



UNIVERSITAT
POLITÈCNICA
DE VALÈNCIA



LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. NUEVAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

TRABAJO FINAL DE MÁSTER

FACULTAD DE ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS

MÁSTER UNIVERSITARIO EN GESTIÓN ADMINISTRATIVA

Presentado por: Roxana Elena Dobrita
Tutor: Pablo Amat Llombart
Curso académico: 2018/2019

Nunca es demasiado tarde para tener una infancia feliz.

Tom Robbins

*La palabra progreso no tiene ningún sentido mientras haya niños
infelices.*

Albert Einstein

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
1.1. Objeto de estudio.....	3
1.2. Objetivos	4
1.2.1. Generales.....	4
1.2.2. Específicos	5
1.3. Metodología.....	5
2. MARCO TEÓRICO GENERAL Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA INSTITUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA	6
2.1. Concepto de guarda y custodia.....	6
2.1.1. Modalidades de ejercicio.....	9
2.1.2. Principios esenciales	11
2.2. Evolución normativa de la institución de la guarda y custodia en España 16	
3. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: CÓDIGO CIVIL Y NORMATIVA AUTONÓMICA	21
4. LA CUSTODIA COMPARTIDA: CONFIGURACIÓN Y MODALIDADES. 31	
4.1. Concepto y alcance.....	31
4.2. Custodia compartida consensuada	32
4.3. Custodia compartida contenciosa.....	34
5. IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA: CRITERIOS Y DIFICULTADES.....	37
5.1. Aproximación.....	37
5.2. Criterios aplicables y cuestiones conexas.....	40

6. CONCLUSIONES	50
BIBLIOGRAFÍA	56
ANEXO LEGISLATIVO	62
ANEXO JURISPRUDENCIAL	65

ACRÓNIMOS

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
RAE	Real Academia Española
SAP	Síndrome de Alienación Parental
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio se realiza un análisis pormenorizado tanto a nivel normativo como jurisprudencial del sistema de guarda y custodia compartida existente en la actualidad en el ordenamiento jurídico español.

Desde la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y su entrada en vigor el 8 de enero de 2001 y posteriormente de la ley que modifica el Código Civil (CC) (Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio), entrada en vigor el 10 de julio de 2005, se deduce que, debido a la novedosa redacción de su artículo 92 que introduce por primera vez de forma expresa el modelo de guarda y custodia compartida, se produce un significativo cambio en la interpretación y aplicación de conceptos en Derecho de Familia, como es el caso de la patria potestad. Se intenta pues, mediante las citadas leyes, acabar con el sistema tradicional de atribución de la custodia, que en la mayoría de las situaciones se entregaba a la madre, por un sistema donde la custodia compartida, en la que ambos progenitores pueden disponer de dicha custodia, sea equiparable a la monoparental a la hora de acordar o decidir judicialmente el mejor sistema de custodia para los menores tras una separación de sus padres.

En lo que refiere a la patria potestad, el mismo impacto lo ocasionó en su día la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en la que se reconoció la igualdad entre ambos cónyuges en las relaciones con los hijos, señalando que esta será ejercida conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo siempre mediante el consentimiento del otro.

Trata de suprimir por ello el concepto que se había creado en el sentido de que otorgar la patria potestad a un solo progenitor era sinónimo de posesión y poder sobre el hijo menor frente al otro progenitor, cuando en realidad la patria potestad compartida por ambos era una función que se hacía en beneficio de este y que en caso de no llegar los cónyuges a un acuerdo se requeriría la intervención del Juez para proteger el interés del menor.

Posteriormente y con el objetivo de promover la función de ambos progenitores en el cuidado de los menores en términos equitativos, entra en vigor la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introduciendo los principios de “corresponsabilidad parental y coparentalidad”.

Además de lo mencionado anteriormente respecto a la modificación introducida para la patria potestad de los menores, sucede lo mismo en el caso de la custodia compartida. Este concepto sufre una modificación importante en el intento de suprimir la tradicional práctica de otorgar la custodia exclusivamente a la madre pues hasta ciertas edades del menor (posteriormente se estudiarán los distintos casos en que la legislación fue evolucionando e introduciendo cambios con respecto a esta edad), se consideraba que era la más capacitada para atender sus necesidades. Además de ello, la progenitora que resultaba custodia -la madre-, se beneficiaba en el mismo sentido del uso de la vivienda familiar junto con el menor, así como de la percepción de una pensión alimenticia que el progenitor no custodio -el padre- debía abonar.

Por otra parte, y ligado a los principios anteriormente mencionados, así como a la idea de implantar una guarda y custodia compartida en los casos en que sea compatible y adecuado para el menor, cobra especial importancia el concepto jurídico del interés superior de menor, que ha ido evolucionando a lo largo de la jurisprudencia dictada.

Es precisamente la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 257/2013, del 29 de abril, la que recoge las pautas y criterios necesarios en los que el Juez debe basarse para otorgar la custodia compartida, siempre y cuando esta sea favorable, aconsejable y en beneficio del interés del menor. En interpretación del artículo 92 (apartados 5, 6 y 7) CC la jurisprudencia señala que no se deduce que la guarda y custodia compartida se trate de manera excepcional, sino que, considera que es lo *normal y deseable* ya que de este modo se hace efectivo el derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores tras la ruptura familiar. El mismo precepto permite acordar la guarda y custodia compartida cuando esta sea solicitada por ambos progenitores o cuando, a pesar de no ser solicitada por ambos, se considera que es lo más conveniente para proteger el interés superior del menor.

1.1. Objeto de estudio

El objeto de estudio del presente Trabajo Final de Máster es realizar un estudio pormenorizado de la diferente legislación que regula la guarda y custodia compartida en el actual ordenamiento jurídico español y las controversias que ha provocado desde muchos años atrás cuando todavía no existía una regulación propiamente consolidada para esta materia.

Resulta necesario e interesante realizar un recorrido a través de las distintas leyes que fueron implementándose con el tiempo y que fueron innovando e introduciendo nuevas reformas hasta la consecución del actual Código Civil, como derecho común, y de las actuales leyes que algunas de las Comunidades Autónomas se han atrevido a aprobar como derecho propio.

Finalmente, y en el intento de implementar una custodia compartida que beneficie en todo caso a los menores y hallándose ante una laguna jurídica, los Jueces se han visto obligados a establecer, para cada caso

concreto, los criterios a emplear para determinar qué modalidad de custodia es la más adecuada.

1.2. Objetivos

Para una mejor estructura de los objetivos que se pretenden alcanzar con la consecución de dicho estudio, se lleva a cabo una clara distinción entre los objetivos generales y los específicos, pudiendo observar los puntos más fuertes en los cuales se centra.

1.2.1. Generales

El principal objetivo de este proyecto es la elaboración de un estudio en el que se analice la distinta legislación que regula o ha regulado la guarda y custodia de los menores, y, concretamente, la modalidad de custodia compartida por ambos progenitores, incidiendo en aquellas que han supuesto grandes impactos en el ordenamiento jurídico mediante la implantación de medidas relevantes para la toma de decisiones por los Jueces.

Por otro lado, se incide en el análisis de los criterios que el Tribunal Supremo debe tener en consideración a la hora del otorgamiento de la guarda y custodia compartida pues ocasionan controversias en la mayoría de los casos tras una separación o divorcio de los cónyuges.

1.2.2. Específicos

- Realizar un estudio de los conceptos generales y la percepción por distintos concededores de la materia del alcance de la guarda y custodia compartida.
- Analizar los distintos tipos y principios por los que se rige este régimen de custodia.
- Investigar acerca de los criterios que el Tribunal Supremo emplea en la jurisprudencia para el establecimiento de la custodia.
- Analizar las distintas modalidades de custodia compartida y estudiar las características que prevalecen en cada caso.

1.3. Metodología

La metodología empleada en el presente Trabajo Final de Máster está basada en la recopilación de datos e información procedente de fuentes secundarias. Destaca el estudio de informes estadísticos que permiten obtener un conocimiento amplio y a la vez esquemático de las nociones que suscitan interés, como por ejemplos los informes elaborados a partir de bases de datos de buscadores oficiales como por ejemplo el Instituto Nacional de Estadística (INE), que permiten comprender los datos reales ofreciendo una visualización amplia de la evolución de la custodia y en qué medida se ha producido. Del mismo modo se ha contado con el apoyo de artículos que profesionales de la materia han elaborado con el fin de hacer llegar a la sociedad los problemas que derivan de este régimen y que afectan, de manera directa o indirecta, a todos. Una vez recopilados los datos e información necesaria se ha establecido un análisis normativo y recopilación de la principal jurisprudencia del TS que aborda el tema, para extraer los criterios aplicables por los jueces de instancia y apelación. Se ha empleado para ello el método deductivo.

2. MARCO TEÓRICO GENERAL Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA INSTITUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA

En el presente apartado se estudian una serie de aspectos esenciales relativos a la guarda y custodia de los menores, necesarios para comprender el sistema de custodia compartida que posteriormente se analizará. Además, se efectúa un recorrido por la normativa por la que se rigen estas modalidades y cómo actúan los Tribunales en la resolución de cada caso.

Es a su vez importante realizar una distinción terminológica entre la patria potestad y la custodia de los menores, puesto que, aunque estas vayan estrechamente ligadas, pueden darse situaciones en que se separan, pudiendo llegar a ser gestionadas y ejercidas de formas diversas.

2.1. Concepto de guarda y custodia

Para que llegue a aplicarse la figura de la guarda y custodia de los hijos e hijas menores debe producirse necesariamente un conflicto entre ambos progenitores, que conduce irremediablemente a una separación física de estos; es decir, se produce la ruptura de la convivencia conyugal por lo que se debe determinar a quién se le atribuirá la responsabilidad de convivir con los hijos e hijas menores, implicando proporcionales todas las atenciones que requieran en su cuidado. Esto no implica que todos los cuidados que los menores requieran recaigan únicamente sobre el progenitor al cual se le ha atribuido su guarda y custodia, ya que conforme queda establecido en el Título IV del Código Civil, en su artículo 92.1, “la

separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos”.

Es relevante empezar indicando que, por regla general, ambos progenitores tienen atribuida la patria potestad de los menores que, regulada en el Título VII, artículos 154 y siguientes del Código Civil, hace referencia a la responsabilidad parental como conjunto de deberes y derechos que se atribuyen a los progenitores en relación con los hijos y con sus bienes, ejerciéndose en todo momento en interés de ellos. La patria potestad será siempre, salvo supuestos excepcionales, compartida por ambos progenitores, incluso si se produce la ruptura matrimonial.

La patria potestad deriva, en definitiva, del vínculo de filiación, bien por naturaleza bien por adopción, entre ambos progenitores y sus hijos menores no emancipados, siendo la institución básica en materia de relaciones paterno-filiales.

