

# ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA TRAS LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*<sup>1</sup>

**ESTHER MONTERROSO CASADO**

*Profesora Doctora de Derecho Civil.  
Directora del Departamento del Grado de Derecho  
de la Universidad a Distancia de Madrid*

**MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
de la Universidad Antonio de Nebrija  
y del Centro Universitario Villanueva*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Carlos CARNICER Díez, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

## **Extracto:**

**EXISTE** una tendencia cultural y jurisprudencial de establecer la custodia monoparental de los hijos e hijas a las madres, lo que ha provocado nuevos conflictos sociales ya que, con la masiva incorporación de la mujer al mercado laboral, cada vez se ejerce una mayor corresponsabilidad parental, ejerciendo ambos el cuidado de los hijos e hijas. En este contexto, las reivindicaciones sobre custodia compartida en la sociedad actual son un hecho.

Por ello, se analiza en este trabajo el concepto de custodia compartida como un tipo de custodia relativamente novedoso, que, por tanto, se encuadra dentro de los derechos/deberes que forman el contenido de la patria potestad. Para delimitarlo bien, se dedica una especial atención a su fundamento, su regulación legal en Derecho común, autonómico y comparado, así como a la evolución jurisprudencial que han seguido los tribunales a la hora de atribuir este tipo de guarda en sus resoluciones.

En definitiva, el objetivo de esta investigación es analizar las implicaciones de este régimen tomando como punto de referencia, por un lado, las claras ventajas de la custodia compartida y, por otro, las objeciones a la custodia compartida como modelo preferente, tratando de articular, con base en estas premisas, un modelo de regulación legal sobre la misma que aúne todos los intereses implicados.

**Palabras clave:** custodia compartida, patria potestad, regulación legal.

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido elaborado en el marco de los proyectos de investigación *La nueva familia ante el Derecho público y privado* (DER2010-17847), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y *Proyecto de Informe sobre Políticas Públicas de Familia*, financiado por la Comunidad de Madrid.

# LEGAL ANALYSIS OF JOINT CUSTODY IN CASES OF SEPARATION AND DIVORCE: PROPOSALS DE *LEGE FERENDA* <sup>1</sup>

**ESTHER MONTERROSO CASADO**

*Profesora Doctora de Derecho Civil.*

*Directora del Departamento del Grado de Derecho de la Universidad a Distancia de Madrid*

**MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil de la Universidad Antonio de Nebrija y del Centro Universitario Villanueva*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Carlos CARNICER DÍEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

## **Abstract:**

**T**HERE is a cultural and jurisprudential tendency to paternal authority, that is to benefit the mother with the custody of the children. This situation has created new social conflicts due to the massive incorporation of women into the labour market, as well as a greater co-responsibility degree (the involvement of fathers in children's care). In this context, there is a demand for joint custody.

Therefore, this paper discusses the concept of joint custody as a relatively new type of custody that entails new rights and obligations regarding parental authority. We did also specifically focus on the issue of the legal framework, the legal regulation (in common, regional and comparative law) as well as the development of the Court's jurisprudence.

Ultimately, the goal of this research is to analyze the implications of this system taking as reference the clear advantages of the joint custody and the objections as preferred model. On the basis of these premises, we try to articulate a model of a legal regulation.

**Keywords:** joint custody, parental authority, legal regulation.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido elaborado en el marco de los proyectos de investigación *La nueva familia ante el Derecho público y privado* (DER2010-17847), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y *Proyecto de Informe sobre Políticas Públicas de Familia*, financiado por la Comunidad de Madrid.

# Sumario

1. Introducción: panorama actual.
2. La patria potestad.
  - 2.1. Concepto y caracteres.
  - 2.2. Contenido de la patria potestad.
    - 2.2.1. Funciones relativas al ámbito personal y físico.
    - 2.2.2. Funciones de carácter patrimonial.
  - 2.3. Titularidad de la patria potestad.
  - 2.4. Ejercicio de la patria potestad.
    - 2.4.1. Regla general: el ejercicio dual.
    - 2.4.2. Excepciones al ejercicio conjunto: el ejercicio individual de la patria potestad.
3. La custodia compartida.
  - 3.1. Concepto.
  - 3.2. Regulación legal en el Derecho civil común.
    - 3.2.1. Régimen anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio.
    - 3.2.2. Regulación actual: la Ley 15/2005, de 8 de julio.
  - 3.3. Regulación en los Derechos civiles forales.
    - 3.3.1. El Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón.
    - 3.3.2. La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo de su Código Civil, relativo a la persona y la familia, aprobada por el Parlamento de Cataluña.
    - 3.3.3. Ley de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven, aprobada por las Cortes Valencianas.
    - 3.3.4. Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, aprobada por el Parlamento de Navarra.
    - 3.3.5. Algunas reflexiones respecto a la regulación foral de esta materia.

4. Legislación comparada en materia de custodia compartida en el Derecho europeo.
  - 4.1. Legislación francesa.
  - 4.2. Legislación italiana.
  - 4.3. Legislación belga.
  - 4.4. Inglaterra y Gales.
  - 4.5. República Checa.
  - 4.6. Legislación sueca.
  - 4.7. Análisis comparativo y consideraciones finales.
5. Evolución jurisprudencial de la admisión de la custodia compartida: criterios de atribución.
  - 5.1. Línea jurisprudencial anterior a la Ley 15/2005 por la que se establece legalmente la custodia compartida.
  - 5.2. Línea jurisprudencial tras la admisión en el Código Civil de la custodia compartida.
6. Ventajas de la custodia compartida e inconvenientes como modelo preferente.
7. Conclusión y propuesta de *lege ferenda*.

Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN: PANORAMA ACTUAL

En nuestro país se producen más de 100.000 divorcios al año, en los que los jueces otorgan la custodia a la madre en aproximadamente un 90 por 100 de los casos; si bien, en la mayoría de ellos, existe una situación de consenso a la hora de convenir ambos progenitores que los hijos e hijas menores permanezcan bajo este régimen de custodia<sup>2</sup>. De hecho, la custodia compartida solo se establece en un 5 por 100 de los casos. Sin perjuicio de ello, en los últimos años se constata una concesión más amplia del régimen de visitas a favor del padre.

Existe una tendencia cultural y jurisprudencial de establecer la custodia monoparental de los hijos e hijas a las madres, lo que ha provocado nuevos conflictos sociales ya que el modelo de pareja ha variado en las últimas décadas, de manera que, con la igualitaria incorporación de la mujer al mercado laboral, cada vez se ejerce una mayor corresponsabilidad parental, ejerciendo ambos el cuidado de los hijos e hijas. En este contexto, las reivindicaciones sobre custodia compartida en la sociedad actual es un hecho. Según un estudio del Instituto DYM, publicado en octubre de 2010, el 80 por 100 de la población española es partidaria de la custodia compartida entre el padre y la madre en los casos de separación o divorcio de sus hijos menores.

La figura de la llamada custodia compartida, que se introduce expresamente en nuestro ordenamiento por primera vez en la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, ha suscitado un importante debate social debido a que no se trata de una cuestión que afecte a la ruptura matrimonial de una pareja, sino que esta decisión afecta drásticamente a los hijos menores de edad que sufren esta situación. La regulación de este sistema en las legislaciones forales provoca que, en función de la comunidad autónoma en la que resida la pareja, dicha residencia tenga una influencia radicalmente distinta en el destino de los menores. Esta situación, junto a las iniciativas llevadas a cabo en algunas legislaciones de países de nuestro entorno, nos suscita y despierta un gran interés a la hora de abordar un estudio sobre la regulación de la figura de la custodia compartida. Nuestro propósito es esclarecer no solo el complejo panorama legislativo actual y su evolución, sino las distintas opiniones de los agentes sociales

<sup>2</sup> En muchos casos, existe una situación de consenso al respecto, «y así en más del 90 por 100 de los supuestos en los que, a la hora de regular los efectos derivados de la ruptura se tramita el procedimiento de mutuo acuerdo, ambos progenitores convienen que los hijos e hijas menores permanezcan bajo la custodia de sus madres; lo cual permite afirmar que no ha sido el ordenamiento jurídico, ni los órganos jurisdiccionales quienes *favorecen* a las madres a la hora de otorgar la custodia, sino que las resoluciones judiciales no hacen más que registrar la realidad» (DEBENAM: *Hacia una custodia impuesta y dividida*, disponible en <http://www.hera2001.com/custodiaresponsable/noticiasD.asp?id=89>).

y jurídicos, con especial mención de los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, con el fin último de presentar una propuesta de *lege ferenda* a nivel estatal.

## 2. PATRIA POTESTAD

### 2.1. Concepto y caracteres

El Código Civil español no define la patria potestad, si bien su concepto y contenido se extraen de varios de sus artículos, como son los artículos 154 a 172, dentro del Título VII, del Libro Primero, destinado a regular las relaciones paterno-filiales.

El artículo 154 del Código Civil dispone que «los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus padres», y continúa añadiendo que «la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos».

El concepto actual de patria potestad, como la función que corresponde a los progenitores del cuidado y responsabilidad sobre los hijos, buscando siempre su beneficio, se separa mucho del tradicional concepto romano de la *patria potestas* que estructuraba el Derecho de familia, donde el *pater familias* ejercitaba su poder de carácter público sobre sus hijos de forma absoluta, inmediata y perpetua.

Ese concepto de patria potestad evolucionó en nuestro Derecho hacia una potestad, en principio atribuida solo al padre que le otorgaba una serie de derechos sobre los hijos menores de edad, hasta que la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código Civil en materia de filiación, patria potestad, y régimen económico del matrimonio, modificó el régimen legal hasta entonces existente, atribuyendo la patria potestad tanto al padre como a la madre, como un conjunto de deberes y facultades que debían ejercitarse siempre en beneficio del menor, y teniendo en cuenta su personalidad. Es decir, la titularidad de la patria potestad se atribuyó desde entonces a ambos padres, y se introdujo el beneficio del menor como criterio básico de su desenvolvimiento.

Por eso, hoy, podemos definir la patria potestad, siguiendo a LACRUZ BERDEJO, como «una potestad que el Derecho positivo, al dictado del inmediato natural, atribuye con carácter indisponible a los padres en cuanto medio para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo»<sup>3</sup>. Es decir, la patria potestad es aquella función atribuida a los padres basada en el Derecho natural, en concreto, en el deber de cuidar, alimentar y proteger que tiene todo padre con respecto a su hijo, siempre ejercida en beneficio de éstos. Luego, el rasgo fundamental de la patria potestad es el estar ordenada siempre a buscar el beneficio del menor, tal y como establece expresamente el artículo 154 del Código Civil.

<sup>3</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV, vol. 2.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1989, pág. 215.

Esta característica es consecuencia, asimismo, de artículo 39.2 y 3 de la Constitución Española, del artículo 3.1 de la Convención de Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro ordenamiento, y del principio general de supremacía del interés del menor establecido en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1995.

La jurisprudencia ha insistido en este rasgo de la patria potestad y, en los últimos años, ha configurado este carácter como básico y definatorio de la misma. En este sentido basta detenerse en las palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 24 de abril de 2000, que afirma lo siguiente: «La patria potestad es en el Derecho moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución», y un poco más adelante subraya el interés superior del niño, recogido implícitamente en el artículo 154 del CC cuando dispone que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, lo que debe prevalecer a la hora de privar o no de la patria potestad a los progenitores.

Por otra parte, hoy ya no hay duda de que la patria potestad es una función atribuida a los padres –de carácter dual–, y que esta función es un deber irrenunciable, y de ejercicio inexcusable por los padres. Por eso, podemos afirmar que la patria potestad es una función de carácter irrenunciable, imprescriptible, intransferible y, por tanto, siempre de carácter obligatorio para ambos progenitores, que genera una serie de derechos y facultades que son a la vez deberes (SSTS de 20 de mayo de 1997 y 31 de diciembre de 1996) <sup>4</sup>.

La patria potestad queda determinada por la filiación, sea natural o adoptiva, y no por el matrimonio, lo que implica que aunque éste llegue a su fin, no se extingue la patria potestad para ninguno de los progenitores, que tienen que seguir ejercitando la misma como función obligatoria con respecto de sus hijos hasta que alcancen la mayoría de edad o se emancipen.

## 2.2. Contenido de la patria potestad

¿Cuáles son esos deberes-facultades que corresponden a los padres sobre sus hijos? El contenido de la patria potestad, se establece en el artículo 154 del Código Civil, que distingue dos grandes aspectos: a) el relativo al ámbito personal y físico del menor, y b) el relativo al ámbito patrimonial del mismo, ya que este artículo establece que la patria «comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. Representarlos y administrar sus bienes».

<sup>4</sup> La STS de 11 de octubre de 1991 señala que «la patria potestad es un derecho/deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares»; en el mismo sentido, las SSTS de 25 de junio de 1994 y 31 de diciembre de 1996 configuran la patria potestad como un conjunto de derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella.

### 2.2.1. Funciones relativas al ámbito personal y físico

En este grupo de facultades y deberes debemos encuadrar los más básicos, necesarios para el crecimiento físico, así como los que contribuyen al desarrollo de su personalidad y formación. No cabe duda, y así lo ha dicho la jurisprudencia en varias ocasiones, de que entre estas funciones se encuentran <sup>5</sup>:

#### a) El deber de alimentar a los hijos

A diferencia del deber de alimentos del artículo 143 del Código Civil, corresponde a los padres solo durante la minoría de edad, y además, se trata, de un deber «unilateral, específico y típico», que solo tras la emancipación del menor se transforma en la obligación de alimentos citada <sup>6</sup>, que es recíproca y para toda la vida. El deber de proporcionar alimentos, derivado de la patria potestad, es bien distinto de aquel, y solo implica el proporcionar comida y sustento al menor (STS de 5 de octubre de 1993). Eso sí, mientras se ostente la patria potestad, existe la obligación de alimentar, y aunque se produzca una separación o divorcio, esta obligación permanece a través del pago de la correspondiente pensión alimenticia por parte del cónyuge no conviviente (arts. 92 y 93 CC).

#### b) El deber de educar a los hijos

Este deber a su vez constituye un derecho para los menores, y supone proporcionarles tanto la educación básica obligatoria exigida por el Estado, en congruencia con el artículo 27 de la Constitución Española, como el deber de procurarles una «formación integral», que implica el conseguir el desarrollo pleno y maduro de su personalidad, así como de sus aptitudes y capacidades, para que puedan llegar a valerse por sí mismos al alcanzar la mayoría de edad; es decir, una educación también en el plano moral, religioso, cultural y social. En este sentido, serían obligaciones/deberes de los padres el elegir el centro educativo al que se quiere lleva al hijo (SAP de Sevilla de 26 de enero de 2006), participar en la decisión de un cambio de centro (SAP de Las Palmas de 30 de marzo de 2006), recibir la información académica de los hijos (SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2005), y asumir las cargas generadas por la educación escolar, pero también la extraescolar que suponga el desarrollo de otras capacidades. En este apartado entraría también el derecho a una formación religiosa y moral de los hijos, a decidir sobre ella, e implicarse en la misma. El derecho a la libertad religiosa e ideológica es un derecho fundamental del menor que debe ser especialmente facilitado por ambos padres en el ejercicio de la patria potestad, y en el que deben intervenir siempre ambos progenitores, sin imposición de las ideas o religión exclusivamente de uno de ellos, buscando la formación en la libertad del menor (SAP de Zaragoza de 4 de noviembre de 2008).

<sup>5</sup> Véase sobre el contenido de la patria potestad a través de la jurisprudencia a MORENO VELASCO, V.: «Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad», en *La Ley*, núm. 7267, 22 de octubre de 2009, págs. 1-6.

<sup>6</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV, vol. 2.º, ob. cit., pág. 248. De forma muy parecida CASTÁN TOBEÑAS, J.M.: «Comentario al artículo 154 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo III, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1982, disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com), págs. 1-40.



### c) El deber de prestar asistencia sanitaria

Los padres deben prestar la asistencia médica y sanitaria que su hijo requiera, y deben participar en la toma de decisiones sobre esta materia, que puede resultar de suma importancia en la vida del menor, pues suponen el ejercicio de la patria potestad (SAP de Madrid de 27 de enero de 2006 y SAP de Barcelona de 15 de julio de 2004).

### d) El derecho-deber de corrección

Si bien, la mención expresa a la corrección paterna que recogía el último párrafo del artículo 154 del Código Civil ha sido derogada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, todavía podemos mantener hoy en día que un padre debe corregir a su hijo. Esta función implica el poder corregir a los hijos cuando actúen erróneamente, precisamente para conseguir la educación integral de los mismos, y con ese fin, por lo que debe ejercitarse con moderación (STS de 26 de noviembre de 1901). La importancia de este derecho-deber de los padres radica en ser un medio para conseguir ejercer el resto de deberes de la patria potestad, pues como sostiene CASTÁN TOBEÑAS<sup>7</sup> «en el ejercicio de la patria potestad se requiere poder contar con la posibilidad de la corrección, y ello precisamente en beneficio del hijo y en línea con la concepción de la patria potestad como una función, ya que el educar puede exigir en algún caso el corregir».

