	Roj STS 720/2002
STS de 31 de julio de 2009	Roj STS 5817/2009
STS de 8 de octubre de 2009	Roj STS 5969/2009
STS de 10 de marzo de 2010	Roj STS 2329/2010
STS de 11 de marzo de 2010	Roj STS 963/2010
STS de 7 de julio de 2011	Roj STS 5008/2011
STS de 22 de julio de 2011	Roj STS 4924/2011
STS de 9 de marzo de 2012	Roj STS 5241/2012
STS de 29 de abril de 2013	Roj STS 5710/2013
STS de 29 de noviembre de 2013	Roj STS 5641/2013
STS de 12 de diciembre de 2013	Roj STS 5824/2013
STS de 25 de abril de 2014	Roj STS 200/2014
STS de 15 de octubre de 2014	Roj STS 3900/2014
STS de 16 de octubre de 2014	Roj STS 4240/2014
STS de 22 de octubre de 2014	Roj STS 4084/2014
STS de 30 de octubre de 2014	Roj STS 4342/2014
STS de 15 de julio de 2015	Roj STS 3217/2015
STS de 17 de julio de 2015	Roj STS 3214/2015
STS de 9 de septiembre de 2015	Roj STS 3707/2015
STS de 17 de noviembre de 2015	Roj STS 5218/2015
STS de 26 de noviembre de 2015	Roj STS 4900/2015
STS de 4 de febrero de 2016	Roj STS 188/2016
STS de 11 de febrero de 2016	Roj STS 359/2016
STS de 11 de febrero de 2016	Roj STS 437/2016
STS de 29 de marzo de 2016	Roj STS 194/2016
STS de 20 de abril de 2016	Roj STS 1658/2016
STS de 30 de mayo de 2016	Roj STS 2568/2016
STS de 27 de junio de 2016	Roj STS 3145/2016
STS de 21 de diciembre de 2016	Roj STS 5532/2016
STS de 7 de marzo de 2017	Roj STS 849/2017
STS de 12 de mayo de 2017	Roj STS 1792/2017
STS de 17 de octubre de 2017	Roj STS 3718/2017
STS de 13 de diciembre de 2017	Roj STS 4372/2017
STS de 10 de enero de 2018	Roj STS 36/2018
STS de 11 de enero de 2018	Roj STS 40/2018
STS de 17 de enero de 2018	Roj STS 43/2018
STS de 6 de abril de 2018	Roj STS 1167/2018
STS de 24 de abril de 2018	Roj STS 1478/2018
STS de 7 de junio de 2018	Roj STS 2102/2018
STS de 10 de octubre de 2018	Roj STS 3479/2018
STS de 17 de enero de 2019	Roj STS 50/2019
STS de 5 de abril de 2019	Roj STS 1363/2019
STS de 18 de julio de 2019	Roj STS 2564/2019
STS de 9 de octubre de 2019	Roj STS 10362/2019
STS de 25 de noviembre de 2019	Roj STS 3855/2019
STS de 16 de enero de 2020	Roj STS 61/2020
STJSCat de 12 de enero de 2015	Roj STJS 543/2015

BIBLIOGRAFÍA

- CAMPO IZQUIERDO, A.L., “Guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, *Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, núm. 7206, Sección Tribuna.
- GARCÍA DE YZAGUIRRE, M. y PÉREZ MARTÍN, L.A., “STC nº 185/2012 sobre la necesidad de informe favorable del Ministerio Fiscal para la custodia compartida. Visión de los promotores de la cuestión de inconstitucionalidad”, en *Congreso Internacional de Constitución y Derecho de Familia*, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 2013 (URL: <https://canal.uned.es/video/5a6fa305b1111f86718b45b7>).
- GARCÍA RUBIO, M.P, y OTERO CRESPO, M. “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*, núm. 8, 2006, págs. 69-105.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La Custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *InDret*, núm. 2/2008, págs. 1-33.
- GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “Criterios de atribución de la custodia compartida”, *InDret*, 2010. Disponible en: <file:///C:/Users/TOSHIBA/Downloads/226134-307857-1-PB.pdf>
- GOIRIENA LEKUE, A, “La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género”, *Aequalitas*. núm. 16, 2005, págs. 52-57.
- LÓPEZ AZCONA, A. y PICONTO NOVALES, T., “Breves reflexiones sobre el cambio de régimen de custodia de los hijos menores en Derecho aragonés” *Tribuna Idibe*, 26 junio 2019 (URL: <https://idibe.org/tribuna/breves-reflexiones-cambio-regimen-custodia-los-hijos-menores-derecho-aragones/>).
- MARTINEZ CALVO, J., *La guarda y custodia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia”, en *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 133-176.

