

La custodia compartida: análisis y valoración como método más favorable

Grado en: Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2018/2019

Convocatoria: Marzo

Realizado por la alumna Dña. Aleida Lorenzo Armas

Tutorizado por el Profesor Dr. Antonio Aznar Domingo

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

ABSTRACT

The object of this work will be the description of one of the models of custody that takes place after the rupture of the coexistence, that is, the shared custody, from its situation before the incorporation of the CE, until the current situation, after the enactment of Law 15/2003 and the amendment of Article 92 of the CC. In addition, we will also address the analysis of the Draft Law on the exercise of parental responsibility in case of separation, nullity or divorce, as well as the points to be regulated or taken into account around the decision of shared custody, a problem that we will have to resolve by attending to the doctrine, but above all to the current jurisprudence, which increasingly shows itself in favor of shared custody.

RESUMEN

El objeto de este trabajo será la descripción de uno de los modelos de custodia que se produce tras la ruptura de la convivencia, esto es, la custodia compartida, desde su situación antes de la incorporación de la CE, hasta la situación actual, tras la promulgación de la Ley 15/2003 y la modificación del artículo 92 del CC. Además, abordaremos también el análisis del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad o divorcio, así como los puntos a regular o tener en cuenta en torno a la decisión de custodia compartida, problemática que deberemos resolver atendiendo a la doctrina, pero sobre todo a la jurisprudencia actual, que cada vez más se muestra a favor de la custodia compartida.

Índice

1. Introducción.....	4
2. Historia y evolución legislativa de la guarda y custodia	6
2.1. Situación jurídica antes de la instauración de la CE:	6
2.2. Situación jurídica tras la promulgación de la CE.	7
3. La guarda y custodia y la patria potestad.....	10
4. Tipos de guarda y custodia.....	13
4.1. Atribución a uno de los progenitores (custodia en exclusiva)	13
4.2. Atribución a ambos progenitores (custodia compartida)	13
5. Concepto de guarda y custodia compartida.....	14
6. Regulación de la guarda y custodia compartida.....	16
6.1. Anteproyecto de ley de corresponsabilidad parental.....	16
6.2. Criterios jurisprudenciales que determinan la guarda y custodia compartida.	19
7. Medidas a regular.....	25
7.1. Régimen de guarda y custodia compartida.....	25
7.2. La vivienda familiar.	27
7.3. Pronunciamientos económicos: la pensión de alimentos y gastos extraordinarios.....	30
8. El Convenio regulador.	32
9. El interés superior del menor. La opinión de los menores en la decisión de la custodia.....	35
10. El artículo 92.7 CC, violencia doméstica como exclusión a la custodia compartida. Referencia a Canarias en la legislación sobre violencia de género.	39
11. Conclusiones.	43
12. Bibliografía y Webgrafía	48
13. Legislación y jurisprudencia	49
13.1. Legislación consultada	49
13.2. Jurisprudencia consultada	49

1. Introducción

Cuando se produce la ruptura conyugal o de la convivencia, se produce una nueva situación que, de un modo u otro, afecta a la vida de los hijos que convivan con ellos. Por ello, es necesario determinar los deberes y obligaciones que deberán asumir los progenitores, en aras de garantizar el bienestar de los hijos, pues, aunque la decisión de ruptura corresponde a los progenitores, ello no debería implicar que estos se sientan influidos en la separación, debiendo por tanto procurar que no se pierdan los lazos fraternos y que se cree un ambiente adecuado y estable para el menor. A estos efectos el artículo 154 CC regula el concepto de patria potestad, colocando a los progenitores en el deber de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes.

A estos efectos, dentro de las decisiones que tendrán que adoptar los padres, se encuentra relevante el régimen de guarda y custodia que se adoptará. Esta decisión deberá adoptarse en torno al principio de interés superior del menor, de manera que la solución elegida afecte de menor manera a este. Así, en nuestro sistema esta opción se encuentra supeditada, en un principio, al acuerdo entre ambos progenitores, siendo estos quienes decidan la mejor solución, es decir, custodia exclusiva o compartida, con sus correspondientes características. Solo en el caso en que no hubiera acuerdo, puede el juez establecer el sistema más idóneo, basándose su decisión en el principio de *favor filii*.

El presente trabajo consiste en el análisis del sistema de guarda y custodia compartida, estudiando su régimen jurídico previsto en el artículo 92 CC, y posterior desarrollo legislativo, que da lugar a la incorporación de la Ley 15/2005 de 8 de julio, pasando además por el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental, estudiando las deficiencias del régimen en aras de aportar una idea sobre una mejor solución al respecto.

Además, se procede a la aportación de algunas nociones generales acerca de dicha figura, así como sus principios inspiradores, para continuar con el estudio de los requisitos necesarios para su atribución, respecto de los cuales habrá que acudir a la doctrina, pero sobretodo atendiendo a la jurisprudencia aportada por el tribunales, y sobre todo a las soluciones aportada por el TS y su importancia, pues este ha sido en su sentencia de 29 de abril de 2013 el que ha llegado a considerar la custodia compartida como régimen normal y más favorable.

Asimismo, analizamos las distintas medidas a regular dentro del sistema de guarda y custodia compartida, como son vivienda familiar, pensión de alimentos, gastos extraordinarios y el régimen en que se producirá la custodia y sus visitas, atendiendo a los artículos 93 y 96 del CC, y, de igual modo que en los demás casos, a la jurisprudencia actual, que supone a lo largo de todo el trabajo, un punto clave, pues observaremos que la normativa civil no da, en muchos casos, soluciones adaptadas al caso concreto.

Por último, estudiaremos lo que sucede con esta figura, en el caso de que se de violencia doméstica o algún tipo de violencia intrafamiliar, observando que, en cuando a legislación actual, Canaria se sitúa como una Comunidad Autónoma pionera en tal aspecto.

2. Historia y evolución legislativa de la guarda y custodia

Considero relevante antes de profundizar en la figura de la guarda y custodia compartida, exponer un breve análisis que nos permita ver la evolución que se ha producido en la misma, hasta llegar a la regulación actual.

Esta evolución se ve marcada por dos momentos clave, la situación jurídica que nos encontramos antes de la instauración de la CE, y la que encontramos con posterioridad a su promulgación, hasta llegar a donde nos encontramos hoy en día.

2.1.Situación jurídica antes de la instauración de la CE:

En un primer momento, y antes de la aprobación de la Constitución española de 1978, nos encontramos con la **Ley Provisional de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870**. Esta ley tenía en cuenta o se regía en todo caso por el criterio de la culpabilidad o buena fe, de modo que se establecía el depósito de los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos eran culpables, se nombraba en todo caso un tutor o curador para el cuidado de los hijos.¹

No se impedía en ningún caso la custodia compartida, pero se configura un sistema patriarcal en el que la madre quedaba normalmente al cuidado de los hijos, estableciéndose un sistema de visitas en cuanto a la figura paterna.²

Posteriormente, en 1932 se incorpora, coincidiendo con la llegada de la Segunda República, la primera ley reguladora del divorcio como causa de disolución del matrimonio, la **Ley de 2 de marzo de 1932, del divorcio**.

¹ El art 97 de la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 establecía que los hijos varones mayores de tres años de edad quedaban al cuidado del padre, y las hijas al de la madre, siempre que hubiere habido buena fe por parte de ambos cónyuges. Si no era así, los hijos de ambos sexos quedaban bajo el poder y cuidado del cónyuge “no culpable” de esa mala fe (1870)

² Cruz Gallardo, “La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales”, pág. 48

Esta seguía la línea marcada por el legislador de 1870, encontrando también en este caso el criterio de culpabilidad o mala fe. Así, solo en determinados supuestos establecidos la ley dejaba al acuerdo de los cónyuges cuál de ellos se encargaba de la guarda y custodia de los hijos; y en su defecto, operaba el criterio anteriormente mencionado.³

Es importante destacar que se hace referencia por primera vez en este caso al “*favor filii*” o interés superior del menor, en el caso de que ambos cónyuges fueran culpables.

Así, el legislador de 1932 implanta una ley que puede considerarse precursora del actual artículo 92 del Código Civil, ya que advertía en todo caso que la disolución del matrimonio no exime de las obligaciones de los padres para con los hijos, debiendo cumplir los padres con las obligaciones derivadas de la patria potestad. Sin embargo, esta situación no se prolongó demasiado, pues con la llegada de la **Ley de 24 de abril de 1958**, y coincidiendo con la llegada del franquismo, se anula el divorcio vuelve a instaurarse en su totalidad el criterio de culpabilidad.⁴

2.2 Situación jurídica tras la promulgación de la CE.

Tras la promulgación de la CE, nos encontramos en primer lugar con La **Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.**

³ art 17 de la Ley 2 de marzo de 1932, del Divorcio, establece: “*A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cuál de ellos han de quedar o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código civil. Si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de cinco años*”.

