



**Facultad de Derecho**  
Universidad de La Laguna

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**Grado en Derecho**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de La Laguna**

**Curso 2019/2020**

**Convocatoria: Julio**

**EVOLUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA  
COMPARTIDA.**

[EVOLUTION OF SHARED CUSTODY]

Realizado por el alumno/a D. Alexandru Malai Vrîncean

Tutorizado por el Profesor/a Dr. Luis Javier Capote Pérez

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil



ABSTRACT

After the dissolution of a marriage, shared custody is generally the best solution for the future relationships between children and their parents. This work will analyze the legislation and jurisprudence evolution of the phenomenon of shared custody, with special attention in the 15/2005, of 8 July Act and Article 92 of Civil Code; as well as what was before and what will be after.

This work will also discuss the numbers of the concession of shared custody, which have been growing with the past of the years. Additionally, I will explore the reasons that the jurisprudence gives for choosing one system against another and their interpretation of the best interests of the minor.

With the national perspective, this paper will also consider in particular the legislative vision of the Autonomous Communities, considering their own civil rights legislations which regulates shared custody to a greater or lesser extent than national legislation.



**Key Words:** best interests of the minor, shared custody, jurisprudence, legislation,

**RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)**

Acontecida una crisis matrimonial, la guarda y custodia compartida se posiciona como una de las soluciones respecto a las relaciones futuras de los hijos con sus padres y, generalmente, como la solución preferible. Analizaré la evolución tanto legislativa como jurisprudencial del fenómeno de la guarda y custodia compartida, haciendo hincapié en la Ley 15/2005, de 8 de julio y en el artículo 92 del Código Civil; así como lo que hubo antes y lo que puede haber después.

Comentaré también las cifras de concesión de guarda y custodia, que han estado incrementando con el paso de los años. Asimismo, se analizará los motivos que la jurisprudencia ofrece para decantarse por un régimen u otro y su interpretación del interés máximo del menor.

Junto a la perspectiva nacional, también mostraré, de forma particular, la visión legislativa de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio que regulan en mayor o menor medida la guarda y custodia compartida.



**Palabras clave:** interés del menor, guarda y custodia compartida, jurisprudencia, legislación

## *ÍNDICE*

### **1. INTRODUCCIÓN.**

### **2. INTERÉS MÁXIMO DEL MENOR.**

### **3. ANÁLISIS Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.**

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

3.2. 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.

3.3. Anteproyecto de ley sobre corresponsabilidad parental, de 2013.

### **4. EVOLUCIÓN Y ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA**

4.1 Criterios jurisprudenciales para la concesión de la guarda y custodia compartida.

4. 2. Tipos de guarda y custodia por comunidad autónoma.

### **5. SOBRE LAS NORMAS FORALES**

5.1. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

5.2. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón».

5.3. País Vasco. Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

5.4. Navarra. Ley Foral 3/2011, De 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

5.5. Valencia. Ley 5/2011 de 1 de abril, declarada inconstitucional.

5.6. El caso de las Islas Baleares.

5.7. El caso de Galicia.

### **6. CONCLUSIÓN.**

## 1. INTRODUCCIÓN.

Para comentar la guarda y custodia hay que introducir la idea de **patria potestad**, un concepto que se encuentra regulado de forma genérica en el artículo 154 del Código Civil, en el que se determina que los hijos no emancipados estarán bajo la *patria potestad* de los progenitores, que actúa como responsabilidad parental y siempre en favor del interés de los hijos, de acuerdo con la personalidad de estos y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. La patria potestad, bajo el artículo 154, comprende:

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

*2.º Representarlos y administrar sus bienes.*

La patria potestad la ejercen, como regla general, ambos progenitores y aunque haya una sentencia de separación, nulidad o divorcio no exime a los padres de cumplir las obligaciones mencionadas con anterioridad (artículo 92.1 Código Civil), a no ser que concurra una causa para que efectivamente se prive a uno de los progenitores de esta titularidad. Siguiendo esta línea, MARTÍNEZ CALVO<sup>1</sup> define la patria potestad como «el conjunto de deberes que tienen los padres con respecto a sus hijos, unido a una serie de derechos que se les atribuyen para cumplir con dichos deberes».

Es dentro del concepto de patria potestad donde encontramos anclada la guarda y custodia, en relación con el deber de los padres de velar y tener a sus hijos en su compañía. Tal como apunta DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN Y GULLÓN BALLESTEROS: «la expresión "velar" comprende la dispensación de toda clase de cuidados, materiales y morales», y «"tenerlos en su compañía" significa la necesidad de una relación interpersonal continuada, que presume la

---

<sup>1</sup> Javier MARTÍNEZ CALVO, «La guarda y custodia», *Tirant*, epígrafe 2, 2019

comunidad de vivienda<sup>2</sup>». La guarda y custodia, siguiendo las explicaciones anteriores, no plantea ningún problema cuando los progenitores conviven de forma armoniosa y ordinaria, la problemática surge en el contexto de una crisis matrimonial (o de pareja de hecho).

Aunque haya otras variantes, por su importancia y relevancia podemos distinguir dos categorías de guarda y custodia: exclusiva para uno de los parientes y compartida o alternativa.

La guarda y custodia exclusiva es la ejercitada por uno solo de los progenitores en exclusividad, tal y como su nombre indica. Para MARTÍNEZ CALVO<sup>3</sup> es «aquél régimen de guarda y custodia de los hijos menores en el que las funciones propias de dicha figura son atribuidas a uno de los progenitores , sin perjuicio de que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores se atribuya conjuntamente a ambos padres , y dejando a salvo el derecho del menor a continuar manteniendo una relación habitual y constante con el progenitor no custodio -tradicionalmente llamado derecho de visitas-, así como la obligación de éste último de seguir contribuyendo a su manutención».

La guarda y custodia compartida, por otro lado, es el ejercicio conjunto, alternativo. Con anclaje en el artículo 92 del Código Civil, esta clase de guarda y custodia fue introducida en la legislación con la ley de 5/2005, de 8 de julio y según ROMERO COLOMA: «obedeció a la necesidad puesta de manifiesto en los Juzgados y Tribunales, ante el incremento de demandas en las que se solicitaba que la guarda y custodia de los hijos menores de edad no se atribuyera, de forma exclusiva, a uno de los progenitores —generalmente, a la madre—. Se trata, por tanto, de un modelo de guarda que ha sido permitido por nuestra legislación civil

---

<sup>2</sup> Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, «Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia», *Tecnos*, 12ª ed., Madrid, 2018, p. 269.

<sup>3</sup> Javier MARTÍNEZ CALVO, *op. cit.*, epígrafe 2

cuando los progenitores acuerdan este tipo de custodia en aras del mayor bienestar, beneficio e interés del hijo menor de edad, en armonía con el artículo 39.2, 3 y 4 de nuestra constitución, del que se desprende el deber de los poderes públicos por asegurar la protección integral de los hijos<sup>4</sup>».

## **2. INTERÉS MÁXIMO DEL MENOR.**

Según la STS de 258/2011, de 25 de abril (ECLI: ES:TS:2011:2666) «la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección».

El concepto *interés del menor* es un concepto jurídico indeterminado, como afirma la STS 835/2013 de 6 de febrero (ECLI: ES:TS:2014:247) «es una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial.» En este contexto, para DOMÍNGUEZ OLIVEROS<sup>5</sup> «La utilización por parte del legislador de un concepto jurídico relativamente indeterminado impone, al sujeto obligado a aplicarlo, un complementario proceso de valoración. En dicho proceso, deberán ser ponderadas todas las circunstancias o factores concurrentes a finde conseguir

---

<sup>4</sup> Aurelia María ROMERO COLOMA, «La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)», *Colección Scientia Iuridica*, Madrid, 2014, página 9.

<sup>5</sup> Inmaculada DOMÍNGUEZ OLIVEROS, «¿Custodia compartida preferente o interés del menor? Marco normativo y praxis judicial», *Tirant lo blanch*, Valencia, 2018, página 397

determinar, en el caso concreto, cuál sea el interés del menor en esa específica situación».

Para ROMERO COLOMA la guarda y custodia compartida (ella la denomina custodia alternada) es, por lo general, la mejor respuesta atendiendo el interés del menor: «el sistema de custodia alternada se revela como el mejor para el desarrollo integral —afectivo y emocional— del hijo, ya que el régimen, tradicional, de atribución de la custodia a un solo progenitor, con exclusión del otro, no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras paterna y materna en el menor. Desde el punto de vista psicológico, se ha comprobado que la convivencia del hijo, de forma continuada, con uno solo de los progenitores —y con un régimen de visitas para el otro progenitor no custodio—, provoca que el hijo tome, como modelo de comportamiento, solamente al progenitor custodio —generalmente, a la madre—, perdiendo las referencias —necesarias— para con el otro progenitor. En el mismo sentido, se ha constatado, a lo largo de muchos años de experiencia, que la relación personal del hijo con el progenitor no custodio puede enfriarse —de hecho, se enfría— con bastante facilidad<sup>6</sup>».