- MESA RAYA, M.C., *Una mirada hacia los hijos e hijas expuestos a situaciones de Violencia de Género, Orientaciones para la intervención desde los Servicios sociales de Aragón*, Instituto Aragonés de la Mujer (IAM), Zaragoza, 2011, págs.. 13-25.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., *El Nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- PÉREZ MARTÍN, A.J., “Guarda y custodia conjunta o compartida”, en AA.VV., *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, vol. I, Lex Nova S.A, 2007.
- PÉREZ MAYOR, A., “La entelequia de la custodia compartida o alterna”, *Revista Jurídica de Cataluña*, N° 3, 2007, págs. 807-818.
- PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia”, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, núm. 7.206, 2009, págs. 2046-2049.
- PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., “Patria Potestad”, en AA.VV., *Tratado de Derecho de Familia: Aspectos Sustantivos y Procesales*, Editorial Jurídica Sepin, Madrid, 2005, págs. 180-197
- PICONTO NOVALES, T., “La guarda y custodia: *dirección y orientación* del niño/niña en el régimen de convivencia familiar”, en AA.VV., *La custodia compartida a Debate*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 104-106
- PINTO ANDRADE, C., *La Custodia Compartida*, Bosch, Barcelona, 2009.
- PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución*, *Misión jurídica*, Núm. 9, 2015, págs. 143-175.
- RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. “El derecho a la audiencia tras las últimas reformas legislativas en materia de protección de la infancia y adolescencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 ter, 2015, págs. 120-127.
- RIVERA ALVAREZ, J., “La custodia compartida impuesta por el Juez: una realidad excepcional en las crisis matrimoniales”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm.1, 2006, págs. 186-202.

- RODA Y RODA, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.
- SABATER BAYLE, E., *Las crisis matrimoniales. Derecho Navarro*, 2020 (trabajo inédito, debo su cita a cortesía de la autora).
- SERRANO GARCÍA, J.A., “La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia”, en *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013, págs. 17-30 // págs. 181-294.
- SOLÉ RESINA, J. y YSÁS SOLANES, M., “Custodia compartida: de la excepción a la regla general. Un paso más hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo”, en AA.VV., *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 731-758.
- TAPIA PARREÑO, J.J., “Custodia compartida y Protección de Menores”. *Cuadernos de Derecho Judicial II-2009*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.
- TENA PIAZUELO, I., “La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia.” *Aequalitas*, Núm. 18, 2006, págs. 26-41.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C., “La custodia compartida en España y en Cataluña: Entre deseos y realidades”, en AA.VV., *La custodia compartida a Debate*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 77-99.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida. Aspectos jurídico-procesales*, Dykinson, Madrid, 2018.

OTRAS FUENTES DOCUMENTALES

- ELDERECHO.COM (2013). *El Gobierno aprueba el Anteproyecto de Ley que elimina la excepcionalidad de la custodia compartida* (ULR: <https://elderecho.com/el-gobierno-aprueba-el-anteproyecto-de-ley-que-elimina-la-excepcionalidad-de-la-custodia-compartida>).
- *IV Encuentros de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia*, Valencia, 26, 27 y 28 de octubre de 2009.(URL: <http://www.icasv-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf>).

- Instituto Nacional de Estadística, *Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD) 2019* (URL: https://www.ine.es/prensa/ensd_2018.pdf).