⁴ Artículo 70 del CC con la Ley de 1958: “*Los hijos mayores de 7 años quedará 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 fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo setenta y tres. Los hijos e hijas menores de 7 años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre*”

En ella, apreciamos dos características fundamentales: por un lado, el interés superior del hijo menor de edad, utilizado en todo caso como criterio para atribuir a uno de los progenitores el ejercicio de la guarda y custodia; y por otro, la idea de que no se perdiera la relación familiar con el progenitor no custodio, pues este tenía derecho a relacionarse con sus hijos.⁵ Aún con ello, y pese a la modificación, se seguía atribuyendo la custodia a la madre de manera automática.⁶

Una de las reformas más significativas en Derecho de Familia nos la encontramos con la **Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación o divorcio**. Se deja atrás el criterio de la buena fe o culpabilidad. Ello produce que el legislador deja de atribuir la custodia a modo de premio o castigo, y se instaura en su lugar el interés superior del menor como criterio principal. Además, se introduce por primera vez la posibilidad de extinguir el matrimonio mediante el divorcio.⁷

Con la **Ley 11/1990 de 15 de octubre, sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo**, se pretendía un desarrollo constitucional a favor del principio de igualdad del artículo 14 y 32 de la Constitución de 1978. Se modifica el artículo 159 del CC, queriendo poner fin con ello a la situación discriminatoria en la que el ejercicio de la guarda y custodia se atribuía, de manera automática, en los menores de cierta edad, a la madre.

⁵ La ley 11/1981 de 13 de mayo modificó el art 92 CC que establecía: “*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 serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años. Podrá 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.*”

⁶ El art. 159 CC establecía: “*si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el juez por motivos especiales proveyere de otro modo*”

⁷ Artículo 92 CC: “*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*”

Esta atribución automática, sin embargo, respondía a unos cánones o patrones sociológicos vigentes en la sociedad en el momento de redacción del Código civil, en la que los hijos eran preparados para una actividad laboral, y las hijas enfocadas hacia la maternidad y la actividad del hogar.⁸

Por último, nos encontramos con la **Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio**, produciéndose con ella el mayor avance en Derecho de Familia, introduciéndose por primera vez la corresponsabilidad parental y la coparentalidad. Regula por tanto por primera vez la función de guarda y custodia compartida tras la crisis matrimonial, que profundizaremos más adelante.

⁸ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, Custodia compartida de los hijos, Editorial La Ley, Madrid, 2008, pág 196

3. La guarda y custodia y la patria potestad

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, “por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio”, comienza a utilizarse en Derecho de Familia los vocablos de “guarda” y “custodia” de manera conjunta, pues con anterioridad nuestro Código Civil se refería a tal término de manera separada.

Ello es así pues, según LATHROP GOMEZ, *“se entiende que son empleadas bajo una relación de sinonimia y que ambas se refieren a una misma figura, esto es, el cuidado personal de los hijos”*

No existiendo una definición clara del concepto, es el Tribunal Constitucional en su sentencia de 19 de octubre de 1983 (nº1983/5553) es el que expone que existe una relación entre patria potestad y guarda y custodia, estableciendo que está es parte integrante de aquella, de manera que: *“la patria potestad comprende, entre otros deberes y facultades en relación con los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía, expresiones éstas que se refieren, sin duda alguna, a los derechos de guarda y custodia...y nada se opone a que por resolución judicial se acuerde...la suspensión del derecho de guarda y custodia, parte integrante de la potestad”*.

Así, en nuestro ordenamiento, y durante el matrimonio, el ejercicio de la patria potestad y su titularidad son compartidos por ambos progenitores, estableciéndose ello en el artículo 154 del Código Civil, que dictamina:

“La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades”:

1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º Representarlos y administrar sus bienes.

Si bien esto es así, una vez se produce la ruptura del vínculo matrimonial, esta situación no cambia, pero no ocurre lo mismo con la guarda y custodia.

A estos efectos, y considerando la guarda y custodia como uno de los deberes y facultades de la patria potestad; en una situación en la que no hay crisis matrimonial, la facultad de la guarda y custodia sería ejercida de manera conjunta en convivencia matrimonial. Distinto sería en la crisis matrimonial, donde ya no es ejercida por ambos progenitores en convivencia, sino que, tras la ruptura de dicha convivencia, el ejercicio de la guarda y custodia se efectúa por el progenitor custodio; sin olvidarnos en todo caso de la posibilidad que se le otorga al progenitor no custodio de desarrollar la relación con el hijo, a través del “*ius visitandi*” que incorpora visitas, comunicación y deber de compañía, que garantiza el art 94 del Código civil⁹, así como los principios de coparentalidad y corresponsabilidad, que garantizan que haya presencia de ambas figuras (materna y paterna) con el fin conseguir que ambos se involucren en la vida de los hijos de manera igualitaria.

Por todo lo mencionado anteriormente vemos que la guarda y custodia y la patria potestad se encuentran íntimamente relacionadas, pero es necesario en todo caso hacer una diferenciación de las mismas, pues cuando se produce la crisis matrimonial con la consiguiente ruptura de la convivencia, estas figuras se desligan.

Por un lado, el TS define la **patria potestad** como un efecto legal propio de toda relación paterno o materno-filial, de tal modo que, una vez que por alguno de los medios legalmente establecidos quede determinada la filiación, la patria potestad corresponde “*ex lege*” a dicho progenitor¹⁰, o bien como la institución protectora del menor por excelencia, que se funda en una relación de filiación, cualquier que sea su naturaleza.¹¹

⁹ Artículo 94 Código civil establece: “*El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.*”

¹⁰ Véase STS 3539/1995, de 17 de Junio

¹¹ Véase STS 31 de diciembre 1996

Esta institución protectora implica un conjunto de derechos y deberes que se ejercen en todo caso en beneficio de los hijos¹² y primando en cualquier caso el interés superior del niño y sus derechos fundamentales, y que ello se realice de forma preferente a los demás implicados, es decir, sus progenitores.

Por otro lado, la **guarda y custodia** significa encomendar a uno de los progenitores, o a ambos, tanto el cuidado directo del niño, como la convivencia y contacto continuado con él, ya sea por mutuo acuerdo o por decisión judicial.¹³

Así, vemos que los derechos/deberes que corresponden a la guarda y custodia son los mismos contenidos en el art 154 CC, los inherentes a la patria potestad (desarrollo, educación, protección, etc.) ahora bien, como mencionamos anteriormente, ambos conceptos se desligan, de modo que si bien la guarda y custodia puede atribuirse a un solo progenitor, no ocurre lo mismo con la patria potestad (a menos que haya supuestos de privación) de modo que se ejercita de forma conjunta por ambos, habiendo decisiones que deberán tomar en conjunto.

Siendo esto así, cuando se produce el cese de la convivencia, se configura como presupuesto la necesidad de determinar cómo va a producirse el cuidado del menor.

¹² El artículo 154 del CC establece que los padres tienen “el deber de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y proporcionarles una formación integral, todo ello procurando siempre su beneficio, según su personalidad , y con respecto de su integridad física y psicológica”

¹³ LEFREBVRE, FRANCIS “Relaciones Paterno-Filiales” Colección Derecho de Familia, 2016, pág. 66

4. Tipos de guarda y custodia.

En la actualidad, nos encontramos con varios modelos de custodia. Estos modelos no tienen por qué responder a la atribución de los hijos a progenitores, sino que también se da el caso de atribución a otros parientes o a la figura de los abuelos, incluso. Ahora bien, nos centraremos en los dos modelos más trascendentes, que coinciden con el ejercicio de la guarda y custodia por los progenitores.

4.1. Atribución a uno de los progenitores (custodia en exclusiva).

En este caso la guarda y custodia de los hijos se atribuye a un solo progenitor la mayor parte del tiempo, determinándose con respecto al otro un régimen de visitas, estancias, comunicación, etc.¹⁴, por un periodo más corto de tiempo y de forma periódica. Ambos progenitores mantienen la potestad compartida (patria potestad), a no ser que por mandato judicial se le revocase.

Este régimen fue el predominante antes de la promulgación de la Ley 15/2005, que dejaba al artículo 92 CC en su redacción actual. Así, la atribución exclusiva, se traducían en todo caso a la determinación de la figura materna como progenitor que ostentaba la custodia, quedando la figura paterna con el derecho de visitas del art 154 CC.

4.2. Atribución a ambos progenitores (custodia compartida).

Este modelo se contraponen al anteriormente mencionado, en tanto que supone la guarda y custodia alternada entre ambos progenitores. Ello implica que el tiempo que los hijos pasan con ambos progenitores es similar; tiempo en el que cada progenitor ostenta la guarda, y en el que además ambos comparten el ejercicio de la potestad.

¹⁴ El artículo 94 CC establece que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

En la actualidad esta modalidad se está consolidando como la opción “más deseable”,¹⁵ sin olvidar que en cada caso habrá de ponderarse la situación y el interés superior del niño.

5. Concepto de guarda y custodia compartida.

En primer lugar debemos señalar que nuestro Código Civil no efectúa una regulación como tal de la guarda y custodia compartida. Así pues, se refiere a ella en su artículo 92, si bien dentro de los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio, y por tanto, dentro de la crisis matrimonial.¹⁶

Así pues, nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado introducido en nuestro ordenamiento jurídico por primera vez por la Ley 15/2005. En cuanto a su definición como tal, no está claro y por tanto su interpretación y aplicación puede llevar a error, teniendo doctrina y jurisprudencia diversas posturas al respecto.

F. LEFEBVRE la define como *“aquella situación en la que ambos progenitores cargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos. Por tanto, supone la distribución de las funciones y responsabilidades parentales que ambos progenitores separados asumen sobre sus hijos, bien rotando en el ejercicio de esas funciones y responsabilidad (cuidado y atención directa), bien alternándose según su disponibilidad y en interés del menor.”*¹⁷

¹⁵ La STS de 29 de abril de 2013 establece que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal.