Antes de la Ley 54/2007, el artículo 154 del Código Civil afirmaba que «los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos». No obstante, esa última frase, también entonces cuando estaba vigente, debía interpretarse en el sentido de que debía quedar fuera de la facultad de corrección todo lo que supusiera exceso o peligro para la salud física o psíquica del menor, lo que implica, desde luego, los castigos corporales<sup>8</sup>, penados por la ley, pero también todo lo que suponga un ejercicio desproporcionado a la «mera corrección disciplinaria»<sup>9</sup>. Los tribunales son quienes deben moderar este ejercicio, e ir dictaminando en cada caso si el ejercicio de esta función es adecuado y moderado y no constituye un abuso de derecho (SSTS de 30 de julio de 1904 y 28 de enero de 1918).

Interpretado así el último párrafo del artículo 154 antiguo, no vemos motivo para que hoy también pueda defenderse la facultad de corrección paterna en ese sentido, a pesar de quedar expresamente derogada.

<sup>7</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.M.: «Comentario al artículo 154 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 15-16.

<sup>8</sup> No debe olvidarse que el artículo 154 del Código Civil fue modificado por la Ley 11/1981, de 13 mayo, pues esta reforma suprimió la anterior referencia al «castigo» como facultad integrante del derecho de corrección, y que la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, ha tipificado como delito de malos tratos el imponer castigos corporales y malos tratos físicos y psíquicos de los padres a sus hijos. En este sentido el nuevo artículo 153 del Código Penal establece que: «El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor...».

<sup>9</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: «Comentario al artículo 154 del Código Civil, Paternidad, filiación, alimento, ausencia e incapacidad». *Comentarios a los artículos 108 a 213 del Código Civil*, disponible en <http://vlex.com>

### e) La guarda y custodia

La patria potestad supone que los padres deben «velar por sus hijos, tenerlos en su compañía», es decir, vigilar y convivir con sus hijos, y es en el día a día de esa convivencia donde se desarrollan las demás funciones. El derecho/deber de guardar y custodiar a los hijos implica: darles un techo, convivir con ellos y velar para que nada malo les suceda.

El deber de velar por los hijos, como dice LACRUZ BERDEJO<sup>10</sup>, normalmente supone el tenerlos en su compañía, pero puede separarse de esta, y aun en caso de separación matrimonial, el padre no conviviente sigue teniendo el deber de velar por sus hijos, de procurarles la debida atención en todos los aspectos (art. 103.1.ª CC).

Sin embargo, el deber de compañía, parte fundamental en la guarda y custodia, supone necesariamente que los padres vivan bajo el mismo techo que sus hijos, pues de otra manera no puede ejercitarse. El deber/derecho de compañía lleva aparejado el domicilio, y por eso, el domicilio de los hijos será el de sus padres; este es uno de los componentes más importantes de esta función, si bien no es el único, pues la compañía comprende también cariño, atención y comunicación. La compañía junto con el deber de velar por sus hijos componen el deber de guarda y custodia.

Por eso, este deber/derecho es uno de los que se ve más afectado tras la crisis conyugal y la separación de los cónyuges, ya que esta tiene como consecuencia que los cónyuges dejen de compartir techo, y que uno de ellos se vea separado de sus hijos; es en esos momentos de crisis matrimonial cuando la custodia adquiere mayor relevancia. De hecho, fuera de este artículo 156, el Código Civil regula lo relativo a la custodia en los artículos 90 y siguientes que recogen los efectos derivados de la separación, nulidad o divorcio, pues el deber de convivir, y el cumplimiento de la guarda y custodia se dificulta notablemente en estas situaciones de crisis conyugal<sup>11</sup>.

Solo el que convive con sus hijos puede ejercitar la guarda y custodia plenamente –los deberes de vela y convivencia–, a diferencia del ejercicio de deber de alimentos o a decidir en la educación escolar o sanitaria. Implica, por tanto, una relación estrecha, cercana y diaria con los hijos, que no puede ejercitarse «a distancia». De este modo, tras una crisis conyugal, el cónyuge al que se atribuya la guarda y custodia es el cónyuge conviviente, y el otro no ejercerá la patria potestad de manera plena al faltarle, o ver muy limitado, el desempeño de la función de convivencia. Por eso, como luego se verá, en supuestos de crisis matrimonial, la guarda y custodia compartida se ve como una solución adecuada para evitar esta situación de pleno ejercicio de la patria potestad.

<sup>10</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV, vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 246, y *Elementos de Derecho Civil*, IV, Dykinson, Madrid 2010, pág. 400.

<sup>11</sup> Sin embargo, no puede olvidarse que existen casos en los que la convivencia no es posible físicamente, pero no impide el cumplimiento del deber de guarda o custodia de los padres con respecto a los hijos, como son los casos en los que los menores están internos en una institución de enseñanza, o el padre o madre es destinado por trabajo fuera de la ciudad del domicilio familiar, etc. Véase sobre esta cuestión CASTÁN TOBEÑAS, J.M.: «Comentario al artículo 154 del Código Civil», *op. cit.*

### 2.2.2. *Funciones de carácter patrimonial*

El contenido de la patria potestad definido en el artículo 154 del CC comprende también las facultades de representación y administración de los bienes de los menores.

#### a) Representación

Dentro de estas funciones de carácter patrimonial, incluimos todas las de representación legal de los padres respecto a sus hijos por ser estos menores de edad, y por lo tanto sin capacidad de obrar suficiente para actuar por sí mismos. En efecto, el Código Civil regula la representación legal de los padres en los artículos 162 y 163. En el primero de ellos se establece la regla general de representación: «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados». Deben, en consecuencia, actuar en nombre de sus hijos, en todos aquellos casos en los que el menor necesite del complemento de capacidad de sus padres. Ahora bien, el propio artículo 162, a continuación, excluye una serie de actos en los que los padres no representarán a sus hijos, como son: a) Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros, en los que por razones de madurez personal del menor, se le permite actuar por sí mismo. b) Los actos en los que exista conflicto de intereses entre el menor y sus padres. En estos casos el artículo 163 del Código Civil establece que se nombrará un defensor del menor, para que lo represente en juicio y fuera de él. Y si el conflicto existiera entre uno solo de los progenitores y el menor, corresponderá al otro padre representar en exclusiva los intereses del menor. c) También se excluirán de la representación paterna, aquellos actos relativos a la administración de los bienes del menor, en los que se excluya a los padres. Estos actos son los que recoge el artículo 164 del Código Civil: los relativos a bienes adquiridos a título gratuito por el menor, cuando se hubiera ordenado así de forma expresa; los adquiridos por sucesión testada o intestada en la que uno o ambos progenitores hubieran sido desheredados justamente, o no hubieran podido heredar por causa de indignidad; los actos de administración ordinaria relativos a bienes obtenidos por el menor mayor de 16 años, por su trabajo e industria.

#### b) Administración de los bienes del menor

Los artículos 164-168 del Código Civil establecen las reglas por las que debe regirse la administración de los bienes de los menores por sus padres, entendiéndola en el sentido amplio que incluye: administrar y disponer. En primer lugar, el artículo 164 del Código Civil establece la regla general de que «los padres administrarán los bienes de sus hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las funciones de todo administrador». A continuación, el Código establece excepciones y matizaciones a esta regla general. Primero, en el propio artículo 164 excluye, como ya hemos dicho, diversos actos de la administración paterna; el artículo 165 del Código Civil insiste en que todos los frutos de sus bienes así como los obtenidos por su trabajo o industria pertenecen al menor aunque podrá contribuir con ello al sostenimiento de las cargas familiares. El artículo 166 del Código Civil se refiere a los actos de disposición de determinados bienes «valiosos» de los menores, que llevan a cabo los padres, para los que necesitarán, además, una autorización judicial. Los padres no podrán por sí solos

renunciar derechos de sus hijos, enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios; tampoco podrán repudiar herencias o legados a favor de sus hijos. Los artículos 167 y 168 establecen dos controles a la administración paterna: el primero de ellos consiste en la posibilidad de exigir ciertas cauciones o cautelas en la administración, o incluso pedir que se nombre un nuevo administrador, cuando se ponga en peligro el patrimonio del hijo por la actuación de los padres; y en segundo lugar, el 168 del Código Civil concede la posibilidad a los hijos de exigir a sus padres rendición de cuentas de su administración, una vez terminada esta.

Como vemos, el contenido de la patria potestad es muy amplio, y abarca muy diversas funciones; en definitiva, afecta a todas aquellas decisiones importantes que deban tomarse en la vida del menor, y siempre pensando, como ya dijimos, en su beneficio.

### 2.3. Titularidad de la patria potestad

La titularidad de la patria potestad supone el tener la capacidad para ser sujeto de dicha función, y como la filiación es el hecho determinante de la patria potestad (SSTS de 31 de diciembre de 1996 y 17 de junio de 1995), el ser padre o madre capaz es suficiente para habilitarles como titulares de aquella. Por lo tanto, en principio, todo padre o madre puede –debe– ser titular de la patria potestad de sus hijos.

En Derecho español, la titularidad de la patria potestad está atribuida a los dos padres a la vez (art. 154 CC). Es decir, se trata de una titularidad conjunta o dual a favor de ambos padres, ya que, en principio, ambos son capaces de ser titulares de derechos y deberes, siempre que se haya probado la filiación respecto de los dos. Como dice BALLESTEROS DE LOS RÍOS<sup>12</sup>, «determinada la filiación paterna y materna la ley atribuye la titularidad de la patria potestad a ambos, si no se atribuirá a aquel respecto del cual haya sido fijada».

Además, la titularidad conjunta o dual de la patria potestad es algo normal, pues ambos padres deben estar implicados y ser responsables del cuidado y atenciones de sus hijos menores y por tanto desempeñar cada uno de los deberes que integran esta función. Este concepto de patria potestad de titularidad conjunta es acorde con el principio de corresponsabilidad parental, en el que ambos padres deben formar parte activa de la educación y desarrollo de la prole, sin que puede atribuirse a uno solo de ellos esta función; si bien la verdadera corresponsabilidad parental, como luego veremos, no se consigue tanto con una titularidad conjunta, sino con un ejercicio dual o conjunto de la misma.

Nadie discute la titularidad conjunta de la patria potestad, pues tanto el padre como la madre tienen hoy la capacidad suficiente para ser titulares de esa función y a ambos progenitores, por tanto, se les concede.

<sup>12</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: «Comentario al artículo 154 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 269.

Sin embargo, esto no ha sido siempre así, y como ya hemos comentado, antes de la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la patria potestad se atribuía en exclusividad al padre, por ser él el cabeza de familia, y quedar la madre –esposa– sometida al marido en muchos de sus actos, ya que carecía de la capacidad obrar suficiente para llevarlos a cabo. Con la entrada en vigor de la Constitución y la proclamación del principio de igualdad del artículo 14, sin posibilidad de discriminación por sexo, había que reformar el Código Civil en todos aquellos aspectos en los que la mujer quedaba en relación de inferioridad al hombre, solo por razón de su sexo.

De este modo, la Ley 11/1981 adaptó el Código Civil a los nuevos principios constitucionales en materia de filiación, patria potestad y régimen económico, y la madre se sumó a la titularidad de la patria potestad, como sujeto pleno de derecho, al que por fin se reconocía como tal. A partir de entonces, se reformó el Código Civil, y el nuevo artículo 154 del CC atribuyó la patria potestad al «padre y a la madre».

Posteriormente, y tras la publicación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, sobre el matrimonio de personas del mismo sexo, se volvió a modificar el Código Civil, y su artículo 154, otorgando entonces la patria potestad a «ambos progenitores» para que pudieran ser los titulares de la patria potestad, dos personas del mismo sexo –dos padres o dos madres–, ya que se permitió la adopción por ellos. Sin embargo, de nuevo la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, volvió a modificar la ley, y se decidió que los titulares de la patria potestad son «los padres», pues la palabra progenitor indica únicamente la filiación natural –génesis–, olvidando la filiación por adopción, en la que sí hay padres, pero no progenitores, aunque ambas reformas mantienen el mismo concepto y caracteres de la patria potestad introducidos por la reforma de 1981.

Por eso, hoy en día, el artículo 154 del Código Civil considera como titulares de la patria potestad a los padres, sin más connotaciones, incluyendo dentro de ellos tanto al padre/madre de distinto sexo, como a los del mismo sexo, sean por filiación natural o adoptiva.

Como ya hemos dicho, «la titularidad de la patria potestad se tiene por el hecho de ser padre o madre»<sup>13</sup>; es la filiación –natural o adoptiva– la que genera la patria potestad, y ninguna otra consideración. Por eso, es raro, o debería serlo, los supuestos en los que se priva de la titularidad de la patria potestad a uno de los padres. No obstante, el Código Civil recoge los casos –excepcionales y graves– en los que la patria potestad se otorga a uno solo de los padres, o se priva a uno de ellos de la misma, quedando como titular exclusivo el otro de los padres.

Podemos distinguir los siguientes casos de titularidad exclusiva o individual de la patria potestad:

- a) El primero de ellos se produce cuando únicamente se ha determinado la filiación con respecto a un solo progenitor. Es normal que si la patria potestad se ocasiona por la filiación, y esta solo está determinada con respecto de uno de los padres, solo sea este el titular de la

<sup>13</sup> MORENO VELASCO, V.: «Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 1.

patria potestad. Es un supuesto distinto a la situación que hemos planteado, pues aquí no hay ni modificación ni privación de lo que en principio debería ser dual, sino que desde el inicio es individual por existir solo un padre, pues no hay más que una filiación conocida que es la determinante de la patria potestad.

- b) En segundo lugar, la patria potestad dual deviene individual por el fallecimiento de uno de los padres. Se produce la concentración en el padre/madre superviviente, y será a él a quien corresponda ahora en exclusiva no solo la titularidad sino también el ejercicio de la patria potestad. Solo hay un titular de la patria potestad porque solo hay un padre, como en el caso anterior.
- c) Más relevante es el hecho de la privación de la patria potestad a uno de los padres. Es el supuesto recogido en el artículo 170 del Código Civil, en el que se establece que el padre o la madre podrá ser privado de la patria potestad en virtud de sentencia por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. Esta privación puede ser definitiva, o temporal, dando lugar a los supuestos de equivalentes a la antigua «suspensión» de la patria potestad, donde cabe su recuperación, si bien, estos supuestos como dice BERROCAL, de privación temporal, no lo son tanto de suspensión de la titularidad, como del ejercicio de la patria potestad <sup>14</sup>.

La privación de la patria potestad tiene a veces efectos punitivos, como un castigo al padre/madre, pero fundamentalmente se trata de una medida de protección del menor, y se establece precisamente buscando su interés y beneficio, como el principio fundamental de todo el ejercicio de la patria potestad <sup>15</sup>.

La privación ha de ser siempre acordada en sentencia, y puede que esta sea consecuencia de un procedimiento *ad hoc* por el incumplimiento grave de uno de los progenitores, o bien en una sentencia dictada en juicio penal respecto de unos delitos concretos relativos a la prostitución o al incumplimiento de los deberes familiares, o bien en una sentencia dictada en un procedimiento matrimonial, si en el proceso se viera que existe causa suficiente para ello.

<sup>14</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I.: «Patria potestad, suspensión, privación, exclusión recuperación y extinción», en *RCDI*, núm. 723, marzo 2011, págs. 469-664. Esta autora afirma que «es posible considerar subsistente la suspensión, si bien, no con tal referencia nominal, sino con la de privación parcial, a la que hace referencia el actual artículo 170, cuando señala que "el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad". Una privación parcial que no afecta a la titularidad, sino al ejercicio de la patria potestad, en una suerte de restricción del mismo. Sería, por tanto, una medida sancionadora, aplicable en los supuestos de incumplimiento voluntario de los deberes paternos, pero más leve en su alcance que la privación total».

<sup>15</sup> En este sentido, véase la STS de 24 de abril de 2000, que afirma: «Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello se trata de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses. Por ello, la propia Convención, en su artículo 9.1 después de establecer que los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de estos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño. Este interés superior del niño, que implícitamente está recogido también en el artículo 154 del Código Civil cuando dispone que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, es el que tiene en cuenta la sentencia impugnada para confirmar la del Juzgado que decretó la privación de la patria potestad a los demandados, en conformidad con lo establecido en el artículo 170 del citado cuerpo legal».