Al analizar el término “guarda”, la Real Academia Española (RAE) expone diversas significaciones, siendo una de ellas, y la que más se aproxima al sentido que interesa en este caso, la de “persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa”, lo que hace referencia a “estar bajo su protección o defensa”. Por su parte, “custodiar” hace referencia, en su primera acepción, a “guardar con cuidado y vigilancia”.

Así mismo, la palabra “custodiar” define a su vez el derecho y deber de los progenitores de mantener a los hijos e hijas menores en su hogar familiar, así como el derecho y deber de brindarles atención y cuidados en todas sus necesidades.

A partir de esto se puede identificar que ambas palabras son similares por lo que resulta complejo darle un concepto universal, ya que puede darse el caso de que exista una guarda y custodia cuando ambos progenitores conviven con normalidad y una guarda y custodia en situaciones en las que la convivencia es alterada.

En el primero de los casos, cuando normalmente no ha habido ruptura, la guarda y custodia sobre los menores se subsume bajo la figura de la patria potestad, como ya se ha hecho referencia anteriormente en el artículo 154 del Código Civil (la patria potestad hace referencia a la representación genérica de los hijos e hijas menores de edad mientras que la figura de la guarda y custodia está dirigida a la convivencia habitual). En el segundo de los casos, en el momento en que se dan diversas situaciones que alteran la convivencia, la guarda y custodia se separa de la patria potestad puesto que implica otros derechos independientes relacionados con otras funciones como la educación, la alimentación, etc. En esta situación, ambos progenitores no pueden mantener la guarda y custodia de los hijos e hijas menores de edad, cosa que sí ocurre con la patria potestad, por lo que únicamente uno de los ellos puede mantenerla, exceptuando la custodia compartida que se da en ciertos casos.

En conclusión, se puede definir la guarda y custodia de los hijos e hijas menores como la situación de convivencia mantenida entre un menor y su progenitor o sus progenitores y que tiene por objeto el cuidado, la educación y la formación integral de aquel por parte de éste o éstos¹, es decir, la función de vivir, cuidar y asistir a los hijos pudiendo esta atribuirse a uno de los progenitores -con régimen establecido de visitas del otro- o a ambos, de forma compartida.

Otro aspecto importante por destacar en este caso es que únicamente podrán resultar afectados por la figura de la guarda y custodia los hijos e hijas menores de edad que sean comunes de ambos progenitores y no emancipados o mayores de edad incapacitados.

Aunque el ya mencionado artículo 92 del Código Civil no recoja como tal dicha condición, esta puede relacionarse con el anterior artículo 90 en

¹ SÁNCHEZ, R. y FELIPE, L. (2001). “La guarda y custodia de los hijos”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, p.p. 282-289.

su apartado 1.a), el cual se refiere a: “El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”; esto es, únicamente puede abordarse la custodia de aquellos hijos e hijas que están sujetos a la patria potestad, refiriéndose en este caso a los hijos comunes.

Siguiendo en la misma línea, la atribución de esta figura es otro de los aspectos que se debe mencionar. La guarda y custodia de los menores se otorga en todos los casos por orden judicial, como establecen los artículos 90, 92, 103 y 156 del Código Civil, o por ley, según indica el artículo 156 del Código Civil, según los distintos supuestos que puedan darse.

2.1.1. Modalidades de ejercicio

Comentado el amplio abanico terminológico que afecta a la guarda y custodia de menores, es conveniente hacer una breve mención de los tipos que existen, señalando sus distintas características y maneras en que se da cada uno de ellos. Del mismo modo, es necesario señalar que los distintos tipos que el presente apartado trata pueden darse únicamente en aquellos casos en que, como se ha comentado anteriormente, se produce la separación entre la guarda y custodia y la patria potestad, es decir, existe una ruptura en la convivencia normal y habitual de los menores de edad y sus progenitores.

En el actual sistema de Derecho español de familia, pueden encontrarse los siguientes tipos de ejercicio de la guarda y custodia:

- **Guarda y custodia exclusiva, unilateral o individual de uno de los progenitores (monoparental)**

Su principal característica, como su nombre indica, es que es atribuida a un solo progenitor, quien será el encargado de la convivencia habitual con el menor, estableciéndose para el otro un régimen de visitas. Así queda establecido en el artículo 90.1.a) CC, el cual alude al “cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”. En cuanto al régimen de visitas, este queda establecido en el artículo 94 CC que expresa que “el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”. En este caso resulta evidente que el tiempo del que cada progenitor dispone para convivir con el menor no es equivalente, debiendo además el progenitor que no dispone de la guarda y custodia abonar una pensión a los menores, comúnmente conocida como pensión de alimentos².

² Establecida en el artículo 142 del Código Civil, este precepto indica que “se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Estos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Se incluirán además los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

- **Guarda y custodia compartida**

A diferencia de la guarda y custodia unilateral que anteriormente hemos comentado y que únicamente está atribuida a un progenitor, en este caso se caracteriza por corresponder a ambos. Existen asimismo distintos tipos o modalidades de ejercicio de la de custodia compartida, que posteriormente se desarrollarán.

- **Guarda y custodia ejercida por una tercera persona**

En el tercero de los casos, la guarda y custodia puede ser atribuida a una tercera persona. Se produce en los casos en que el Juez, a falta de acuerdo de ambos progenitores, adoptará las medidas oportunas siempre en interés del menor. Regulada en el artículo 103.1 CC, este indica que, “de manera excepcional los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez”.

También en los casos de desamparo de menores (artículo 172 CC), de entrega voluntaria de la guarda (artículo 172 bis CC) y del acogimiento familiar (artículo 172 ter CC), la guarda y custodia se ejerce por una tercera persona, que puede ser la Administración, familia de acogida, institución, etc.

2.2. Principios esenciales

Como se ha visto en el apartado anterior y ligado a los tipos de guarda y custodia, es necesario atender a los principios por los que se rige

cada uno de ellos, según los cuales conducirá a que se produzca un tipo u otro. Estos son:

- **Principio del interés superior del menor**

También conocido como *favor filia*. La propia Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 de las Naciones Unidas, en su artículo 3 hace especial referencia al interés superior del menor en los casos en que la custodia del menor deba atribuirse a alguien. Concretamente indica que en todos los casos en que la custodia de los menores deba atribuirse bien a instituciones públicas bien a privadas de bienestar social, los Tribunales y el resto de las autoridades administrativas deberán tener en consideración y prestar especial atención al interés superior del menor, comprometiéndose a asegurar la máxima protección y cuidados necesarios. Así mismo se deberán asegurar que todas las instituciones y servicios que tengan a su cargo el cuidado o protección de niños y niñas cumplan adecuadamente las normas establecidas.

De la misma manera lo recoge la Constitución Española (CE) en su artículo 39, en el que indica que “los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

Por su parte también queda reflejado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Concretamente la mencionada ley dedica su capítulo segundo a desarrollar el principio del interés superior del menor en todos los ámbitos en los que este deba tenerse especialmente en consideración. Refleja en su artículo 2 que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado

como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Serán por tanto los Tribunales ordinarios los principales encargados de determinar cuál es el interés superior del menor según cada caso concreto.

- **Principio de audiencia del menor**

Regulado en el artículo 92.2 CC, el cual expresa que “el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”. Esto se complementa con lo indicado al respecto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en su capítulo 2, referente a los derechos del menor, artículo 9.1, *derecho a ser oído y escuchado*: “El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”. Continúa el citado precepto indicando que dicho derecho podrá ser ejercido por el propio menor siempre y cuando posea la suficiente madurez, valorada y

acreditada por el personal cualificado para ello. Se atenderá principalmente al grado de desarrollo evolutivo, así como a su capacidad para comprender y evaluar el asunto del que se trata en cada caso concreto. En todo caso serán oídos todos los menores que tengan la edad de doce años cumplidos.

Cabe añadir que, en relación con dicho principio, aunque sea necesario que los menores manifiesten su voluntad, no siempre se adoptará la decisión final en función de ello ya que podría darse la existencia del conocido como “síndrome de alienación parental”³.

- **Principio de no separación de los hermanos**

En este caso, como se expresa en el artículo 92 apartado 5 del 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 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”.

Esta situación podría no darse en los casos en que las circunstancias no sean las aconsejables, porque la convivencia entre ambos hermanos sea verdaderamente conflictiva y difícil.

³ El Síndrome de Alienación Parental (SAP) es un conjunto de síntomas que son consecuencia del uso de diferentes estrategias por parte de un progenitor, en las que ejerce influencia en el pensamiento de los hijos con la intención de destruir la relación con el otro progenitor.

El SAP puede ocurrir cuando el hijo es influenciado por un progenitor (progenitor A) para rechazar al otro progenitor (progenitor B) (ARMANDO CORBIN, 2017).

- **Principio de corresponsabilidad parental**

Este principio, junto con el principio de coparentalidad, suponen el reparto, por igual, de los derechos y deberes que ambos progenitores deben ejercer. Podría considerarse que a su vez está relacionado con el principio de igualdad entre los progenitores, puesto que, aunque haya existido una ruptura en la convivencia de estos, se trata de representar el interés superior del menor, que no es otra cosa que el derecho que tienen los menores a ser criados por sus progenitores, relacionándose por igual con ambos.

En definitiva, trata de reconocer que ambos progenitores tienen las mismas obligaciones y responsabilidades, comunes, en la crianza y desarrollo de los hijos e hijas menores (artículo 18 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño), incluyendo en ello la formación, educación y atención a todas sus necesidades, repartiéndolas equitativamente.

- **Principio de coparentalidad**

En este caso, se hace referencia a una doble vertiente. Por una parte, el derecho del menor a recibir la educación requerida por ambos progenitores, mientras que, por otro lado, hace referencia al derecho a mantener la misma relación con ambos, continuando con los mismos vínculos menor-progenitores. Por ello, ambos progenitores deben mantener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura para con el menor⁴.

⁴ TAMAYO HAYA, S. (2009). "Igualdad Parental y Principio de corresponsabilidad tras la separación o el divorcio", en *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres: diagnóstico y prospectiva*, A.M. Pérez Vallejo (coord..). Barcelona: Atelier, p.p. 110-137

En definitiva, este principio hace especial referencia a la cooperación que debe existir entre ambos progenitores en el cometido del conflicto y posterior divorcio. Para que pueda darse el principio de coparentalidad es necesario que ambos progenitores hayan superado adecuadamente la fase de adaptación al divorcio y sean conscientes de su postura e identidad como progenitores.

Comparte a su vez un elemento común con el resto de principios mencionados anteriormente y es el derecho del menor de mantener la misma relación y vínculos de afectión con ambos progenitores por igual.

2.3. Evolución normativa de la institución de la guarda y custodia en España

Antes del vigente régimen constitucional democrático, la Ley de matrimonio civil de 1870 y a su vez el Código Civil de 1889 establecían que la custodia de los menores se designaría en función a un criterio de culpabilidad, es decir, esta permanecería con aquel progenitor declarado no culpable. En caso de que ambos fuesen culpables, era requerida una tercera persona que ejerciera de tutor, siempre y cuando el menor no tuviese menos de tres años, en cuyo caso permanecería con la madre.