¹⁶ Artículo 92 CC: “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento el régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”

¹⁷ LEFEBVRE FRANCIS, “Relaciones Paterno-Filiales” Colección Derecho de Familia, 2016, pág. 90

F. LATHROP GÓMEZ entiende por custodia compartida, alternada o sucesiva “aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados”.¹⁸

En cuanto al criterio jurisprudencial, la Sentencia de la AP de Barcelona de 28 de septiembre de 2012¹⁹ y de 13 de septiembre de 2011 y del Juzgado de Familia nº 3 de Granollers de 8 de octubre de 2009, la entienden como *“aquella modalidad del ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que ambos progenitores están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y 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 más justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos”*

En cualquier caso, no es importante el nombre que se le dé a la figura (custodia compartida, custodia conjunta, etc.) tanto como entender su trasfondo y finalidad. Así, al margen de la concepción de una u otra doctrina lo trascendente o fundamental es determinar qué derechos y deberes conlleva para su titular y garantizar que ambos progenitores, tras la separación, participen de manera activa en la vida de su hijo, ya que se da la imposibilidad de que ambos progenitores convivan con el niño.

¹⁸ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, Custodia compartida de los hijos, Editorial La Ley, Madrid, 2008, pág. 286

¹⁹ Véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 218805/2012, de 28 de septiembre (EDJ nº 218805/2012)

6. Regulación de la guarda y custodia compartida.

6.1. Anteproyecto de ley de corresponsabilidad parental.

A lo largo de la historia legislativa española, nos encontramos con diversas etapas claramente diferenciadas, en lo que a vínculo matrimonial y regímenes de custodia se refiere. Tras haber analizado anteriormente la evolución legislativa de ello, llegamos a destacar en esta ocasión el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, más conocido como el Anteproyecto de Ley sobre la guarda y custodia compartida.

A estos efectos, se aprueba en el año 2014 la citada normativa, con el fin de abordar los cambios que se producían en la sociedad y que rodeaban las relaciones paterno-filiales, en aras de aportar una solución a un sistema rígido, y a la atribución con preferencia de la custodia monoparental. Analizaremos algunas de las notas más importantes del mismo en torno al modelo de custodia compartida.

En primer lugar, y lo que ha provocado muchas críticas, llama la atención el propio nombre elegido para la normativa, pues en todo caso deja fuera la regulación de las relaciones paterno filiales de aquellos hijos no matrimoniales, a pesar de que la normativa constitucional garantiza la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación²⁰, no quedando claro si lo que se pretende es una diferenciación entre los hijos matrimoniales, siendo ello un tanto desacertado pues según el Instituto Nacional de Estadística, uno de cada tres hijos nace fuera del matrimonio.

En segundo lugar, esta normativa establece la posibilidad de que se dicte custodia compartida, aun no habiendo sido esta solicitada por ninguno de los progenitores. Ello contradice las sentencias STS 29/4/2013, que exponía: “*En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores*“, así como la STS 19/4/2012, y por tanto las bases sentadas por la jurisprudencia, que consideraba que alguno de los progenitores debería solicitar el

²⁰ El artículo 39.2 CE establece: “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación*”

modelo de guarda y custodia compartida, obligando a las partes por tanto a adoptar un sistema no solicitado ni en teoría requerido por ninguna de las partes.

Además de ello, la normativa propone un cambio de terminología, cuestión que si tiene críticas positivas, en tanto señala que la terminología utilizada por el Código Civil venía estando desfasada, dejando de lados expresiones como “patria potestad”, “régimen de visitas” o “progenitor custodio” y dando prioridad a otras como “responsabilidad parental”, “régimen de estancia”, “periodos de convivencia”, “coparentalidad y corresponsabilidad”, equiparando unos términos a otros.

Destacamos fundamentalmente en la reforma, el hecho de descartar la excepcionalidad que la guarda y custodia tenía hasta el momento, prevaleciendo hasta entonces la custodia monoparental por encima de ella. Aun con esto, no otorga a la custodia compartida carácter preferente, sino que deja la decisión al arbitrio del juzgador, que deberá ajustarse al caso concreto, siguiendo el principio de interés superior del menor. El juzgador, en todo caso, se ajustaría a una serie de requisitos, siendo estos: comunicación fluida entre los progenitores, evitando así los conflictos que puedan producirse y mejorando el grado de cooperación, predisposición a cooperar e implicación de los progenitores a asumir los derechos y respetar los deberes del otro, posibilidad de proximidad en los domicilios, y que estos se encuentren cercanos al centro escolar, horario laboral compatible con el cuidado de los hijos, analizar la dedicación pasada y futura de progenitores y plan de ejercicio de la responsabilidad parental que presenten ambos, y por último la voluntad de los hijos, si cuentan con suficiente juicio. Estos sirven al juzgador a establecer un modelo de actuación que le permita decidir, en base a la concurrencia o no de dichos requisitos.

Otra modificación producida destaca que, el modelo de custodia compartida no supone alternancia de residencia en periodos iguales, pero si en un tiempo adecuado, de manera que lo que suponía un régimen flexible de visitas (por ejemplo fines de semana alternos) ahora pasa a convertirse en custodia compartida.

En cuanto a la **pensión alimenticia**, destaca que en caso de ingresos similares, se abonen por mitad los gastos fijos y ordinarios, pero en caso de ingresos diferentes cada uno abona al otro una pensión de alimentos, de modo que contribuyen en proporción a los mismos para garantizar el sostenimiento de las necesidades del hijo y su nivel de vida.

En lo que se refiere al **domicilio familiar**, contempla la adjudicación de la vivienda al cónyuge (utilizando dicha terminología ya que se excluyen los hijos no matrimoniales. Como bien aclaramos anteriormente) que ostente la custodia si esta no fuera compartida. Introduce la excepcionalidad de atribución de la misma al cónyuge que no ostenta guarda y custodia en caso de necesidad, siempre y cuando el que ostente la custodia tenga medios económicos suficientes para satisfacer su necesidad de vivienda y la de los hijos, garantizándose el derecho a la vivienda digna. En el caso de que la custodia se otorgue a uno, y la vivienda sea privativa de otro, destaca que la atribución de uso durara mientras dure el derecho de alimentos. Para el resto de casos, se contempla una limitación temporal de 2 años prorrogables por otro año más. Ello permite que los progenitores pacten un régimen de custodia conveniente, que no esté basado en el derecho al uso de la vivienda.

Por último, este Anteproyecto contempla que no se otorgará guarda y custodia de ningún tipo, ni siquiera régimen de estancia, relación y comunicación al progenitor contra quien exista sentencia firme por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o liberal e indemnidad sexual del otro o de los hijos que convivan con este. Todo ello hasta la extinción de la responsabilidad penal. Por tanto, debe haber sentencia firme, aunque, si esta no existiera, sería suficiente resolución judicial motivada de indicios fundados y racionales de criminalidad por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los supuestos anteriormente citados. Se impide así la atribución de la guarda y custodia, al progenitor incurso en un

procedimiento, aunque en este último supuesto no se excluye el régimen de estancia, relación y comunicación.²¹

Por todo lo mencionado anteriormente, comprobamos que el Anteproyecto se limita, más que a avanzar hacia un modelo de custodia compartida, a fijar los requisitos ya establecidos por la jurisprudencia en sus tres sentencias de mayor trascendencia, que se encontraban ya por delante de la legislación vigente, siendo estas la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 8-10-2009, Resolución 623/2009, que determina los requisitos necesarios para establecer la guarda y custodia compartida en situaciones de crisis matrimonial con hijos menores, la Sentencia 185/2012, de 17-10-2012 del Pleno del Tribunal Constitucional, que declaró nulo el inciso del artículo 92.8 del CC que establecía como preceptivo el informe favorable del ministerio fiscal cuando no existiera acuerdo entre los progenitores, y por último la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 29-4-2013. Resolución 257/2013, que proclamaba que la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino que habrá de considerarse normal e incluso deseable, ya que ello permite que los hijos se relacionasen con ambos progenitores.

6.2. Criterios jurisprudenciales que determinan la guarda y custodia compartida.

Como punto de partida, comprobamos que no existe en la normativa vigente ningún precepto que establezca la línea a seguir a la hora de la atribución de la guarda y custodia compartida. A estos efectos, la Sentencia del TS de 8/10/2009 establece que *“a diferencia de lo que ocurre en el derecho francés o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el*

²¹Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438>

interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta”.

En cuando a la atribución de la custodia compartida, se ha ido avanzando a lo largo de la historia legislativa, hacia la idea de que no se trata de una medida de carácter excepcional, como ocurría anteriormente, sino que debe considerarse la más normal, pues permite a los hijos hacer efectivo su derecho a relacionarse con ambos progenitores tras la ruptura de la convivencia, tesis que ha sido ratificada en numerosas sentencias²². Además de ello, permite a los padres seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones en torno a la patria potestad y participar en el desarrollo y crecimiento de sus hijos.²³ En cuanto a los criterios empleados para su atribución, la jurisprudencia ha ido sentando unas bases que se tienen en cuenta en mayor o menor medida atendiendo al caso concreto y que desarrollaremos a continuación.

Como primera premisa, encontramos que es necesario que entre los progenitores haya una relación de **mutuo respeto**.²⁴ No es necesario en todo caso que la predisposición sea unánime, pero si es necesario que ambos aparquen sus diferencias en razón de poder llegar a un entendimiento común para el efectivo desarrollo del hijo. Esta misma línea sigue la Sentencia del TS de 16 de febrero de 2015, (Rec.890/2014), que viene a destacar: *“para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales, como los ahora litigantes”*. Esta premisa ha sido ratificada por muchos tribunales en sus resoluciones²⁵, siendo una de los primeros criterios a tener en cuenta a la hora de la no atribución de la custodia compartida.