La apreciación del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad debe ser siempre apreciada por el juez, según las circunstancias del caso concreto, y considerando que se trata de un incumplimiento grave, por eso, esta medida de privación se adoptará siempre con mucha cautela por el juez (SSTS de 6 de julio de 1996 y de 18 de octubre de 1996).

La jurisprudencia ha ido señalando supuestos en los que sí se aprecian incumplimientos graves que den lugar a la privación de la patria potestad, y entre ellos, se encuentran: la imposibilidad física o moral para el ejercicio de la patria potestad, sin decidir si es o no voluntaria (STS de 20 de enero de 1993); la omisión de los deberes de asistencia material y moral al hijo desde los primeros meses de vida (STS de 24 de abril de 2000); el incumplimiento grave de los deberes legales de un padre respecto a sus hijos extramatrimoniales, por no cumplir el deber de velar por ellos, pues no satisfizo cantidad alguna para su sustento, y proponer a la madre la renuncia a la patria potestad a cambio de no pagar pensión (STS de 5 de marzo de 1998); o el abandono total de las obligaciones paterno-filiales, desde la separación matrimonial, estando la madre enferma, y teniendo que ir a vivir los menores con su tío (STS de 23 de febrero de 1999); privación de la patria potestad al padre por un delito de parricidio (STS de 31 de diciembre de 1996); también suele apreciarse la privación de la patria potestad en los casos de alcoholismo, toxicomanía, delincuencia reiterada o deficiencias psíquicas, que impiden al progenitor cumplir con sus deberes paternos. En definitiva, se trata de apreciar siempre supuestos graves de incumplimiento que deben probarse en el caso concreto y atendiendo a las distintas circunstancias de cada supuesto y siempre que se aprecie daño o perjuicio para el menor, pues no podemos olvidar que en principio todo aquel que sea padre debe ser titular de la patria potestad de su hijo.

Si cesara la causa que motivó la privación de la patria potestad, el padre puede ser rehabilitado en la misma, pero siempre en virtud de sentencia judicial que así lo establezca.

## 2.4. Ejercicio de la patria potestad

Cuestión distinta de la titularidad es el ejercicio de la patria potestad. Podemos decir que el ejercicio de la patria potestad supone la capacidad para ejercitar los deberes y derechos concretos que implica, y no solo la capacidad de ser sujeto de estos, es «la parte activa de la patria potestad»<sup>16</sup>.

Ambos progenitores pueden ser titulares de la misma, pero sin embargo puede ocurrir que el ejercicio solo esté atribuido a uno de ellos, bien sea por privación temporal de la patria potestad, porque así lo han decidido los padres, porque lo ha decidido el juez en los procesos de separación o divorcio.

### 2.4.1. Regla general: el ejercicio dual

La regla general del ejercicio de la patria potestad, al igual que ocurría con la titularidad, es ser un ejercicio dual o conjunto; ambos padres deben ejercer las funciones como tales, pues es lo que

<sup>16</sup> GARCÍA PASTOR, M.: *La situación de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, McGrawHill, Madrid, 1997, págs. 162-163.

corresponde con el principio de la corresponsabilidad parental. La corresponsabilidad parental o familiar supone la implicación de ambos padres en la ecuación, sostenimiento y vela de los hijos. Se trata de un principio inspirador de un nuevo modelo de familia, en la que ambos progenitores participan en la misma de igual forma. Este principio de corresponsabilidad supone el ejercicio compartido de las responsabilidades/deberes/derechos, en definitiva, funciones de los padres, y como afirma LATHROP<sup>17</sup>, ha inspirado varias de las reformas legislativas ocurridas en nuestro ordenamiento, como han sido las de la Ley 11/1981 de reforma de la patria potestad, la Ley 15/2005 que promueve, como luego veremos, la custodia compartida tras la crisis matrimonial, y la Ley Orgánica 3/ 2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Es normal que el ejercicio sea conjunto ya que a ambos padres les corresponde el cuidado y sustento de su prole, y ambos deben involucrarse, pues la función de la patria potestad, como ya dijimos, es inherente a la categoría de padre o madre.

El ejercicio dual de la patria potestad se deduce claramente de los artículos 156.1.º y 92 del Código Civil.

El primero de ellos establece la regla general: «La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad». Este artículo refuerza la idea del ejercicio conjunto al unísono, o la actuación de uno de los padres, pero con el consentimiento del otro. Es decir, el ejercicio conjunto no implica el ejercicio mancomunado, que supondría un ejercicio común en todo caso, lo que dificultaría gravemente la toma de decisiones cotidianas del día a día, sino que implica, más bien, como sostiene parte de la doctrina, el ejercicio conjunto solidario<sup>18</sup>. El consentimiento del otro padre puede ser expreso o tácito, y también para una actuación concreta o para el ejercicio continuado, de forma más general<sup>19</sup>.

Por otra parte, el artículo 156.2 del Código Civil da la solución al problema que se genera cuando ambos padres no están de acuerdo en el ejercicio de la patria potestad, en la toma de diversas decisiones. En estos casos será un juez quien, previa audiencia de los padres, y del hijo mayor de 12 años o con juicio suficiente, atribuirá la facultad de decisión a uno de los padres. Si el desacuerdo persistiera y fuera continuo, podrá incluso otorgar el ejercicio individual<sup>20</sup> de la patria potestad a favor de uno de ellos, o decidir el reparto de las funciones entre los dos, por un plazo máximo de dos años.

<sup>17</sup> LATHROP, F.: «Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas», en *Diario La Ley*, núm. 7206, 29 de junio de 2009, págs. 1-10.

<sup>18</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV, 2010, *op. cit.*, pág. 391, afirma que «la patria potestad dual se presenta como un intento de equilibrio entre la rigidez e incomodidad de la patria potestad conjunta y la discriminación que supone la patria potestad subsidiaria de la madre, hasta ahora vigente. Puede describirse como titularidad conjunta y ejercicio solidario».

<sup>19</sup> Pensemos, por ejemplo, en los casos de los padres que viven físicamente separados por razón de trabajo, sin que exista crisis matrimonial.

<sup>20</sup> Es cierto que el artículo 156.2 del Código Civil utiliza la expresión «podrá atribuir la patria potestad», que implicaría el otorgamiento exclusivo de la titularidad de la patria potestad, si bien, hemos de interpretar correctamente la dicción de este artículo en el sentido expuesto, de que lo que se otorga de forma individual es el ejercicio y no la titularidad, pues el desacuerdo de los padres no es causa de privación temporal de la patria potestad.



Además, el artículo 92 del Código Civil refuerza la tesis del ejercicio dual, al afirmar que, aun en los casos de separación, nulidad o divorcio, los padres no quedan eximidos de «su obligación para con los hijos», lo que indica, a nuestro modo de ver, no solo la continuidad de la titularidad de la patria potestad como función, sino el ejercicio de cada una de las obligaciones que la integran.

Por último, y a *sensu contrario*, la regla general del ejercicio conjunto se pone de manifiesto, por los artículos 156.2, 4 y 5, y 159 del Código Civil, que establecen las excepciones al ejercicio dual de la patria potestad.

#### 2.4.2. Excepciones al ejercicio conjunto: el ejercicio individual de la patria potestad

Puede haber casos, que serían excepcionales, en los que el ejercicio de la patria potestad sea individual y se atribuya en exclusiva a uno de los dos padres. Estos supuestos son aquellos en los que así lo ha decidido el juez en virtud del artículo 156.2 del Código Civil, debido a que los padres son incapaces, o están ausentes, o por último y más frecuente, cuando ambos padres no conviven con sus hijos.

Pero no podemos olvidar que un ejercicio individual de la patria potestad no tiene por qué suponer una titularidad individual. El padre o madre no ejerciente sigue siendo, en general, titular de la patria potestad sobre sus hijos, y esa titularidad le faculta para intervenir en decisiones de gran importancia respecto al menor.

- a) El juez puede atribuir el ejercicio de la patria potestad a uno solo de los padres cuando existan desacuerdos reiterados y continuos entre ellos respecto a la toma de decisiones propias del ejercicio de la patria potestad, tal y como ya hemos explicado, y recoge el artículo 156.2 del Código Civil. En este caso esa atribución exclusiva siempre sería temporal con un plazo máximo de dos años.
- b) En caso de defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres. El artículo 156.4 del Código Civil afirma que «en defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres la patria potestad será ejercida por el otro». Los supuestos excepcionales que contempla este artículo son la muerte –de uno de los padres– (defecto), la ausencia, bien sea declarada o también de hecho, y como dice LACRUZ BERDEJO, aunque se conozca el paradero del padre ausente, pues no se trata de una situación de incertidumbre, sino de imposibilidad física de ejercicio conjunto<sup>21</sup>. La incapacidad incluye tanto la incapacitación por sentencia, como los supuestos de incapacidad equiparables a la imposibilidad de hecho de ejercer la patria potestad. En definitiva, las causas de atribución del ejercicio individual de este artículo se reducen a los supuestos de muerte, incapacitación, declaración de ausencia, y los supuestos de imposibilidad de hecho en sentido amplio: por ausencia, dificultad o incapacidad. A nuestro parecer solo existe verdadero ejercicio individual en estos últimos supuestos de imposibilidad, donde sin embargo la titularidad de la patria potestad seguiría

<sup>21</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV, 2010, *op. cit.*, pág. 394.

siendo conjunta, diferenciándose de los tres primeros (muerte, declaración de ausencia y declaración de incapacitación), en los que se produciría también una concentración de la titularidad de la patria potestad en favor del padre/madre vivo, presente y capacitado; si solo hay un titular de la patria potestad, es lógico sea también solo uno el que la ejercite.

- c) En el supuesto de los padres que viven separados. A este supuesto excepcional se refiere el artículo 156.5 que establece que «si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva». La convivencia es el criterio que determina el ejercicio de la patria potestad. El padre conviviente será, por regla general, el ejerciente, y el otro no conviviente, aun siendo titular de la patria potestad, no se involucra en su ejercicio.

Dentro de los supuestos de hecho de padres no convivientes caben tanto los casos de filiación no matrimonial en la que los padres no viven juntos, como los de filiación matrimonial cuando se produce la separación o divorcio de los mismos.

Este artículo debe completarse con el 159 del Código Civil que, para los casos de separación de los padres, y cuando no se pongan de acuerdo en cuál de ellos quedará al cuidado de los hijos, establece que será el Juez quien lo decida. Es importante este artículo, porque esta decisión supondrá determinar el criterio de convivencia que es, a su vez, el que atribuirá el ejercicio de la patria potestad tal y como afirma el artículo 156.2 del Código Civil.

Estas son las situaciones excepcionales de ejercicio individual de la patria potestad, en ellos solo uno de los titulares será ejerciente, y como ya dijimos al principio de este epígrafe, ese ejercicio individual debe ser excepcional, procurando que la patria potestad sea ejercida de consuno por ambos padres, como consecuencia del principio de corresponsabilidad parental.

Es el tercer caso, cuando los padres viven separados, y por tanto uno de ellos no convive con los hijos, el que merece un poco más de atención. En concreto, cuando los padres no viven juntos por causa de nulidad, separación o divorcio matrimonial.

En estos supuestos, el artículo 156.2, como ya hemos dicho, atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad al cónyuge conviviente, el que viva –que solo será uno– con sus hijos, tal y como se haya establecido en el convenio regulador. Pues bien, entendemos que, a pesar de la dicción de ese artículo, el padre no conviviente no queda excluido en su totalidad del ejercicio de la patria potestad, pues aunque no conviva con sus hijos –impidiendo el derecho/deber de convivencia–, sí que debe seguir ejerciendo el resto de funciones/deberes que constituyen el contenido de la patria potestad, aunque sea de forma más limitada<sup>22</sup>. En esta línea la SAP de Santa Cruz de Tenerife atribuyó el ejer-

<sup>22</sup> En este sentido, considerando que aunque no se tenga atribuido el ejercicio de la patria potestad, sí se tiene al menos un ejercicio residual, se manifiesta GARCÍA PASTOR, M.: *La situación de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales, op. cit.*, págs. 162-163, que afirma que «el progenitor al que le es otorgado el ejercicio de la patria potestad puede desarrollar todas las facultades que integran la misma, y que hasta entonces correspondían a ambos progenitores», y que el «no ejerciente solo conserva de forma latente esos mismos poderes, aparte de aquellas facultades o derechos mínimos que expresamente le concede la ley (por regla general el derecho de visita y a veces también un derecho de vigilancia)». A continuación, este autor también dice que «para el legislador de 1981 (que fue el que introdujo la distinción entre la

cicio exclusivo de la patria potestad a la madre por lejanía del domicilio del padre, pero señaló que eso no impedía y no excluía al padre de las decisiones de extraordinaria importancia; es decir, sigue ejerciendo la patria potestad en algún sentido.

Como ya se dijo *supra* 2.2, el padre no conviviente sigue teniendo que velar por sus hijos, alimentarles a través de la pensión alimentaria y participando en las decisiones importantes relativas a la educación, sanidad y desarrollo físico e intelectual del menor. Es decir, el ejercicio de la patria potestad, aunque no pleno, sigue siendo conjunto, pues como titular de la patria potestad, y con capacidad para ejercitarla, debe seguir ejerciendo las funciones que como padre tiene atribuidas en la medida de lo posible, aunque sea en distinta forma.

Dentro de las funciones-deberes que conforman el contenido de la patria potestad, la que realmente se verá afectada en su ejercicio por la separación de los padres, cuando no convivan con estos, será la de la custodia de los hijos para el padre no conviviente; pues difícilmente puede «tenerlos en su compañía» si no vive con ellos.

Es decir, es el deber-función de custodia el que se ejercita de forma individual tras la separación matrimonial, y no tanto el ejercicio total de la patria potestad. La atribución exclusiva de la custodia a un solo progenitor no impide, a nuestro entender, un ejercicio conjunto de la patria potestad, pero sí el deber de convivencia, el derecho/deber que consiste en tener a los hijos en compañía de sus padres. Lo que ocurre es que muchas veces se confunden ambos términos, y se identifica el «ejercicio» con la «custodia», pues no cabe duda de que esta facilita y es presupuesto de aquel, pero no condición *sine qua non*. Conviene, por tanto, distinguir ejercicio conjunto y custodia compartida, aunque en la realidad y en la práctica se utilizan de forma muy similar.

Esto se pone de manifiesto con el propio Código Civil, que afirma en los artículos 156 y 159 que el padre que convive con los hijos es el que tiene atribuido el ejercicio de la patria potestad, y el que no convive es el no ejerciente, cuando según nuestra tesis, realmente debería referirse a la custodia, pues el padre no conviviente sigue ejerciendo la patria potestad aunque de forma parcial o no plena.

En cualquier caso, el padre que convive tiene el ejercicio y la custodia, y el que vive separado de sus hijos tras la separación o divorcio no puede ejercitarla. Por eso, muchas veces, se ha reclamado la necesidad de que la custodia – y no solo el ejercicio general de la patria potestad– sea compartida por ambos padres, aunque estén separados; de esta forma los dos padres tendrían los menores a su cuidado, conviviendo con ellos y ejercitando, ahora sí, de forma plena y conjunta la patria potestad.

¿Es posible y conveniente atribuir de forma conjunta la custodia? Esto implica estudiar lo que se ha denominado la custodia compartida, verdadero objeto de estudio de este trabajo, cuya admisión en nuestro Derecho no se ha aceptado hasta 2005.

---

titularidad y el ejercicio de la patria potestad) el ejercicio de la patria potestad no absorbe toda la vertiente activa de la misma, pues en todos los artículos que a él se refieren se distingue, directa o indirectamente, del cuidado de los hijos, figura que sin duda es una parte, y muy importante, de la vertiente activa de la patria potestad».

### 3. LA CUSTODIA COMPARTIDA

#### 3.1. Concepto

El derecho/deber de custodia de los hijos aparece expresamente en el Código Civil, a la hora de regular los efectos de una crisis conyugal, cuando se produce la nulidad, separación o divorcio del matrimonio. En concreto, en los artículos 90, 92 y 94 del Código Civil. Y esta ubicación no es baladí, pues es en esos casos cuando hay que atribuir la custodia a uno u otro cónyuge, o ambos a la vez, en lo que se ha denominado un supuesto de custodia compartida.

No existe una definición legal de este término, por lo que es la doctrina la que ha aportado algunas aproximaciones a su significado<sup>23</sup>. La custodia compartida supone que ambos padres, separados, y no convivientes, comparten la vigilancia y cuidado de sus hijos menores, lo que implica que ambos físicamente están cercanos a sus hijos para poder desempeñar tales funciones. En palabras de ORTUÑO MUÑOZ<sup>24</sup>, la custodia compartida es una «modalidad de la responsabilidad parental, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos». Del mismo modo, para ROMERO COLOMA<sup>25</sup> la custodia compartida significa «continuar con las mismas atribuciones paterno-filiales ejercidas antes de la ruptura, así como la responsabilidad y vinculación continuada de ambos progenitores en las decisiones relacionadas con el bienestar de los hijos, en las cuestiones de educación, cuidado médico, manutención y desarrollo emocional, moral y religioso»; en definitiva, la custodia compartida supone prolongar el ejercicio dual completo y de hecho de la patria potestad, en su totalidad, incluyendo también la custodia estricta.