Son numerosos los estudios que determinan que la custodia compartida tiende a beneficiar más a los niños que la custodia exclusiva. Un estudio<sup>7</sup> realizado a 4684 adolescentes entre 10 y 18 años concluyó que aquellos que se encontraban en una situación de custodia exclusiva con uno de los progenitores presentaron más problemas psicológicos (un 28.4%) que los de custodia compartida (un 20.2%), muy cerca este último a los de la familia nuclear (18.9%).

---

<sup>6</sup> Aurelia María ROMERO COLOMA, *op. cit.*, p. 46.

<sup>7</sup> Emma FRANSSON, Jani TURUNEN, Anders HJERN, Viveca ÖSTBERG y Malin BERGSTRÖM,, «Psychological complaints among children in joint physical custody and other family types: Considering parental factors», *Scandinavian Journal of Public Health*, 2015 volumen 44, pp. 177–183.

En la misma línea responde un artículo<sup>8</sup> que resumía cuarenta estudios que había comparado a niños que vivían al menos un 35% de su tiempo con cada progenitor y niños que vivían menos de ese 35%; concluye con que, por lo general, los niños en custodia compartida tuvieron mejores resultados emocionales, de comportamiento, de bienestar psicológico; mejor salud física y mejores relaciones con sus padres y madres, incluso aunque entre los progenitores hubiera altos niveles de conflicto.

También un análisis<sup>9</sup> de los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida determina que 15 estudios muestran una tendencia favorable hacia el mencionado tipo de custodia, mientras que solo 2 estudios afirman que la guarda y custodia compartida es desfavorable.

A pesar de lo dicho, la guarda y custodia compartida no es una panacea y no debe ser el régimen a aplicar en todos los casos (por defecto), porque no siempre será lo que más beneficie al interés del menor; y en conflictos familiares como estos, generalizar puede ser un problema, cada caso merece un examen pormenorizado y una respuesta particular y adaptada a sus circunstancias. En este sentido comentaba la STS 961/2011, de 10 de enero (ECLI: ES:TS:2012:628): «En el recurso interpuesto se destacan de modo genérico las virtudes del sistema de guarda y custodia compartida considerando que este sistema ha de prevalecer sobre cualquier otro. Sin embargo, hay que precisar que todo régimen de custodia tiene

---

<sup>8</sup> Linda NIELSEN, «Shared Physical Custody: Summary of 40 Studies on Outcomes for Children», *Journal of Divorce & Remarriage*, 2014, volumen 55, pp. 613-635.

<sup>9</sup> Pedro José HORCAJO, Víctor DUJO, Marta MARÍN, «Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida», *Anuario de Psicología Jurídica*, 2017, tabla 4, pp. 119-120

sus ventajas y sus inconvenientes y que la primacía del sistema de custodia compartida que destaca la parte recurrente no es tal, pues lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores».

### **3. ANÁLISIS Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.**

#### **3.1. Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.**

La Ley 11/1981, de 13 de mayo introdujo la siguiente redacción en el artículo 159 del Código Civil: «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». Es decir, salvo acuerdo entre los progenitores, por defecto la guarda y custodia debía recaer en la figura materna si el hijo era menor de siete años, y solo circunstancias excepcionales justificarían lo contrario. Comprobamos de esta forma que cuarenta años antes era la propia norma la que obligaba a aplicar, siempre que se pudiera, una custodia exclusiva a favor de la madre.

Este artículo 159 fue considerado discriminatorio por razón de sexo y, por lo tanto, derogado; la ley encargada de tal labor fue la 11/1990, de 15 de octubre, bajo la rúbrica: «en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo». La ley en su preámbulo justifica su necesidad de la siguiente forma: «Pese a la modernización que han representado las citadas leyes, así como la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción, el Código Civil sigue acogiendo mandatos cuyo contenido es contrario a la plena efectividad del principio de igualdad subsistiendo preceptos en los que, para determinar la eficacia de ciertas relaciones y situaciones jurídicas, se atiende a criterios que encierran o una preferencia o trato inadecuado por razón de sexo. La presente Ley pretende

eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad».

Caben tres lecturas sobre la discriminación que suponía este artículo, las mismas que sobre la discriminación en la actualidad al comprobar, pese a una favorable evolución, que las custodias maternas siguen siendo la gran mayoría. Podemos entender que es perjudicial para la figura materna, que sigue siendo encorsetada en determinados roles y en su papel tradicional de *ama de casa*. También podemos entender que perjudica a la figura paterna, a la que se le tiende a considerar incapaz de cuidar y mantener a sus hijos y, si es capaz, no en tan buena medida como la madre. Sin embargo, la discriminación, como tantas otras veces ocurre, es bidireccional: el padre *pierde* el contacto con sus hijos y la madre se ve obligada a seguir perpetuando estereotipos. En tal paraje apesadumbrado, la custodia compartida se alza como la solución (por lo general) más halagüeña.

La mencionada modificación legislativa de 1990 dejó la redacción del artículo 159, que sigue vigente en nuestros días, tal que así: «Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años».

### **3.2. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.**

La exposición de motivos de esta ley también resulta relevante para comprender la esencia de la norma. El legislador comenta que, bajo la normativa anterior, muchos fueron los casos en los que tras una crisis matrimonial se había impedido una «relación fluida con ambos progenitores», produciendo en los hijos un perjuicio innecesario. Por lo tanto, «cualquier medida que imponga trabas o

dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés». Lo citado puede ser interpretado a favor de la custodia compartida, entendiendo que de forma general es este tipo de custodia la que hay que concederse y es solo en excepciones graves, en *serios motivos*, que se podrá limitar la relación de un progenitor con su hijo. Más adelante comprobaremos que esto no es así. La exposición de motivos continúa con: «los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad».

Lo más relevante de esta ley, a los efectos que nos ocupan, es la modificación del artículo 92 del Código Civil. Nos interesa principalmente los apartados del 5 al 9. El artículo 92.5 del Código Civil determina 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». Este es el primer supuesto para posibilitar la concesión de la guarda y custodia, simplemente el acuerdo entre los progenitores, bien en el convenio regulador, bien en el propio procedimiento.

Hay que comentar que el acuerdo de los progenitores no supone la necesaria concesión de la medida. Resulta evidente que el convenio regulador deberá ser conforme a Derecho, y de no serlo sería ridículo pensar que aun así pudiese vincular al juez. Además, recordemos que en estos asuntos lo que prima es el interés del menor. El convenio regulador podrá ser conforme a Derecho, pero eso no tiene por qué suponer que sea lo más beneficioso para el menor en cuestión. Aunque sí es cierto que, si alguien conoce lo que es más beneficioso para el menor,

esos serán los propios padres, pero no se puede presuponer que estos actúen siempre movidos por el interés máximo del menor y no por un interés propio o rencillas con su expareja. Es el juez de quien sí podemos presuponer que no tomará parte por ninguno de los progenitores y será imparcial. Siguiendo la misma línea, el apartado quinto termina con: «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».

Todo lo mencionado casa con el siguiente apartado, el sexto, del mismo artículo 92: «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda». Este apartado recoge la audiencia al menor, una práctica reconocida en la Convención de Derechos del Niño de 1989 (ratificada por España), que en su artículo 12 afirma lo siguiente: «Los Estados Partes 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 madurez del niño». Así mismo, la Convención de Estrasburgo de 1996, en su artículo 6 determina algo parecido: «En los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial, antes de tomar cualquier decisión, deberá: consultar personalmente al niño en los casos oportunos, si es necesario en privado, directamente o por mediación de otras personas u organismos, de una forma

apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño».

Sin embargo, cuando el procedimiento sea de mutuo acuerdo, el menor solo intervendrá cuando se estime necesario (artículo 777.5 Ley de enjuiciamiento civil). En este sentido comenta ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS lo siguiente: «A nadie se le escapa que declarar sobre si prefiere ir a vivir con su padre o con su madre, es una decisión difícil. Pero más difícil es, cuando lo tiene que decidir en presencia de estos. Por ello, se permite la que el menor pueda declarar a puerta cerrada. No solo para los terceros ajenos al conflicto, sino de forma reservada frente a sus padres. Es decir, el menor puede ser llamado a presencia judicial, con presencia del MF y de los técnicos especialistas, pero sin presencia de los padres<sup>10</sup>».