²² Véase SSTs de 25 de noviembre de 2013, Rec. 2637/2012, y de 17 de diciembre de 2013, Rec. 2645/2012, entre otras.

²³ STS de 30 de mayo de 2016, Rec.3113/2014.

²⁴ STS de 25 de abril de 2016, Rec. 1980/2015

²⁵ STS 21 de septiembre de 2016, Rec.3282/2015, SAP de Madrid de 9 de marzo de 2007, SAP de Madrid de 2 de marzo de 2007, entre otras.

Como una segunda premisa nos encontramos la **voluntad del menor**, pues este tiene derecho a ser oído, siempre y cuando se den los elementos necesarios para ello. Este derecho de los hijos se encuentra reconocido a nivel mundial, en el artículo 12 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño: *“los estados parte garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez”*.

A su vez, se encuentra reconocido a nivel estatal, en diversos preceptos, más concretamente en el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor: *“El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.”*; así como en la LEC y en el CC.²⁶

Así, y tal y como lo establece la normativa ya citada, el juez oirá al menor, cuando se presuma que tiene suficiente juicio, y en todo caso, los mayores de 12 años, cuando se resuelva sobre su guarda y custodia. En todo caso, el juez deberá resolver de forma motivada, pudiendo incluso retrotraer las actuaciones al momento antes de dictar sentencia, para que antes de resolver, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo.²⁷

²⁶ El artículo 770.4 LEC establece: *“En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.”*. Además el CC fija en su artículo 92.2: *“El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”*.

²⁷ STS de 20 de octubre de 2014, Rec. 1229/2013.

Otro requisito importante a tener en cuenta es la **proximidad entre los domicilios de los progenitores**, así pues, se trataría en este caso de garantizar la estabilidad del menor, por ejemplo en el caso en que el distanciamiento entre los domicilios afectara a su periodo de sueño, por los desplazamientos que realice para ir al colegio. A estos efectos el TS se ha pronunciado en su Sentencia 115/2016, de 1 de marzo de 2016: *“realmente la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones del régimen de la vida del menor máxime cuando esta próxima en escolarización obligatoria, razones todas ellas que motivan la denegación del sistema de custodia compartida”*

Así, vemos que se tiene en cuenta este criterio a la hora de denegar el modelo de custodia compartida, pero ello no implica que por el mero hecho de distancia de domicilios no se produzca la atribución, sino que puede atribuirse la misma siempre y cuando tal distancia no impida un desarrollo normal de la vida del hijo.

Por otro lado, encontramos como otro requisito fundamental para la adopción de la guarda y custodia que se haya realizado la **petición de al menos uno de los progenitores**. De este modo, y aplicando la normativa civil, si la solicitan ambos, es de aplicación el artículo 92.5 CC,²⁸ y si lo solicita uno, el juez considerará si el modelo resulta conveniente para el hijo. Este hecho es ratificado por el TS, que considera que si no existe petición por ninguno de los progenitores, difícilmente puede valorarse un plan contradictorio sobre el que decidir en interés del menor, al no existir debate y prueba contradictoria sobre el régimen de custodia.²⁹

²⁸ Este destaca que: *“se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”*

²⁹ STS de 15 de junio de 2016, Rec.1698/2015.

Se da, además, la necesidad del **informe del Ministerio Fiscal**. En este caso, la redacción original efectuada por la Ley 15/2005, determinada que era necesario un informe favorable del MF, lo que provocaba que la actuación del juzgador se viera limitada, de manera que solo podía entrar a otorgar la custodia compartida en caso de haber informe favorable. Fue dicha problemática lo que llevo a presentar una cuestión de inconstitucionalidad³⁰, que fue resuelta por el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº185/2012 de 17 de octubre, donde efectivamente declara inconstitucional y nulo el inciso favorable del artículo 92.8 del CC, entendiendo que dicho precepto vulnera los artículos 117.3 y 24 de la CE, y que supone limitar la potestad jurisdiccional de los jueces. De igual modo, señala que también quedaría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, pues al depender la decisión del juzgador de tal dictamen favorable, se menoscaba el derecho a obtener una resolución sobre el fondo.

Junto con los informes del Ministerio Fiscal, es interesante añadir que se da la posibilidad de que el juzgador, antes de adoptar alguna decisión pueda recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados, y que estos, aunque no vinculan, pueden resultar importantes para llegar a entender la realidad familiar en la que se encuentra el hijo y sus progenitores³¹. La valoración de los mismos, sin embargo, deberá realizarse siempre conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta las pruebas practicadas.³²

No podemos dejar de mencionar que es clave la **elaboración de un plan contradictorio**, cuya finalidad es concretar la forma y el contenido del ejercicio de guarda y custodia compartida, es decir, los compromisos que los progenitores van a asumir respecto de la guarda, cuidado y educación de los hijos. A estos efectos se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de marzo de 2016 (Recurso nº 523/2015), que especifica:

³⁰ La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria presenta cuestión de inconstitucionalidad, entendiendo que el inciso del artículo 92.8 es inconstitucional, y por tanto debería ser nulo.

³¹ Lathrop Gómez, F., “Custodia compartida de los hijos”, La ley, Madrid, 2008, pág. 175

³² El artículo 348 de la LEC dictamina: “El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”

“La obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventaja que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor, relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, alguna de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores”. Vemos por tanto que es necesaria la elaboración de dicho plan, pues en caso contrario el menor quedaría en una situación de incertidumbre, sobre todo en aspectos como su cuidado y escolarización.

Llegados a este punto, es necesario hacer referencia a la recomendación legal de **no separar a los hermanos**, que busca, en el artículo 92 CC, establecer una sugerencia legal, y desde luego, a los padres y que no constituye una orden, sino, en esencia, busca procurar el mantenimiento de los lazos fraternos.³³

Otros criterios a tener en cuenta por parte del juzgador, siempre atendiendo al caso concreto podrían ser la **disponibilidad de los progenitores y su capacidad económica**. En cuanto a ellos, por un lado, el primero hace referencia a la posibilidad de ambos progenitores de mantener trato directo con los hijos, ya que, a pesar de que posean un grado de implicación elevado, en ocasiones puede darse la imposibilidad física de hacerse cargo de los hijos, como sería el caso del tipo de jornada laboral que tuvieran o incluso el tipo de profesión.³⁴ Por su parte, la capacidad económica viene dada por la condición que tiene cada progenitor para hacerse cargo de los gastos que se originan tras la ruptura de la convivencia.

³³ Lathrop Gómez, F., “Custodia compartida de los hijos”, La ley, Madrid, 2008, pág. 179

³⁴ Sentencia de la AP de Valencia de 31 de marzo de 2004

A estos efectos, está relacionada con el uso de la vivienda familiar, y la fijación de una pensión de alimentos, pues en el primer caso, puede suponer que alguno de los progenitores se traslade de domicilio; y en el segundo, si los ingresos son desiguales, se establece una pensión de alimentos a pagar por el progenitor que tenga una situación económica más favorable, es decir, a favor del más necesitado.

En conclusión, observamos que el TS, así como el resto de órganos mencionados a lo largo de este epígrafe, se ha visto obligado, ante la falta de respuesta del legislador, a adoptar una serie de criterios a tener en cuenta, que en todo caso serán observados y analizados según el caso concreto, para llegar a adoptar la decisión más acertada o adecuada, siguiendo siempre el principio de interés superior del niño.

7. Medidas a regular.

7.1. Régimen de guarda y custodia compartida.

En cuanto al régimen de guarda y custodia compartida, a pesar de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 y la aplicación del artículo 92 CC, son los tribunales, a través de la jurisprudencia quienes resuelven y adaptan la normativa a cada caso concreto.

En primer lugar, cuando hablamos de custodia compartida debemos destacar que esta no implica la alternancia en periodos iguales de cohabitación, ello viene plasmado en la STS de 11/03/2010 (nº 94/2010) que señala: *“la custodia conjunta no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores”*.

Así, y como hemos mencionado, no existen en la ley criterios fijos para determinar el funcionamiento de la custodia compartida, y que dependerá, en mayor medida, del régimen de alternancia en la residencia que se establezca.³⁵

³⁵ Lathrop Gómez, F., “Custodia compartida de los hijos”, La ley, Madrid, 2008, pág. 504

En cuanto a los lapsos de tiempo, de igual manera no existe una norma fija que determine los días, meses o semanas de los periodos de convivencia; sino que, como hemos ido viendo a lo largo de toda la figura, se atenderá a cada situación familiar en concreto. La alternancia en todo caso puede ser semanal, por fracción de semana, quincenal, mensual, semestral, por periodos escolares, etc. Vemos por tanto que, siempre se cumple el régimen de visitas establecido en el artículo 94 CC, que establece: *“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.”*

Factor importante a tener en cuenta en el régimen establecido debe ser la edad del hijo, pues muchos estudios vienen a evidenciar que efectivamente, en los primeros años del hijo, es necesario un contacto frecuente de ambos padres, lo que provoca que la convivencia tenga que ser más frecuente. Encontramos, a modo de ejemplificación, el “Informe Reencuentro”³⁶, que incluye dos modelos de alternancia:

- El modelo de la institución “*Children’s Rights Council*” o Consejo de los Derechos del Niño que se rige por la frecuencia de contacto con los hijos atendiendo a la edad.