A la vez, a través de ella, se consigue mantener vigente el principio de corresponsabilidad parental, pues como se deduce de las palabras de los autores citados, este es el fundamento de la custodia compartida, a la vez que su fin, pues no se pretende otra cosa que mantener el ejercicio pleno de la patria potestad a favor de ambos progenitores aunque estén separados, consiguiendo que los hijos mantengan una relación fluida con ambos padres tras el divorcio, tal y como afirma el preámbulo de la Ley 15/2005 que establece esta figura de la custodia compartida por primera vez, siempre

<sup>23</sup> Dicho esto, la doctrina ha puesto de manifiesto que el término «custodia compartida» no es el más apropiado (ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos en las crisis de convivencia de sus padres» en ZARRALUQUI *et al.*, *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 91-92; o GODOY MORENO, A., «La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa», en *Diez años de abogados de familia 1993-2002*, La Ley, Madrid, 2003, págs. 323-324), siendo preferible referirse a ella como custodia alternativa o guarda alterna. En la misma línea, señala IVARS RUIZ, «los progenitores no custodian ni guardan a sus hijos sino que los tienen en su compañía y cuidado» (*Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, 2008 [Recurso electrónico TOL1.340.974]).

<sup>24</sup> ORTUÑO MUÑOZ, P.: *Mediación familiar. Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2005.

<sup>25</sup> ROMERO COLOMA, A.M.: «La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica», en *La Ley*, núm. 7504, 8 de noviembre de 2010, pág. 1.

pensando en el beneficio del menor. Como sostiene MARÍN GARCÍA DE LEONARDO<sup>26</sup>, la custodia compartida «potencia el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de potestades y como medio de que los hijos conserven una relación fluida con ambos progenitores. Ello producirá un beneficio en el desarrollo de la personalidad del menor siempre que exista una verdadera implicación en la educación de los hijos por parte de los progenitores».

Los autores<sup>27</sup> han diferenciado la custodia compartida de la custodia partida (aquella en la que parte de los hijos se quedan con un progenitor, y el resto con el otro), y de la repartida (en la que se distribuyen por tiempos determinando las funciones propias de la misma), pues la custodia compartida implica el ejercicio conjunto y continuado por ambos padres sobre la totalidad de la prole. Pero dentro de esta se puede atribuir la custodia compartida de diversas formas, normalmente en función de la atribución de la vivienda familiar<sup>28</sup>: custodia conjunta con domicilio fijo de los hijos, con domicilio rotatorio de los hijos, que a su vez puede conllevar la atribución temporal exclusiva de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges, o a ninguno de ellos.

## 3.2. Regulación legal en el Derecho civil común

### 3.2.1. Régimen anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio

El Código Civil no ha regulado la figura de la custodia compartida hasta la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el artículo 92 del CC, introduciendo un nuevo apartado 5, estableciéndola para los casos de nulidad, separación o divorcio, que luego analizaremos. El artículo 92.5 del CC actual tiene el siguiente tenor:

*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.*

Con anterioridad a esta reforma, no se mencionaba en el Código la custodia compartida, no existía ningún precepto legal que la recogiera expresamente. Sin embargo, conviene realizar en este punto un breve repaso histórico-legislativo sobre cómo ha regulado el Código Civil la custodia de los hijos menores desde su publicación, a pesar de tratarse generalmente de una custodia exclusiva en los casos de nulidad o separación matrimonial.

<sup>26</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso», en *La Ley*, núm. 7105, 2 de febrero de 2009, pág. 1.

<sup>27</sup> En este sentido, véase ROMERO COLOMA, A.M.: «La guarda y custodia compartida», *op. cit.*, pág. 1.

<sup>28</sup> Véase sobre este tema: GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», en *La Ley*, núm. 7206, Sección Tribuna, 29 de junio de 2009.

De este modo, el Código Civil original, en su artículo 70, establecía la custodia en caso de nulidad del matrimonio en función del género de los hijos, de su edad y de la existencia de mala fe de los cónyuges. Señalaba que «los hijos varones mayores de tres años quedaban al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos». Si la mala fe había sido por parte de ambos, el tribunal resolvería como en caso de divorcio. En cualquier caso, señalaba que «los hijos e hijas menores de tres años» estarían hasta que cumplieran esa edad al cuidado de la madre, salvo por circunstancias especiales.

En los casos de divorcio, el artículo 73 de la regulación original señalaba que los hijos quedaban o debían ser puestos «bajo la potestad y protección del cónyuge inocente», y si la sentencia no hubiese dispuesto otra cosa, «la madre tendrá a su cuidado en todo caso a los hijos menores de tres años».

Con posterioridad a la redacción de este artículo, la edad que se establecía era la de los siete años en lugar de los tres años. Dicho precepto estuvo vigente desde la entrada en vigor de la Ley de 24 de abril de 1958 hasta la reforma de 1981. En la exposición de motivos de la modificación del Código Civil de 1959 se explica ese aumento a siete años la edad de los hijos, con los efectos que antes se atribuían a la edad de tres años, «por aconsejarlo así la experiencia vivida desde la promulgación del Código Civil». Este contenido fue eliminado por Ley 30/1981, de 7 de julio, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, modificando los preceptos relativos a la custodia.

Como consecuencia de este cambio legislativo, la regulación legal que establecía el Código Civil, en principio, parecía partir de un criterio individual de atribución de la custodia, bien a favor del padre o de la madre, y no de manera conjunta, si analizamos los preceptos de esta regulación:

- El artículo 90 a) del Código Civil se refiere a «la determinación de la persona (*en singular*) a cuyo cuidado deban quedar los hijos».
- El artículo 92, párrafo cuarto, en casos de separación, nulidad y divorcio, establecía que podía acordarse, cuando así conviniera a los hijos, que la potestad fuera ejercida por uno solo de los cónyuges, o que «el cuidado de ellos corresponda a uno o a otro»<sup>29</sup>.
- El artículo 94 regula el derecho de visitas, comunicación y compañía del «progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados».
- El artículo 96 atribuye el uso de la vivienda familiar «a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden», sin prever alternativa alguna.

<sup>29</sup> El antiguo artículo 92 del Código Civil, antes de la reforma de 2005, establecía lo siguiente: «La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos. El juez de oficio o a petición de los interesados podrá recabar el dictamen de especialistas».

De todos estos artículos, se deduce que solo se estaba previendo la posibilidad de una custodia individual de los hijos; si bien es cierto que tampoco el Código prohibía la posibilidad de la custodia compartida, y de hecho, y en la práctica, aún en la atribución individual de la custodia podía observarse una custodia compartida *de facto* debido a la amplitud del régimen de visitas concedida al otro cónyuge<sup>30</sup>.

En la práctica, la custodia compartida ha sido una medida muy poco frecuente –más bien nula–, adoptada en poquísimas ocasiones por los tribunales, precisamente por no tener amparo legal expreso. La regla general era la atribución exclusiva de la custodia a uno de los cónyuges, y en la inmensa mayoría de las ocasiones, a la madre. Sin embargo, como ya hemos dicho, al no estar tampoco prohibida, nada impedía que, consensuada por las partes en el convenio de su separación o divorcio, esta pudiera ser adoptada sin problemas<sup>31</sup>. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos (art. 92, párrafo segundo), deberán los tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Este fundamento era recogido por algunos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales que consideraban que debían tenerse en cuenta las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, siendo una de las posibles alternativas la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores (SAP de Valencia, de 2 de febrero de 2000; de Castellón, de 14 de octubre de 2003; de Cuenca, de 28 de febrero de 2003; de Córdoba, de 26 de junio de 2000; de Girona, de 9 de febrero de 2000, entre muchísimas otras).

Resume muy bien esta doctrina y la situación anterior a la regulación legal de la custodia compartida, la SAP de Valencia de 22 de abril de 1999 que afirmaba que «la regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia solo al padre o a la madre, no a ambos conjuntamente. Así (...), sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos, deberán los tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Está claro que para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores».

### 3.2.2. Regulación actual: la Ley 15/2005, de 8 de julio

La regulación legal de este modelo de guarda se establece en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y

<sup>30</sup> Como pone de manifiesto MORENO VELASCO, hasta en los supuestos de custodia individual tras una separación, «la ampliación del régimen de comunicación y estancia del progenitor no custodio, que está siendo lo más frecuente en los juzgados de familia en los últimos tiempos, el concepto de guarda y custodia se desdibuja ya que, aunque no se acuerde formalmente una custodia compartida el reparto de tiempos de estancia y comunicación de los menores con el cónyuge no custodio es tan amplio que podemos afirmar que se da una guarda y custodia compartida de facto». MORENO VELASCO, V.: «Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la potestad», en *La Ley*, núm. 7267, 22 de octubre de 2009, pág. 1.

<sup>31</sup> En este sentido MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia...», *op. cit.*, pág. 1, y ROMERO COLOMA, A.: «La guarda y custodia compartida: análisis y problemática», *op. cit.*, págs. 1-3. Esta autora afirma, además, que en la práctica totalidad de los juzgados no se denegaba de forma automática la homologación de los convenios reguladores que pactaban la custodia compartida, pero sí ponían trabas por parte del Ministerio Fiscal, que se solía oponer a tales convenios.

divorcio. La custodia compartida se permite solo en situaciones excepcionales, si los padres la acuerdan o si el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, considera que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. En este sentido, la actual regulación que establece el artículo 92 del Código Civil es la siguiente:

- «5. 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.
6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.
7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica<sup>32</sup>.
8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor<sup>33</sup>.
9. El juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.»

A pesar de esta reforma, el legislador no delimita el concepto de «guarda y custodia» y, además, utilizan de manera indistinta los términos «guarda», «guarda y custodia», «guarda conjunta», «progenitor que no tenga consigo a sus hijos» o «cuidado de los hijos».

<sup>32</sup> Este previsión resulta llamativa pues, concurriendo estas circunstancias, el progenitor debe quedar apartado de hacerse cargo de los hijos y no solo del ejercicio conjunto de la guarda (SEISDEDOS MUIÑO A.: «Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)», *Aranzadi civil*, núm. 3, 2005, págs. 2.393 y ss.).

<sup>33</sup> Este apartado se incorporó en el Proyecto de Ley remitido por el Congreso al Senado, tras la aprobación de la Enmienda núm. 48 del grupo parlamentario socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VIII Legislativa, Serie II Proyectos de Ley, de 5 de mayo de 2005).



En el caso de adoptarse un régimen de custodia compartida, ello no es óbice para eludir a priori el régimen de visitas, pues el régimen de comunicación y estancia también debe extenderse a esos periodos, salvo que sean un régimen de alternancia por periodos breves<sup>34</sup>.

En cualquier caso, la regulación legal expresa de la custodia compartida del Código Civil no la facilita ni favorece su atribución con respecto a la custodia exclusiva, pues parece haberse establecido como un remedio subsidiario y excepcional, sin que existan criterios legales de atribución, y después de cumplirse varios presupuestos (acuerdo de las partes, informe favorable del Ministerio Fiscal, interés del menor, etc.).

### 3.3. Regulación en los Derechos civiles forales

A diferencia de lo que ocurre en Derecho común, los Derechos forales, sin embargo, sí se han encargado de regular de forma más prolija la custodia compartida, facilitando muchas veces su atribución, o incluso considerándola como modelo preferente.

Cataluña y Aragón han aprobado leyes que evitan el trato desigual en la custodia de los hijos tras la separación o divorcio. También existen otras acciones legislativas recientemente aprobadas a favor de la custodia compartida en la Comunidad Valenciana y en Navarra. Por otro lado, el Senado recientemente ha constituido una comisión para estudiar la posibilidad de modificar el Código Civil en este sentido.

En cuanto a las denominaciones empleadas al tratar esta figura jurídica, debemos indicar que Cataluña y Valencia prefieren utilizar el término de «coparentalidad» o «corresponsabilidad» en el cuidado y educación de los menores. Se considera que el concepto de *custodia* no es suficiente cuando de lo que se trata es de subrayar la relevancia en el mantenimiento de las responsabilidades parentales y la relevancia del contacto cotidiano entre los progenitores y sus hijos e hijas, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor.

#### 3.3.1. *El Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón*

Aragón ha sido la primera comunidad en aprobar un texto legal en el que se establece la custodia compartida de los hijos como el régimen preferente que aplicarán los jueces cuando se rompe

<sup>34</sup> Como señala GUILARTE MARTÍN, «aunque se acuerde el régimen de guarda alterna, en cada periodo el padre o madre es guardador en exclusiva de suerte que será necesario fijar también en aquel sistema este régimen de comunicación y estancia, a no ser que los periodos de alternancia sean muy reducidos en cuyo caso no es preciso garantizar el derecho a relacionarse con los hijos pues ya lo hace el propio funcionamiento del sistema de guarda elegido; con excepción de este supuesto, los progenitores alternarán las posiciones de guardador y no guardador con la periodicidad establecida en la resolución judicial» (GUILARTE MARTÍN- CALERO, C.: «Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil», en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 153).

la pareja si no hay acuerdo entre las partes. La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, ha sido derogada por el 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 y que recoge el anterior artículo 6 de la Ley 2/2010 relativo a la guarda y custodia de los hijos.

En este sentido, la propia exposición de motivos señala que esta ley ha pretendido favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores y ha supuesto un cambio del esquema tradicional, «al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares»<sup>35</sup>.

El artículo 80 contempla la posibilidad de que los progenitores (por separado o de común acuerdo) soliciten al juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos. En ambos casos, establece que se deben garantizar ciertos derechos y obligaciones:

*En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.*

*En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.*

*Antes de adoptar su decisión, el juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.*

*Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.*

*La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.*

*No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad*

<sup>35</sup> El legislador aragonés realiza una expresa mención a las ventajas de la custodia compartida, señalando que: «Con ella, los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos».

*física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.*

El artículo 80.2 señala que «el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores» y atendiendo, además, a una serie de factores, como son:

- a) La edad de los hijos.
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.
- c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Ahora bien, es preciso que el juez antes de acordar cualquier medida proteja el interés del menor. En este sentido, no debería olvidarse que el artículo 76.2 del propio Código aragonés, en relación a los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, prevé que cualquier decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad «se adoptarán en atención al beneficio e interés de los mismos». Una interpretación contraria a dicho precepto, entendemos que vulneraría los intereses de los menores de edad, haciendo prevalecer sobre ellos los derechos de los padres (bajo una perspectiva del mero trato igualitario entre ellos).

### *3.3.2. La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo de su Código Civil, relativo a la persona y la familia, aprobada por el Parlamento de Cataluña*

Cataluña ha aprobado la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo de su Código Civil, relativo a la persona y la familia, sin establecer expresamente la preferencia por la custodia compartida, sino que adopta un modelo de corresponsabilidad parental compartida a través de un «plan de parentalidad» que debe incorporarse al proceso judicial para su aprobación. Se trata de un instrumento en el que se debe concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos (art. 233-9). Este plan puede prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.

Esta ley introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos, sino que se mantienen, correspondiendo al juez determinar, si no existe acuerdo sobre el plan de parentalidad o si este no se ha aprobado, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de estas y al interés superior del menor (art. 233-8).

A falta de acuerdo o si no es aprobado, la autoridad judicial debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales; si bien, puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo. En este sentido, el artículo 233-11 establece expresamente unos criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda:

- a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.
- b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.
- c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores, el tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.
- d) La opinión expresada por los hijos.
- e) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.
- f) La situación de los domicilios de los progenitores y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

### 3.3.3. *Ley de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven, aprobada por las Cortes Valencianas*

La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (conocida como Ley de Custodia Compartida) ha sido aprobada por las Corts Valencianes el 24 de marzo de 2011 y entrará en vigor el próximo 5 de mayo <sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Es preciso destacar que la competencia de las Corts Valencianes para legislar sobre esta materia ha sido puesta en entredicho y es posible que la norma se enfrente a un posible recurso de inconstitucionalidad, tal como ocurrió con la ley de régimen matrimonial. La reforma acometida por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana no implica que tenga competencia para abarcar cualquier institución de Derecho civil. En este caso, se ha regulado esta materia acogiéndose al amparo del título competencial relativo a la conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano, conforme al artículo 49.2 del estatuto. Sin perjuicio, apuntamos, del reconocimiento de este Derecho foral en dicha comunidad.