Hay que recalcar que el derecho del menor a ser oído es eso, un derecho y no puede transformarse en una obligación. Apoyando esta idea encontramos la SAP Valladolid 233/2006, de 11 de septiembre (ECLI: ES:APVA:2006:984), en la que los padres consideraban que no era necesario que su hijo de 15 años fuera a declarar, ahorrándose el *mal trago*, al ser ya conocedor de las medidas del convenio regulador y estar conforme con las mismas. En el fundamento de derecho primero se afirma que no resulta conveniente interpretar el artículo 92 del Código Civil y el artículo 777.5 de la Ley de enjuiciamiento civil como una imposición, «desnaturalizando el propio derecho, que debería de analizarse caso por caso. Así mismo, en pro de la eliminación de la automática audiencia obligatoria, se consideraba la intranquilidad, el desasosiego y la alteración que, en buena parte de los casos según resultaba de la experiencia, ocasionaba a los menores su presencia y comparecencia en la sede judicial para generalmente mostrar su conformidad a

---

<sup>10</sup> Rocío ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, «Nadie pierde: La guarda y custodia compartida. Aspectos jurídico-procesales». *Dykinson*, Madrid, 2018, página 150.



los acuerdos de sus padres». Completamos lo dicho con las palabras del Tribunal Supremo en la STS 413/2014 de 20 de octubre (ECLI: ES:TS:2014:4233): «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005.»

Cambiando de apartado, el séptimo trata sobre la guarda y custodia en un contexto de violencia de género o doméstica: «No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por attentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica».

El apartado octavo trae consigo la segunda posibilidad para acordar la guarda y custodia: la solicitud de uno solo de los progenitores. Llegados a este punto hay que preguntarse si cabe la posibilidad de que el juez, unilateralmente, sin solicitud de ninguno de los cónyuges, acuerde la guarda y custodia porque es lo que más beneficia el interés del menor. La respuesta parece ser que no y así responde ROMERO COLOMA: «Si nos atenemos, literalmente, a la lectura y aplicación consiguiente del artículo 92.8 del Código Civil, la respuesta es que no puede el Juez autorizar, conceder, esta medida más que cuando sea solicitada por ambos progenitores, o por uno de ellos, es decir, en este último supuesto, a instancia de

una sola de las partes en el proceso<sup>11</sup>». Podría pensarse que, si el interés que debe primar es el del menor, podrá haber algún caso concreto en el que a pesar de que ninguno de los progenitores lo solicite, el juez entienda que la guarda y custodia exclusiva es la más favorable para el menor. Algo *a priori* difícil de imaginar ya que uno de los fundamentos para que la custodia compartida funcione es la querencia y labor conjunta de los progenitores. Resulta muy probable que se muestren reacios si se les impone un sistema de custodia que ninguno de los dos deseaba. Así, la misma ROMERO COLOMA opina: «dejar a la iniciativa del Juez una decisión tan importante, una medida tan trascendental como lo es la guarda y custodia compartida es, cuanto menos, aventurarse a dictar una medida que, en muchas ocasiones, puede que no llegue a ser cumplida, ya que las circunstancias personales y profesionales (y laborales), así como los domicilios de cada uno de los progenitores pueden llegar a hacer inviable —e imposible— esta medida».

Este apartado octavo es particular porque ha sido declarado inconstitucional de forma parcial, concretamente, una palabra, que aparece en negrita en el propio Boletín Oficial del Estado: «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe **favorable** del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor». El conflicto se origina al considerar que la necesidad de un informe favorable del Ministerio Fiscal pone en duda, por un lado, la independencia del juzgador que, de este modo, no estará sujeto únicamente al imperio de la Ley (artículo 117.1 Constitución Española), sino también a la valoración del Ministerio Fiscal y, por otro lado, la exclusividad judicial (artículo 117.3 Constitución Española). En esta línea, la STC 185/2012 de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:2012:185) estima, en el fundamento jurídico primero, que la

---

<sup>11</sup>Aurelia María ROMERO COLOMA, *op. cit.*, p., 24.

«exclusiva potestad jurisdiccional aparece menoscabada o limitada». «Tal invasión se produciría porque la regulación cuestionada ha sustituido lo que es la genuina función jurisdiccional de aplicación del Derecho positivo al caso concreto, por la decisión legislativa de que sea el Ministerio Fiscal quien estime la improcedencia de que sea impuesta judicialmente la custodia compartida cuando sólo la solicite un progenitor, al margen del examen de cada situación personal por quienes están llamados a efectuar la ponderación y estimación correspondiente según lo alegado y probado».

Con todo, en el fundamento jurídico sexto, la Sala reconoce la labor del Ministerio Fiscal y justifica con ello la importancia y relevancia del presente informe que, aun con ello, no debe vincular al juez: «Es cierto que no puede obviarse que el Ministerio público, en virtud del propio texto constitucional (art. 124 Constitución Española), actúa sometido a los principios de legalidad e imparcialidad para promover la acción de la justicia y, en especial, que tiene la misión de velar por la defensa de los derechos de los menores (art. 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), de manera que su dictamen previsto en el art. 92.8 del Código Civil encaja con naturalidad y razonabilidad en la posición constitucional y en las funciones propias del Ministerio Fiscal. Sin embargo, ello no puede llevar a afirmar que el órgano jurisdiccional no está facultado para imponer el régimen de custodia que estime más adecuado, porque hacerlo sería tanto como vaciar de contenido la norma excepcional y dejar al arbitrio del Ministerio público la elección del mismo».

Terminamos con el apartado noveno y último, el referente al informe psicosocial: «El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores». Hay que

tener en cuenta que estamos ante una prueba pericial, por lo tanto, este apartado conecta con el artículo 752.1, segundo párrafo, de la Ley de enjuiciamiento civil, que consagra la capacidad del tribunal de decretar de oficio las pruebas que estime pertinentes.

Este apartado suscita la cuestión de si el informe psicosocial es preceptivo antes de acordar la guarda y custodia compartida. Esta es una pregunta que fue contestada en una encuesta jurídica en la revista *Sepin*<sup>12</sup> por 12 magistrados, que opinaron que no es preceptivo y por un Fiscal de un Tribunal Superior de Justicia que respondió que sí lo era. Como ejemplo de la opinión mayoritaria, ANDRÉS JOVEN<sup>13</sup> considera que «el informe psicosocial no tiene carácter preceptivo sino únicamente potestativo y que el Juez que haya de resolver sobre una pretensión de custodia compartida que se le formule -y desde luego también de cualquier otra forma de custodia- si lo considera necesario dados los elementos fácticos planteados ante él presentados dispondrá la práctica de un informe pericial "relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y el régimen de custodia de los menores" y si tras lo actuado en el procedimiento estima que puede resolver sobre la pretensión deducida sin necesidad de interesar el indicado informe no acordará su realización, lo que por ejemplo, sucederá cuando estando ambos progenitores de acuerdo en el indicado régimen de custodia, y siendo los hijos mayores de doce años, sean éstos explorados y los menores manifiesten su absoluta conformidad con dicha previsión».

---

<sup>12</sup> Sepin enlace: [https://www.sepin.es/biblioteca-online/verDoc.asp?referencia=SP%2FDOCT%2F2835&cod=0JP2MP0mp0FG07n1ze0FP2JQ1S\\_0Fa1T01Dg09P1%2Fv0XU07a1yG0GL07P17Q0GB05u1ek0Vd0Ha1vf0GA0Fa1d81ys0Fk1%3DP1Cj0Fa17U01-0Ha1C41Dq0Fa1LK0HH0G\\_1Df01U#19868292](https://www.sepin.es/biblioteca-online/verDoc.asp?referencia=SP%2FDOCT%2F2835&cod=0JP2MP0mp0FG07n1ze0FP2JQ1S_0Fa1T01Dg09P1%2Fv0XU07a1yG0GL07P17Q0GB05u1ek0Vd0Ha1vf0GA0Fa1d81ys0Fk1%3DP1Cj0Fa17U01-0Ha1C41Dq0Fa1LK0HH0G_1Df01U#19868292) (consultado el 08/04/2020).

<sup>13</sup> Joaquín ANDRÉS JOVEN, «¿Es preceptivo un informe psicosocial antes de acordar la guarda y custodia compartida?», *revista Sepin persona y familia*, nº55 mayo 2006.