Posteriormente, durante la Segunda República entre 1931 y 1939, se promulgó la primera ley dedicada exclusivamente al divorcio, La Ley de Divorcio de 1932. A diferencia de lo indicado en el apartado anterior, esta ley recogía que la custodia del menor se atribuía al cónyuge no culpable salvo que fuera menor de cinco años, en cuyo caso era para la madre.

Este régimen fue abolido por la llegada del régimen franquista, concretamente desde 1939 hasta 1959. Anuló, por tanto, el divorcio, estableciendo la Ley de 24 de abril de 1958 en la que se seguía manteniendo el sistema de culpabilidad anteriormente mencionado, pero

añadiendo que la custodia de los hijos e hijas menores se otorgaría a la madre siempre y cuando estos fuesen menores de siete años.

En 1978 con la entrada en vigor de la Constitución Española, dio comienzo el nuevo régimen democrático, estableciéndose ciertos derechos y principios englobados en el conocido como Derecho de Familia. Este incluye, entre otros, la libertad (artículo 32) de los ciudadanos de contraer matrimonio, el derecho de igualdad entre ambos sexos, recogido en el artículo 14, el principio de protección de las familias, establecido en el artículo 39, etc. Este último hace referencia, por un lado, a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de las familias, la protección integral de los hijos e hijas y, por otro lado, a la obligación de los padres de brindar asistencia y protección en todos los aspectos a los hijos e hijas.

El término “guarda y custodia” en su sentido conjunto fue recogido por primera vez, a nivel legislativo, en el artículo 748.4 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores: “Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”.

Desde la aprobación de la norma suprema del ordenamiento jurídico español, la CE, se han ido implementando ciertas leyes, modificativas del ordenamiento civil, que contemplan la regulación del matrimonio, la filiación y las distintas situaciones de divorcio, separación o nulidades. Entre las más relevantes destacan:

- a) La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.**

A diferencia de lo indicado en el artículo 156 de la mencionada ley el cual indica que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, se sigue manteniendo en su artículo 159 que, cuando se produce una alteración en la normal convivencia de los cónyuges y estos pasan a vivir separados sin decidirse de común acuerdo sobre la custodia de los hijos comunes, estos permanecerán al cuidado de la madre siempre que sean menores de siete años. Esto sucederá de manera habitual y siempre que el Juez, por motivos extraordinarios o especiales, otorgue la custodia al otro progenitor.

b) La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación o divorcio.

Conocida también como la Ley de Divorcio, se encuentra situada entre las leyes más importantes en el ámbito del Derecho de Familia, puesto que fue la primera en democracia en introducir la posibilidad de extinción del matrimonio a través de esta figura.

Otro aspecto importante que destacar es que se trata de la primera ley que suprime el criterio de culpabilidad hasta ahora mencionado a la hora de establecer la custodia de los hijos menores en caso de separación de los cónyuges. El Juez debía atender a las causas que produjeron el divorcio y, según la conveniencia de los hijos, establecía a quién atribuirle la guarda y custodia. Se introduce por ello el interés superior del menor, el cual se expresa en el artículo 103.1: “Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá

cumplir el deber de velar por estos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.

c) La Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

En este caso, se mantiene el concepto de interés superior del menor cuando este deba quedarse al cuidado de uno de los progenitores y no exista común acuerdo entre ellos. Textualmente, indica el artículo 159 que “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad”. De esta noción se desprende que, teóricamente, ambos progenitores podían acceder, en condiciones de igualdad, a la guarda y custodia de sus hijos menores. Continúa diciendo: “El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

Se trata pues de evitar la discriminación por sexo que años atrás hacía que los niños y niñas menores de siete años permanecieran en todo caso a cargo de la madre.

d) La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Fue desde la aprobación de la presente ley que el Derecho de Familia sufrió un considerable avance en el sentido de que concretaron, por primera vez, los ya conocidos principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad anteriormente comentados. Además de ellos,

contempla lo que supone uno de los más grandes avances en esta materia, el reconocimiento legal expreso del ejercicio de la guarda y custodia compartida por ambos progenitores ya que, hasta ese momento, se atribuía excepcionalmente cuando los Tribunales lo consideraban oportuno. Es mediante la redacción de su artículo 92.5 el cual expresa 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”. También su apartado 8º del citado artículo indica que, de manera excepcional, cuando no concurren los supuestos del apartado 5º, el Juez, a instancia de una de las partes acordará la guarda y custodia compartida argumentando que únicamente de esta manera se protegerá el interés superior del menor. Según la redacción de este artículo en la Ley 15/2005, para que esto se produzca debe existir, en todos los casos, un informe *favorable* del Ministerio Fiscal, condición que posteriormente fue declarada por sentencia inconstitucional y nula⁵.

⁵ España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 185/2012, de 17 de octubre de 2012.

3. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: CÓDIGO CIVIL Y NORMATIVA AUTONÓMICA

El marco jurídico en el que se desarrolla la figura de la guarda y custodia compartida se encuentra integrado principalmente por el Código Civil, el cual no recogía textualmente estos conceptos, y así no fue hasta la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, cuando se incluyó oficialmente dicha expresión como tal, suponiendo gran relevancia en el mundo jurídico.

Contempla en su exposición de motivos la citada Ley 15/2005, que mediante la aprobación de esta Ley *se pretende reforzar la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad, pudiendo acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos o a ambos de forma compartida*. Como consecuencia de la regulación legal de la guarda y custodia compartida, se refuerza uno de los principios estudiados anteriormente, concretamente el principio de corresponsabilidad parental, siendo un medio por el que los menores pueden conservar una relación fluida con los dos progenitores.

Se recoge de manera separada dos instituciones jurídicas. En su Título VII, concretamente en los artículos 154 y siguientes, queda regulada la patria potestad y en el Título IV, artículo 92 y siguientes, la guarda y custodia.

Además de la distinción entre ambas figuras, la atribución de la custodia tiene lugar en aquellos casos en que se ha producido una alteración en la convivencia normal entre los progenitores y los hijos e hijas

menores de edad. Cuando se produce la ruptura del matrimonio o alteración de la convivencia normal, lo habitual es que ambos progenitores mantengan la patria potestad, lo que no ocurre (al menos habitualmente hasta tiempos recientes) con la guarda y custodia, donde solo uno de ellos podrá mantenerla, excepto en los casos de custodia compartida.

De los artículos mencionados referentes a esta materia el más importante es sin duda el 92 del CC, puesto que es el que trata en profundidad la atribución de la guarda y custodia una vez producida la ruptura matrimonial de los cónyuges. Tras la lectura y análisis de este artículo se puede llegar a la conclusión de que su redacción es notablemente mejorable. Por un lado, realiza una mezcla entre el proceso contencioso y el acuerdo entre ambos cónyuges, por lo que resulta confuso distinguir a qué modalidad de ruptura se refiere el legislador y, por otro lado, no distingue con claridad entre las distintas previsiones referentes a la guarda exclusiva y las de la custodia compartida. A ello puede añadirse que la regulación que realiza sobre la custodia compartida se limita a disponer la posibilidad de acoger este régimen, sin mencionar siquiera las diferentes formas en que puede estructurarse.

Debido a esta separación en la regulación de ambos conceptos dentro del Código Civil, a primera vista pueden surgir ciertas discordancias entre sí. En concreto, entre el artículo 92.1 y 156.5 CC y entre el 92 y el 159 CC.

La primera de ellas es la relativa a la patria potestad. Según indica el artículo 92.1 puede deducirse que la regla general es la patria potestad compartida, independientemente del régimen de guarda y custodia que se establezca: *La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*. Mientras que, por otro lado, el artículo 156.5 parece dar a entender que el ejercicio de esta corresponderá exclusivamente al progenitor que posea la custodia: *Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo*

conviva... De estas redacciones puede deducirse que el supuesto de hecho de ambos articulados no es el mismo. Mientras que el artículo 92.1 parece aplicarse claramente en aquellas situaciones en que ha existido una previa convivencia, del artículo 156.5 se deduce su aplicación únicamente a aquellos supuestos en los que no ha existido la mencionada convivencia.

Con respecto a la segunda, esta hace referencia a las normas para el establecimiento de la guarda y custodia y el derecho del menor a ser oído. Por ello, el artículo 159 agrupa normas distintas de las previstas en el artículo 92. Mientras el primero de ellos hace mención únicamente al sistema de guarda exclusiva o unilateral (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2008), el artículo 92 engloba ambas posibilidades, bien la custodia exclusiva, bien la custodia compartida. En la misma línea, el artículo 159 expresa textualmente el derecho del menor a ser oído, siempre que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años, término contradictorio con lo indicado en el artículo 92, el cual parece eliminar la condición de oír en todos los casos a los mayores de doce años, generalizando únicamente que *velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos*. Parece, nuevamente, que el supuesto de hecho de ambos artículos es distinto.

Además de la regulación de esta materia en el Código Civil es necesario realizar un recorrido por la distinta legislación autonómica que ha recogido la figura estudiada en distintas leyes y la ha desarrollado. Dicho análisis nos permitirá observar las diferencias de regulación de una misma materia en nuestro ordenamiento jurídico, en las distintas Comunidades Autónomas de un mismo Estado y cómo ha ido evolucionando con el paso del tiempo hasta lo que hoy en día es la regulación vigente.

Ante la ausencia de una legislación estatal que agrupe todos los criterios en esta materia, algunas las Comunidades Autónomas (CCAA)

con competencias en legislación civil propia han asumido el rol de enfrentar la solución jurídica ante una realidad que cada vez es más frecuente en la sociedad.

En cuanto a las Comunidades Autónomas que no disponen de una legislación autonómica propia en materia de derecho civil, estas se rigen por lo dispuesto en el Código Civil común. En la actualidad, únicamente cinco de ellas disponen de legislación propia en esta materia, siendo las comunidades de Aragón, Cataluña, Navarra, la Comunidad Valenciana y País Vasco, por orden cronológico en último lugar, rigiéndose el resto por la legislación contenida en el Código Civil, concretamente en los artículos 90 y siguientes.

Aragón fue la primera comunidad autónoma en España que, haciendo uso de las competencias exclusivas que su Estatuto de Autonomía le atribuía, incluyó la custodia compartida en su legislación, y fue con la aprobación por las Cortes aragonesas de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (vigente hasta el 23 de abril de 2011), conocida como *Ley de custodia compartida*.

Posteriormente a esta fecha entró en vigor el nuevo Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «*Código del Derecho Foral de Aragón*», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que estableció lo que a día de hoy prima en la sociedad: preferentemente se atribuye la custodia compartida salvo que la individual se considere más conveniente.