El artículo 4 de la ley valenciana establece la prioridad de acuerdo entre los progenitores a través de un «pacto de convivencia familiar» (similar al plan de parentalidad catalán) y, en los casos en los que no sea posible, el principio general de custodia compartida, habilitando al juez para decidir la custodia individual atendiendo a las circunstancias de cada caso. Señala, a tal efecto, el artículo 5.2: «Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos».

La normativa, además, establece los criterios que deben tenerse en cuenta a tal efecto:

- a) La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores.
- b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido doce años.
- c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor.
- d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.
- e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores.
- f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.
- g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad.
- h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

Y el artículo 5.4 habilita al juez para decidir la custodia individual (que denomina «régimen de convivencia»), adoptado a las circunstancias propias del caso, cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior de los hijos e hijas menores, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.

Además, se establecen una serie de garantías y precauciones para velar por el interés superior de cada menor, como la posibilidad de establecer un control periódico de la situación familiar para confirmar o cambiar el régimen establecido<sup>37</sup>, y la exclusión de la atribución compartida del régimen de convivencia en caso de que uno de los progenitores esté incurso en un proceso penal contra el otro, incluyendo las situaciones de violencia doméstica y de género.

---

<sup>37</sup> Se ha eliminado la propuesta del anteproyecto de ley relativa de la exigencia de ratificar anualmente dicho régimen, al menos hasta que el menor o la menor cumpla los dieciséis años, a la vista de los informes pertinentes.

### 3.3.4. *Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, aprobada por el Parlamento de Navarra*

El Parlamento de Navarra acaba de aprobar también una ley foral sobre custodia de los hijos en el supuesto de ruptura de la convivencia de sus padres<sup>38</sup>. El objeto de esta ley foral sobre custodia compartida, muy similar a la aragonesa, es corregir el carácter excepcional que presenta<sup>39</sup>, «apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores». En este sentido, señala el artículo 3.4 que: «En cualquier caso, la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos».

La redacción de su artículo 3 es casi idéntica al artículo 6 de la ley aragonesa, aunque presenta una relevante particularidad. Considera al modelo de custodia compartida e individual en un plano de equidad, permitiendo que sea el juez el encargado de decidir cuál es la más idónea en cada caso concreto sometido a su enjuiciamiento<sup>40</sup>. Todo ello dando prioridad al «interés» de los hijos menores o incapacitados y «conciliando», cuando sea posible, las querencias de los padres. En este sentido, dispone el artículo 3.2: «En el caso de que la solicitud se realice por uno solo de los padres, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos».

En cuanto a los factores a considerar por parte del juez, añade dos criterios nuevos respecto a los recogidos por la ley aragonesa: «La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas» [apdo. b) del art. 3.3], y «los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado» [apdo. g)].

La ley estipula que, si se decide la custodia individual, el otro progenitor deberá tener garantizado el ejercicio de las facultades y deberes propios de la patria potestad que tenga atribuidos conforme a la Ley 63 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. No obstante, no procederá la atribución de la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando se esté incurso en un proceso

<sup>38</sup> En este caso, el Consejo de Navarra había dictaminado que la Comunidad Foral de Navarra era competente para legislar respecto a una proposición de ley foral sobre custodia compartida.

<sup>39</sup> La redacción de la exposición de motivos no es clara al afirmar que pretende «corregir estos supuestos», cuando señala que: «En los supuestos de ruptura de la convivencia, la guarda y custodia de los hijos comunes es uno de los asuntos más delicados a resolver. La regulación actual contenida en el Código Civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres, condicionándose al informe favorable del Ministerio Fiscal. La presente ley foral pretende corregir estos supuestos».

<sup>40</sup> Se rechazaron expresamente las enmiendas presentadas por el G.P. Nabai y la A.P.F., en el sentido de reconocer la custodia compartida como modelo preferente. Publicación de las enmiendas en BOPN, núm. 13, de 21 de febrero de 2011.

penal o existan «indicios fundados de criminalidad o violencia doméstica o de género». Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán «revisables» una vez que la resolución adquiera firmeza.

Finalmente, la ley señala, en su disposición final primera, que en el plazo de un año desde su entrada en vigor, y previo informe del Consejo Asesor de Derecho Civil Foral, el ejecutivo foral presentará ante el Parlamento un proyecto de ley de modificación del Fuero Nuevo de Navarra en materia de Derecho de familia. Se entiende que la custodia de los hijos y otras cuestiones conexas deben estar integradas en el Fuero Nuevo, que a su vez necesita adaptar la regulación del Derecho de familia a los nuevos tiempos. Además, en el plazo de seis meses el Gobierno de Navarra deberá aprobar un decreto foral para regular la organización, funcionamiento, competencias y atribuciones de los servicios de mediación familiar.

### *3.3.5. Algunas reflexiones respecto a la regulación foral de esta materia*

Estas iniciativas legislativas forales no eran necesarias para admitir la custodia compartida puesto que el artículo 92.8 del Código Civil ya establece la posibilidad de que se pueda acordar esta modalidad de custodia. Cuestión distinta es que se establezcan ciertos requisitos que deben considerarse en cuanto puedan suponer una mayor garantía de los intereses del menor.

Ahora bien, la problemática que plantean estas leyes es triple. Por un lado, introducen modificaciones al propio Código Civil, concretamente a los artículos 92, 96 y 97; por otro lado, ocasionan en determinadas comunidades como la valenciana una posible extralimitación de competencias, a tenor del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución y de sus Estatutos de Autonomía; y por último, no se ha evaluado suficientemente el impacto de su aplicación práctica respecto a la intervención de los órganos judiciales y de los servicios psicosociales (algunos juzgados, que ya se encuentran alarmados ante la entrada en vigor de una ley que amenaza con colapsar los juzgados de familia, pues la modificación de la norma augura una más que previsible avalancha de peticiones de revisión de las medidas adoptadas anteriormente <sup>41</sup>).

Además de estas objeciones, se está produciendo una regulación dispar en los distintos ordenamientos forales sobre una cuestión de política familiar absolutamente relevante, por lo que entendemos que debería impulsarse una modificación común para todos los ciudadanos.

## **4. LEGISLACIÓN COMPARADA EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO EUROPEO**

El presente trabajo constituye una aproximación al estudio de diferentes legislaciones pertenecientes a los países de la Unión Europea por entender que presentan, en general, un modelo de

<sup>41</sup> <http://www.lasprovincias.es/comunitatvalenciana/safor/> (Noticia en Las Provincias de 14 de abril de 2011).

bienestar social similar al de nuestro país. La pretensión de este epígrafe es analizar y comparar estos sistemas para efectuar una reflexión y análisis que nos permita conocer las ventajas e inconvenientes de cada uno de sus sistemas normativos, así como poder establecer aquellos parámetros que puedan ser comunes en todos ellos, para poder poner de manifiesto cómo la Europa del bienestar realiza esfuerzos diferentes a la hora de proteger a los menores a través de sus regulaciones en caso de separación o divorcio de los padres, o de ruptura de las parejas.

El estudio solo abarca a los países que tienen una regulación específica de la custodia compartida, que son Francia, Italia, Bélgica, Inglaterra y Gales, y República Checa y Suecia.

#### 4.1. Legislación francesa

La legislación francesa realiza en el Código Civil una detallada regulación de la custodia compartida en los artículos 373-2-6 a 373-2-13, introducidos por la Ley 305, de 4 de marzo de 2002, sobre la autoridad parental. El legislador francés no emplea la terminología de custodia compartida, sino el de coparentalidad<sup>42</sup>. Los fundamentos de la ley son el de anteponer el interés superior del niño a cualquier otro, igualar la responsabilidad parental entre los progenitores y promover la coparentalidad para permitir a padres y madres establecer un equilibrio entre la vida personal, social y profesional<sup>43</sup>.

Esta ley concede prioridad al convenio presentado por los padres y, en caso de desacuerdo de estos, a las fórmulas de mediación (a instancias del propio tribunal). Los preceptos incorporados a la regulación francesa prevén la custodia alterna, si bien con la obligación de los padres de presentar un plan de corresponsabilidad («coparentalidad») que el juez podrá aprobar o rechazar. En este sentido, al igual que en nuestro país, los padres también pueden solicitar la homologación judicial de un acuerdo en caso de divorcio, en el que se pueden incluir no solo la contribución a la manutención y a la educación del niño, sino también las modalidades de ejercicio de la patria potestad y la residencia del menor. El juez homologará el acuerdo, a menos que considere que no protege suficientemente el interés del niño o que el consentimiento de los padres no haya sido libre.

El legislador establece, además, que la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los padres, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos (por ejemplo: una semana,

<sup>42</sup> Aunque el objetivo es el mismo, es decir, alternar en el cuidado de los menores (ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres» en ZARRALUQUI *et al.*, *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 104 y 105).

<sup>43</sup> «En nombre del interés del niño, la custodia compartida se ha considerado durante mucho tiempo con desconfianza, no solo por parte de los jueces, sino también de los psicólogos y los trabajadores sociales. Esa situación ha cambiado, como demuestra la Sentencia del 24 de febrero de 1999 del Tribunal de Apelación de París, según la cual el sistema clásico de residencia principal y derecho de visita contribuye a "debilitar el vínculo entre el hijo y el progenitor con el que no vive a diario", por lo que la residencia alterna es "la condición de una coparentalidad real y el elemento fundamental para luchar contra la precarización de una u otra de las funciones parentales"» («Débats parlementaires sur l'autorité parentale République Française», disponible en [http://residencealternee.free.fr/debats\\_parlementaires.doc](http://residencealternee.free.fr/debats_parlementaires.doc)).



un mes o un curso escolar en uno y en otro). En este sentido, en caso de conflicto sobre la elección de la residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una alternancia de residencia durante un plazo determinado <sup>44</sup>. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia del niño en el domicilio de cada uno de los padres o en el domicilio de uno de ellos (art. 373-2-9). En caso de desacuerdo, el juez tratará de conciliar a las partes y proponerles una medida de mediación mediante la designación de un mediador familiar (art. 373-2-10).

El legislador francés establece ciertos criterios a tener en cuenta: la práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad; los sentimientos expresados por el niño; la aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro; el resultado de los informes periciales que hayan podido efectuarse, teniendo en cuenta particularmente la edad del niño; y los datos de las encuestas y contraencuestas sociales previstas que hayan podido llevarse a cabo (art. 373-2-11).

## 4.2. Legislación italiana

En Italia, el artículo 317.2 de su Código Civil establece que en caso de separación, divorcio o nulidad, como regla general, la «potestà genitoriale» se otorga a ambos progenitores. Si los padres acuden a los tribunales, en caso de desacuerdo sobre la custodia de los hijos, el juez puede optar por decidir a cuál de los cónyuges concede la custodia y la extensión del ejercicio del derecho de visita del otro cónyuge; o también puede decidir la custodia compartida o la custodia alterna.

En relación a la custodia («affidamento»), la Ley 54/2006, de 8 de febrero, de disposiciones en materia de separación de los padres y custodia compartida de los hijos, señala que el juez prioritariamente debe valorar la posibilidad de que los hijos menores sean confiados a los dos padres <sup>45</sup>. Modifica el Código Civil (concretamente su art. 155), reconociendo el derecho del hijo a mantener una relación equilibrada y continuada con cada uno de ellos, y a recibir el cuidado, la educación y la instrucción por parte de ambos y de mantener relaciones significativas con los parientes de ambas familias (del padre y de la madre) <sup>46</sup>. En relación al primer punto, faculta al juez a adoptar las medi-

<sup>44</sup> «Responsabilidad parental - Francia», Red Judicial Europea, disponible en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_fra\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_fra_es.htm)

<sup>45</sup> Señala CARMONA que «se trata de una ley de extraordinaria relevancia, puesto que procede a instaurar una filosofía completamente nueva en la materia regulada. En efecto, de un sistema regido por el principio de atribución individualizada de la custodia de los hijos a uno de los progenitores separados (*unigenitorialità*), se pasa a introducir otro diverso en el que se apuesta, como norma general, por la custodia compartida (*bigenitorialità*). De este modo, desaparecen las sustanciales diferencias preexistentes respecto al estatus de los padres excluidos de la custodia» (CARMONA CONTRERAS, A.M.<sup>3</sup>: «Italia (2005-2006)», *Revista General de Derecho Constitucional*, Iustel, núm. 2, 2006 [Recurso electrónico]).

<sup>46</sup> La ley modifica el artículo 155 del Código Civil italiano, estableciendo que la responsabilidad parental será ejercida por ambos progenitores. En este sentido dispone que «el hijo tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continuada con cada uno de ellos, tiene derecho a recibir el cuidado, la educación y la instrucción por parte de ambos y de mantener relaciones significativas con los parientes de ambas familias (del padre y de la madre). En relación al primer punto, el juez adopta las medidas relativas al hijo con exclusiva referencia al interés moral y material del niño. Tiene en cuenta prioritariamente la posibilidad de que se otorgue la custodia del menor a ambos padres o establece a quién de los dos le sea otorgada, determina los tiempos y el régimen de visitas de cada padre...».

das relativas al hijo con exclusiva referencia al interés moral y material del niño. La ley tiene en cuenta prioritariamente la posibilidad de que se otorgue la custodia del menor a ambos padres o establece a quién de los dos le sea otorgada, determina los tiempos y el régimen de visitas de cada padre, fijando además la medida con la cual cada progenitor tiene que contribuir al mantenimiento del sustentamiento del hijo de ambos, a su cuidado, a su instrucción y su educación. Esta custodia compartida será decidida por el juez en los casos en que se considere que es beneficiosa para los intereses del menor, teniendo en cuenta su edad <sup>47</sup>.

El legislador introduce la figura de la mediación para solventar los conflictos a la hora de establecer el régimen de custodia en interés del menor e, incluso, permite al juez demorar la adopción de las medidas del artículo 155 del Código Civil, para que las partes puedan, con ayuda de expertos y expertas en la mediación, lograr un acuerdo <sup>48</sup>.

### 4.3. Legislación belga

En Bélgica, al igual que en los otros Derechos analizados, ambos progenitores, con carácter general, ostentan la titularidad conjunta de las responsabilidades parentales sobre el menor (art. 373 del Código Civil belga). Dicha situación también se da en caso de separación personal, divorcio o nulidad del matrimonio (art. 374.1) <sup>49</sup>.

La Ley de 18 de julio de 2006 se refiere al alojamiento de los niños prioritariamente igualitario («résidence égalitaire»). Tras la reforma, el artículo 374 del Código Civil permite que, a falta de acuerdo, el tribunal examine con carácter prioritario la posibilidad de fijar el alojamiento del menor «de forma igualitaria entre el padre y la madre, siempre y cuando sea solicitado por uno o una de los progenitores» <sup>50</sup>. Ahora bien, en el caso de que se considere que esa fórmula no sea la más adecuada, mediante una resolución motivada, optar por una residencia no igualitaria.

Además, la ley promueve el recurso a la mediación, intentando el juez que se consiga una conciliación entre las partes previo acuerdo de estas (art. 1.734 del Code judiciaire). El mediador tratará de conseguir un acuerdo total o parcial, y el juez solo podrá negarse a su aprobación si resulta con-

<sup>47</sup> El artículo 155-bis prevé la posibilidad de que la custodia sea otorgada a uno solo de los padres «en caso de que considere, con medida motivada, que la custodia al otro progenitor pueda perjudicar el interés del menor. Cada uno de los padres, en cualquier momento, puede pedir la custodia exclusiva cuando existan las condiciones presentes en primer punto. El juez, si acepta la demanda, puede otorgar la custodia exclusiva al progenitor en manera inmediata, salvaguardando los derechos del menor presentes en el primer párrafo del artículo 155. Si la demanda resulta sin fundamento, el juez tendrá en cuenta la actitud del progenitor demandante para determinar las medidas a adoptar en el interés de los hijos, sin modificar la aplicación del artículo 96 del Código Civil».

<sup>48</sup> PÉREZ-VILLAR, R. (Coord.): *Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Themis. Asociación de Mujeres Juristas, 2007, pág. 48.

<sup>49</sup> Las principales normas relativas a la patria potestad o autoridad parental se encuentran recogidas en el Código Civil belga, en los artículos 371 a 387 ter.

<sup>50</sup> PÉREZ-VILLAR, R. (Coord.): *Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, op. cit., pág. 30.

trario al orden público o si el acuerdo obtenido a través de una mediación familiar es contrario al interés de los hijos <sup>51</sup>.

#### 4.4. Inglaterra y Gales

Según la sección segunda del Children Act de 1989, tras la reforma operada por la sección undécima de la Adoption and Children Act de 2002, la madre siempre ostenta la responsabilidad parental, salvo que el padre esté casado con la madre cuando nazca el niño o conste su paternidad en el certificado de nacimiento <sup>52</sup>.