### **3.3. Anteproyecto de ley sobre corresponsabilidad parental, de 2013.**

Este anteproyecto de ley sigue siendo tan solo eso, un anteproyecto, y no parece que su naturaleza vaya a cambiar en breve. Esta norma trae dos artículos, uno modificando algunos artículos de la Ley de enjuiciamiento civil y otro haciendo lo propio con el Código Civil. Hay varios elementos interesantes para el tema que nos ocupa. Uno de ellos, el *nuevo* artículo 90, regula la necesidad de que el convenio regulador incluya, entre otros muchos elementos, un plan de ejercicio de la patria potestad conjunta, debiendo pronunciarse sobre los siguientes pactos:

«1º. La forma de compartir todas las decisiones que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.

2º. El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos.

3º. Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente.

4º. El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento.

5º. Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos».

La propia Exposición de Motivos del Anteproyecto detalla que esto es «un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como en el orden económico. Sin imponer una modalidad concreta de organización, con ello se alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso (arts. 90 y 91 del Código Civil), a organizar por sí mismos y

responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos».

Sin duda, lo más relevante de este Anteproyecto es la modificación del artículo 92, quedando este reservado para la discusión de la patria potestad y añadiendo un nuevo artículo 92 bis para la guarda y custodia. El primer apartado del mencionado artículo reza lo siguiente: «El Juez **podrá** acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida». Sin más precisiones podría llegar a entenderse que el juez, cuando lo estime oportuno, podrá conceder la guarda y custodia compartida, pero continuando con el apartado primero encontramos que la modificación no cambia nada sobre la situación actual: «Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí». Esta situación ya la teníamos, los dos modos de llegar a la guarda y custodia: con acuerdo por parte de los cónyuges o por solicitud de uno de ellos.

En el mismo artículo 92 bis, en el apartado tercero, el legislador concreta los criterios o las notas a las que deberán prestar atención los juzgadores antes de acordar un régimen de guarda y custodia: «la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la

vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia».

El siguiente apartado precisa y amplía la imposibilidad de conceder la guarda y custodia cuando haya un contexto de violencia doméstica o de género: «No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, 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 hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos». Aunque comience prohibiéndose el contacto del hijo con el progenitor condenado penalmente por sentencia firme, termina abriendo la posibilidad a que el Juez sí permita el contacto con su hijo si lo considera adecuado y siempre bajo la idea del interés superior del menor.

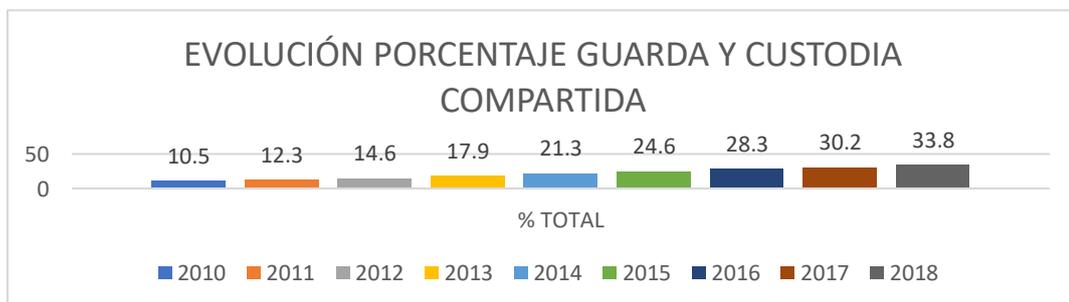
En el mismo apartado, en su segundo párrafo, el legislador va un paso más allá y prohíbe la concesión de guarda y custodia al progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por presunta violencia doméstica o de género, siempre que se haya dictado una «resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad». Sigue el apartado indicando que

una sentencia absolutoria o de sobreseimiento libre firme supondrá una revisión a petición de la parte del régimen de guarda y custodia. Notamos que el tono es diferente, cuando el progenitor presuntamente ha cometido algún acto violento la medida es automática: imposible que se le atribuya la guarda y custodia; cuando se le absuelve, la solución será revisar el régimen y solo si el progenitor lo solicita.

#### 4. EVOLUCIÓN Y ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA



14



15

<sup>14</sup> INE. Gráfico de elaboración propia

<sup>15</sup> INE. Gráfico de elaboración propia

La evolución de la guarda y custodia compartida en nuestra jurisprudencia es claramente ascendente, gracias a los altos porcentajes que aportan comunidades autónomas como las Islas Baleares (que roza el 50% de guardas y custodias), seguida de Cataluña, Com. Valenciana, Aragón y País Vasco. Canarias, por otro lado, se encuentra por debajo de la media nacional.

Un punto de inflexión habrá sido, naturalmente, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio que, como hemos comentado, regulaba por primera vez la guarda y custodia compartida. Esto no significa que antes de la entrada de esta ley todas las custodias que se concedían eran exclusivas. Así, por ejemplo, la SAP 279/2003, de Castellón de la Plana, de 14 de octubre (ECLI: ES:APCS:2003:730) confirmaba la guarda y custodia concedida, a pesar de que lo hacía como una excepción a la regla general por entonces de custodia exclusiva, basándose en los antiguos arts. 90 a) y 92 del Código Civil: «siendo por lo tanto normal que se designe a uno de los progenitores, y no a los dos. Por lo tanto, es innegable que ha de ser excepcional el compartimiento de tal tarea, generalmente y por lo que la experiencia enseña tan excepcional como la buena relación entre los cónyuges, que es lo que permite la observancia del régimen, entre quienes son capaces de postergar su desencuentro personal, por el beneficio del hijo/a común.» Lo comentado siempre teniendo presente el *bonum filii* (interés del menor). A pesar de haber concedido la custodia compartida, el tribunal, haciéndose eco de otra sentencia, comenta las «reservas iniciales» respecto a este régimen por la falta de estabilidad que podrían sufrir los menores. Veremos que la «falta de estabilidad» sigue siendo un argumento recurrente hoy en día para denegar la guarda y custodia compartida. En el caso de la sentencia, cada progenitor se adaptó perfectamente a su hija y a sus necesidades, dividiéndose las tareas y compaginando horarios: «La situación de la menor en relación a su madre o padre

se muestra tan similar, que en realidad tanto uno como otro merecerán ostentar la guarda y custodia, sin encontrar razón para desequilibrar tal merecimiento sin tener la sensación el Tribunal de afectar al derecho a la igualdad ( art.14 CE) del que resultare, en un eventual albur, perjudicado con la simples visitas con su hija».

Podemos retroceder aún más en el tiempo. La SAP 379/1999 de 22 de abril, de Valencia (ECLI: ES:APV:1999:2299) reconocía que la legislación vigente (art. 90 A y 92 del Código Civil) parecía atribuir la custodia o bien a un progenitor o bien al otro. Con todo, no se prohibía la concesión de la custodia compartida y si, en efecto, era lo más beneficioso para los menores, la guarda y custodia compartida no tendría encaje normativo explícito, pero sí deducible de máximas como: «Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos» (antiguo artículo 92 Código Civil). Continuaba la sentencia argumentando a favor de una custodia compartida de la siguiente forma: «El régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor.»

Como vemos en el gráfico anterior, a partir de 2013 la guarda y custodia compartida comienza a aumentar alrededor de un 3% cada año y es precisamente en el año 2013 en la que se recoge en la STS 257/2013, de 29 de abril (ECLI:

ES:TS:2013:2246) la *doctrina jurisprudencial*<sup>16</sup> respecto a la guarda y custodia compartida, interpretando el art. 92 Cc en el sentido de considerar la guarda y custodia compartida como una solución *normal* y no como una medida excepcional, debido a que, en definitiva, redunda en beneficio del menor: «Lo dicho no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo». Este razonamiento venía a contradecir de plano los pronunciamientos de años anteriores: «es menester tener presente que la custodia compartida se trata de un régimen que ha de ser aplicado excepcionalmente».<sup>17</sup>

La sentencia continua indicando los requisitos que la Sala (de lo Civil del Tribunal Supremo) ha reiterado para valorar la concesión o no de la guarda y custodia compartida: «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

#### **4.1 Criterios jurisprudenciales para la concesión de la guarda y custodia compartida.**

---

<sup>16</sup> Así se refiere, entre otras, la STS 200/2014 de 25 de abril (ECLI: ES:TS:2014:1699) en su fundamento de derecho cuarto.

<sup>17</sup> SAP 52/2007 de Huelva, de 30 de marzo (ECLI: ES:APH:2007:89), en su fundamento de derecho segundo.



Partiendo de la base de criterios asentada en el párrafo anterior, comentaremos de forma más concreta las diferentes razones que utiliza la jurisprudencia (ya que de momento a nivel nacional no hay criterios específicos en la normativa) para conceder o no la guarda y custodia.