Como indica en su Título II, Capítulo II, *De la crianza y autoridad familiar*, artículo 80, *Guarda y custodia de los hijos*, cada uno de los progenitores podrá solicitar el ejercicio de la guarda y custodia de forma compartida o individualmente por solo uno de ellos. En aquellas situaciones en que se dé la custodia compartida se establecerá, en todo

caso, un régimen de convivencia del menor con ambos padres, con el fin de garantizar que ambos puedan desarrollar sus derechos y obligaciones por igual. Por otro lado, indica el mismo artículo que si por el contrario se establece la custodia individual a un solo progenitor, deberá fijarse un régimen de visitas, estancias y comunicación con el otro progenitor para que, como en el caso anterior, pueda ejercer sus derechos y obligaciones.

El mismo artículo expresa que será el Juez quién adoptará la decisión sobre si la guarda y custodia será compartida o individual, siempre apoyándose en el *plan de relaciones familiares* que cada progenitor debe presentar, además de factores como la edad de los menores, el arraigo social y familiar, la opinión de estos siempre y cuando tengan suficiente juicio y puedan ser tenidos en consideración, las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar y otras circunstancias que puedan afectar a la misma resolución.

Centrada especialmente en el principio del interés superior del menor y ligada con lo indicado en el artículo 39 de la Constitución Española, expresa las distintas situaciones de convivencia. Por un lado, cuando estas sean matrimoniales o extramatrimoniales y, por otro lado, cuando existan hijos comunes (LÓPEZ AZCONA A., 2015). Como describe BAYOD LÓPEZ (2011) y recoge el artículo 9.4 del Código Civil, el criterio decisivo para que en estas situaciones pueda aplicarse la legislación aragonesa en materia de custodia es la vecindad civil⁶ de los hijos e hijas, es decir, que estos tengan la vecindad civil aragonesa o esta sea desconocida.

⁶ Se trata del *status* civil que dispone el hecho de ser vecino de un territorio determinado, necesario en aquellas materias que cuentan con un Derecho foral o especial. La vecindad determinará, por tanto, la ley personal aplicable en materia de Familia y Sucesiones.

Otro aspecto destacable es la referencia que hace a la mediación familiar, ofreciendo esta posibilidad extrajudicial a los progenitores para que estos puedan resolver cualquier discrepancia procedente de la ruptura y que afecta a los hijos, todo ello con el fin de evitar en mayor medida el posible litigio.

La siguiente CCAA que dispone de legislación propia en esta materia es Cataluña, cuando en 2010 su Parlamento aprobó la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, vigente en la actualidad. El primer cambio que puede observarse con la entrada en vigor de esta ley es el cambio que se produce en el término de *custodia compartida*, sustituido por el de *responsabilidad parental compartida*. Su objeto pretende favorecer así mismo la coparentalidad y la mediación como un instrumento empleado para garantizar la permanencia de las relaciones posteriores a la separación de los progenitores, asegurando además la adaptación a los nuevos cambios. Se prevé en definitiva que, preferentemente y no como segunda opción, se otorgue la custodia compartida de los hijos, siempre y cuando las circunstancias lo aconsejen.

Otro aspecto relevante por destacar es la importancia que da al plan de parentalidad⁷, indicando que todas las propuestas que los progenitores realicen deben incorporarse al proceso judicial mediante este plan. Contiene a su vez ciertas recomendaciones a la hora de atribuir la custodia a uno de los progenitores. En primer lugar, hace alusión al principio de no separación de los hermanos (artículo 233-11.2 de la Ley 25/2010, de 29

⁷ Artículo 233-9. Plan de Parentalidad. Instrumento empleado para concretar la forma en que ambos progenitores ejercerán las responsabilidades parentales, detallando los compromisos que estos asumirán en adelante con respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos (España. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. *BOE*, de 21 de agosto de 2010, núm. 203, p. 13).

de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia) y, en segundo lugar, atendiendo al interés de los menores y en línea con la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, prohíbe la atribución de la guarda y custodia a aquel progenitor contra el que haya recaído sentencia firme o existan indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista (artículo 233-11.3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia).

Sucede lo mismo en la Comunidad foral de Navarra, donde en junio de 2011 entró en vigor la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. La finalidad de esta ley, tal y como está indicado en su artículo primero, es adoptar las medidas necesarias para que la decisión que vaya a adoptarse sobre la custodia de los menores atienda a su interés superior y a la igualdad de los progenitores, incentivando la mediación familiar para facilitar el acuerdo.

Siguiendo con lo indicado en las anteriores legislaciones, en caso de separación de los progenitores estos podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos sea ejercida por ambos o por uno de ellos. Esta decisión se admitirá una vez se haya oído al Ministerio Fiscal y se hayan practicado previamente los dictámenes y audiencias necesarias que aseguren el interés superior del menor. En este caso y a diferencia del anterior, no se establece una preferencia legal por un régimen de custodia compartida, sino que es suficientemente discrecional, decidiendo resolverse cada caso concreto de forma individual y atendiendo a las circunstancias de cada uno.

Expone además las mismas nociones que se expresan en la legislación catalana y aragonesa en cuanto a la no separación de los hermanos y la prohibición de atribuir la guarda y custodia a aquel

progenitor que se halle incurso en un procedimiento penal por atentar contra la vida, la integridad física y moral, la libertad, etc., todos ellos derechos fundamentales protegidos por la Constitución Española. Además, tampoco podrá atribuirse la guarda y custodia a aquel progenitor sobre el cuál haya recaído sentencia firme o existan indicios fundamentados de criminalidad (artículo 3).

La Comunidad Valenciana también tuvo su propia legislación en materia de guarda y custodia. En octubre de 2010 el Gobierno valenciano aprobó la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. En este caso, cuando los progenitores no llegan a un acuerdo, por regla general la guarda y custodia será compartida por ambos, aunque en casos excepcionales el Juez podrá establecer la custodia individual en las situaciones que lo considere conveniente para el interés superior del menor.

Entró en vigor el 5 de mayo de 2011 y fue derogada por la STS de 16 de noviembre de 2016 que resolvió el recurso de inconstitucionalidad número 3859/2011, principalmente por dos motivos. En primer lugar, este se halla fundamentado en razones de competencia legislativa sobre la materia, en base al artículo 149.1.8 de la Constitución Española el cual pone en duda si realmente son las Cortes Valencianas las competentes para regular en materia de derecho civil. Por otro lado, la existencia de razones de fondo, discutiendo las cuestiones que se desatan de los artículos 5 y 6 sobre la permanencia del interés superior del menor. El recurso se resolvió en noviembre de 2016, anulando la Ley valenciana de custodia compartida⁸.

⁸ Al respecto: vid. AMAT LLOMBART, P. (2017. “La competencia legislativa en materia de derecho civil del artículo 149.1.8^a de la Constitución Española. Disfunciones en torno al derecho civil valenciano e interpretación del Tribunal Constitucional”, *Indret*, nº 4.

La Ley valenciana efectuó un cambio terminológico por considerar que el concepto de custodia queda obsoleto -según expone en su Exposición de Motivos-; por ello, en su artículo 3 define *régimen de convivencia compartida* para hacer referencia a la custodia compartida y *régimen de convivencia individual* cuando se trata exclusivamente de un solo progenitor. Emplea a su vez una nueva terminología para referirse al contacto y comunicación periódica entre el menor y el progenitor que no tiene la custodia por lo que no convive con ellos, este es conocido como el *régimen de relaciones*.

Lo más relevante se incluyó en su artículo 5.2, señalando que la regla general sería la atribución a ambos progenitores del régimen de convivencia compartida.

Por último, el País Vasco fue, cronológicamente, la última CCAA en aprobar su propia legislación en materia de guarda y custodia, y lo hizo mediante la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que, siguiendo las anteriores tendencias, mantiene como régimen preferente el de la custodia compartida (artículo 9). Mantiene también el importante rol que adopta el Juez en la decisión final puesto que este debe, en función de los criterios y circunstancias que se dan en cada caso, y siempre atendiendo al interés superior del menor, decidir sobre la modalidad de custodia que mejor se adapte.

En cuanto al uso del domicilio, establece esta norma que, en los casos en que la guarda y custodia sea otorgada a un solo progenitor, este se beneficiará del uso de la vivienda, con las excepciones que la Ley

Vid. AMAT LLOMBART, P. y ESPUNY SANCHÍS, M. (2016). "Incidencia de la Ley 5/2011 de relaciones familiares de la Comunidad Valenciana en procedimientos de familia por cese de convivencia de los progenitores habiendo hijos bajo autoridad parental", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 14.

recoge, como por ejemplo la posibilidad de otorgar la vivienda al otro progenitor cuando sus posibilidades de obtención de una nueva sean menores. Si por el contrario se otorga la custodia compartida, lo habitual es que ambos progenitores tendrán derecho al uso del domicilio por períodos alternos.

4. LA CUSTODIA COMPARTIDA: CONFIGURACIÓN Y MODALIDADES

4.1. Concepto y alcance

A pesar de que se trata de un término polisémico en función del contexto en que se utilice, la custodia compartida podría definirse, de manera genérica, como aquella situación legal que se produce cuando, debido a la separación, divorcio o nulidad de los progenitores, estos tienen la custodia legal de sus hijos comunes menores de edad, ambos con los mismos derechos y condiciones.

Se trata de que ambos progenitores, en base a los principios de corresponsabilidad parental, igualdad parental y coparentalidad, puedan decidir, siempre que sea favorable al interés superior del menor, sobre la educación y crianza de estos a pesar de no convivir (ACUÑA SAN MARTÍN, 2013). Queda, por ello, amparada en dos derechos fundamentales:

- El derecho del menor a mantener en todo momento la comunicación con ambos progenitores.
- El derecho y obligación de los progenitores de seguir prestando asistencia a sus hijos, tenerlos en su compañía, educarlos y satisfacer sus necesidades básicas para su adecuado desarrollo.

Por lo contrario, el ejercicio de la custodia puede quedar excluido en aquellos casos en que existan motivos fundamentados que incapaciten a uno de los progenitores o a ambos a ejercer dicha custodia. Como se ha señalado en varias ocasiones, se deberá prestar especial atención a las circunstancias que se produzcan en cada caso determinado, siendo el

Juez junto con el Ministerio Fiscal quienes deban decidir sobre el régimen de custodia a otorgar. Estas circunstancias se dan cuando el progenitor esté incurso en procesos penales por haber atentado contra la vida, la libertad sexual, la integridad física o moral del otro progenitor o de los hijos o cuando existan indicios fundados de violencia doméstica.

En el actual ordenamiento jurídico y en base a la legislación y reciente jurisprudencia comentada, cada vez predomina más la custodia compartida sobre la custodia exclusiva ejercida por un solo progenitor, siempre que ambos lleguen a un consenso y sea en beneficio de los menores. En aquellos casos en que no exista un consenso entre ambos, será el Juez quien tenga las facultades necesarias para establecer el régimen que mejor convenga.

En este sentido, la custodia compartida puede configurarse en dos modalidades; según veremos a continuación.