La ruptura de la pareja, al igual que sucede en los otros (y nuestro) ordenamiento, no afecta a la titularidad ni al ejercicio de las responsabilidades parentales y, en caso de desacuerdo sobre la custodia del menor, en la demanda de divorcio, nulidad o separación judicial, deberá acompañarse una propuesta de convenio sobre la residencia, educación, cuidado y mantenimiento del menor, que deberá resolverse judicialmente.

En el derecho inglés, el concepto de «custodia» ha sido absorbido por otro que se considera más amplio, el de responsabilidad parental <sup>53</sup>. El juez podrá adoptar un régimen de visitas («contact order») o de custodia del menor («residence order»). Dicha custodia puede establecerse a favor de uno de los progenitores o de los dos, especificando, en tal caso de («share residence»), los periodos de tiempo de residencia con cada uno (sección 11, punto número 4). Para tomar esa decisión, el juez tiene en consideración los siguientes criterios:

- a) *Los deseos y sentimientos del y de la menor, partiendo de su edad, capacidad y madurez.*
- b) *Sus necesidades físicas, emocionales y educativas.*
- c) *Los efectos que el cambio de circunstancias pueda tener sobre el o la menor.*
- d) *La edad, sexo, antecedentes y cualquier otra característica del y de la menor que el juzgado entienda relevante.*
- e) *Cualquier daño que haya sufrido o pueda llegar a sufrir el o la menor.*
- f) *La capacidad de cada uno de los progenitores y cualquier otra persona que tenga encomendada la satisfacción de las necesidades del o de la menor.*

<sup>51</sup> «Responsabilidad parental - Bélgica», Red Judicial Europea, disponible en [http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_bel\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_bel_es.htm)

<sup>52</sup> Desde el 1 de diciembre de 2003, los padres solteros que inscriben a sus hijos en el registro junto con la madre obtienen la responsabilidad parental («Responsabilidad parental - Inglaterra y País de Gales», Red Judicial Europea, disponible en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_eng\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_eng_es.htm)).

<sup>53</sup> PÉREZ-VILLAR, R. (Coord.): *Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, op. cit., pág. 42.

#### 4.5. República Checa

El Código checo sobre la Familia aprobado por la Ley número 94/1963, reformado posteriormente por distintas leyes, atribuye la responsabilidad parental, en su artículo 34, a ambos progenitores, siempre que estos estén en plena posesión de su capacidad para realizar actos jurídicos. El artículo 25 de dicho Código coloca el interés del menor por encima del derecho de divorcio de sus progenitores, pues no permite la disolución del matrimonio hasta que adquiera firmeza la resolución judicial relativa a la regulación de la situación de los hijos menores.

El legislador dota de libertad a los progenitores para acordar un sistema de custodia más conveniente a los intereses de la familia, que deberá ser aprobado judicialmente. Si los padres no llegan a un acuerdo en los temas esenciales del ejercicio de la responsabilidad parental, será el tribunal quien decida. A la hora de valorar los intereses del hijo, el tribunal tiene sobre todo en cuenta su personalidad, la capacidad de sus padres para educarlo y otros factores pertinentes. Si ambos padres son capaces de cuidar del hijo y ambos están interesados en ocuparse de él, el tribunal puede darles la custodia conjunta o alterna a ambos, si ello conviene al menor y si se satisfacen así mejor sus necesidades<sup>54</sup>. El artículo 26.4 dispone una serie de consideraciones a tener en cuenta por el juzgador que, en definitiva, se identifican con el interés del menor:

«Al decidir sobre la guarda y custodia de los progenitores el juez tendrá en cuenta en primer lugar el interés del menor, su personalidad, en especial sus intereses, talento, aptitudes y capacidades educativas, observando a su vez las necesidades vitales de los progenitores. Cuidará de que respete el derecho del niño a estar al cuidado de ambos progenitores y el mantenimiento del contacto personal regular con ellos y el derecho del otro progenitor, que no ostente la guarda y custodia, a una regular información sobre el niño. El juez tendrá en cuenta asimismo la orientación sentimental del niño y el ambiente en el que se mueva el niño, la capacidad educativa y responsabilidad de los progenitores, la estabilidad del futuro ámbito de educación, las aptitudes del progenitor para llegar a acuerdos con el otro sobre las cuestiones relacionadas con la educación del niño, los lazos sentimentales del niño con sus hermanos, abuelos y otros familiares, así como las garantías materiales, incluidas las circunstancias relacionadas con la vivienda»<sup>55</sup>.

El párrafo 5.º del artículo 26 de Código de Familia ofrece especial consideración a la hora de acordar la custodia a la situación anterior, es decir, qué progenitor se ha ocupado del cuidado habitual del menor, así como «su dedicación sentimental, racional y moral»<sup>56</sup>.

En el caso de que el tribunal opte por el régimen de guarda alterna, definirá los derechos y obligaciones correspondientes a estos periodos, resultando esencial que los padres vivan cerca uno del otro, especialmente para facilitar la asistencia al colegio<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> «Responsabilidad parental - República Checa», Red Judicial Europea, disponible en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_cze\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_cze_es.htm)

<sup>55</sup> PÉREZ-VILLAR, R. (Coord.): *Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, op. cit., pág. 51.

<sup>56</sup> Íd. ib.

<sup>57</sup> «Responsabilidad parental - República Checa», op. cit.

#### 4.6. Legislación sueca

En Suecia, el 1 de octubre de 1998, se modificaron las disposiciones del Código de los Niños y los Padres relativas a la custodia, señalando que la consideración fundamental en las decisiones sobre cualquier arbitraje relacionada con la custodia será «el mejor interés del menor» (según el cual el niño ha de compartir su tiempo de residencia y contacto con ambos padres). Ese interés es el que posibilita que el juez pueda decidir la custodia compartida o, lo que es más novedoso, rechazar la disolución de esa custodia por considerar que no coincide con el mejor interés del niño. Si los padres tienen la custodia compartida, el tribunal podrá decidir dónde vivirá el niño (con uno de los padres o, de modo alternativo, con ambos) siempre atendiendo al interés superior del niño. Si existe acuerdo sobre la residencia del niño, los padres podrán también suscribir un acuerdo y ser aprobado por el Comité municipal de Bienestar Social <sup>58</sup>.

#### 4.7. Análisis comparativo y consideraciones finales

Francia, Italia, Bélgica, Suecia, Inglaterra, Gales, República Checa son los países de nuestro entorno que admiten y regulan expresamente la custodia compartida. En todos ellos se consagra el *favor filii*, esto es, la protección del interés superior del menor. Estos sistemas jurídicos permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor. Precisamente, acogiendo ese principio, esas legislaciones se encaminan, en general, a definir el interés del menor como el derecho de estar de forma equitativa e igualitaria con ambos padres en casos de ruptura de pareja (custodia compartida o conjunta, o corresponsabilidad parental), aunque la manera de configurar este modelo presenta diferencias.

No en todos los ordenamientos se contemplan una serie de criterios que han de valorarse a la hora de acordar esta modalidad de custodia. De este modo, por ejemplo, la legislación belga, italiana o la sueca no recogen en la norma ninguna circunstancia de obligada consideración por parte del juez, utilizando la expresión general de «mejor interés del menor». Por otro lado, algunas legislaciones sí adoptan criterios para determinar dicho interés, como sucede en el Code Civil francés, en la Children Act inglesa o el Código sobre la Familia checo. Si bien, se utilizan distintos métodos y se consideran distintas circunstancias para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso.

Dicho esto, en ninguno de estos ordenamientos analizados existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Y, por otro lado, debemos resaltar que, en general, las reformas operadas han apostado por impulsar la figura de la mediación familiar.

<sup>58</sup> «Custodia, residencia y contacto» (<http://www.ccpmi.eu/cop/suecia.htm>).

Los legisladores europeos también se posicionan en contra de la custodia compartida cuando uno de los progenitores sea condenado por un delito de violencia intrafamiliar, incluso adoptan medidas cautelares en este sentido hasta que existe una sentencia absolutoria <sup>59</sup>.

## 5. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ADMISIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA: CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN

La inclusión expresa de la custodia compartida en el Código Civil por la Ley 15/2005, como ya se ha dicho, ha ocasionado que los tribunales hayan comenzado a adoptar este tipo de custodia con más asiduidad, con posterioridad a esta fecha. Por eso, conviene que al examinar la evolución jurisprudencial de la admisión de la custodia compartida, separemos dos fases o etapas diferenciadas: a) antes de la publicación de la Ley 15/2005, y b) después de modificado el Código Civil, y comprobemos cómo ha cambiado la consideración positiva o negativa de esta figura.

### 5.1. Línea jurisprudencial anterior a la Ley 15/2005 por la que se establece legalmente la custodia compartida

Como ya se avanzó en el epígrafe 3, antes de que la custodia compartida estuviera expresamente contemplada en el Código Civil, la línea jurisprudencial predominante era favorable a la atribución individual de la custodia en caso de separación o divorcio a uno solo de los cónyuges, y en la gran mayoría de los casos, a la madre <sup>60</sup>.

Hay muchos ejemplos de esta doctrina dominante en la época, en las que se aboga por una custodia individual o exclusiva en todas ellas, como exponemos a continuación. En ellas, los tribunales otorgaban la custodia individual con base en el antiguo artículo 90 del Código Civil, que admitía, como ya hemos dicho, que el cuidado de los hijos corresponda a uno solo de los cónyuges cuando «así convenga a los hijos». Luego, el criterio del beneficio del menor era determinante a la hora de otorgar la custodia individual y en favor de quién, pues era necesario discernir qué era lo más conveniente para el menor en estos casos. En este sentido, la STS de 17 de mayo de 1986 afirmaba que «la resolución acerca de la custodia del menor ha de atender fundamentalmente al interés del mismo dado que sus derechos y necesidad de protección y tutela exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a gozar de la consideración de Derecho público».

<sup>59</sup> Aunque haya quedado fuera de nuestro ámbito de estudio, al no encontrarse entre los países de la Unión Europea, resulta interesante el sistema noruego, que permite que se otorgue la custodia exclusiva al progenitor inocente si ha cometido una falsa acusación y es procesado por ello ya que evidencia un comportamiento inadecuado como buen educador.

<sup>60</sup> En este sentido, la custodia compartida ha sido escasamente acordada por los tribunales antes de la actual regulación, aunque el artículo 92 del Código Civil no preveía esa situación, tampoco la prohibía (CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guardia y custodia de hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 343). En el mismo sentido, MONTERO AROCA, J.: *Guarda y custodia de los hijos (La aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 34.

De esta forma, teniendo como base lo «más conveniente para el menor», la jurisprudencia ha atribuido la custodia a la madre por entender que es más idónea que el padre, teniendo en cuenta únicamente la edad y sexo de las dos hijas, basado en un informe pericial (STS de 22 de mayo de 1999); igualmente ha atribuido la custodia en función de quien ofrezca mejores garantías para satisfacer las necesidades materiales de los hijos, en concreto, a quien tenga más estabilidad laboral (SSAP de Barcelona, de 21 de noviembre de 1996, y Navarra, de 29 de enero de 1993); otro criterio de atribución era el procurar que los menores no sufrieran cambios traumáticos en cuanto al colegio, población o ambiente (SSAP de Huesca, de 2 de diciembre de 1996; Valencia, de 29 de abril de 1988); la disponibilidad horaria del progenitor para el cuidado de los hijos (SSAP de Murcia, de 11 de marzo de 1994; La Coruña, de 27 de noviembre de 1996; y Bilbao, de 23 de mayo de 1988); la relación de los hijos con la nueva pareja del progenitor (SSAP de Las Palmas, de 29 de julio de 1994, y de Huesca, de 2 de diciembre de 1996); la edad de los hijos, pues si los hijos son de muy corta edad se suelen atribuir a la madre (SSAP de Barcelona, de 4 de marzo de 1996, y Valencia, de 18 de julio de 1994 y 29 de abril de 1988); es irrelevante para la atribución que el cónyuge haya sido encontrado culpable de la crisis matrimonial (SSAP de Guadalajara de 26 de enero de 1995); el alcoholismo de la madre debería ser causa de atribución de la custodia al padre, pero en el caso concreto, al estar ausente por su profesión el padre, y los esfuerzos de la madre por salir de su situación, y estar pendiente de sus hijos, se otorga esta a la madre (SAP de Pamplona, de 3 de noviembre de 1988).

A la vez, el otro criterio para tener en cuenta en la atribución de la custodia era el no «separar a los hermanos» (antiguo art. 90.2 CC). En este sentido, rige el criterio general de que no deben separarse los hermanos, quedando unos bajo la custodia del padre y otros bajo la de la madre a no ser que se justifique que esta opción es la mejor para los hijos (SSAP de Soria, de 8 de abril de 1996 y Barcelona, de 21 de noviembre de 1996).

En esta etapa hasta existen sentencias en las que no solo se opta por una custodia individual, sino que subrayan los efectos negativos de la custodia compartida. En concreto, la SAP de Valencia, 2 de marzo de 1991, mantuvo que «desde un punto de vista psicológico y pragmático, esta solución que ahora se patrocina –la custodia compartida– sería previsiblemente perjudicial para los menores, sometidos a toda inseguridad y abocados a una verdadera inestabilidad de vida y emocional, en función de actitudes temporalmente coincidentes en cada uno de los padres sobre ellos y previsiblemente contradictorias de la autoridad del otro progenitor». En el mismo sentido de no aceptar la alternancia de los progenitores en la guarda se manifiestan las SSAP de Valencia, de 17 de septiembre de 1992, y Cuenca, de 30 de septiembre de 1996.

No obstante, aunque se sigue optando por la custodia individual al considerarla más beneficiosa para el menor, en los últimos años de esta etapa se observa al menos un aumento significativo del régimen de visitas del padre no custodio, lo que indica un cambio de tendencia en la consideración de la custodia por los tribunales (SSAP de Valencia, de 12 de julio de 2005; Barcelona, de 26 de abril y 1 de junio de 2004; Las Palmas, de 17 de mayo de 2004) <sup>61</sup>.

<sup>61</sup> Como afirma TAMAYO, «con este sistema, si bien se ha conseguido un logro loable, cual es el reparto de los tiempos de convivencia, sin embargo, no se ha dado el paso definitivo de repartir también las responsabilidades; y ello con una consecuencia fundamental: se consigue la presencia física del padre visitante, pero sigue siendo el padre custodio el

De todas formas, y como ya se explicó en el apartado 3, también en esta época anterior a la Ley 13/2005 empiezan a surgir voces de los tribunales, optando por una custodia compartida, por considerar que es lo mejor para el menor, y siempre buscando su beneficio en circunstancias concretas, como ya se explicó, eso sí, en la mayoría de los casos cuando haya sido consentida por ambos cónyuges (SSAP de Valencia, de 2 de febrero de 2000; Castellón, de 14 de octubre de 2003; Cuenca, de 28 de febrero de 2003; Córdoba, de 26 de junio de 2000; Girona, de 9 de febrero de 2000, 2 de diciembre de 2003 y 20 de octubre de 2004; Madrid, 8 de marzo de 2002, entre muchísimas otras), y muy pocas optan por este modelo cuando se trate de un procedimiento contencioso (SAP de Barcelona, de 22 de junio de 2005).

Es decir, se están sentando las bases de un cambio en los criterios de atribución de custodia, inclinándose hacia la posibilidad de la custodia compartida, en detrimento de la regla general de la custodia exclusiva.

Estos tímidos avances adquirirán importancia tras el cambio legislativo.

## 5.2. Línea jurisprudencial tras la admisión en el Código Civil de la custodia compartida

Con el nuevo artículo 92 del Código Civil, el juez puede atribuir la custodia compartida en caso de separación, divorcio o nulidad, siempre que se den los requisitos legalmente establecidos para ello (solicitud de los padres, o de uno de ellos con informe del Ministerio Fiscal, audiencia de los menores si tuvieran juicio suficiente, y siempre en interés del menor).

Los tribunales, ahora sí, disponen de un precepto legal expreso que aplicar y en el que amparar sus decisiones de atribución de la custodia compartida.

Sin embargo, no será hasta la STS de 8 de octubre de 2009 cuando se aprecie un cambio importante en la línea jurisprudencial hasta entonces establecida.

Es decir, a pesar de la modificación legal, durante ese periodo de tiempo la custodia compartida se ha seguido atribuyendo de forma excepcional, probablemente, como indica GUILARTE, por faltar unos criterios legales de atribución de la misma, que no se establecieron en la reforma de 2005, y establecer nuestro Código Civil un sistema de custodia compartida «subsidiario, y excepcional, a rodearlo de numerosas cautelas y exigencias, primando al modelo de guardia exclusiva»<sup>62</sup>.

---

encargado de forma exclusiva del control y educación, sigue siendo el deudor de alimentos y el que tiene que abandonar el domicilio familiar» (TAMAYO HAYA, S.: «La custodia compartida como alternativa legal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, 2007, págs. 667-709).