#### **4.1.1. Razonamientos a favor.**

**A) Capacidad suficiente para atender al hijo de manera adecuada.** Viene a suponer que ambos progenitores tengan las capacidades o herramientas suficientes para ejercer correctamente sus responsabilidades parentales. Entre otras, este elemento es aplicado por las sentencias: STS 52/2015 de 16 de febrero (ECLI: ES:TS:2015:258).

**B) Relación de mutuo respeto entre los padres, falta de conflictividad.** Así afirma a *sensu contrario* la STS 36/2016, de 4 de febrero (ECLI: ES:TS:2016:188), recogiendo doctrina asentada, que exige que exista entre los padres «una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.» En mismo sentido se pronuncian las sentencias: SAP 68/2010 de Toledo, de 2 de marzo (ECLI: ES:APTO:2010:115). Aunque esta falta de conflictividad no tiene por qué ser absoluta (cosa realmente complicada en el contexto de una *post* crisis matrimonial), tal y como apunta la STS 96/2015 de 16 de febrero (ECLI: ES:TS:2015:615): «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».

Para DOMÍNGUEZ OLIVEROS<sup>18</sup> «la actividad de compartir exige una especial predisposición psicológica en ambos progenitores, puesto que requiere un importante grado de consenso, respeto y colaboración».

Dentro de una relación de mutuo respeto y sin conflictividad, un subapartado resultaría la flexibilidad de los progenitores para adaptar las medidas o el régimen de visitas a las necesidades del menor, hasta el punto incluso de alcanzar una suerte de custodia compartida *de facto*.

**C) Necesidad de estilos homogéneos de vida.** Sigue la línea del motivo anterior y pretende que se asegure cierta armonía y orden a la hora de desarrollar la vida del menor. En este sentido: SAP 68/2010 de Toledo, de 2 de marzo (ECLI:ES:AUTO:2010:115).

**D) Informe favorable del Ministerio Fiscal.** Cierto es que el informe favorable del Ministerio Fiscal ya no es un presupuesto que vincule la decisión del juez (situación declarada inconstitucional, como ya hemos comentado, por la STC 185/2012 de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:2012:185), sin embargo, resulta evidente que la consideración del Fiscal es relevante y habrá de ser tenida en cuenta por el juez a la hora de decantarse por una forma de guarda y custodia o por otra.

**E) Informe psicosocial favorable.** Con anclaje en el artículo 92. 9 del Código Civil, el informe psicosocial que estime que ambos padres tienen las capacidades suficientes para el cuidado de sus hijos, o que estos se muestran predispuestos a convivir tanto con la madre como con el padre inclinará la balanza a favor de la guarda y custodia compartida. Por otro lado, resulta obvio que un informe desfavorable será un criterio en contra de la custodia compartida que habrá de ser tenido en cuenta por el juez como si de una prueba pericial más se tratara<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Inmaculada DOMÍNGUEZ OLIVEROS, *op. cit.*, página 316

<sup>19</sup> STS 745/2012, de 10 de diciembre (ECLI: ES:TS:2012:8030)

**F) Deseo del menor de convivir con ambos padres**<sup>20</sup>. Otro razonamiento evidente es la predisposición del menor de convivir tanto con su padre como con su madre. En este sentido, la SAP 20/2018 de 16 de enero de Toledo (ECLI: ES:APTO:2018:103) afirma que «el deseo de los hijos constituye una circunstancia esencial capaz de fundamentar una eventual modificación de la medida relativa a su guarda y custodia, dada la trascendencia que dicha voluntad tiene a la hora de apreciar las condiciones de convivencia más beneficiosas para el menor, desde la perspectiva de su desarrollo afectivo y protección integral (art. 39 CE), siempre que, naturalmente, ese deseo responda a una voluntad autónoma, firme y decidida, ajena a inducciones o influencias extrañas y a caprichos o inclinaciones pasajeras, que no se acomodan al verdadero interés legalmente tutelado, y que exprese una voluntad razonable y razonada en base a unas causas objetivas que sean susceptibles de valoración judicial con el auxilio, en su caso, de especialistas.».

Con todo, hay que descubrir el verdadero interés del menor y no solo a corto plazo sino también de cara al futuro, teniendo en cuenta que no siempre lo que un niño «quiere» es lo que más le «conviene»<sup>21</sup>.

#### **4.1.2. Razonamientos en contra.**

**A) Distancia entre los progenitores.** El problema de la distancia se cita desde que los progenitores no vivan en la misma localidad, como en la SAP 52/2007 de Huelva, de 30 de marzo (ECLI: ES:APH:2007:89). Y en *sensu contrario*, la cercanía entre los domicilios sería un criterio a favor<sup>22</sup>.

**B) Falta de estabilidad.** Es uno de los argumentos más recurrentes y tiende a considerar que será perjudicial para un menor cambiar con frecuencia de domicilio

---

<sup>20</sup> STS 566/2014, de 16 de octubre (ECLI: ES:TS:2014:4240)

<sup>21</sup> SAP 577/1998 de Barcelona de 12 de mayo (ECLI: ES:APB:1999:4645).

<sup>22</sup> STS 623/2009, de 08 de octubre (ECLI: ES:TS:2009:5969) o STS 758/2013, de 25 de noviembre (ECLI: ES:TS:2013:5710) o en la STS 616/2014, en la que el padre ha adquirido una vivienda a tres kilómetros de donde reside su hijo.

y esto, tal y como afirma la SAP 52/2007 de Huelva, de 30 de marzo (ECLI: ES:APH:2007:89) «no es aconsejable para su desarrollo emocional y para su actividad diaria tanto ocupacional como de descanso».

**C) Corta edad del hijo.** Dentro del supuesto anterior, podríamos precisar que la corta edad del hijo exige un sentido de estabilidad u orden incluso mayor al ordinario que podríamos considerar. Así, la SAP 52/2007 de Huelva, de 30 de marzo (ECLI: ES:APH:2007:89), destacaba de forma negativa los cambios que sufriría un menor de 3 años si se concediera la guarda y custodia compartida: «el pequeño necesita tener pocos cambios o los menores que sea posible, a tan corta edad a la hora de descansar y desenvolver su vida cotidiana, puesto que de otra manera se vería afectado en su devenir vital, que debe seguir unas pautas para comer, esparcimientos y descanso».

**D) Supuesto de violencia de género.** Este motivo es un supuesto que contempla la propia normativa en el artículo 92.7 del Código Civil; se parte de la idea de que la violencia de género o doméstica ejercida contra uno de los progenitores afecta, al menos indirectamente, a los propios hijos y, por lo tanto, no redundaría en el beneficio de estos la concesión de una custodia compartida. En este sentido argumenta la STS 36/2016, de 4 de febrero (ECLI: ES:TS:2016:188) ante un caso de amenazas en el ámbito familiar del artículo 171.4º y 5º: «con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada». La violencia doméstica o de género supondría la antinomia de un presupuesto claro, mencionado con anterioridad, para la jurisprudencia a la hora de conceder la guarda y custodia: el respeto mutuo entre los progenitores.

**E) Incompatibilidad con la actividad laboral<sup>23</sup>.** Otro de los argumentos más recurrentes y obvios: la actividad laboral del padre o la madre debe permitirle cumplir con los deberes y obligaciones que supondrían una custodia compartida. Cuando esto no pueda ser así o cuando el trabajo de uno de los padres suponga un gran obstáculo, la custodia compartida decae frente a la exclusiva. Tenemos como ejemplo la SAP 524/2019 de Badajoz, de 9 de julio (ECLI: ES:APBA:2019:787) en la que se revoca una guarda y custodia por el trabajo de camarero del padre, que no podía cumplir eficientemente sus obligaciones para con sus hijos, hasta el punto de que los niños no pudieron acudir al colegio en una ocasión porque su figura paterna «se había quedado dormido».

La susodicha sentencia apunta dos ideas interesantes. Primero, la compatibilidad con la actividad laboral no supone que la custodia compartida esté «prevista solo para progenitores desocupados o empleados con horarios flexibles. En una sociedad donde es habitual que ambos padres trabajen a tiempo completo y donde las actividades diarias de los menores son múltiples, el cumplimiento de los deberes parentales no es siempre personalísimo.» Por lo tanto, la labor paterna puede ser, como la propia sentencia comenta, complementada, pero no sustituida, por la ayuda de su círculo familiar.