EDAD	FRECUENCIA DEL CONTACTO CON AMBOS PADRES
Menos de un año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conveniente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

³⁶ http://www.cronicas.org/informe_reencuentro.pdf

- Y por otro, algunos de las solucionadas ya utilizadas por el tribunales, y que ya hemos mencionado con anterioridad, como son quincenal, semanal, mensual, o incluso inferior a la semanal, que puede ser bien horaria dentro del mismo día, o bien diaria de dos días.

7.2. La vivienda familiar.

Con la ruptura del matrimonio o convivencia y la existencia de hijos menores en el mismo, se da la necesidad de que estos continúen dotados de lo que conocemos con el término “vivienda”. Esta abarca en todo caso el espacio físico donde el menor desarrolla su vida, entendiendo como tal el contexto en el que el mismo realiza sus actividades diarias básicas (comer, estudiar, recrearse, dormir, etc.)³⁷.

En esta materia, el legislador español hace uso escueto de criterios para la atribución de la vivienda familiar, pues no ha previsto normas especiales relativas a la custodia compartida. A tales efectos, comprobamos que, incluso tras la introducción del modelo de custodia compartida como tal, el artículo 96 del Código Civil no ha sido modificado, de tal manera que la regla relativa a la vivienda familiar se refiere con exclusividad a la modalidad unilateral de custodia, donde el criterio escogido para la atribución de la vivienda familiar sería asignarla al progenitor que se haya constituido como progenitor exclusivo. Esta circunstancia ha obligado a establecer criterios “ad hoc” a este supuesto, basados en aplicar de manera analógica el citado artículo del Código Civil, así como los criterios formulados de manera jurisprudencial. Estos criterios establecen diversos sistemas de adjudicación de la vivienda, lo que, según Lathrop Gómez, nos permite hacer referencia a los términos “residencia privilegiada”, en la que se opta por la designación de un progenitor principal con el cual han de vivir los hijos gran parte del tiempo; y “residencia alternada”, en el que este será distribuido entre los padres de manera rotatoria, siendo necesario en este caso especificar el grado de alternancia, es decir, los periodos de convivencia.

³⁷ Lathrop Gómez, F., “Custodia compartida de los hijos”, La ley, Madrid, 2008, págs. 515-519

En base a ello, la regla más práctica consistiría en la designación de un progenitor principal, aunque necesariamente habrá de coordinar con el otro las responsabilidades parentales con la finalidad de desarrollar un proyecto educativo común que a su vez, tenga por individuales los deberes de cuidado. Vemos por tanto que toma gran importancia la autonomía de las partes, sin perjuicio de que el juez pueda determinar la residencia y los lapsos de alternancia si no consiguen presentar un proyecto de mutuo acuerdo.

Aún con ello, la custodia compartida con residencia alternada resulta también beneficiosa, en tanto otorga a los padres tiempos de permanencia más elásticos que atienden a las exigencias sociales del hijo, compromisos escolares, etc. En este caso los padres, o en su caso el juez, deben designar la localización principal de la vivienda del hijo, es decir, se atribuirá la vivienda familiar al progenitor con el que aquel vaya a habitar normalmente. Asimismo, si ninguno puede ser considerado como conviviente principal, siendo imposible contabilizar el mayor tiempo que pasa cada uno con el hijo, la atribución se produce a la parte más necesitada de protección, de manera que no solo se protegen los intereses del hijo, sino que se vela en este caso porque la parte más desfavorecida desde el punto de vista patrimonial permanezca en la vivienda. Además, en ciertos casos, y siempre que los padres dispongan de recursos económicos suficientes y la circunstancias lo permitieren, puede disponerse que la alternancia sea efectuada por los padres y no por los progenitores, lo que conocemos como “sistema de anidación” en la que los padres son los que tienen una residencia alterna, y no el hijo, que permanece en la vivienda familiar.³⁸

³⁸ Este modelo presenta grandes desventajas plasmadas en múltiples sentencias como la SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2006 (JUR 2007/139338) que destaca que un régimen de alternancia anual en el uso de la vivienda hasta que el menor cumpla los 25 años de edad “le parece al Juzgador una medida irracional y contraria a la legalidad vigente”.

Otro ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2008 (RJ 2009/1449): “La alternancia de los padres en el referido domicilio es del todo desaconsejable y como acertadamente recoge la sentencia, perturbadora para los menores. La medida propuesta consistente en que sean los progenitores los que ocupan y desocupan el domicilio se erige en fuente de inagotables conflictos y parece viable sólo en momentos muy determinados, como pueden ser los inmediatos a la separación y siempre de forma temporal”

Tras la exposición de estos modelos, debemos destacar que el criterio fundamental para la atribución de la vivienda familiar se encuentra en asegurar la conservación del ambiente doméstico en el que el hijo se ha desarrollado hasta la ruptura conyugal o de convivencia, que también implica que ello afecte de manera igualitaria a los progenitores, no alcanzando el “*favor filii*” en este caso su máxima expresión.

En cuanto al ajuar familiar, entendemos este como el conjunto de mobiliario, enseres y demás bienes inmuebles³⁹, que, por encontrarse dentro de la vivienda, tendrán igual destino que el que tenga la primera, sin perjuicio de que los bienes privativos sean retirados por el progenitor titular.⁴⁰

Para concluir, destacamos que el TS se ha pronunciado respecto de lo anteriormente expuesto, en la STS de 24/10/2014. Esta dictamina que, a falta de acuerdo, se atribuye el uso de la vivienda a los hijos, y por tanto al progenitor en cuya compañía queda este. Sin embargo, en casos de custodia compartida en la que unos hijos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, deberá aplicarse de manera analógica el apartado segundo del artículo 96 del Código Civil.

Este apartado permite al juez resolver sobre lo más procedente, de tal manera que este ponderará las circunstancias correspondientes a cada caso concreto. Así, una vez haya atribuido el uso de la vivienda a uno de ellos, procederá a la imposición de una limitación temporal, es decir, ninguno de los padres podrá asentarse en la vivienda de manera indefinida.

³⁹ No entran dentro del ajuar familiar aquellos objetos artísticos, históricos y de valor extraordinario

⁴⁰ Véase art 96 CC que dictamina que en caso de no acuerdo entre los cónyuges, corresponderá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden

7.3. Pronunciamientos económicos: la pensión de alimentos y gastos extraordinarios.

En lo que a la pensión de alimentos se refiere, y puesto que la normativa no regula nada al respecto, atenderemos en todo caso a cómo ha venido resolviendo la jurisprudencia este conflicto. En el caso de custodia conjunta no habría problema, pues se mantiene el pago de una pensión alimenticia a cargo de uno de los progenitores, con la correspondiente valoración de la colaboración del restante⁴¹, es decir, existe forzosamente un padre gravado con una pensión alimenticia. No ocurre lo mismo en el caso de la custodia compartida, ya que en este supuesto ambos padres, tanto padre como madre, realizando conjuntamente el cuidado personal, deben concurrir a la gestión de los recursos económicos durante los periodos de convivencia. En este sentido, es importante determinar el modo o forma en que los progenitores van a contribuir a los gastos de los hijos, con el fin de asegurar el mantenimiento y satisfacción de sus necesidades. Podemos encontrar, por tanto, diversas opciones llevadas a cabo por los tribunales.

La primera opción que encontramos es la fijación de un **sistema de mantenimiento directo**,⁴² en el cual no se establece ninguna pensión de alimentos, decidiendo que cada progenitor se hiciese cargo de la manutención en los periodos en que los hijos se encontraran consigo. De este modo se atribuye a los progenitores el deber de proveer directamente las exigencias del hijo, hecho que refleja la SAP de Valencia de 22 de julio de 2005, (nº 485/2005) siendo necesario, además, que los recursos económicos y los tiempos de convivencia fueran equiparados. Además, y tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, nos encontramos con otra sentencia clave, la SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007 (nº 102/2007) que dictamina que *“cada progenitor deberá soportar y sufragar los gastos de manutención de sus hijos cuando permanezcan con él y cuanto a los demás gastos de los niños deberán ser satisfechos por mitad entre ambos padres”*.

⁴¹ Lathrop Gómez, F., “Custodia compartida de los hijos”, La ley, Madrid, 2008, pág. 529

⁴² Lathrop Gómez, F., “Custodia compartida de los hijos”, La ley, Madrid, 2008, págs. 529-531

La segunda opción que se plantea es la fijación de una **pensión alimenticia**, en aquellos casos en los que haya una descompensación económica entre los progenitores, y la imposición de dicha medida supongo un reequilibrio de la situación patrimonial, siempre y cuando el interés del hijo lo justifique. Esta medida, además, puede sustituir a la anterior, en el caso de que en el régimen de mantenimiento directo alguno de los progenitores no cumpliera o no satisficiera las necesidades del menor, provocando la intervención judicial y fijándose en todo caso una pensión alimenticia para el progenitor que pueda cumplir con mayor garantía el mantenimiento y sustento. Todo este régimen de pensiones se encuentra asimismo garantizado, tanto en el ámbito civil como el penal.⁴³

Por tanto, concluimos que será el juzgador el que se ajuste a cada caso concreto, para determinar qué régimen será el más adecuado para el cumplimiento económico de las necesidades del hijo.

En cuanto a los gastos extraordinarios, son definidos por el TS como: *“aquellos que no se pueden prever, tales como actividades extraescolares y gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o seguros privados sanitarios correspondientes. Además dentro de los gastos extraordinarios se debe distinguir entre los necesarios (como pueden ser por ejemplo el cambio de unas gafas), que no requieren el previo consentimiento del progenitor no custodio, y los no necesarios (como pudieran ser unas clases de tenis, por ejemplo), que sí precisan del previo conocimiento y consentimiento del progenitor no custodio.”*⁴⁴. Así, vemos que se trata de gastos que no se pueden prever, y que por tanto no pueden ser contenidos en la pensión. Ello no quita, sin embargo, que deba de tratarse de gastos necesarios o imprescindibles para el menor.