4.2. Custodia compartida consensuada

También conocida como custodia amistosa, queda contemplada en el artículo 92 del Código Civil y se caracteriza por predominar el acuerdo y consenso entre ambos progenitores, esto es, comprometerse con la colaboración conjunta en el cuidado de los hijos menores una vez llevada a cabo la separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Esto puede hacerse, en primer lugar, mediante la presentación, junto a la demanda de separación divorcio o nulidad, del acuerdo adoptado por ambos de compartir la custodia. Por otro lado, puede suceder en los casos en los que el procedimiento contencioso de separación, divorcio o nulidad matrimonial finalice con un mutuo acuerdo entre ambos cónyuges. Podrán distinguirse en este caso dos situaciones diferentes:

- En los casos en que la solicitud es posterior a la emisión de un dictamen realizado por especialistas. El Juez es el responsable de evaluar dicho dictamen junto con la solicitud de los progenitores con el fin de estimar o desestimar la decisión de custodia compartida.
- En los casos en que la solicitud se formula sin haberse emitido previamente un dictamen por especialistas, el Tribunal será quien deberá solicitarlo para poder valorar las circunstancias en base al interés superior del menor.

En cualquiera de los anteriores casos de custodia compartida, ambos progenitores deberán, de manera clara y específica, detallar todo lo relativo en cuanto a estancias, pensión alimenticia, períodos de tiempo repartidos de convivencia con el menor, educación, sanidad, coordinación de vida diaria del menor, etc., de manera que cada uno establezca el modelo de custodia compartida que considere más adecuado.

Esto no implica que el Juez otorgue, en todos los casos, la custodia compartida, ya que deberá tomar la respectiva decisión siempre que sea en interés del menor y para ello, conforme indica el artículo 92.6 del Código Civil, deberá tener en cuenta las siguientes circunstancias y requisitos:

- Recabar informe del Ministerio Fiscal.
- 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 en la comparecencia y la prueba practicada en ella.
- Valorar la relación que los padres mantienen con sus hijos.

Atendiendo a todos estos factores, el Juez podrá decidir sobre la modalidad de custodia más beneficiosa para los menores. En caso

contrario, los progenitores dispondrán de un plazo de 10 días para presentar un nuevo convenio regulador o modificar el ya presentado.

4.3. Custodia compartida contenciosa

En este caso, a diferencia del anterior, la característica principal es que los progenitores no llegan al mutuo acuerdo de llevar a cabo la modalidad de custodia compartida.

Se ha mencionado en distintas ocasiones lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 92 CC, según el cual, “excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe *favorable* del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

En el análisis de este artículo, puede observarse a partir de su redacción, que a priori únicamente se menciona la posibilidad de establecer el régimen de custodia compartida, pero no recoge ningún detalle acerca de los criterios que los Tribunales deben tener en cuenta a la hora de atribuirlos, debiendo ellos mismos precisar los criterios y la estructura de la custodia dependiendo de cada caso concreto.

La excepcionalidad a la que hace referencia el mencionado precepto y que tanta controversia ha creado a lo largo de los años, admite que la guarda y custodia compartida se debe acordar cuando así lo soliciten ambos progenitores. A falta de acuerdo entre los progenitores, el artículo 92.8 CC no deja de lado esta posibilidad, pero debe ser el Juez quien la acuerde, debiendo fundamentarla en que de esta manera se protege el interés superior del menor. El papel de la jurisprudencia es fundamental en esta cuestión: debe argumentar los motivos en virtud de los cuales se

descartan los demás regímenes de custodia y se considera el de la custodia compartida como el más idóneo.

Se ha manifestado en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo número 5969/2009 de 08/10/2009. Indica textualmente en su quinto fundamento de derecho que “a diferencia de lo que ocurre en el derecho francés o en la *Children Act 1989 inglesa*, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta”. Indica también que, a partir de otros sistemas y del estudio del derecho comparado, puede afirmarse que se emplean ciertos criterios en el establecimiento de la custodia compartida. Primeramente, los relacionados directamente con los progenitores, por ejemplo, la relación anterior que estos mantenían con los menores y sus aptitudes personales, el número de hijos, el cumplimiento de sus deberes como padres y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otros colectivos. Se tendrá en consideración también al acuerdo que estos quieran adoptar, la ubicación de sus domicilios, los horarios y actividades de cada uno de ellos, etc., todo ello con el fin de poder establecer la mejor modalidad de custodia en interés del menor.

Por otro lado, y en base al derecho de los menores de ser oídos, se tendrá en consideración, a su vez, su voluntad, siempre y cuando sean competentes y posean suficiente juicio⁹.

⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 5969/2009 de 8 de octubre de 2009.

Posterior a esta se han pronunciado varias sentencias¹⁰, a partir de las cuales el Tribunal Superior ha establecido como doctrina jurisprudencial en el fundamento jurídico cuarto de su Sentencia 2246/2013 de 29/04/2013 que, la interpretación del artículo 92 (apartado quinto, sexto y séptimo) “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”.

En este caso y tratándose de una custodia contenciosa, si una de las partes no desea obtener la custodia resulta complicada su imposición y sobre todo su fundamento de que solo de esa forma se protege el interés superior del menor. Aunque las circunstancias del caso concreto sean las adecuadas y óptimas para el otorgamiento de una custodia compartida, por la simple falta de solicitud formal por parte de uno de los progenitores no puede concederse, debiendo otorgarse en tal caso la custodia unilateral. Puesto que uno de los progenitores no tiene la voluntad cooperativa en hacerse cargo de los cuidados y atención del menor, poco sentido cobra la custodia compartida, pues de ninguna manera llegaría a reproducirse una situación similar a la existente antes de la ruptura. En esta situación el principio general del interés superior del menor no queda vulnerado al fijarse la custodia individual.

¹⁰ STS 94/2010 de 10 de marzo, STS 258/2011 de 25 de abril y STS 496/2011 de 7 de julio.

5. IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA: CRITERIOS Y DIFICULTADES

5.1. Aproximación

La decisión del otorgamiento de la guarda y custodia compartida de los menores se encuentra en una situación de debate tanto a nivel legislativo, social y doctrinal como jurisprudencial, puesto que los legisladores se enfrentan a ciertos problemas. Por un lado, la limitación con la que se redactan todas las nociones relativas a la guarda y custodia recogidas de la Ley 15/2005, de 8 de julio, la cual resulta confusa en gran parte de su articulado. Por otro lado, y teniendo en cuenta las diferencias que presenta la legislación autonómica, cabe afirmar que no existe ninguna legislación que regule los detalles de la práctica de la custodia compartida, lo que da lugar a pronunciamientos del Tribunal Supremo (TS) y las distintas Audiencias Provinciales (AP) mediante sentencias que lo desarrollen.

Es ante la misma confusión que se produce tras la lectura de la ley lo que hizo que en 2013 el Tribunal Supremo se pronunciara en una sentencia¹¹, concretamente en su cuarto fundamento de derecho, indicando que el artículo 92 del Código Civil no concibe expresamente la custodia compartida como una medida excepcional, interpretando que esta debe considerarse como lo deseable y aconsejable ya que, de esta

¹¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 257/2013, de 29 de abril.

manera, permite que el menor se relacione con ambos progenitores, siempre y cuando sea recomendable y en beneficio de este.

Y es que, a pesar de la reforma que se produjo del Código Civil y las numerosas sentencias que el Tribunal Supremo dictó, los Jueces fueron inclinándose más hacia la implantación de la custodia compartida, pero, como puede observarse, en la práctica no se ha llevado a cabo de manera significativa. En 2013, tras la separación de los cónyuges, la custodia de los menores se otorgaba a la madre en la mayoría de las situaciones, 76,2 % de los casos, al padre en el 5,5 % y únicamente el 17,9 % a ambos progenitores. En 2014, en el 73,1 % de los casos la custodia era para la madre, el 5,3 % para el padre y el 21,2 % era compartida por ambos. Esta situación fue cambiando cada año, donde puede observarse que se tenía más en cuenta la custodia compartida frente a otras modalidades. Se otorgó en 2015 a la madre en el 69,9 % de los casos, al padre en el 5,1 % y fueron aumentando, como es debido, los casos de custodia compartida, hasta el 24,7 %. Posteriormente, en 2016 la custodia compartida aumentó hasta el 28,3 %, disminuyendo por consiguiente la custodia otorgada a la madre (66,2 %) y al padre (5 %), lo que sucedió a su vez en el 2017, llegando la custodia compartida a aumentar un 12,3 % desde el 2013 (30,2 % de los casos).

Así puede observarse que, a pesar de predominar todavía el otorgamiento de la custodia a un solo progenitor, la madre, la custodia compartida por ambos padres se encuentra en crecimiento y se estima que continúe en esta línea.

Esto mismo se pretendió modificar en julio de 2013 mediante el Anteproyecto de Ley sobre la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio: romper con esta resistencia y eliminar la excepcionalidad con la que se regulaba, hasta ese momento, la custodia

compartida¹². Se introdujo por ello, paralelo al artículo 92 CC, el artículo 92 bis, cuyo objetivo era suprimir las preferencias que hasta ese momento se tenían por la custodia monoparental, indicando que será el Juez quien determine, según cada caso concreto y siempre en beneficio del menor y previo informe del Ministerio Fiscal, qué régimen de custodia es el más adecuado.

Puesto que en la legislatura pasada este proyecto de ley no salió a luz, en la actualidad ya son cinco las Comunidades Autónomas las que han aprobado normas propias que regulan la figura de la guarda y custodia, lo que para muchos profesionales del Derecho de familia supone una clara discriminación hacia aquellos ciudadanos de territorios que todavía se rigen por el derecho común, puesto que conlleva muchas más dificultades a la hora de conseguir la custodia compartida de los hijos en territorios donde solo se aplica el Código Civil.

Mediante este Anteproyecto de Ley el Gobierno pretendió establecer una normativa que regulara la custodia compartida en iguales condiciones que la establecida en las distintas Comunidades Autónomas que disponen de derecho propio (Aragón, Cataluña, Navarra, Comunidad Valenciana, País Vasco) para así evitar, de alguna manera, el diferente tratamiento a nivel jurídico al que los padres y madres separados o divorciados se ven sometidos en base al lugar de residencia habitual, ya que mientras unos pueden acogerse al régimen de custodia compartida preferente (como es el caso de las cinco CCAA anteriormente mencionadas), otros únicamente optan a la custodia monoparental y, *excepcionalmente*, a la custodia compartida.

¹² ELDERECHO.COM (2013). *El Gobierno aprueba el Anteproyecto de Ley que elimina la excepcionalidad de la custodia compartida*. Disponible en: <https://elderecho.com/el-gobierno-aprueba-el-anteproyecto-de-ley-que-elimina-la-excepcionalidad-de-la-custodia-compartida> [Consulta: 23 de agosto de 2019].

Es por ello por lo que, ante la ausencia de una regulación a nivel estatal, los Tribunales tratan de definir un modelo de custodia a través de la vía jurisprudencial. En tal sentido se pronunció el Tribunal Supremo con la sentencia de 29 de abril de 2013, ya mencionada con anterioridad, en la que fijó varios criterios que se emplearán para valorar la convivencia y cómo se aplica.