Por otro lado, comenta que la idoneidad laboral debe ser una situación actual y que de poco sirve que el padre haga promesas basadas en el futuro: Una cosa es que los progenitores tengan que facilitar la custodia compartida y otra distinta es especular sobre la situación laboral futura: «Tanto en fase de conclusiones en la vista del juicio como en su escrito de oposición a la apelación, don Romualdo nos habla del futuro. Nos dice que acomodará su trabajo para

---

<sup>23</sup> A sensu contrario, encontramos entre muchas otras la STS 758/2013, de 25 de noviembre (ECLI: ES:TS:2013:5710) que valora positivamente el trabajo del padre como comercial, al permitirle organizar su agenda y por lo tanto poder cuidar del menor de forma adecuada.

hacerse cargo de sus hijos, que si algún día el horario laboral se extiende más removerá los obstáculos necesarios para garantizar el pleno ejercicio y efectividad de la custodia.»

Lógicamente, hay numerosas sentencias que siguen esta dirección, entre otras: la STS 593/2018, de 30 de octubre (ECLI: ES:TS:2018:3684) deniega una guarda y custodia compartida por ser el padre un «distribuidor autónomo de productos farmacéuticos, cuyo horario laboral es difícilmente compatible con un verdadero sistema de custodia compartida»; la STS 130/2016, de 3 de marzo (ECLI: ES:TS:2016:801) se pronuncia en el mismo sentido que la sentencia anterior debido a que la madre es maestra y con una jornada reducida, mientras que el padre es un bombero que realiza frecuentes guardias de 24 horas, siguiendo 3 días de descanso, sirviendo de poco, en este caso, que el padre haya aportado «escritos de sus compañeros de trabajo en el que manifestaban que se ofrecían para realizar los cambios de guardia pertinentes para que pudiera llevar a cabo la guarda y custodia compartida».

**F) Conflictividad, discusiones o falta de comunicación de los progenitores.** En la línea de elementos anteriores, estos suponen una estabilidad y armonía insuficientes que podría redundar en perjuicio para el menor, así, la SAP 939/2009 de Bilbao de 14 de diciembre (ECLI: ES: APBI:2009:2390) afirma: «pues la falta de comunicación de los progenitores que pone en evidencia el informe pericial judicial dificultaría gravemente su puesta en práctica pudiendo ser origen de conflictos innecesarios.» Esta conflictividad debe suponer necesariamente un perjuicio para los hijos y de lo contrario se podría seguir optando por la guarda y custodia compartida<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> STS 762/2012 de 17 de diciembre (ECLI: ES:TS:2013:5966). En la misma línea, la STS 758/2013, de 25 de noviembre (ECLI: ES:TS:2013:5710) afirmaba que «El enfrentamiento entre los padres, no consta que redunde en perjuicio del menor,

**G) Cambio drástico para el menor.** Algunos jueces entienden que si un menor, sobre todo si es de corta edad, en los últimos años ha sido cuidado y ha convivido con uno de sus progenitores, *imponer* una custodia compartida puede ser un cambio demasiado drástico. Así, la SAP 84/2012, de Cáceres, de 10 de febrero, entiende que: «para evitar con ello las distorsiones y perturbaciones que un cambio tan drástico, como pasar de la exclusiva guarda por un progenitor, a la de otro (y excluida que había sido la custodia compartida), podría representar para unos niños, no se olvide, en su más tierna infancia, para los que los hábitos y las rutinas cotidianas son un factor de primer orden en su formación como personal».

#### 4. 2. Tipos de guarda y custodia por comunidad autónoma<sup>25</sup>.

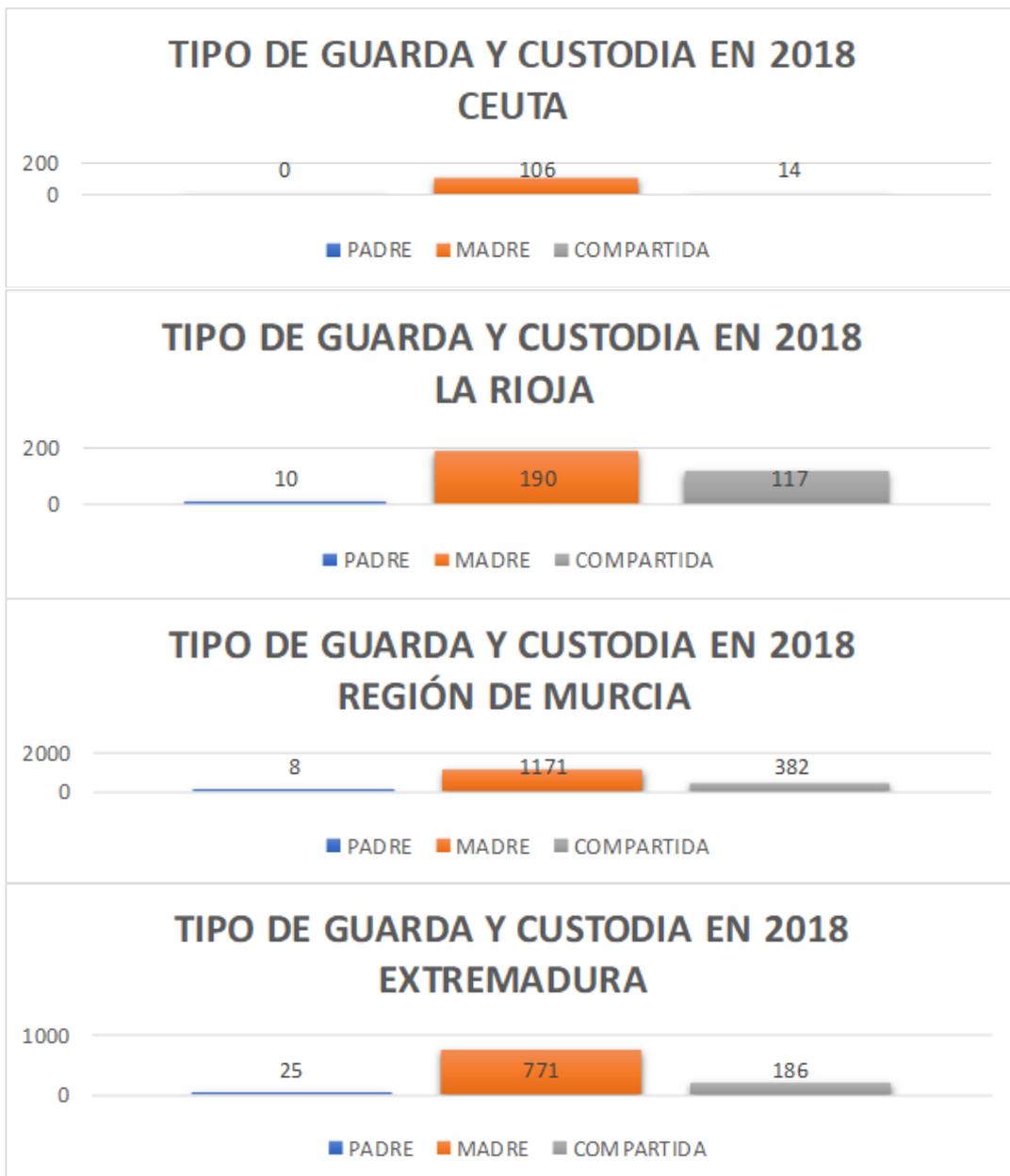
A salvo de las comunidades autónomas con derecho foral, cuyas gráficas se comparten en el siguiente apartado.