⁴³ En el ámbito civil nos encontramos con el sistema de multas del artículo 776 de la LEC, además de las disposiciones establecidas en materia de embargo de bienes. En el ámbito penal la ejecución está garantizada por la tipificación del delito de impago de pensiones regulado en el artículo 227 CP

⁴⁴ STS 579/2014, de fecha 15 de octubre.

En cuanto a la satisfacción de los mismos, la jurisprudencia viene siguiendo un criterio equitativo (en defecto de pacto) de tal manera que se satisfarán por partes iguales entre los progenitores, estableciéndose el 50% del pago para cada progenitor, aunque puede establecerse una situación de pago diferente según la capacidad económica de cada progenitor. Todo ello lo encontramos plasmado en diversas sentencias del TS, como la Sentencia 571/2015, de 14 de octubre de 2015, que dictamina: “*satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%*”; o bien la Sentencia 96/2015, de 16 de febrero 2015, que versa: “*Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%, dada la igualdad de profesión y retribución*”.

Además, y en cuanto a su satisfacción, existe la posibilidad apertura de una cuenta mensual conjunta donde se realicen las aportaciones de los gastos extraordinarios.⁴⁵

8. El Convenio regulador.

Se trata de una de las cuestiones más discutidas a la hora de la tramitación de la Ley 15/2005. Así pues, se debatió si correspondía establecer como necesario el acuerdo de ambos padres para instaurar la custodia compartida., y es que en efecto, las peculiaridades de este sistema exigen un mínimo de entendimiento entre los progenitores y una permanente colaboración de ambos. Así, ambos deben estar de acuerdo en renunciar a una parte parcial del control sobre las decisiones respecto a la vida cotidiana de sus hijos.⁴⁶

A estos efectos, el artículo 92 del CC, en su apartado quinto establece lo siguiente:

⁴⁵ Lathrop Gómez, F., “Custodia compartida de los hijos”, La ley, Madrid, 2008, pág. 534

⁴⁶ Lathrop Gómez, F., “Custodia compartida de los hijos”, La ley, Madrid, 2008, págs. 426-427

”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”. De igual modo, encontramos que este convenio regulador tiene carácter condicional, pues por sí solo no tiene carácter ejecutivo, de manera que tiene que ser aprobado por el juez para obtener plena eficacia. Así, solo si este es homologado judicialmente formará parte de la resolución y tendrá los mismos efectos de la sentencia.⁴⁷

Todo ello sucede en el caso de que ambas partes procedan a un acuerdo mutuo, dando como resultado la realización por parte de las mismas del convenio regulador, que, como hemos visto, puede dar lugar a la homologación judicial, o por el contrario el rechazo del mismo.

Supuesto diferente sería el caso de no existir acuerdo entre los progenitores, caso que el CC pretende solucionar con el inciso del apartado 8 del artículo 92, pues este pone de manifiesto que el juez podrá, a instancia de una de las partes, y existiendo un Informe favorable del MF, acordar la custodia compartida. Vemos por tanto, que se establecen los siguientes requisitos para que el juez, excepcionalmente la custodia compartiendo no existiendo acuerdo entre los progenitores:

- Que una de las partes solicite la custodia compartida
- Que exista Informe favorable del Ministerio Fiscal
- Que la decisión judicial en tal sentido se fundamente en que solo de esta forma se protege el interés del hijo.

Esto, sin embargo, dio lugar a un cambio de gran trascendencia, pues se consideraba que el inciso de este precepto limitaba e incluso supeditaba la actuación judicial.

⁴⁷ STS nº325/1997 de 22 de abril. (RJ 1997/3251)

En tal sentido, el TC en su Sentencia 185/2012 de 17 de octubre declara inconstitucional y nulo inciso “favorable” del Informe del MF contenido en el artículo 92.8 del CC.

Este Tribunal establece: *“En conclusión, ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a los dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida. A la misma conclusión se llega examinando la alegación recogida en el Auto de planteamiento relativa a la supuesta colisión de la disposición impugnada con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por condicionarse -a juicio de la Sala- el derecho de la parte a obtener un pronunciamiento sobre el fondo al requisito de que el Fiscal informe favorablemente sobre su pretensión”*.

Así pues, considera que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y además y se conculca la función jurisdiccional, limitándola en gran medida. Es por esto que el juez, en todo caso, valorará los Informes del MF, y además los realizados por especialistas, pero es este quien tiene la decisión última.

En cuanto al contenido del Convenio Regulator, nos encontramos con que estos deben contener las medidas que habrán de regular las relaciones entre los progenitores, y entre cada uno de ellos con los hijos comunes.

Entre estas medidas podemos encontrar las ya tratadas con anterioridad, como son el régimen de guarda y custodia, régimen de visitas, pensión de alimentos, gastos extraordinarios, entre otros.

9. El interés superior del menor. La opinión de los menores en la decisión de la custodia.

El interés del menor supone en todo caso un principio jurídico indeterminado, lo que provoca que adquiera verdadera dimensión una vez ha sido aplicado al caso concreto. Se trata de un principio ordenador básico de la guarda y custodia compartida que ha de guiar cualquier decisión, independientemente de que nos encontremos ante guarda atribuida a un único progenitor o bien compartida.

Asimismo, todo debe garantizar el *“interés del menor, sin que ningún otro criterio deba condicionar lo que se considera más adecuado para su estabilidad”*⁴⁸. El principio constituye por tanto un límite y punto de referencia de la propia institución de guarda y custodia compartida, así como un principio fundamental y básico, orientador de la actuación judicial que compagina con el constitucional de protección integral de los hijos.⁴⁹

Este principio se recoge tanto a nivel internacional como a nivel estatal. En cuanto al ámbito internacional, nos encontramos con la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. Esta fue la que utilizó por primera vez el término *“interés superior del niño”*, siendo de gran relevancia el precepto 7, que establece que *“el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación”*. Dicha responsabilidad incumbe en primer lugar, a sus padres o progenitores, y demás miembros encargados del desarrollo del menor, a los magistrados competentes para resolver las cuestiones en que se encuentren involucrados, y en última instancia, al legislador, siendo este el responsable del desarrollo de las instituciones públicas encargadas del cuidado del menor.

⁴⁸ Véase STC AP Barcelona, s. 20.12.2006, SP/SENT/103016. Cfr., entre otras, TS, s. 20.04.1987; AP Teruel, s. 7.11.2006, SP/SEMT/101908

⁴⁹ Véase STC AP Barcelona s. 15.02.2008, SP/SENT/161372

A partir de la citada disposición, se comienza a recoger este principio además en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966⁵⁰, así como en la Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1992⁵¹.

Pues bien, analizado el concepto internacional, debemos señalar que el principio se encuentra recogido en España a través de las reformas de 1981 y de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Así, actualmente muchas disposiciones hacen referencia al interés del menor, pero sin llegar a desarrollar su contenido, de manera que solo llevados al caso concreto, dan lugar a una solución específica, como bien mencionamos anteriormente.

En referencia a ellos nos encontramos con los artículos 159, 92 Y 103 del CC, que establecen que los padres pueden acordar en el convenio regulador que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los progenitores, o bien el juez podrá decidir; así como si nos encontramos con padres separados y a falta de acuerdo, decidirá el juez, siempre en beneficio de los hijos.⁵²

⁵⁰ El PIDCP establece en su artículo 24.1, que *“todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*

⁵¹ La Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1992, en su punto 8.14 prescribe que: *“toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de sus intereses [...] A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguarda de los derechos e interés del niño”*

⁵² Art 159 CC: *“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.”* Art 92.4 CC: *“Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges”*. Art 103.1 CC: *“Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes (...) Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos(...) y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.*

Por último, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, prescribe que el interés superior del menor primará sobre cualquier otro que pudiera concurrir, y que este principio deberá además ser primordial a la hora en la actuación de los poderes públicos.⁵³

Destacamos por tanto que se trata de un criterio así como un principio clave en Derecho de Familia⁵⁴, sobre el cual el legislador ha optado en todo caso por no enmarcar un desarrollo claro del concepto. Debido a ello, y a falta de un concepto unívoco, cabe mencionar las distintas visiones que tienen la doctrina y jurisprudencia al respecto.

En cuanto a la doctrina, por un lado podemos destacar a RIVERO HERNÁNDEZ,⁵⁵ que contrapone dos corrientes: una tradicional en la que el núcleo del interés del menor radica en la perfección de la educación del hijo, impuesta por el progenitor e ignorando las preferencias del menor; y otra en contraposición, atendiendo en este caso a los gustos e intereses de este. Encontramos además una tercera opción, más equilibrada en la que se atiende a su edad y personalidad, ajustando el carácter autoritario de la primera con las necesidades del menor de la segunda, obteniendo como resultado estabilidad emocional y libertad.

Por otro lado, nos encontramos con que ZANÓN MASDEU, L. distingue entre interés moral e interés material del menor. El primero se relaciona con una completa formación tanto educativa, como psicológica y espiritual. El segundo, hace referencia a la posición económica de los progenitores. Habría en todo caso que fusionar ambos intereses con las necesidades de los progenitores.