5.2. Criterios aplicables y cuestiones conexas

a) Vivienda familiar: atribución de su uso tras el cese de la convivencia

El propio artículo 96 del CC expresa que el uso de la vivienda familiar corresponderá a aquel progenitor que haya obtenido la custodia de los hijos. Este articulado no ha sufrido alteraciones con la progresiva implementación del sistema preferente de custodia compartida, pues parece ser que está pensado únicamente para aquellos casos en los que la custodia de los menores corresponde a un solo progenitor.

¿Qué ocurre entonces en los casos en los que la custodia es compartida?

El Tribunal Supremo se pronunció sobre este tema en su Sentencia 257/2013, de 29 de abril, alegando que la doctrina jurisprudencial considera la custodia compartida como el sistema más deseable y aconsejable, siempre y cuando atienda al interés superior del menor y concurren los siguientes criterios:

- La relación anterior entre los progenitores con los menores y sus aptitudes personales;
- Los deseos manifestados de los menores competentes;
- El número de hijos;

- El cumplimiento por parte de los progenitores de los deberes con los hijos y el mutuo respeto en sus relaciones personales;
- El resultado obtenido de los informes que legalmente sean exigidos;
- Cualquier otro criterio que permita a los menores una vida adecuada.

Cuando la custodia es única resulta bastante sencillo, pues el uso de la vivienda se atribuye a los menores y, por consiguiente, al progenitor que ha resultado custodio, pero en los casos de custodia compartida, ambos progenitores son custodios en tiempos determinados. Así pues, se podría recurrir a tres opciones. La primera de ellas es que los hijos permanezcan en la vivienda familiar y sean los padres los que, rotatoriamente, convivan junto a estos en el domicilio establecido en los tiempos que les corresponde.

Respecto a esto se ha dictado una Sentencia del Tribunal Supremo¹³ (sala 1ª) de 11 de febrero de 2016, que plantea lo siguiente: interpuesta la demanda de divorcio matrimonial, se solicita que los hijos menores de ambos cónyuges queden bajo la guarda y custodia de la madre, compartiendo ambos la patria potestad. El uso de la vivienda familiar se adjudica, por consiguiente, a la madre y a los hijos menores, remitiéndose a la aplicación del primer párrafo del artículo 96 CC. En contraposición a ello el Juzgado de familia acordó que los hijos quedarán en custodia de ambos progenitores bajo la modalidad de custodia compartida, teniendo derecho al uso de la vivienda familiar ambos padres, los cuales convivirán el respectivo mes que se haya establecido para cada uno, es decir, se realizará mediante un sistema rotatorio en el que serán los padres los que abandonen la vivienda familiar y no los hijos. Tras esto, la Audiencia Provincial acordó mediante sentencia de apelación que los menores deben

¹³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 437/2016 de 11 de febrero.

permanecer bajo la custodia de la madre estableciendo un régimen de visitas a favor del padre y alegando que era la modalidad más beneficiosa para los menores debido a la inexistencia de una buena relación entre los progenitores.

Finalmente, el TS revocó la sentencia anterior dictada por la AP y acordó la custodia compartida de los menores que residirán periódicamente en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos. La vivienda familiar quedaría al disfrute del cónyuge con menos posibilidades económicas, en este caso la madre, que podrá disponer de esta durante un año después del cual quedará sujeta al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales. Nos hallamos pues ante la segunda de las opciones que podrían darse en el caso de una custodia compartida en la que, por alguna circunstancia, no se aconseja el sistema rotatorio de los progenitores en la vivienda familiar en los períodos que corresponda (opción primera).

Siguiendo en la misma línea, la STS 36/2018, de 10 de enero, considera como mejor recurso de protección, tras la disolución del matrimonio entre los cónyuges y el otorgamiento de la custodia compartida a ambos progenitores, atribuir la vivienda familiar a la madre y a la menor sin limitación temporal alguna por hallarse esta en situación de desempleo, desventaja desde el punto de vista económico respecto del padre. Expresa más adelante en su fundamento de derecho segundo que la interpretación que la Audiencia Provincial de Cantabria ha realizado ha sido errónea pues viola el artículo 96 CC al aplicar el criterio prioritario previsto para las custodias unilaterales: el uso exclusivo de la vivienda familiar a la madre y a la menor. Motiva ello alegando que esta no convivirá habitualmente en el domicilio familiar con la madre pues estará en compañía de ambos progenitores por lo que tendrá dos viviendas, no una.

En este mismo caso y en el supuesto de existir varios hijos se aplicaría analógicamente la regulación contenida en el párrafo segundo

del artículo 96 CC, quedando unos bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia del otro, permitiendo al Juez resolver “lo procedente”¹⁴.

Finalmente, el tercero de los casos se daría cuando el Juez no asigna la vivienda a ninguno de los cónyuges por considerar que ninguno requiera una especial protección. Procede por ello la división de la cosa común con el objetivo de obtener cada uno la parte económica equivalente para poder afrontar las necesidades cotidianas independientemente.

b) Pensión de alimentos

El siguiente tema que, al igual que el de la vivienda familiar, genera discrepancias en la jurisprudencia, es la pensión de alimentos. Regulada en el artículo 142 CC, dispone que por alimento se entiende “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica” incluyendo también los gastos de educación e instrucción.

Cuando la custodia es unilateral correspondiendo a un solo progenitor, el no custodio, como es lógico, deberá abonar una cantidad dineraria mensual en concepto de ayuda para los alimentos del menor. Pero ¿se mantiene la pensión de alimentos en los casos en que la custodia es compartida y ambos progenitores estarán con el menor en tiempos equitativos?

El CC establece para ello en su artículo 145 que, “cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo”. Esto es, mediante común acuerdo entre ambos progenitores o por los Tribunales, se establecen las siguientes opciones:

¹⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 36/2018 de 10 de enero.

- Un sistema de reparto proporcional, mediante en el cual ambos progenitores crean un depósito común destinado a abonar mensualmente una cantidad monetaria proporcional dirigida a cubrir gastos habituales de los hijos, como la educación, las actividades, etc.
- Un sistema de mantenimiento directo, es decir, que cada progenitor se haga cargo de los gastos de los hijos en los períodos en los que se hallen bajo su custodia. Además de estos, se fijará también una obligación de contribuir con los gastos extraordinarios de los menores en la manera en que se haya pactado.
- Establecimiento de una pensión de alimentos por parte de un progenitor, siendo necesario para ello que haya una descompensación económica significativa entre ambos.

En el momento de fijar la pensión alimenticia, los Jueces atienden principalmente a dos aspectos: las necesidades que los menores requieren y la capacidad económica de cada progenitor. En este aspecto, como expone el Tribunal Supremo en su Sentencia 394/2017, del 22 de junio, “la obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges, o, como precisa el artículo 93 del CC, de las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.

Sobre este aspecto se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia 571/2015, de 14 de octubre de 2015, en la que indicó que, “a falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal y satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%”.

Tras solucionar en parte el Tribunal Supremo esta cuestión, un nuevo problema surgió a la hora del establecimiento de la pensión alimenticia y, se refiere a la capacidad económica de ambos progenitores, ¿Ambos disponen de ingresos equitativos para hacer frente a los costes mensuales que se les impone o existe algún desequilibrio importante?

Ante esto el Tribunal Supremo volvió a pronunciarse mediante la Sentencia 55/2016, de 11 de febrero, en la que declaró en su fundamento de derecho sexto que “la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, ya que la cuantía de estos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da”.

c) Distancia entre los domicilios

La distancia entre los domicilios de los progenitores es otro de los problemas que suscita la custodia compartida.

En esta situación y en base a las numerosas sentencias de las AP, muchas Asociaciones de Padres han aprovechado esta ocasión para posicionarse en contra de la custodia compartida, alegando que la gran distancia entre los domicilios de ambos progenitores es perjudicial para la estabilidad de los hijos.

Por su parte, el Tribunal Supremo se posiciona mediante la Sentencia de 4/2018, de 10 de enero, indicando en primera instancia que atribuir la guarda y custodia a un solo progenitor, dada la gran distancia entre los domicilios de ambos, convertiría al otro en un “mero espectador” en la vida de su hijo pues no podría participar de la misma forma que la madre. Debido a la corta edad del menor, la custodia compartida supondría también el desconocimiento por parte de este del progenitor no custodio - el padre-. Ante esta situación, sin embargo, se estimó el recurso

interpuesto por la madre puesto que no procede someter al menor a dos colegios diferentes, dos atenciones sanitarias y desplazamientos de 1.000 km cada tres semanas. Expresa en este sentido que la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en base al artículo 92 (apartado 5, 6 y 7) CC, ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés superior del menor, pues no es aconsejable la custodia compartida dada la gran distancia entre las residencias. Finalmente, concretando que no cabe la custodia compartida debido a la distancia y en base a los informes psicosociales, se procede a fundar la atribución de la custodia a la madre.

d) Relación entre los progenitores y con el menor

La relación existente entre los progenitores y entre estos y los menores tiene especial relevancia para los Tribunales a la hora de establecer qué modalidad de custodia es más adecuada. Además de ello, se analiza también la implicación de los progenitores en el cuidado del menor desde antes de la separación.

En lo que respecta a la relación que los progenitores mantienen con los hijos, los Tribunales analizan minuciosamente esta condición en la práctica anterior a la separación, con el objetivo de ver el tiempo que ambos progenitores dedicaban al cuidado de los hijos o si esta responsabilidad se había delegado en el otro. Esta condición no determina la denegación de la custodia compartida pero sí resulta más favorable a su establecimiento cuando ambos progenitores han empleado el mismo tiempo en la atención de las necesidades de los hijos.

En este caso destaca la STS 654/2018, de 20 de noviembre, en la que, perteneciendo la custodia a la madre, la hija manifestó sus deseos de estar más tiempo con su padre o el mismo que con su madre. Esta característica, aunque no decida directamente sobre la resolución del caso, tiene especial importancia a la hora de la adjudicación de la custodia

compartida o el mantenimiento de la unilateral, pues se trata del derecho de los menores a ser oídos en todos los procedimientos siempre que tengan suficiente capacidad.

Por otro lado, la STS 122/2019, de 26 de febrero, expuso que la excelente relación que los menores mantenían con su padre y el frecuente contacto, así como la implicación en todos los puntos de vista en la vida de los menores y en la crianza de estos, aconseja el establecimiento de la custodia compartida pues, como indica, incidirá de manera positiva y en beneficio de los menores.

Por el contrario, como puede apreciarse en otros casos, la Audiencia Provincial desaconseja la custodia compartida en la STS 437/2016, de 11 de febrero, debido al enfrentamiento existente entre ambos progenitores.

e) Audiencia del menor e informes técnicos

La audiencia del menor adquiere en este caso gran protagonismo pues constituye a su vez el derecho del menor a ser oído y escuchado. En todos los procesos de familia que se tramitan en sede judicial, en los que el menor demuestre suficiente capacidad para expresar su opinión o preferencia, se le dará audiencia y se tendrán en consideración sus deseos, aunque no suponga determinadamente que en todos los casos se vaya a dictar sentencia conforme a los deseos del menor pues, en muchas ocasiones la voluntad de este puede estar influenciada o vinculada a factores externos.