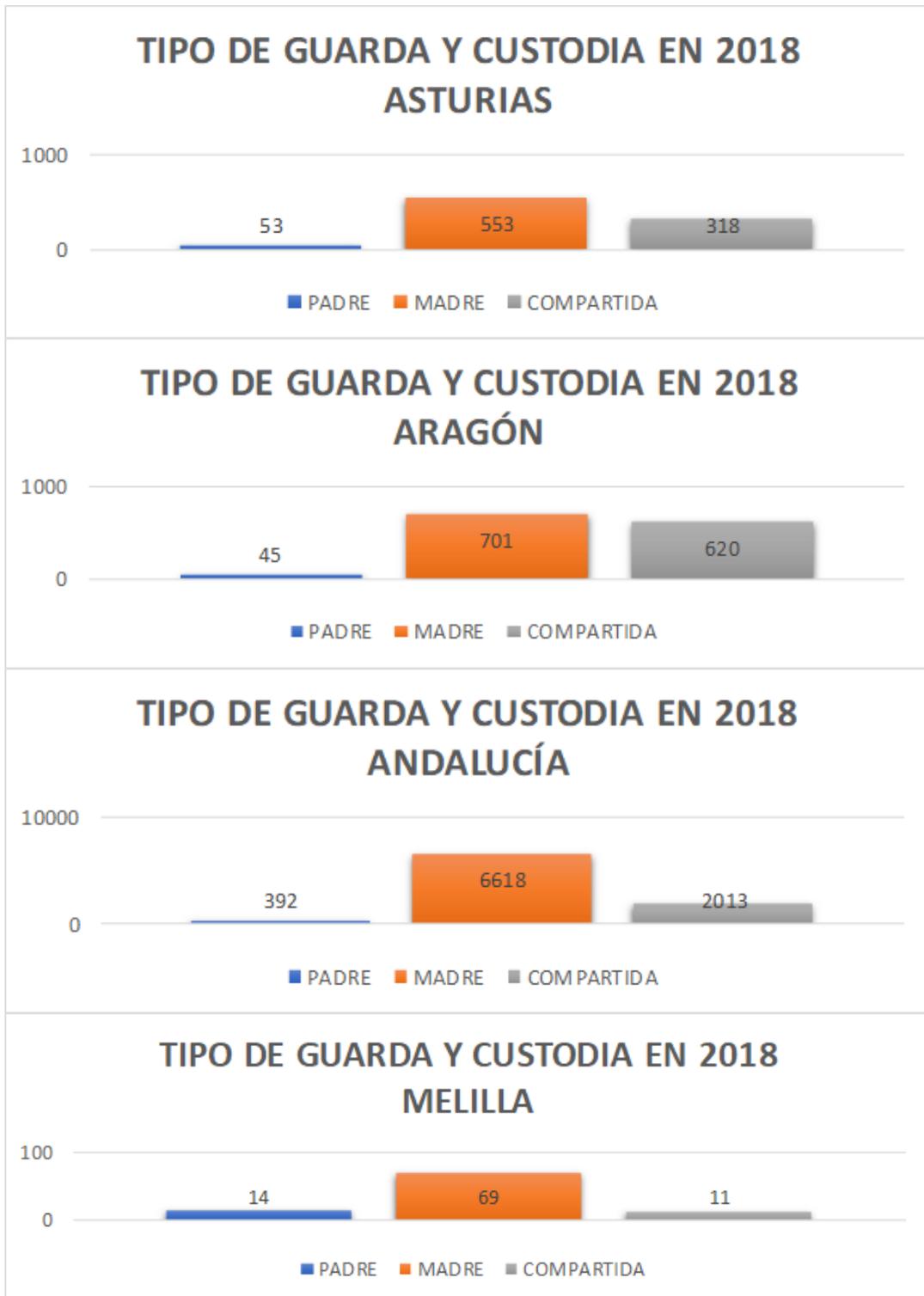
---

dado que con frecuencia han convenido armoniosamente en el cambio de los días de visita y el aumento de los mismos.»

<sup>25</sup> INE. Gráfico de elaboración propia. Consultado periodo comprendido entre 2013 y 2018







## **5. SOBRE LAS NORMAS FORALES**

Las comunidades autónomas que cuentan con derecho foral aplicarán sus normas con preferencia al Código Civil, que regirá como derecho supletorio (art. 13.2 Código Civil). Esto casa con el art. 149.1. 8ª de la Constitución Española, que afirma como competencia exclusiva del Estado la legislación civil, con la salvedad de «la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». De esta forma, en mayor o menor medida, son las propias normas forales las que ofrecen un desarrollo más completo de la guarda y custodia, mostrándose incluso más proclives hacia la custodia compartida, de ahí que las comunidades con normativa propia en la materia sean las que más alto porcentaje de guarda y custodia compartida conceden, como veremos a continuación.

### **5.1. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.**

De la ley civil catalana hay que destacar la existencia de pactos que suscriben las partes en previsión de una futura ruptura matrimonial, y aunque estos no formen parte del convenio regulador, vincula a los cónyuges (art. 233-5.1 Código Civil catalán).

Entrando en el convenio regular, este tendrá que contener un plan de parentalidad, que supone concretar la forma en que ambos progenitores ejercerán las responsabilidades parentales. Además, deberán hacer constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos (artículo 233-9.1 Cc catalán). El plan de parentalidad deberá contener una propuesta acerca del lugar en el que vivirán los hijos habitualmente, las tareas cotidianas de las que se responsabiliza cada progenitor, y otros muchos elementos.

Lo más destacable de esta ley es que parte de la base de considerar la guarda y custodia compartida como la regla general, y el otorgamiento en exclusiva como segunda opción, si esto es lo que más conviene al interés del hijo. En este sentido afirma el art. 233-10.2 de la presente ley: «La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo».

A diferencia del Código Civil común, el catalán indica los criterios que el juzgador deberá seguir para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda (artículo 233-11):

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

En el mismo artículo, el apartado tercero regula, en el mismo sentido que la ley común, la situación de violencia doméstica o de género: «En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas».

Esta ley justifica en gran parte el encontrarnos en Cataluña un número de concesión custodia compartida tan alto que incluso superó en 2018 al de la atribución en exclusiva a la madre. Así, la custodia compartida se ha concedido un 49,49% de las veces, frente a un 33,8% de la media nacional.



26

## **5.2. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón».**

<sup>26</sup> INE. Gráfico de elaboración propia. Consultado periodo comprendido entre 2013 y 2018

En la norma aragonesa también aparecen los criterios que deberá seguir el juzgador para adoptar la custodia compartida o individual.

Por otro lado, se indica que la negativa de uno de los progenitores a adoptar la guarda y custodia compartida no impedirá que esta finalmente se adopte si coincide con el mayor interés del menor (art. 80.5).

La STSJ 2/2018 de Aragón, de 18 de enero (ECLI ES:TSJAR:2018:20) respecto a esta normativa se pronuncia de la siguiente forma: «esta Sala ha tenido ocasión en numerosas resoluciones de pronunciarse sobre la aplicación del régimen de custodia en Aragón, estableciendo el carácter preferente de la custodia compartida por ser la que -a priori- mejor garantiza el interés del menor, permitiendo, como señala el preámbulo del CDFA, satisfacer el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de estos a la crianza y educación de los hijos en el ejercicio de la autoridad familiar. No obstante, podrá establecerse un sistema de custodia individual cuando resulte más conveniente para dicho interés».

El impulso de esta ley ha supuesto que la guarda y custodia compartida casi iguale a la custodia exclusiva para la figura materna, hablamos de un 45.38% de concesión frente al 33,8% de la media nacional.



27

### **5.3. País Vasco. Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.**

El art. 4 de la presente norma también prevé, como el Código catalán, la presencia de pactos en previsión de ruptura de la convivencia y regula, de forma parecida a la norma aragonesa, en el artículo 9.2 lo siguiente: «La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor».

Esta ley se contempla, siguiendo la exposición de motivos, como un «Derecho de las personas menores de edad a la custodia compartida. Derecho de las y los menores de edad a crecer y vivir con ambos progenitores tras la ruptura de la pareja, en un sistema de convivencia de custodia compartida lo más igualitaria posible, siempre que cualquiera de sus progenitores lo solicite y no sea contrario al interés del menor». Es decir, es un derecho de los menores a poder disfrutar de la

---

<sup>27</sup> INE. Gráfico de elaboración propia. Consultado periodo comprendido entre 2013 y 2018.



compañía y cuidado tanto de su padre como de su madre; es en su interés en el que se dicta la custodia compartida y no en el de los padres.

Al igual que ocurre en otras legislaciones forales, la vasca señala en su artículo 9.3 las circunstancias a las que habrá de atender el juez a la hora de adoptar o no la custodia compartida, que son:

- «a) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los y las menores y sus actitudes personales, y la vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados con cada uno de sus progenitores.
- b) El número de hijos e hijas.
- c) La edad de los hijos e hijas.
- d) La opinión expresada por los hijos e hijas, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años.
- e) El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y entre ellos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales, así como su actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y con el resto de sus parientes y allegados.
- f) El resultado de los informes a los que se refiere el apartado 4 de este artículo.
- g) El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas.
- h) Las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes.
- i) La ubicación de sus residencias habituales, así como los apoyos con los que cuenten.
- j) Cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte relevante para el régimen de convivencia».

Precisamente es a partir del año siguiente a la aprobación de esta ley cuando la guarda y custodia compartida sufre un gran repunte: pasando de un 25,9% en

2015 (un porcentaje de por sí altísimo en comparación con la media nacional) a un 34,3% en 2016 hasta el 44,45% de 2018. Claramente, la tendencia de la custodia compartida es ascendente en esta región y superior a la media nacional que, recordemos, es de un 33,8% en el año 2018.