⁵³ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, Custodia compartida de los hijos, Editorial La Ley, Madrid, 2008, pág. 117

⁵⁴ Véase STC 4/2001, de 15 de enero que señala que el interés del menor se trata de *“un criterio básico y preferente en los procedimientos en materia de familia”*, y *“uno de los elementos imperativos del Derecho de Familia”*

⁵⁵ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *“Comentarios al art 92”*, en Matrimonio y divorcio..., óp. Cit., pág. 1018. Las corrientes citadas corresponden a la SAP Cuenca de 31 de marzo 1999 (recurso de apelación núm. 260/1998)

A estos efectos, el interés moral debería ser más bien entendido como un complemento del material, refiriéndose el primero a todo lo que satisface al ser humano en las más variadas facetas de la vida (afectividad y sentimientos) y el segundo en todo caso a la posibilidad de contar con los medios adecuados para cubrir las necesidades y eventualidad en cada etapa de la vida (desde el punto de vista económico).

La jurisprudencia, por su parte, no ha establecido un contenido claro, limitándose a considerar el *favor filii* como principio inspirador de todas las materias que atañen al menor, vinculando así al juez, a los poderes públicos y, obviamente, a los padres y ciudadanos⁵⁶. Ello supone el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de su capacidad progresiva para ejercerlos⁵⁷.

En definitiva, a pesar de que no se consagra aún un concepto claro e inequívoco, entendemos que se trata de una pieza clave para construir una buena formación y proyección de futuro para el menor, así como procurar su integración tanto familiar como social y su buen desarrollo. A estos efectos, es importante centrarnos en este punto en el derecho del menor a ser oído, así como destacar en qué medida resulta vinculante la opinión de los menores en la decisión de custodia.

En cuanto al marco legal en torno a ello, el derecho del menor a ser oído se encuentra consagrado en la legislación española, en diversos preceptos. La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modifica a tal efecto el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, dando cuenta de la importancia de este derecho. Así, destacamos el artículo 9.1, que prescribe: “*el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*”.

⁵⁶ Véase STS 17 de Septiembre de 1996, recurso de casación núm. 2631/1992

⁵⁷ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, Custodia compartida de los hijos, Editorial La Ley, Madrid, 2008, pág. 120

Por su parte, el artículo 92 del CC en concordancia con la LEC, velan por el derecho de los menores a ser oídos, exigiendo la audiencia de los hijos en los procesos matrimoniales y de menores.⁵⁸

10. El artículo 92.7 CC, violencia doméstica como exclusión a la custodia compartida. Referencia a Canarias en la legislación sobre violencia de género.

Como punto de partida, destacamos el hecho de que Canarias se configura como una Comunidad Autónoma pionera en legislación sobre violencia de género. La acción institucional, en este caso configura dos normativas relevantes, siendo las mismas la Ley 16/2003 de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género, instaurada incluso antes que el Estado, y la Ley 1/2010, de 26 de febrero canaria de igualdad entre mujeres y hombres; además de regular de forma específica el procedimiento de concesión de ayudas económicas a la víctimas de violencia de género.

Así, dicha normativa configura un sistema de prevención y protección a las víctimas de violencia de género, encomendando a la Administración diversas funciones, entre las que encontramos⁵⁹:

⁵⁸ Art 770.4ª de la LEC: “(...) Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.”

Art 777.5 LEC: “Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.”

⁵⁹ http://www.gobiernodecanarias.org/igualdad/temas/violencia_genero/

1. La ordenación normativa del sistema canario integral de prevención y protección de las mujeres contra la violencia de género, así como de los servicios, funciones y centros que lo integran.
2. La planificación general de los servicios y prestaciones del sistema de colaboración con la Comisión Sectorial General y las Comisiones Insulares de Coordinación del Sistema.
3. La coordinación, a nivel regional, de todos los servicios, funciones y centros que integran el sistema.
4. La asistencia técnica y asesoramiento a las entidades locales y a las organizaciones sociales para la prestación de servicios y funciones que se encomienden a las mismas.
5. La alta inspección de todos los servicios, funciones y centros que integran el sistema.
6. La creación y gestión de un registro autonómico de los servicios que integran el sistema.
7. La homologación de las entidades colaboradoras y la creación y gestión de un registro de las mismas.
8. La prestación, con carácter subsidiario, de servicios, funciones y gestión de los centros de competencia insular o municipal, cuando los mismos no hayan sido asumidos por estas últimas administraciones o los presten de forma deficiente.
9. El ejercicio de la acción popular en los procedimientos penales por violencia de género en los casos de muerte o incapacitación definitiva de la víctima por las secuelas de la violencia, previo consentimiento de la familia.
10. La creación de un Fondo de Emergencia para ayudas que tengan por finalidad atender de modo inmediato situaciones de emergencia social en que se encuentren las mujeres víctimas de violencia de género que carezcan de medios económicos.

11. La prestación de subvenciones destinadas a la organización y ejecución de las actividades de prevención.
12. La prestación de ayudas al tejido asociativo que trabajen en la prevención y erradicación de la violencia de género.

Así, además de ello, crea de igual modo un Protocolo de coordinación interinstitucional para la atención de las víctimas de violencia de género, incidiendo ambas normativas en todos los tipos de violencia ejercida contra la mujer, sea sexual, psicológica o física.

En el ámbito de la custodia compartida, debemos señalar que este supuesto adquiere gran importancia, pues se trata de un supuesto de exclusión de custodia compartida, que en este caso no solo encontramos en la jurisprudencia de los tribunales, sino que también se encuentra ratificado en la normativa vigente. En este caso debemos hacer referencia al artículo 92.7, que estipula que: *“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 de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”*. Esta dinámica la encontramos de igual modo en la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que promueve la idea de que el menor debe desarrollarse en un entorno libre de violencia, y que siempre deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Ello también se encuentra ratificado por jurisprudencia, más concretamente en la Sentencia de 4 de febrero de 2016, que manifiesta que la custodia compartida conlleva la necesidad de una relación de mutuo respeto entre los progenitores, que permita la adopción de conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional, con la finalidad de que se produzca el correcto crecimiento de su personalidad.

Así, la misma destaca: *“Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de los hijos”*

Asimismo, en la aplicación de la normativa civil ya citada, la jurisprudencia adopta varias posturas, aunque bastante similares:

- I. **Progenitor incurso en un proceso penal por violencia intrafamiliar:** a estos efectos el artículo 92.7 CC regula la imposibilidad de otorgar guarda y custodia compartida en dichos supuestos, siendo necesario en todo caso, no solo la existencia de una mera denuncia, sino que consten indicios fundados y racionales de criminalidad.⁶⁰ Cabe mencionar que, aunque la normativa civil se refiera a la violencia doméstica, ello no significa que no queden recogidas las demás modalidades, pues se entiende que tal alusión hace referencia a todas las formas de violencia intrafamiliar, por ejemplo, la violencia sobre la mujer en el ámbito de la pareja. Así, aunque dependiendo del tipo de violencia intrafamiliar (si es de género, u otra) encontramos diferentes actuaciones procesales a la hora de enjuiciar, pero el resultado sigue siendo el mismo, y es que se excluye la atribución de la guarda y custodia compartida, línea que siguen numerosas sentencias.⁶¹

⁶⁰ Así lo recoge la Fiscalía General del Estado en la Circular FGE 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la violencia sobre la mujer: *“Ahora bien, tal prohibición ha de ser interpretada a la luz del principio inspirador de esta reforma que es la salvaguardia del superior interés del menor. Por ello, en ese procedimiento han de haber sido objetivados indicios de criminalidad, por lo que la simple denuncia no será suficiente para vetar tal posibilidad”*.

⁶¹ SAP Madrid, Sec. 22ª, 275/2015, de 20 de marzo (SP/SENT/810125), SAP Baleares, Sec. 4ª, 403/2014, de 29 de octubre (SP/SENT/797953), entre otras.

- II. **Indicios fundados de violencia intrafamiliar:** el CC también prevé el supuesto en el que, no existiendo un proceso penal abierto contra un progenitor, existan indicios fundados de violencia intrafamiliar, a través de la tramitación del proceso y de las alegaciones de las partes. En todo caso se aplican las mismas cautelas que en el supuesto anterior, es decir, en aquel caso en que dichos indicios den lugar a la incoación de un procedimiento penal, la aplicación del artículo 92.7 deberá fundarse no solo en la mera denuncia, sino en la existencia de una resolución motivada que fundamente dichos indicios.

Vemos por tanto que, atendiendo a ambos supuestos, el resultado sigue siendo el mismo, se excluye la custodia compartida en dichos supuestos.

11. Conclusiones.

Primera.-

Tras la ruptura de convivencia o del núcleo conyugal, es necesario determinar el régimen que se va a establecer en torno al cuidado de los hijos. Así, se deberá determinar el modelo de guarda y custodia de los mismos, pues que los progenitores decidan romper su vida en común, no debe afectar, en principio, a la relación que los hijos venían manteniendo con ellos.

A pesar de que la ley no ofrece una definición clara de la custodia compartida, podemos concluir que se encuentra dentro de la patria potestad, y que supone el cuidado y atención diario del menor, alternándose los progenitores para satisfacer las necesidades del hijo. Encuentro que este sistema es el más adecuado para que el menor no pierda los lazos fraternales con ambos progenitores, siempre que se cumplan todos los requisitos legales establecidos.