<sup>62</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: «Criterios de atribución de la custodia compartida», en *InDret*, 3/2010, disponible en [http://www.indret.com/pdf/753\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf), pág. 6.



No obstante, en estos primeros años, sí se aprecia tímidamente un aumento de resoluciones favorables a la custodia compartida. Por lo menos, se pone de relieve en varias sentencias que la custodia individual o exclusiva ya no es lo más favorable para el menor. En este sentido la SAP de Alicante de 3 de marzo de 2005 y SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006 afirman que «el régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con solo uno de ellos provoca que tome a este como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor».

En estos años, de igual modo, encontramos resoluciones, en las que se ponen de manifiesto las ventajas de la custodia compartida, aunque todavía no sea el tipo de guarda que se aplica como preferente. Por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008 recoge en su fundamento quinto que la llamada «custodia compartida» o conjunta por ambos progenitores presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial, en la medida en que evita la aparición de los «conflictos de lealtades» de los menores para con sus padres, favorece la comunicación de estos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos –tampoco puede afirmarse que las acentúe– y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos, ni culpables e inocentes, y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno-filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos.

En el mismo sentido, resulta clarificadora la enumeración de efectos positivos contenida en la SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, conforme a la cual: «a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc.; c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; g) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas

de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor».

Sin embargo, a pesar de estos significativos avances, en la mayoría de los casos se seguía atribuyendo una custodia individual, con tendencia a ampliar el régimen de visitas del no conviviente, pero sin que la custodia compartida sea modelo preferencial en ningún caso, debido a las propias dificultades, o más bien carencias legales, existentes como son los criterios de atribución, tal como ya hemos dicho.

La STS de 8 de octubre de 2009 inicia una nueva línea jurisprudencial respecto a la atribución de la custodia compartida<sup>63</sup>. La importancia de esta sentencia es que aboga por considerar la custodia compartida como opción importante siempre que se den las circunstancias adecuadas para ello, y establece o recoge una serie de criterios de atribución, que deben ser tenidos en cuenta por los jueces en su decisión, lo cual supone un avance significativo. En concreto, esta sentencia señaló que «[...] el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican». A continuación, después de acudir al Derecho comparado, llega a la conclusión que se están utilizando 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 y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, argumentos que ya habían sido utilizados en la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, esta vez como *obiter dicta*, y considera que son los que deben servir al juez para tomar su decisión.

La doctrina de esta sentencia se repite por las STS de 10 y 11 de marzo de 2010, en el mismo sentido de establecer unos criterios fiables que faciliten al juzgador la atribución de un modelo u otro, y abogando por la custodia compartida cuando fuera lo más beneficioso para el menor; pues no se puede olvidar que este sigue siendo el criterio más importante a la hora de decidir. En concreto, recogen los mismos criterios de atribución transcritos, añadiendo de forma expresa que «estos criterios deberán ser tenidos en cuenta para valorar la conveniencia o no de la guarda y custodia compartida solicitada al recurrente». Y la STS de 11 de marzo de 2010 insiste en la misma idea al añadir «criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en los que los progenitores no estén de acuerdo en las medidas a adoptar».

<sup>63</sup> En este sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: «Criterios de atribución de la custodia compartida», *op. cit.*, págs. 1-19.

Es importante señalar que esta última sentencia también considera que la custodia compartida nunca puede considerarse como «un premio o castigo» para el progenitor que mejor se haya comportado en la crisis, sino «en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor».

Por lo tanto, se establecen unos criterios abiertos para la atribución de la custodia compartida, que en todo caso deberán analizarse en el caso concreto y siempre teniendo en cuenta el interés del menor. Hay un gran margen todavía de discrecionalidad del juzgador, pero al señalarse unos criterios base, se facilita esta toma de decisión, que siempre ha de fundarse en esos criterios fiables.

Confirmando esta doctrina, de la necesidad de fundar la atribución de la custodia en unos criterios-base, y subrayando la necesidad de que la custodia compartida se establezca siempre en interés del menor, encontramos la STS de 1 de octubre de 2010 que repite que la medida de guardia y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, siendo este el criterio fundamental para tomar esta decisión y, en base a ello, anula la sentencia que revocó la custodia compartida acordada en primera instancia. Señala que si bien los padres no adoptaron este acuerdo en el convenio regulador, las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello por lo que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor no rige el principio dispositivo. Por último, constata que se obvió el informe emitido en segunda instancia por los servicios psicosociales, que concluía que no solo había funcionado correctamente la guarda y custodia compartida desde la ejecución de la sentencia dictada en primera instancia, sino que aconsejaba seguir manteniéndola. Por ello, a la vista de dicho informe y del favorable emitido por el Ministerio Fiscal, el Supremo acuerda el sistema de guarda y custodia compartida del hijo.

Se pone de manifiesto la importancia de los informes técnicos psicológicos, en los que el juez debe apoyarse para valorar la situación real y tomar una postura, aunque en ningún caso, como dice esta sentencia, son vinculantes.

A la vista de estos últimos pronunciamientos judiciales, tampoco puede decirse que hoy el modelo de custodia compartida sea preferente, pero sí se ha facilitado su aplicación, y parece que aumentan las sentencias que lo reconocen<sup>64</sup>. De estas sentencias y otras anteriores puede decirse que la gran labor de los tribunales está siendo la de establecer los criterios de atribución, que debería haber recogido la ley, y que es la aplicación de los mismos al caso concreto y considerando qué es lo más beneficioso para el menor, los que deben ayudar a tomar la decisión de la custodia compartida, que como vemos, en ningún caso se establece como preferente, o por defecto.

Estos criterios, y reproduciendo lo que establece GUILARTE<sup>65</sup> en este punto, podemos decir que los principales criterios de atribución jurisprudenciales de la custodia compartida son:

<sup>64</sup> De las SSTs que se acaban de analizar, otorgan la custodia compartida la de 8 de octubre de 2009, 1 de octubre de 2010, 11 de marzo de 2011, y la rechaza la STS de 10 de marzo de 2010.

<sup>65</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: «Criterios de atribución de la custodia compartida», *op. cit.*, págs. 13-18.

1. Aptitudes personales de los padres, entre las que se señalan las siguientes:
  - a) Su capacidad para mantener acuerdos y de corresponsabilidad parental (SSAP de Córdoba, de 31 de octubre de 2007; Valencia, de 12 de junio de 2007, Madrid, de 5 de febrero, 9 de marzo y 3 de septiembre de 2007; Alicante, de 6 de mayo de 2007, entre otras muchas).
  - b) Capacidad para mantener un modelo educativo común (SSAP de Valencia, de 22 de julio de 2005; o Madrid, de 26 de julio de 2007).
  - c) Baja conflictividad de los padres (SSAP de Barcelona, de 13 de febrero de 2007; Segovia, de 9 de febrero de 2007; Cartagena, de 13 de febrero de 2007 y muchas otras).
  - d) La previa relación previa y coetánea a la ruptura de los padres con sus hijos (SAP de Las Palmas, de 26 de julio de 2007).
2. La cercanía de los domicilios de los padres, pues así se garantiza un entorno estable para el menor (SSAP de Sevilla, de 12 de febrero de 2007; Alicante, de 22 de febrero de 2007; Barcelona, de 17 de abril de 2007; Zaragoza, de 12 de diciembre de 2007).
3. La disponibilidad horaria de los padres para mantener relación directa con sus hijos (SAP Valladolid, de 31 de marzo de 2004).
4. Medios materiales suficientes que procuren el mantenimiento de los hijos, en similares condiciones.
5. La edad de los hijos, que ya no es criterio determinante de atribuir la custodia a la madre de los hijos más pequeños (SAP de 15 de octubre de 2003), aunque en la gran mayoría de las decisiones los hijos menores de tres años se siguen atribuyendo a la madre (SSAP de Málaga, de 16 de julio de 2003).
6. La voluntad de los menores que tengan suficiente juicio puede inclinar la decisión en un sentido u otro (SSAP de Madrid, de 8 de febrero, 15 y 29 de marzo y 11 de abril de 2007; Tenerife, de 26 de marzo y 30 de abril de 2007; Gijón, de 27 de abril de 2007; Alicante, de 4 de abril de 2007, Barcelona, de 20 de febrero y 1 de octubre de 2007, Valencia, de 1 de marzo de 2007).
7. Los informes técnicos psicológicos, que sin ser vinculantes, deben servir para la toma de decisión (SSAP de Madrid, de 22 de febrero de 2007; Valencia, de 15 de enero de 2007; Badajoz, de 15 de enero de 2007; Bilbao, de 19 de enero de 2007; Madrid, de 5, 7, 15 y 21 de febrero, 11 de abril y 27 de marzo de 2007; Oviedo, de 23 de febrero de 2007; Cádiz, de 31 de mayo de 2007; Logroño, de 13 de marzo de 2007; Alicante, de 16 de mayo de 2007 y la ya comentada STS de 1 de octubre de 2010).
8. No se puede olvidar el criterio legal de la no atribución de la custodia compartida cuando uno de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física o moral, la libertad o indemnidad sexual del cónyuge o de los hijos (art. 92.7 CC), o

cuando existan indicios fundados de violencia doméstica (art. 92.7 CC) (STSJ de Cataluña, de 31 de julio de 2008). En este sentido, la reciente STS de 11 de febrero de 2011 desestima, no ya la custodia compartida (pues se había atribuido la custodia individual a la madre), sino incluso el régimen de visitas en favor del padre no custodio, por considerar probado el tribunal la violencia de este frente a la madre y ante el Tribunal de Instancia.

En resumen, y como recogen las SSAP de Alicante, de 3 de marzo de 2005, y Córdoba, de 24 de abril de 2006, «las condiciones que se requieren para una exitosa custodia compartida son: muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores, buena comunicación y cooperación entre ellos, residencias cercanas o geográficamente compatibles, rasgos de personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles, edad de los menores y número de hermanos que permitan su adaptación, cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas, respeto mutuo por ambos progenitores, que no haya excesiva judicialización de la separación, existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padres y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres».

Como conclusión a este examen jurisprudencial, diremos que tras el análisis de las distintas sentencias que han abordado esta cuestión, la custodia compartida o exclusiva sigue siendo una cuestión que debe determinarse siempre en beneficio del menor y que, para ello, cuando su establecimiento dependa de los tribunales, estos deberán basar su decisión siempre en estos criterios más o menos abiertos, aplicados al caso concreto. En cualquier caso, su admisión legal expresa junto con el esbozo jurisprudencial de los criterios generales han facilitado su atribución, aunque sigue sin ser mayoritaria.

## **6. VENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA E INCONVENIENTES COMO MODELO PREFERENTE**

Después de haber examinado los distintos modelos de regulaciones sobre la custodia compartida, las líneas jurisprudenciales existentes y la opinión de la doctrina mayoritaria, podemos resumir cuáles son las ventajas e inconvenientes de la misma.

En los últimos años se ha abierto un intenso debate doctrinal sobre las ventajas e inconvenientes de custodia no solo por juristas sino por sociólogos y psicólogos. Únicamente existe uniformidad de criterio sobre su aplicación cuando los progenitores prestan su consentimiento a la misma bien en el convenio regulador o tras un acuerdo durante el desarrollo del proceso.

Tomando como referencia esos estudios, podemos destacar algunas conclusiones. Por un lado, de las claras ventajas de la custodia compartida y, por otro lado, de las objeciones a la custodia compartida como modelo preferente.

Entre las ventajas de la custodia compartida podemos destacar:

- Es una demanda social. Si se han compartido todas las funciones, se ve con normalidad una corresponsabilidad parental, ejerciendo ambos el cuidado de los hijos e hijas, tras la ruptura de la pareja <sup>66</sup>. En este contexto, a priori, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, no se puede establecer que un progenitor sea mejor que otro o que pueda ofrecer una mejor educación a sus hijos.
- Garantiza el derecho de los hijos y de las hijas a mantener una relación equilibrada y un vínculo continuado con ambos progenitores. En esta línea, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño obligan a los Estados partes a respetar «el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y cuidado directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés del niño».
- Garantiza el derecho-deber de los padres de proveer a la crianza y educación de los hijos e hijas en el ejercicio de la autoridad familiar. La custodia compartida garantiza una implicación máxima de cada uno de los padres en la vida del niño.
- La privación de la custodia al padre de los hijos priva a los niños de un padre y de una relación estrecha con toda la familia paterna. El que los progenitores no convivan no implica que el padre deba perder sus derechos y obligaciones respecto al hijo, y se convierta en un mero «padre de visita».
- Permitiría posicionar a ambos progenitores en situación de igualdad frente a los hijos, con el consiguiente y beneficioso impacto en la evolución educativa y evolutiva de los menores <sup>67</sup>.
- Permite una mejor aceptación de los hijos a la nueva situación familiar y se reduce la litigiosidad entre los padres. De hecho, si los padres no tienen buena relación, este modelo de custodia evita el conflicto de manera directa o encubierta. Además, evita, en mayor medida, el SAD (síndrome de alienación parental), es decir, el acoso moral al menor para interiorizar una idea negativa contra el progenitor que no tiene la custodia y que puede conllevar una ruptura del vínculo afectivo.
- La custodia monoparental, en muchos casos, se traduce en el uso exclusivo de la patria potestad porque la mayoría de los acuerdos son tomados únicamente por el custodio <sup>68</sup>.

<sup>66</sup> De esta manera, se diluye el rol tradicionalmente asignado a la mujer. En este sentido, ese rol, señala MARTÍNEZ GALLEGU, M., ha influido en los jueces y tribunales, que tradicionalmente han atribuido la guarda y la custodia de los hijos menores de edad a sus madres, convirtiendo a los padres en meros visitantes de fines de semana («Las recientes reformas del Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 265).

<sup>67</sup> En este sentido, la custodia compartida elimina la posibilidad de catalogar a los progenitores como vencedor o visitador (MARTÍNEZ GALLEGU, E.M.<sup>º</sup>: «Las recientes reformas del Derecho de Familia», en FIGUERUELO A. e IBÁÑEZ M.<sup>º</sup> L. (Eds.), *El Reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, Granada, 2006, pág. 263).

<sup>68</sup> «La igualdad que implica la cotitularidad y el coejercicio se diluye en la facultad de guarda, pues en los casos, que probablemente son mayoría, en que no sea necesario adoptar decisiones extraordinarias en relación con la vida del menor, coincidirá el contenido del ejercicio de la patria potestad con en el de la guarda, de suerte que, en la práctica, a pesar del teórico ejercicio conjunto, el progenitor custodio, en una posición de supremacía de hecho y de derecho, diseña la orientación y vida cotidiana del menor» (GUILARTE MARTÍN CALERO, C.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, 2009, pág. 86).

Existiendo todos estos aspectos favorables a la custodia compartida<sup>69</sup>, podemos indicar también objeciones a la custodia compartida cuando esta se articula como modelo preferente, entre ellas las siguientes:

- No tiene en cuenta el interés del menor<sup>70</sup>. En este sentido, debe tenerse en cuenta la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que establece como principio rector de los poderes públicos «el interés del menor y el mantenimiento de este –siempre que sea posible– en el medio familiar de origen», así como los instrumentos internacionales suscritos en defensa del menor (la declaración y la Convención de los Derechos del Niño)<sup>71</sup>.
- No es recomendable en lactantes y menores de corta edad. En este sentido, la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14.ª Sesión Plenaria de la ONU de 20 de noviembre de 1959 recuerda que, «salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre».
- Se considera que el papel de la madre es cualitativamente más necesario para los menores que el del padre cuando las dinámicas familiares han sido construidas sobre modelos tradicionales. El padre que no se ocupó nunca de los hijos antes de la ruptura, en principio no se puede presumir que lo hará con posterioridad, asumiendo dicha responsabilidad. En este sentido, no resulta recomendable como modelo general en todos los casos<sup>72</sup>.
- No es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores<sup>73</sup>. Especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al

<sup>69</sup> La STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2008, recoge diversos estudios a favor de la custodia compartida: el Informe de 1995 de la División 16 de la American Psychological Association ante la Comisión USA de Bienestar Infantil y Familiar concluía que «la custodia compartida se asocia con ciertos efectos favorables en los niños», sobre todo cuando se complementa con la mediación y los programas de educación parental, por lo que recomendaba «favorecer el incremento de la mediación, la custodia compartida y la educación de los progenitores». Lo mismo se desprende de otros estudios ampliamente difundidos, tales como el Informe Bauserman –Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review (2002)–, el Informe Kelly –Children's adjustment in conflicted marriage and divorce. A decade review of Research (2000)–, o el documento Bailly –Etat des connaissances scientifiques sur la résidence alternée (2002)–, entre otros muchos.