Los propios Tribunales interpretan los informes emitidos tanto por el Ministerio Fiscal como por expertos y profesionales -informes psicosociales- si bien, aunque recojan la opinión y voluntad de los menores, estos no deciden directamente sobre el fondo del asunto, sino que sirven de apoyo en la toma de decisiones por los Jueces.

f) Disponibilidad de tiempo de los progenitores

Otro de los aspectos que se atiende de manera especial a la hora de otorgar o no la custodia compartida es la disponibilidad de los progenitores, es decir, el tiempo del que estos disponen para dedicar a los cuidados y necesidades del menor. Son relevantes en este caso todos los aspectos laborales de cada progenitor y cómo están distribuidos, sus horarios, jornadas, etc.

Así lo confirma la STS 194/2018, de 6 de abril, la cual indica que tras la práctica de los informes psicosociales se han obtenido unos resultados de los cuales destacan que la madre tiene mayor disponibilidad horaria, por lo que se aconseja la guarda y custodia unilateral -de la madre-. Se dicta sentencia desestimando la guarda y custodia compartida, pero añadiendo un amplio régimen de visitas a favor del padre, por ser “más beneficioso para el interés de los menores”.

g) Síndrome de alienación parental

Finalmente, resulta interesante hacer una breve mención al llamado “síndrome de alienación parental”, identificado en los casos en que el menor es influenciado por un progenitor de tal forma que muestra negación a cualquier relación con el otro.

El psicólogo ARMANDO CORTÉS efectúa una clara definición de lo que implica este fenómeno. Conocido con los acrónimos de SAP, hace referencia al conjunto de síntomas consecuencia del uso de estrategias empleadas por uno de los progenitores, ejerciendo influencia sobre el

menor y siempre con la intención de provocar rechazo y destruir la relación que este mantiene con el otro progenitor¹⁵.

Dicho síndrome fue tenido en cuenta (con efectos relevantes) por la STS 162/2016, de 16 de marzo, en la que se solicitó que la guarda y custodia de los menores pasara de la madre al padre, alegando que los hijos presentaban síndrome de alienación parental provocado por la madre, tratando de fundamentar dichos datos mediante la aportación de informes periciales elaborados por profesionales de la psicología. Concluye finalmente el Juzgado de Primera Instancia que los menores no constaba que padecieran dicho síndrome. Se solicitó por la procuradora de la demandada la imposición de “expresa condena en costas al demandante por mala fe y temeridad”.

En otros casos sí se pudo demostrar la presencia del SAP, a favor de fundamentar un cambio de la custodia de la madre hacia el padre.

¹⁵ ARMANDO CORTÉS, J. “El Síndrome de Alienación Parental (SAP): una forma de maltrato infantil”, en *Psicología y Mente*. <<https://psicologiaymente.com/desarrollo/sindrome-alienacion-parental-maltrato-infantil>> [Consulta: 27 de agosto de 2019].

6. CONCLUSIONES

La custodia compartida en cuanto modalidad de custodia alternativa surgió con el fin de acabar con el rígido sistema que hasta ahora se venía implantando de custodia monoparental o unilateral (mayoritariamente materna), correspondiendo esta a un solo progenitor y con un régimen de visitas establecido para el otro. Se pretende pues que el menor pueda disfrutar en iguales condiciones de ambos progenitores y que estos se impliquen, del mismo modo, en su crianza.

Tras producirse la ruptura de los cónyuges, surge la necesidad de establecer a cargo de qué progenitor quedarán al cuidado los hijos e hijas menores de edad, por lo que los Jueces desarrollan un papel fundamental, debiendo estudiar todas las circunstancias existentes para establecer el régimen de custodia que mejor se adapte según cada caso concreto y siempre atendiendo al interés superior del menor.

Con anterioridad a la Constitución Española, la Ley de matrimonio civil de 1870 establecía que en los supuestos en que se declarase la nulidad matrimonial y el menor alcanzaba el límite de edad indicado, se otorgaba la custodia atendiendo a un criterio de culpabilidad: es decir, si uno de los progenitores era el responsable de la ruptura matrimonial, la custodia de los menores recaía automáticamente en el otro progenitor, el no culpable. Por el contrario, si ninguno de ellos resultaba culpable, los hijos quedaban a cargo del padre y las hijas a cargo de la madre. Puede deducirse que esta situación era contraria al interés superior del menor, pues el cambio repentino de estar bajo los cuidados de la madre a estar con el padre supone una alteración significativa del modo de vida que podría influir en su correcto desarrollo. Por otro lado, puesto que cada progenitor se hace cargo de los hijos e hijas, según corresponda,

provocaba, como es obvio, la separación de los hermanos, principio que en la actualidad se trata de evitar.

Con la entrada en vigor de la Constitución Española, dio comienzo un nuevo régimen democrático del que emanaron ciertos derechos y principios, englobados dentro del Derecho de Familia. A partir de ahí, el principio de no separación de los hermanos tuvo cada vez más presencia en la decisión de los Jueces al atribuir la custodia, compartida o unilateral: los hermanos permanecerían siempre juntos.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, es considerada en esta materia una de las más importantes, pues concretó ciertos principios y reglas legales con el fin de favorecer que los Tribunales decretaran en mayor medida la custodia compartida (siempre que pudiera fundamentarse y las circunstancias lo aconsejasen) y conseguir así el cumplimiento del principio de igualdad que no era efectivo cuando automáticamente la custodia se atribuía a uno de los progenitores. No obstante, a pesar de recoger el Código Civil legalmente la alternativa de la custodia compartida, en la práctica seguía concediéndose con carácter residual, dando prioridad, como hasta el momento, a la custodia monoparental, sobre todo materna. Es justo indicar a su vez que, aunque consten los buenos propósitos que la norma trajo consigo y quería implantar, se quedó bastante corta en su redacción, pues no previó los efectos que la atribución de la guarda y custodia compartida tendría, ni resolvió otras cuestiones conexas como el uso de la vivienda familiar o los gastos que los progenitores debían aportar al cuidado y atención de las necesidades de los menores, entre otras. Puede afirmarse que, desde muchos puntos de vista, generó una gran inseguridad jurídica, que los Tribunales han tratado de paliar.

En los últimos años, la implementación de la custodia compartida es cada vez más frecuente, y al no existir una regulación general a nivel estatal que desarrollara los criterios necesarios para el establecimiento de

esta modalidad de custodia, ante esta laguna jurídica algunas Comunidades Autónomas competentes en la materia tuvieron que dar el primer paso. Concretamente en los territorios de Aragón, Cataluña, Navarra, la Comunidad Valenciana y País Vasco se fue estableciendo a nivel legislativo la custodia compartida como habitual frente a la custodia monoparental, concediéndose en el resto de las Comunidades Autónomas (en aplicación del CC) únicamente cuando ambos progenitores estaban de acuerdo. Si esta condición no se cumplía, los menores quedaban al cuidado de uno de ellos que por lo general era la madre, considerada como la más apta para el cuidado de los hijos, pues todavía prevalecía la cultura e ideología de que las mujeres no trabajaran fuera de casa, dedicándose únicamente al mantenimiento de esta y al cuidado de los hijos.

En este sentido, el precisar los criterios que se deben tener en cuenta para otorgar o no la custodia compartida también ha tenido que ser tarea del Tribunal Supremo, y es que, como se ha comentado en este aspecto, el Código Civil no dice nada al respecto. Los criterios a los que los Jueces se aferraban eran tales como la relación anterior entre los progenitores con los menores y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de los deberes con los hijos y el mutuo respeto en sus relaciones personales, el resultado obtenido de los informes que legalmente sean exigidos y cualquier otro criterio que permita a los menores una vida adecuada.

Con respecto a esto y como han opinado muchos profesionales del Derecho de Familia, el hecho de regirse ciertas Comunidades Autónomas por un derecho propio mientras que el resto lo hace por el derecho común supone una discriminación frente a estos últimos puesto que presentan más dificultades en el momento de conseguir la custodia compartida con las garantías que ello supone. Debería el Estado, por ello, tomar conciencia sobre la necesidad de que exista una regulación a nivel estatal

y unitaria, que recogiese todos los preceptos relativos a la protección de los menores, así como a la atribución de la custodia (individual o compartida), al tratarse de una materia de orden público familiar.

Analizando el concepto de custodia compartida, puede deducirse que no hace referencia a un régimen en que la custodia es conjunta o compartida en todos los sentidos, sino más bien un sistema de convivencia en el que los menores alternarán los períodos de convivencia con cada progenitor (guarda y custodia alternada o sucesiva), por lo que hubiese resultado más conveniente emplear un término distinto al de custodia compartida¹⁶.

Cabe pensar que la terminología se inspiró en el Derecho norteamericano *-joint custody-*, en el cual, como no se diferencia entre la guarda y custodia y la patria potestad, sí cabría hablar de una custodia compartida desde todos los puntos de vista. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español no cabe, puesto que diferencia y trata de distinta manera los términos de guarda y custodia, entendida como el cuidado y convivencia con el menor, y el término de patria potestad, caracterizada por abarcar la representación genérica de los hijos e hijas menores de edad, así como la facultad de los padres de adoptar las decisiones principales sobre la vida y desarrollo de sus hijos menores.

A favor y en contra de la guarda y custodia compartida se hallan algunas Asociaciones de Padres Separados, entre otras entidades. Los que se posicionan en contra, manifiestan que compartir la custodia es seguir ejerciendo de padre o madre en las mismas condiciones que antes de la separación. Por el contrario, los que se sitúan a favor de esta modalidad afirman que supone una separación menos traumática para los menores, ningún progenitor tiene prioridad ni beneficios frente al otro, por

¹⁶ TENA PIAZUELO, I. (2018). "Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida", en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1, p.p. 99-131.

lo que el menor puede seguir disfrutando de la compañía de ambos padres en iguales condiciones, evitando que se produzca una desvinculación del menor con alguno de ellos, existiendo un reparto equitativo de las responsabilidades y del cuidado y atención del menor. Se posicionan a favor indicando que también se produce una mejor distribución de los gastos que se dedican a cubrir las necesidades de los menores, pues en la custodia unilateral, el progenitor que debe abonar mensualmente una pensión de alimentos al progenitor custodio, no tiene la certeza de que todo el capital irá destinado a los fines principales, de atención del hijo común.

En base a ello, entre las cuestiones más frecuentes que deben resolver y atender los Jueces y Tribunales en la práctica de los conflictos de familia, son el uso de la vivienda familiar, la pensión de alimentos, el reparto de tiempo de estancia o convivencia con los hijos y la conciliación de la vida familiar y laboral, la edad de los menores, la relación que estos tenían y tienen con ambos progenitores, así como ellos entre sí, la eventual presencia del síndrome de alienación parental, la distancia entre los domicilios de ambos progenitores, etc.