Segunda.-

Aunque consideramos que se trata del régimen que más favorece al menor, no es hasta la promulgación de la CE que se comienza a dar preferencia a un acuerdo entre los progenitores, pues con anterioridad a ello, nuestro sistema optaba por la custodia monoparental o guarda exclusiva, es decir, un progenitor ostentaba la custodia única (que solía ser la madre) y el otro un sistema o régimen de comunicaciones y visitas. En el caso de no haber acuerdo, sería el juez el que decidiese atendiendo al interés superior del menor. Sin embargo, pocas veces se acordaba la custodia compartida, pues aún no había ninguna regulación vigente, quedando al arbitrio del juez. Por ello encontramos que es necesario un gran cambio de mentalidad en los jueces y en la propia sociedad en cuando al reparto equitativo de potestades o roles en el seno familiar.

Tercera.-

Centrándonos en la atribución de la misma, constituye un hecho fundamental la promulgación de la Ley 15/2005, que modifica el artículo 92 del CC, incluyendo en todo caso la posibilidad de establecer la custodia compartida. Es con esta normativa que se introducen por primera vez los principios de *corresponsabilidad parental* y *coparentalidad*, que adquieren hoy en día gran trascendencia, pues ambos se crean con la finalidad de que exista un plano de igualdad entre ambos progenitores. Esto es así pues el término corresponsabilidad parental significa que ambos padres son responsables de la crianza y el cuidado de sus hijos, de manera que se produce un reparto equitativo de derechos y deberes, lo que no ocurría con anterioridad. En el mismo aspecto, coparentalidad significa un vínculo relacional, de manera que se requiere un proceso interaccional constante, pues ha de garantizarse el derecho del menor a mantener la relación afectiva con ambos progenitores en igualdad de condiciones. Así, estos términos, junto con el de interés superior del menor, se constatan necesarios para dar forma a la figura de la custodia compartida, si bien es cierto que este último se trata de un concepto jurídico indeterminado, aunque toma gran importancia a la hora de ser analizado por los tribunales en cada caso concreto.

Cuarta.-

Con la modificación del artículo 92 del CC, se introduce la figura de la guarda y custodia compartida, dando preferencia a un acuerdo entre los progenitores, que se efectúa en todo caso a través del convenio regulador, documento a través del cual se recogen las medidas que habrán de regular las relaciones entre los progenitores; por ejemplo régimen de visitas, pensión de alimentos, etc., y que debe ser aprobado por el juez.

El apartado 8 del artículo, además, ofrece otra posibilidad, y es que en caso de no haber acuerdo, uno de los progenitores deba solicitar la guarda y custodia compartida. Es en este punto donde nos damos cuenta de que el legislador ha ofrecido una normativa escueta en torno a la figura de la custodia compartida, pues solo regula la figura permitiendo que se aplique cuando no hay acuerdo por partes de los progenitores, pero no establece un catálogo de requisitos o circunstancias que se tengan en cuenta a la hora de la aplicación por parte del juzgador. De este modo, establece una normativa que en la práctica, es más bien imprecisa, de modo que son los tribunales (como han venido haciendo a raíz de la jurisprudencia consultada) los que determinan los detalles de la custodia compartida.

Quinta.-

El Tribunal Supremo considera el régimen de custodia compartida no como excepcional, sino por el contrario como el más normal y favorable o deseable. Además, este ha sido quien ha tenido que establecer de alguna manera las circunstancias o requisitos tenidos en cuenta a la hora de atribuir la custodia compartida, pues el Código no ofrece ningún precepto al respecto. Así, se atiende a las aptitudes de los progenitores, ubicación de los domicilios, resultado de los informes legalmente exigidos, respeto mutuo entre los progenitores,... en definitiva, cualquiera que permita observar al juzgador que se cumple el interés superior del menor y permita una vida adecuada entre el mismo y sus progenitores.

El Tribunal Constitucional ha venido a declarar inconstitucional un precepto del artículo 92, que limitaba la actuación del juzgador, pues el precepto 8 consideraba necesario el informe del Ministerio Fiscal, quedando el juez supeditado a dicho informe favorable para entrar a valorar la atribución de la custodia compartida.

Debemos mencionar, además, las medidas a regular que hemos expuesto en el presente trabajo, como son la vivienda familiar, pensión de alimentos, gastos extraordinarios y régimen de custodia compartida. Con el análisis de ellos, nos damos cuenta de que, una vez más, es la jurisprudencia la encargada de ofrecer una solución al respecto, de manera que quedan supeditados a la decisión de cada tribunal, atendiendo en todo caso al interés superior del menor, pero que puede ser diferente para cada uno, es decir, no entendido de igual manera por el juzgador.

Sexta.-

Encontramos la violencia doméstica como límite o como supuesto de exclusión claramente marcado a la hora de atribución de la custodia compartida, supuesto en el que todos los tribunales coinciden. Cabe destacar a Canarias como Comunidad Autónoma pionera en legislación sobre violencia de género, estableciendo una serie de medidas y normativa de gran importancia en ayuda de las víctimas de estos supuestos. Así, este supuesto, tanto en casos de violencia intrafamiliar como en violencia de género, supone la exclusión del régimen, con la correspondiente pérdida del derecho de visitas, todo ello si existe resolución motivada o bien indicios fundamentados, como hemos expresado a lo largo del presente trabajo, siendo ello un supuesto de gran avance, dada la problemática actual en torno a dicho tipo de violencia y la gravedad que supondría para la convivencia, relación y personalidad y desarrollo del niño.

Séptima.-

Con estas conclusiones comprobamos que, en lo que se refiere a la custodia compartida, nos encontramos con una incertidumbre jurídica, pues, aunque la Ley 15/2005 ofrece una visión más clara de la figura, no ofrece una solución clara para la eliminación del conflicto en la práctica.

Aunque el Tribunal Supremo se ha posicionado a favor de la misma considerándola una situación “normal y favorable”, se da la necesidad de constatación constante en torno a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, pues las soluciones se dan en razón del caso concreto, teniendo que consultar la práctica que se va llevando a cabo en cada juzgado, además de la especialidad de cada supuesto, pues dependerá de la decisión de cada juzgador y lo que considere más necesario para proteger el interés del menor.

Por todo ello, considero que es necesario un cambio en la legislación, y es que, aunque parece tarea imposible dar paso a un modelo general que se adapte a todas las circunstancias, habría que encontrar uno más adaptado a la actualidad, que trate de recoger en sus preceptos los detalles que se dan en torno a esta figura. Ello no significa proclamar la custodia compartida por encima de los demás regímenes, sino encontrar el modo de que cualquiera de ambos se ajuste a la realidad actual, situando a los progenitores en un plano de igualdad y cumpliendo con el cometido de velar por el interés superior del niño, en última instancia.

12. Bibliografía y webgrafía.

- CRUZ GALLARDO, B. (2012). *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Edit. La Ley, Madrid.
- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil* (Vol. IV-Tomo 1). Ed. Tecnos, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A. (2008). *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*. Ed. Dykinson, Madrid.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2011). *Principios de Derecho Civil*, Tomo 6. Edit. Tecnos, Madrid.
- LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida de los hijos*. Ed. La Ley, Madrid
- LEFREBvre FRANCIS. (2016). *Relaciones Paterno-Filiales* Colección Derecho de Familia.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P. Y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2011). *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia*. Edisofer, Madrid.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. *Comentarios al artículo 92 CC, en Matrimonio y divorcio...*, Vol. 1º, Libro Primero.
- <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438>
- http://www.gobiernodecanarias.org/igualdad/temas/violencia_genero/
- http://www.cronicas.org/informe_reencuentro.pdf
- <https://dialnet.unirioja.es/>
- <http://www.aranzadigital.es/>
- http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/Jurisprudencia_del_TS

13. Legislación y jurisprudencia.

13.1. Legislación consultada.

- Circular FGE 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la violencia sobre la mujer.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1992.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.
- la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870
- Ley 2 de marzo de 1932, del Divorcio.
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio

13.2. Jurisprudencia consultada.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012 de 17 de octubre de 2012
- Sentencia del Tribunal Supremo 3539/1995, de 17 de Junio de 1996
- Sentencia del Tribunal Supremo 1165/1996 de 31 de diciembre de 1996
- Sentencia del Tribunal Supremo 4/2001 de 15 de enero de 2001
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013 de 29 de abril de 2013
- Sentencia del Tribunal Supremo 2637/2012 de 25 de noviembre de 2013
- Sentencia del Tribunal Supremo 2645/2012 de 17 de diciembre de 2013
- Sentencia del Tribunal Supremo 3113/2014 de 30 de mayo de 2016
- Sentencia del Tribunal Supremo 1980/2015 de 25 de abril de 2016

- Sentencia del Tribunal Supremo 1698/2015 de 15 de junio de 2016
- Sentencia del Tribunal Supremo 1229/2013 de 20 de octubre de 2014
- Sentencia del Tribunal Supremo 3282/2015 de 21 de septiembre de 2016
- Sentencia del Tribunal Supremo 2631/1992 de 17 de Septiembre de 1996
- Sentencia del Tribunal Supremo 325/1997 de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3251)
- Sentencia del Tribunal Supremo 579/2014 de 15 de octubre de 2014
- SAP de Barcelona 218805/2012 de 28 de septiembre de 2012
- SAP de Barcelona, de 20 de diciembre de 2006, SP/SENT/103016
- SAP de Teruel, de 7 de noviembre de 2006 , SP/SEMT/101908
- SAP de Barcelona de 15 de febrero de 2008, SP/SENT/161372
- SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2006 (JUR 2007/139338
- SAP de Valencia de 31 de marzo de 2004
- SAP de Madrid, Sentencia 275/2015, de 20 de marzo de 2015
- SAP de Baleares, Sentencia 403/2014, de 29 de octubre de 2014
- Sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2008 (RJ 2009/1449)