<sup>70</sup> El beneficio del menor debe prevalecer al interés de los progenitores. En ese sentido, siguiendo a Díez-PICAZO, «la cláusula de beneficio de los hijos supone una regla, en virtud de la cual en caso de conflicto el interés de los hijos prepondera y el interés de los padres se sacrifica y cede» (*Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 175).

<sup>71</sup> Y, añade ROGEL VIDE, «sí la custodia se comparte, el menor no tendría un hogar, sino dos, no tendría un modo de vida, sino dos, no tendría una monotonía, sino dos, siendo ello –en principio– potencialmente dramático para el menor en cuestión» («En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados: del anteproyecto al proyecto de ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación o divorcio», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2005, pág. 85).

<sup>72</sup> En este sentido, «no todas las familias, en el momento de la ruptura, presentan las condiciones materiales y psico-afectivas que aconsejan la adopción de este modelo de custodia» (GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: «Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 148).

<sup>73</sup> Diversos estudios identifican como el principal impedimento para que la custodia compartida sea la mejor opción, un elevado nivel de conflicto entre los progenitores (SOUTULLO, C. y MARDOMINGO, M.ª J.: *Manual de psiquiatría del niño y del adolescente*, Panamericana, 2010, disponible en <http://books.google.com/books?isbn=8498352290>, pág. 297). De hecho, se ha apuntado que una de las condiciones para el éxito de esta modalidad de custodia reside en un bajo nivel de conflicto entre los progenitores (CABALLERO GEA, J.A.: *Matrimonio*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 176).

enfrentamiento (STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2007), en cuyo caso la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados (ATC de 18 de julio de 2007) <sup>74</sup>.

- Existen objeciones relativas a la distancia geográfica ya que el sistema de guarda alterna cuando los domicilios están separados por una importante distancia geográfica impone a los niños una dificultad añadida que debe ser tomada en cuenta <sup>75</sup>. Se considera, en este sentido, que la residencia alternada requiere una organización que no genere demasiadas complicaciones en la vida y rutina del menor como, por ejemplo, la asistencia al colegio. Algunos autores destacan al respecto el coste de este modelo para la economía doméstica <sup>76</sup>.
- También, en esta línea, requiere de un equilibrio suficiente en la vida cotidiana del menor y de cooperación entre los padres <sup>77</sup>, requiriendo para que pueda aplicarse con éxito de tales condicionantes <sup>78</sup>.
- No debe ser impuesta por los tribunales <sup>79</sup>. En esa línea, se considera que la labor del juez no puede suponer una coacción a la voluntad de los progenitores, pues este supone un principio inspirador en el Derecho de familia <sup>80</sup>.

<sup>74</sup> Si bien, algunas sentencias matizan esta apreciación, como la SSTJ de Cataluña de 31 de julio de 2008, que señala que ello no significa que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas.

<sup>75</sup> PÉREZ SALAZAR-RESANO, M.: «Patria Potestad», en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Sepín, Madrid, 2005, pág. 197.

<sup>76</sup> En este sentido debe de considerarse «el elevado coste económico que supone a causa de la duplicación de gastos y de la generación de gastos nuevos, como el derivado de adquirir una vivienda con unas características y ubicación determinadas» (ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I.: «Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2007, pág. 20). De hecho, algún autor ha puesto de relieve que la guarda compartida, en la práctica, se acuerda en mayor medida cuando se trata de progenitores con cierto nivel cultural y económico (MONTERO AROCA, J.: *Separación, divorcio...*, *op. cit.* 2005, pág. 147).

<sup>77</sup> «Esta modalidad de custodia requiere para su éxito de especial dedicación y empeño por parte de los protagonistas de la crisis matrimonial, pues es imprescindible dotar al menor de equilibrio suficiente en su vida cotidiana. Uno de los obstáculos de la custodia compartida es la falta de espíritu cooperativo de los padres, quienes, por encima de cualesquiera otros intereses, deben velar por el bienestar emocional y físico de sus hijos» (ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I.: «Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC», *op. cit.*, pág. 20).

<sup>78</sup> ZARRALUQUI NAVARRO, aunque afirma que la regla general debería ser la custodia compartida, considera que aunque pueda aplicarse con éxito se precisa de ciertas condiciones: buen entendimiento, criterios educativos similares, los niños no sean muy pequeños, poca distancia entre las viviendas de los progenitores, que los padres puedan atender a los menores («La guarda y custodia compartida. Pautas para su correcta aplicación», *Economist & Jurist*, núm. 104, 2006, págs. 68 y ss).

<sup>79</sup> Llevar a efecto una custodia compartida en contra de la voluntad de los progenitores es un error porque «los conflictos que se van a producir en la práctica entre ambos progenitores en nada benefician el interés superior del menor» (MARTÍNEZ GALLEGU, E.: «Atribución de la guarda y custodia de los hijos tras la ruptura de los progenitores», en MARTÍNEZ QUINTEIRO, M.E. y otras (Eds.): *La igualdad como compromiso*, Cemus y Universidad de Salamanca, 2007, pág. 402).

<sup>80</sup> ECHARTE FELIU, A.M.ª: *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Comares, Granada, 2000, pág. 15.



Como conclusión de este apartado se puede decir que la custodia compartida no es en sí misma ni ventajosa ni perjudicial, sino que dependerá de las circunstancias<sup>81</sup>, ya que en los temas relativos al Derecho de familia no es posible hacer «tabla rasa», no hay dos casos iguales, y siempre habrá que distinguir según las circunstancias concretas<sup>82</sup>.

## 7. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

De la presente exposición podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. En una situación de ruptura debe prevalecer siempre el interés del menor, es decir, no debe establecerse la custodia compartida cuando no sea el mejor sistema de guarda para los hijos. A la hora de determinar el interés del menor es preferible atender a unos criterios previamente definidos sobre las circunstancias inmersas en esta clase de procesos, sin que puedan interpretarse como un *numerus clausus*.
2. La custodia compartida no tiene por qué ser necesariamente la situación más idónea en el supuesto de ruptura, sino que dependiendo de las circunstancias de cada familia se podrá identificar cuál es el modelo que mejor satisface el interés superior del menor.
3. De este modo, entendemos que la custodia compartida es el modelo que debería constituirse cuando es consensuado por los padres o cuando se han compartido todas las funciones parentales en la crianza y educación de los hijos. En caso de acuerdo, debería existir un convenio o plan de convivencia familiar que fuera aprobado judicialmente. Dicho acuerdo constituye una forma más precisa y detallada del actual convenio regulador que fija nuestro Código Civil.
4. En defecto de acuerdo, no debería imponerse este modelo de forma genérica porque las decisiones en materia de custodia necesitan de soluciones personalizadas. Sería recomendable que fuera determinada por el juez atendiendo a diversos aspectos o criterios tal y como sostiene la jurisprudencia más reciente, como la vinculación de los hijos a los progenitores y la dedicación a los hijos que la madre o el padre hayan tenido antes de la ruptura; la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad; la situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores; o la opinión

<sup>81</sup> En este sentido, «la custodia compartida no es intrínsecamente beneficiosa ni perjudicial. Su funcionamiento depende de buena medida de la adecuación de los progenitores para su ejercicio, así como de sus circunstancias. Por ello, se hace necesario el control judicial sobre la autonomía de los cónyuges, ya que estos pueden hacer un uso nada ortodoxo de su libertad de decisión. En otras palabras, los cónyuges pueden posicionarse a favor o en contra en función de intereses puramente personales sin priorizar el interés superior del menor y será el juez el que, en última instancia, lo proteja» (ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I.: «Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC», *op. cit.*, pág. 20).

<sup>82</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H.: «La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales», *Aranzadi Civil*, núm. 5, 2005, pág. 16.

expresada por los hijos; siempre intentando conseguir el interés del menor, que prevalece como criterio dominante.

5. En consecuencia, es preferible un modelo que arbitre un marco flexible de modalidades de custodia en función siempre del interés del menor, debiendo valorarse judicialmente la custodia compartida por los tribunales teniendo en cuenta una serie de circunstancias o factores concretos. Sin perjuicio de ello, debería aclararse que esta custodia compartida, es decir, la convivencia con los hijos durante un determinado tiempo, no tiene por qué significar necesariamente una división de tiempo completamente idéntica entre los padres.
6. Sin perjuicio de lo anterior, la mediación se concibe con un mecanismo eficaz para resolver los conflictos familiares tras las rupturas de las parejas con hijos que debería impulsarse más. De hecho, la Unión Europea ha instado a los Estados a que realicen esfuerzos legislativos y presupuestarios para la implantación de la mediación y sería conveniente impulsar esta figura. Esta es la razón por la que en muchos países de nuestro entorno se ofrecen medios a las partes en conflicto con la finalidad de facilitar acuerdos y compromisos.
7. Rechazamos, por lo tanto, la adopción de una modalidad de custodia «estereotipada», debiendo ser el juzgador el que determine en cada caso la mejor modalidad de custodia atendiendo a los intereses y beneficios para el menor.
8. Por último, es preciso lanzar una advertencia. No podemos caer en el error de construir una regulación legal sobre la base general de la realidad social creada por las resoluciones judiciales e interés de las partes desde una perspectiva de conflicto de género (entre hombre y mujer), que puede llevar a olvidar el verdadero objeto de protección, que es siempre el menor.

### **Propuesta de *lege ferenda***

#### **Artículo 1. *Responsabilidad parental.***

En caso de nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos e hijas, y el derecho de los mismos a mantener una relación continuada con cada uno de ellos y a recibir el cuidado y la educación por parte de cada uno de los progenitores.

#### **Artículo 2. *Acuerdo de convivencia familiar.***

Los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de acuerdo de convivencia familiar. El juez ratificará el convenio salvo si constatase que no preserva suficientemente el interés del niño.

En las propuestas del pacto deberán constar, como mínimo, los siguientes aspectos:

- a) El régimen de convivencia o de visitas y las relaciones con los hijos e hijas.
- b) El régimen de relación de los hijos e hijas con otros parientes y personas allegadas.
- c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar.
- d) La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas.

### **Artículo 3.** *Medidas judiciales.*

A falta de pacto entre los progenitores, será el juez quien fijará el régimen de convivencia familiar.

El juez valorará la posibilidad de atribuir a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad. La custodia compartida no tiene por qué significar necesariamente una división de tiempo completamente idéntica, sino que se atenderá al interés del menor.

El juez puede otorgar la custodia de los hijos a solo uno de los padres en caso de que considere, con medida motivada, que la custodia al otro progenitor pueda perjudicar el interés del menor. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso.

Antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor, el juez tendrá especialmente en cuenta los siguientes factores:

- a) La práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad.
- b) Los sentimientos expresados por el menor cuando tuvieran la madurez suficiente.
- c) El arraigo social o familiar de los hijos.
- d) La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro y su disponibilidad de tiempo efectivo.
- e) Mantener un entorno estable para el menor en cuanto al domicilio, centro escolar y recursos materiales.
- f) El resultado de los informes periciales que hayan podido efectuarse, teniendo en cuenta particularmente la edad del niño.
- g) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

# Bibliografía

- ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I.: «Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2007.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: «Comentario al artículo 154 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 269-270.
- BERROCAL LANZAROT, A.I.: «Patria potestad, suspensión, privación, exclusión, recuperación y extinción», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, marzo 2011, págs. 469-664.
- CABALLERO GEA, J.A.: *Matrimonio: contrayentes del mismo o diferente sexo, separación y divorcio, unión de hecho, acogimiento y adopción, violencia de género, pensión impagada: síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Dykinson, Madrid, 2005.
- CAMPUZANO TOMÉ, H.: «La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales», *Aranzadi Civil*, núm. 5, 2005, págs. 15-48.
- CARMONA CONTRERAS, A.M.ª: «Italia (2005-2006)», *Revista General de Derecho Constitucional*, Iustel, núm. 2, 2006 [Recurso electrónico].
- CASTÁN TOBEÑAS, J.M.: «Comentario al artículo 154 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo III, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1982, disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com), págs. 1-40.
- CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guardia y custodia de hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, La Ley, Madrid, 2007.
- DEBENAM: «Hacia una custodia impuesta y dividida», disponible en <http://www.hera2001.com/custodiarespnable/noticiasD.asp?id=89>
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 2004.
- ECHARTE FELIU, A.M.ª: *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Comares, Granada, 2000.
- GARCÍA PASTOR, M.: *La situación de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, McGrawHill, Madrid, 1997.
- GODOY MORENO, A., «La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa», en *Diez años de abogados de familia 1993-2002*, La Ley, Madrid, 2003, págs. 323 y ss.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», en *La Ley*, núm. 7206, Sección Tribuna, 29 de junio de 2009, págs. 1-7.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: «Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil», en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 113-184.
- *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, 2009.

- «Criterios de atribución de la custodia compartida alternativa», *InDret* 3/2010, disponible en [http://www.indret.com/pdf/753\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf)
- «La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial», *InDret* 2/2008, disponible en [http://www.indret.com/pdf/537\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/537_es.pdf), págs. 1-21.
- HERNANDO RAMOS, S.: «El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida», *La Ley*, núm. 7206, 2009.
- IVARS RUIZ, J.: *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV, vol. 2, Ed. Bosch, Barcelona, 1989, y *Elementos de Derecho Civil*, IV, Dykinson, Madrid, 2010.
- LATHROP GÓMEZ, F.: «Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas», *Diario La Ley*, núm. 7206, 2009, págs. 1-10.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.<sup>a</sup> T.: «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso», *Diario La Ley*, núm. 7105, 2009, págs. 1-16.
- MARTÍNEZ GALLEGU, E.M.<sup>a</sup>: «Las recientes reformas del Derecho de Familia», en FIGUERUELO, A. e IBÁÑEZ M.<sup>a</sup> L. (Eds.), *El Reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, Granada, 2006.
- «Atribución de la guarda y custodia de los hijos tras la ruptura de los progenitores», en MARTÍNEZ QUINTEIRO, M.E. y otras (Eds.): *La Igualdad como compromiso*, Cemusa y Universidad de Salamanca, 2007.
- MONTERO AROCA, J.: *Guarda y custodia de los hijos (la aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MORENO VELASCO, V.: «Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad», en *La Ley*, núm. 7267, 22 de octubre de 2009, págs. 1-6.
- ORTUÑO MUÑOZ, P.: *Mediación familiar. Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Sepín, Madrid, 2005.
- PARREÑO TAPIA, J.: «La custodia compartida en la doctrina de las audiencias provinciales», *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 2, 2009 (Ejemplar dedicado a: Custodia compartida y protección de menores), págs. 211-242.
- PÉREZ SALAZAR-RESANO, M.: «La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia», *Diario La Ley*, núm. 7206, 2009, págs. 1-4.
- «Patria Potestad», en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coords), *Tratado Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Sepín, Madrid, 2005.
- PÉREZ-VILLAR, R. (Coord.): *Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Themis, Asociación de Mujeres Juristas, 2007.
- RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: «La custodia compartida: génesis del nuevo artículo 92 del Código Civil», *Cuadernos de trabajo social*, núm. 18, 2005, págs. 137-162.
- ROGEL VIDE, C.: «En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados: del anteproyecto al proyecto de ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación o divorcio», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2005, págs. 73-96.

- ROMERO COLOMA, A.M.: «La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica», en *La Ley*, núm. 7504, 8 de noviembre de 2010, págs. 1-9.
- SAINZ-CANERO CAPARRÓS, M.<sup>a</sup> B.: «Propuesta de una nueva reforma del artículo 92 del Código Civil con el reconocimiento de la custodia compartida como régimen preferente y consecuencia necesaria del principio de coparentalidad», en Ana María PÉREZ VALLEJO (coord.): *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres: diagnóstico y prospectiva*, Bosch, 2009, págs. 155-166.
- SEISDEDOS MUIÑO, A.: «Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: primera aproximación al nuevo texto del Código Civil» (Ley 15/2005), *Aranzadi civil*, núm. 3, 2005, págs. 2.393 y ss.
- SOUTULLO, C. y MARDOMINGO, M.<sup>a</sup> J.: *Manual de psiquiatría del niño y del adolescente*, Panamericana, 2010, disponible en <http://books.google.com/books?isbn=8498352290>
- TAMAYO HAYA, S.: «La custodia compartida como alternativa legal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, 2007, págs. 667-709.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: «Comentario al artículo 154 del Código Civil», en *Paternidad, filiación, alimento, ausencia e incapacitación. Comentarios a los artículos 108 a 213 del Código Civil*, disponible en <http://vlex.com>, págs. 1-10.
- ZARRALUQUI NAVARRO, L.: «La guarda y custodia compartida. Pautas para su correcta aplicación», *Economist & Jurist*, núm. 104, 2006.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: «Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres», en ZARRALUQUI *et al.*, *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004.