Ante tales cuestiones no existe ni cabe una solución concreta o única, sino que, en cada caso en particular los Tribunales deben estudiar cada uno de los criterios anteriormente mencionados, así como las características de la familia y decidir sobre qué modalidad de custodia es la más adecuada, atendiendo al interés superior del menor. Es ahí cuando surgen las controversias y discrepancias entre los profesionales del Derecho, pues cada Tribunal y especialmente cada Audiencia Provincial planteará diferentes soluciones dependiendo del territorio en el que ejerzan su jurisdicción y la legislación por la que se rijan (CC o legislación autonómica).

Atendiendo a todas las conclusiones extraídas a lo largo del presente estudio, queda claro que la custodia compartida es uno de los

temas que más polémica ha generado a lo largo de los últimos años y que todavía se encuentra en auge.

Es necesario tomar conciencia de que actualmente el sistema de guarda y custodia requiere una nueva reforma en su legislación, más adaptada a la actualidad social, que regule todos los detalles de esta figura, evitando dejar lagunas jurídicas que den pie a interpretaciones que no siempre resultan las más adecuadas. Entendemos necesario que el Estado implante una legislación adaptada en sincronía a las que ha aprobado en las Comunidades Autónomas, que permita a todos los ciudadanos acceder a ella en iguales condiciones, evitando las discriminaciones territoriales y la aplicación de un derecho u otro. De hecho, existen legislaciones que se han postulado a favor de la guarda y custodia compartida e incluso, algunas de ellas, llegando a otorgarle preferencia frente a la guarda y custodia unilateral por considerar que beneficia en mayor parte al menor. Por contrario, es precisamente este interés superior del menor el que en muchas ocasiones se ha utilizado para denegar la custodia compartida, cuando realmente lo que consideramos que favorecería el correcto desarrollo del menor es el régimen de custodia compartida, pudiendo mantener la relación paterno-filial con ambos progenitores sin que la separación de los cónyuges suponga también la separación de estos con los hijos.

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MATRTÍN, M. (2013). “El principio de corresponsabilidad parental”, en *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 20 (2), p.p. 21-59. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200002#17> [Consulta: 2 de agosto 2019].

AMAT LLOMBART, P. (2011). “Régimen jurídico de la protección a la infancia y del menor en la Comunidad Autónoma Valenciana”, en HERRERA CAMPOS, R. y BARRIENTOS RUIZ, M.A. *Derecho y familia en el siglo XXI: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI*, Universidad de Almería.

AMAT LLOMBART, P. (2017). “La competencia legislativa en materia de derecho civil del artículo 149.1.8ª de la Constitución Española. Disfunciones en torno al derecho civil valenciano e interpretación del Tribunal Constitucional”, *InDret*, nº 4.

AMAT LLOMBART, P. y ESPUNY SANCHÍS, M. (2016). “Incidencia de la Ley 5/2011 de relaciones familiares de la Comunidad Valenciana en procedimientos de familia por cese de convivencia de los progenitores habiendo hijos bajo autoridad parental”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 14.

ARMANDO CORBIN, J. (2017). “El Síndrome de Alienación Parental (SAP): una forma de maltrato infantil”, en *Psicología Educativa y del Desarrollo*.

ARMANDO CORTÉS, J. “El Síndrome de Alienación Parental (SAP): una forma de maltrato infantil”, en *Psicología y Mente*. <<https://psicologiaymente.com/desarrollo/sindrome-alienacion-parental-maltrato-infantil>> [Consulta: 27 de agosto de 2019].

BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3/2012, p.p. 46-59.

BAYARRI MARTÍ, M.L. (2014). “El régimen de guarda y custodia en España. Derecho común y Comunidades Autónomas con Derecho civil propio”, en *Noticias Jurídicas*. <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4927-el-regimen-de-guarda-y-custodia-en-espana-derecho-comun-y-comunidades-autonomas-con-derecho-civil-propio/>> [Consulta: 3 de julio de 2019].

BAYOD LÓPEZ, C. (2011). *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho civil aragonés*. Trabajo de divulgación. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.

CABEDO MALLOL, V.J. (2016). “Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la

adolescencia”, en CABEDO MALLOL, V.J. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, Tirant lo Blanch.

CASTILLO JIMÉNEZ, I. (2019). “Uso de la vivienda familiar en la custodia compartida”, en *Mundo Jurídico*. <<https://www.mundojuridico.info/uso-la-vivienda-familiar-la-custodia-compartida/>> [Consulta: 15 de agosto de 2019].

CHARLEZ ARAN, M.C. (2018). “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho de uso de la vivienda familiar y el interés del menor”, en *Abogacía Española*. <<https://www.abogacia.es/2018/12/20/la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo-sobre-el-derecho-de-uso-de-la-vivienda-familiar-y-el-interes-del-menor/>> [Consulta: 24 de julio de 2019].

DELGADO SÁEZ, J. (2017). “Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las CCAA con derecho propio”, en *Derecho de familia: nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*, M. PERALTA CARRASCO (Dir.). Madrid: Dykinson.

ELDERECHO.COM (2013). “El Gobierno aprueba el Anteproyecto de Ley que elimina la excepcionalidad de la custodia compartida”. Disponible en: <https://elderecho.com/el-gobierno-aprueba-el-anteproyecto-de-ley-que-elimina-la-excepcionalidad-de-la-custodia-compartida> [Consulta: 23 de agosto de 2019].

ELDERECHO.COM. “Postura reciente del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida”. <<https://elderecho.com/postura-reciente-del-tribunal-supremo-sobre-la-guarda-y-custodia-compartida>> [Consulta: 12 de julio de 2019].

GÓMEZ MEGÍAS, A.M. (2016). “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave”, en *Wolters Kluwer*. <<https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAkMDSwsDI7Wy1KLizPw8WyMDQzMDEwNDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqANtY-PU1AAAWE>> [Consulta: 22 de julio de 2019].

GUILARTE MARTÍN-CALERO. C. (2008). “La custodia compartida alternativa”, en *InDret*, nº 2.

IBÁÑEZ VALVERDE, V. (2004). “El laberinto de la custodia compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados (I y II)”, en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 4.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *España en cifras 2018*. <https://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2018/14/#zoom=z> [Consulta: 4 de agosto de 2019].

LÓPEZ AZCONA, A. (2015). “El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida”, en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 19, p.p. 206-235.

LÓPEZ MARTÍNEZ R. (2016). “Legislación sobre custodia compartida en España. Situación actual”, en *Anuario del centro de la UNED de Calatayud*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, vol. 22, p.p. 179-192.

MENA, R. (2018). “La pensión de alimentos en la guarda y custodia compartida”, en *DiarioJurídico.com*. <<https://www.diariojuridico.com/la-pension-de-alimentos-en-la-guarda-y-custodia-compartida/>> [Consulta: 19 de agosto de 2019].

NOTICIAS JURÍDICAS. “TS: la atribución de la custodia compartida impide el uso exclusivo de la vivienda familiar por uno de los progenitores”. <<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11180-ts:-la-atribucion-de-la-custodia-compartida-impide-el-uso-exclusivo-de-la-vivienda-familiar-por-uno-de-los-progenitores/>> [Consulta: 20 de agosto de 2019].

SÁNCHEZ, R. y FELIPE, L. (2001). “La guarda y custodia de los hijos”, en *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, p.p. 282-289.

TAMAYO HAYA, S. (2009). “Igualdad parental y principio de corresponsabilidad tras la separación o el divorcio”, en *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres: diagnóstico y prospectiva*, A.M. PÉREZ VALLEJO (coord.). Barcelona: Atelier, p.p. 110-137.

TENA PIAZUELO, I. (2018). “Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1, p.p. 99-131.

UNICEF. *Convención sobre los derechos del niño*. <<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>> [Consulta: 28 de julio de 2019].

VARA GONZÁLEZ, J.M. (2019). “Custodia compartida”, en *Notarios y Registradores*.

<<https://www.notariosyregistradores.com/web/practica/familia/custodia-compartida-jurisprudencia/#distancia>> [Consulta: 17 de agosto de 2019].

WOLTERS KLUWER. *Vecindad civil*.

<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTUwMLtbLUouLM_DxblwMDCwNziEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAELVtt41AAAWKE> [Consulta: 8 de agosto 2019].

ZUIL, M. y CABALLERO, A. (2019). “La cara B de la custodia compartida: Queda muy bonito, pero no siempre es lo mejor”, en *El Confidencial*.

<https://www.elconfidencial.com/espana/2018-12-02/custodia-compartida-ley-padres-debate_1679370/> [Consulta: 22 de agosto de 2019].

ANEXO LEGISLATIVO

España. Código Civil. -Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del mismo. *BOE*, 25 de abril de 1958, núm. 99.

España. Decreto aprobando el reglamento para la ejecución de las leyes de matrimonio y registro civil. *BOE*, 14 de diciembre de 1870, núm. 348.

España. Constitución Española. *BOE*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

España. Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. *BOE*, 19 de mayo de 1981, núm. 119.

España. Ley de Divorcio de 1932. *BOE*, 20 de julio de 1981, núm. 72.

España. Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. *BOE*, 20 de julio de 1981, núm. 172.

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *BOE*, 25 de julio de 1889, núm. 206.

España. Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. *BOE*, 18 de octubre de 1990, núm. 250.

España. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *BOE*, 17 de enero de 1996, núm. 15.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *BOE*, 8 de enero de 2000, núm. 7.

España. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. *BOE*, 9 de julio de 2005, núm. 163.

España. Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. *BOE*, 8 de junio de 2010, núm. 111.

España. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. *BOE*, 21 de agosto de 2010, núm. 203.

España. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. *BOE*, 29 de marzo de 2011 núm. 67.

España. Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. *BOE*, 12 de abril de 2011, núm. 87.

España. Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. *BOE*, 25 de abril de 2011, núm. 98.

España. Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. *BOE*, 24 de julio de 2015, núm. 176.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 5969/2009 de 8 de octubre.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 94/2010 de 10 de marzo.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 258/2011 de 25 de abril.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 496/2011 de 7 de julio.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 185/2012 de 17 de octubre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 257/2013 de 29 de abril.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 2246/2013 de 29 de abril.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 437/2016 de 11 de febrero.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1295/2016 de 16 de marzo.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 3755/2017 de 24 de octubre.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 4/2018 de 10 de enero.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 7/2018 de 10 de enero.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 36/2018 de 10 de enero.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 22/2018 de 17 de enero.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 182/2018 de 4 de abril.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 183/2018 de 4 de abril.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 194/2018 de 6 de abril.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 654/2018 de 20 de noviembre.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 122/2019 de 26 de febrero.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 126/2019 de 1 de marzo.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 215/2019 de 5 de abril.

España. Tribunal supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 223/2019 de 10 de abril.