#### **5.4. Navarra. Ley Foral 3/2011, De 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.**

Esta norma también indica, en su artículo 3, los factores para tener en cuenta por el juzgador a la hora de decantarse por uno u otro tipo de guarda y custodia, en la línea con la norma catalana y la aragonesa:

- «a) La edad de los hijos.
- b) La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas.
- c) El arraigo social y familiar de los hijos.

---

<sup>28</sup> INE. Gráfico de elaboración propia. Consultado periodo comprendido entre 2013 y 2018.

- d) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- e) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos.
- f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado.
- h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia».



29

Comprobamos con el gráfico que la media de custodias compartidas en Navarra, un 39,37%, es ligeramente superior a la media nacional de 33,8%.

### **5.5. Valencia. Ley 5/2011 de 1 de abril, declarada inconstitucional.**

Esta ley concedía, en su artículo 5.2, la guarda y custodia como regla general, sin que fuese obstáculo suficiente para ello la oposición de uno de los cónyuges o las malas relaciones entre ellos. Sin embargo, como reza el título de

---

<sup>29</sup> INE. Gráfico de elaboración propia. Consultado periodo comprendido entre 2013 y 2018.

este subapartado, esta ley quedó declarada inconstitucional por la STC 192/2016 del 16 de noviembre (ECLI:ES:TC:2016:192), aunque la esencia de aplicar la guarda y custodia compartida de forma preferente parece seguir viva, al menos eso indican las cifras de concesión de guarda y custodia, que en 2018 supuso un 41,71% del total de las guardas y custodias compartidas, superior a la media nacional con 8 puntos.



30

### 5.6. El caso de las Islas Baleares.

Esta comunidad autónoma no dispone de normas forales referentes a la guarda y custodia, y lo más parecido son las disposiciones que versan sobre el régimen económico conyugal que recoge el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares. Aun así, es sorprendente que esta sea, junto a Cataluña, la única comunidad autónoma en la que el número de guardas y custodias compartidas sea superior al de la atribución en exclusiva a la madre. Así, la

---

<sup>30</sup> INE. Gráfico de elaboración propia. Consultado periodo comprendido entre 2013 y 2018.

custodia compartida representa un 48,88% del total de custodias, 15 puntos por encima de la media nacional.



### 5.7. El caso de Galicia.

Esta comunidad autónoma también dispone de derecho foral, concretamente la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; en esta no se trata, sin embargo, la guarda y custodia, siendo lo más parecido la regulación de la protección de menores (desamparo, tutela, guarda...) de su Título I. A diferencia del supuesto de las Islas Baleares, la cifra de guarda y custodia en Galicia está incluso por debajo de la media nacional con un 26,62% en 2018. Tal vez esta disparidad se deba a la influencia de las comunidades de su respectivo entorno. Las Islas Baleares están próximas a Cataluña y a la Comunidad Valencia, ambas dueñas de sendas normas forales *pro* custodia compartida (teniendo en cuenta la inconstitucionalidad de la norma valenciana) y con porcentajes de los más altos respecto a la concesión de este tipo de custodia.



## **6. CONCLUSIÓN.**

Por lo visto en el trabajo, la guarda y custodia compartida se perfila como la solución a la que se debería atender siempre que así lo reclame el caso concreto.

Considero que se está avanzando en el sentido correcto y que los números y la evolución de la susodicha guarda y custodia son favorables. Muy probablemente, en cinco años, o incluso menos, la custodia compartida será de forma firme la mayoritaria a nivel nacional y no solo en algunas comunidades autónomas. Ayudaría a este camino que se diera una nueva redacción al artículo 92 del Código Civil, trasponiendo lo que la jurisprudencia ya ha asentado y lo que la normativa foral ya ha regulado: causas a observar para conceder la custodia, clara preferencia respecto a la custodia compartida y que solo cuando esta no se muestre compatible con el interés del menor se acuda a la exclusiva.

## **Bibliografía y jurisprudencia utilizada.**

### **Libros:**

1. Luis Díez-Picazo y Ponce de León y Antonio Gullón Ballesteros, «Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia», *Tecnos*, Madrid, 2018, 12ª ed.
2. Inmaculada Domínguez Oliveros, «¿Custodia compartida preferente o interés del menor? Marco normativo y praxis judicial», *Tirant lo blanch*, Valencia, 2018
3. Javier Martínez Calvo, «La guarda y custodia», Tirant, 2019.
4. Aurelia María Romero Coloma, «La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)», *Colección Scientia Iuridica*, Madrid, 2014
5. Rocío Zafra Espinosa de los Monteros, «Nadie pierde: La guarda y custodia compartida. Aspectos jurídico-procesales». *Dykinson*, Madrid, 2018

#### **Artículos de revista:**

1. Joaquín Andrés Joven, «¿Es preceptivo un informe psicosocial antes de acordar la guarda y custodia
2. Emma Fransson, Jani Turunen, Anders Hjern, Viveca Östberg y Malin Bergström, «Psychological complaints among children in joint physical custody and other family types: Considering parental factors». *Scandinavian Journal of Public Health*, 2015
3. Pedro José Horcajo, Víctor Dujo, Marta Marín, «Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida», *Anuario de Psicología Jurídica*, 2017
4. compartida?», en revista *Sepin persona y familia*, nº55 mayo 2006.
5. Linda Nielsen, «Shared Physical Custody: Summary of 40 Studies on Outcomes for Children», *Journal of Divorce & Remarriage*, 2014.



**Páginas web:**

1. Cendoj: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
2. Sepin (consultado el 08/04/2020):[https://www.sepin.es/biblioteca-online/verDoc.asp?referencia=SP%2FDOCT%2F2835&cod=0JP2MP0mp0FG07n1ze0FP2JQ1S\\_0Fa1T01Dg09P1%2Fv0XU07a1yG0GL07P17Q0GB05u1ek0Vd0Ha1vf0GA0Fa1d81ys0Fk1%3DP1Cj0Fa17U01-0Ha1C41Dq0Fa1LK0HH0G\\_1Df01U#19868292](https://www.sepin.es/biblioteca-online/verDoc.asp?referencia=SP%2FDOCT%2F2835&cod=0JP2MP0mp0FG07n1ze0FP2JQ1S_0Fa1T01Dg09P1%2Fv0XU07a1yG0GL07P17Q0GB05u1ek0Vd0Ha1vf0GA0Fa1d81ys0Fk1%3DP1Cj0Fa17U01-0Ha1C41Dq0Fa1LK0HH0G_1Df01U#19868292)
3. TirantOnline:<https://www.tirantonline-com.accedys2.bbtk.ull.es/tol/login.do?user=Lalaguna&password=universidad>

**Jurisprudencia:**

STC 185/2012 de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:2012:185)

STC 192/2016 del 16 de noviembre (ECLI:ES:TC:2016:192),

SAP 279/2003, de Castellón de la Plana, de 14 de octubre (ECLI:ES:APCS:2003:730).

STS 52/2015 de 16 de febrero (ECLI: ES:TS:2015:258).

SAP 52/2007 de Huelva, de 30 de marzo (ECLI: ES:APH:2007:89)

STS 36/2016, de 4 de febrero (ECLI: ES:TS:2016:188)

SAP 68/2010 de Toledo, de 2 de marzo (ECLI: ES:APTO:2010:115)

STS 593/2018, de 30 de octubre (ECLI: ES:TS:2018:3684)

STS 130/2016, de 3 de marzo (ECLI: ES:TS:2016:801)

SAP 939/2009 de Bilbao de 14 de diciembre (ECLI: ES:APBI:2009:2390)

STS 623/2009, de 08 de octubre (ECLI: ES:TS:2009:5969).

STS 762/2012 de 17 de diciembre (ECLI: ES:TS:2013:5966)

STS 758/2013, de 25 de noviembre (ECLI: ES:TS:2013:5710).

STS 566/2014, de 16 de octubre (ECLI: ES:TS:2014:4240)  
STS 745/2012, de 10 de diciembre (ECLI: ES:TS:2012:8030)  
STS 961/2011, de 10 de enero (ECLI: ES:TS:2012:628)  
STS 96/2015 de 16 de febrero (ECLI: ES:TS:2015:615)  
STS de 258/2011, de 25 de abril (ECLI: ES:TS:2011:2666)  
STS 835/2013 de 6 de febrero (ECLI: ES:TS:2014:247)  
SAP 20/2018 de 16 de enero de Toledo (ECLI: ES:APTO:2018:103)

**Normativa:**

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.  
Constitución Española, de 1978.  
Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.  
Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.  
Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón».  
Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.  
Ley Foral 3/2011, De 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.  
Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989  
Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares.  
Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia