

JUAN ANTONIO GARCIA GARCIA, Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad de La Laguna,
EXPONE

I.-Que por el/la alumno/a del Máster de la Abogacía D/D^a NAZARET AFONSO PEREZ, se ha realizado el Trabajo de Fin de Master titulado “ LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL SUPUESTO DE FAMILIAS HOMOPARENTALES “ bajo la dirección exclusiva del tutor externo a la Universidad de La Laguna D/D^a Ana Cristina Galván Marrero.

II.-Que de conformidad con la normativa vigente en la materia (Reglamento de Enseñanzas Oficiales de Máster Universitario de la Universidad de La Laguna) en especial su art. 15.3, es requisito que en el caso de designarse un tutor externo para tutorizar el TFM que figure como tutor principal una persona perteneciente a la plantilla docente de la Universidad de La Laguna, así como,, art. 16.3, que dicho tutor de su visto bueno a la presentación del TFM.

En consecuencia,

INTERVENGO en el presente documento,

Como tutor principal a los únicos efectos previstos en el indicado art. 15.3 del Reglamento de Enseñanzas Oficiales de Máster Universitario de la Universidad de La Laguna, puesto que no he dirigido ni tutorizado el referido trabajo, a los únicos efectos de dar mi visto bueno a su presentación y defensa ante el Tribunal correspondiente.

Y para que así conste firmo el presente en

La Laguna a 25 de enero de 2019

Fdo. JUAN ANTONIO GARCIA GARCIA

Camino La Hornera, 37. Facultad de Derecho. Apartado 456. Código postal 38200. San Cristóbal de La Laguna. S/C de Tenerife

Este documento incorpora firma electrónica, y es copia auténtica de un documento electrónico archivado por la ULL según la Ley 39/2015.
La autenticidad de este documento puede ser comprobada en la dirección: <https://sede.ull.es/validacion/>

Identificador del documento: 1734620

Código de verificación: QhMgPYdK

Firmado por: Juan Antonio García García
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Fecha: 25/01/2019 16:58:01

PROPUESTA DE CALIFICACIÓN DEL TUTOR

El tutor académico firmante, suscribe el presente informe a través del cual da su visto bueno al Trabajo de Fin de Máster que a continuación se acompaña y expone su propuesta de calificación.

TUTOR ACADÉMICO	Ana Cristina Galván Marrero
ALUMNO	Nazaret Afonso Pérez
CALIFICACIÓN	10
JUSTIFICACIÓN	La calificación sobresaliente se justifica por la profundidad y seriedad empleadas por la alumna al afrontar el análisis jurídico de una cuestión de gran relevancia social y actualidad para el derecho de familia, como es la guarda y custodia entre padres homosexuales.

Firmado digitalmente por: NOMBRE GALVAN
MARRERO ANA CRISTINA - NIF 42018044B
Fecha y hora: 22.01.2019 13:56:13

MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA (2018-2019)

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL
SUPUESTO DE FAMILIAS
HOMOPARENTALES

Alumna: Nazaret Afonso Pérez | Tutora: Ana Cristina Galván Marrero

22 de enero de 2019

RESUMEN

El presente trabajo aborda el análisis de la custodia compartida de menores entre progenitores del mismo sexo, tema respecto del cual encontramos una escasa jurisprudencia en España, siendo éste el fin de la investigación.

Asimismo, se realiza una comparativa entre la regulación en nuestro país, respecto de la normativa y jurisprudencia que se aplica tanto en el ámbito europeo como a nivel internacional, destacando supuestos que se han venido produciendo con el paso de los años en diferentes países de la Unión Europea, y el impacto que ello ha tenido en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien ha visto modificada su propia jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: custodia compartida, familias homoparentales, reproducción asistida.

ABSTRACT

The present work deals with the analysis of the shared custody of minors between parents of the same sex, a subject in which we find a little jurisprudence in Spain, this being the end of the investigation.

Likewise, a comparison is made between the regulation in our country, with respect to the regulations and jurisprudence that apply both in Europe and internationally, highlighting assumptions that have been occurring over the years in different countries of the European Union, and the impact that this has had on the European Court of Human Rights, which has seen its own jurisprudence modified.

KEY WORDS: shared custody, homoparental families, assisted reproduction.

- 1. OBJETO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN.**
- 2. INTRODUCCIÓN.**
 - 2.1 Guarda y custodia.**
 - 2.1.1 Guarda y custodia exclusiva o unilateral.
 - 2.1.2 Guarda y custodia distributiva o partida.
 - 2.1.3 Guarda y custodia compartida o alterna.
 - 2.2 Evolución histórica de la custodia compartida.**
 - 2.3 Regulación de la custodia compartida.**
- 3. CUSTODIA COMPARTIDA EN PERSONAS DEL MISMO SEXO.**
 - 3.1 Caso en España.**
 - 3.1.1** Regulación.
 - 3.1.2** Supuestos de custodia compartida entre parejas homosexuales.
 - a. La custodia compartida entre mujeres.
 - b. La custodia compartida entre hombres.
 - 3.1.3** Jurisprudencia.
 - 3.1.4** Caso Miguel Bosé.
 - 3.1.5** Discriminación por homosexualidad de uno de los progenitores.
 - 3.2 Derecho comparado.**
 - 3.2.1** Otros países.
 - 3.2.2** El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- 4. CONCLUSIONES.**
- 5. BIBLIOGRAFÍA.**
- 6. TABLA DE NORMAS.**
- 7. REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA.**

ABREVIATURAS

CC Código Civil

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Investigación que emite Nazaret Afonso Pérez, alumna del Máster de Acceso a la Abogacía, de la Universidad de la Laguna, como Trabajo de Fin de Máster.

1. OBJETO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN.

El trabajo que se presenta tiene por objeto un estudio exhaustivo de la guarda y custodia, y más concretamente el análisis de la custodia compartida de menores entre padres del mismo sexo.

A pesar de la gran relevancia social que presenta esta cuestión ha sido poco estudiada por la jurisprudencia en nuestro país.

2. INTRODUCCIÓN.

Es patente la evolución histórica que la guarda y custodia ha desarrollado durante las últimas décadas, no solo a nivel estatal, en España, sino también en el marco Europeo. Por esta razón, entendemos que es de vital importancia conocer cuáles han sido las modificaciones realizadas en torno a esta institución, y, más concretamente, en relación con la custodia compartida en familias homoparentales.

Como decimos, se trata de una cuestión cuyo contenido jurisprudencial es escaso, pese al progreso social y jurídico que se ha venido produciendo en nuestro país, y de ahí la necesidad de abordarlo, estudiando las circunstancias que llevan a que esta situación de vacío jurídico se produzca, y cuál es el impacto del mismo en la sociedad.

2.4 Guarda y custodia.

En primer lugar, cabe destacar que nuestro Código Civil no contiene una definición específica de la guarda y custodia. Únicamente, se refiere a ella (sin definirla ni aclararla) en el artículo 92, que se encuentra en el Capítulo IX, Título IV del Libro I, dentro de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio.

Como primera aproximación, cabe destacar que, la guarda y custodia se ve ligada a la crisis matrimonial que trae como consecuencia la separación de los

progenitores, lo que obliga a éstos a convivir separadamente, debiendo decidir en compañía de quién se encontrará el menor.

Partiendo de lo anterior, será necesario realizar una aproximación al concepto de la guarda y custodia. En relación con ello, RAGEL SÁNCHEZ entiende que el término «*custodia*» hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres para con sus hijos abarcando el conjunto de facultades que implica la responsabilidad parental.¹

Dicha definición parece corresponderse mejor con el concepto de patria potestad, puesto que ninguna referencia hace al cuidado, la compañía o las decisiones diarias.

Así, otra parte de la doctrina, ha entendido la guarda y custodia como «*un derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día. Cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor, constituye ejercicio de la patria potestad*». ² En esta línea, también se ha sostenido que este concepto refiere al «*conjunto de funciones parentales que requieren el contacto constante entre el adulto y el niño*». ³

Por lo tanto, es posible entender la guarda y custodia como el cuidado que los padres ejercen sobre los hijos en su compañía, debiéndoles proporcionar lo necesario en su desarrollo personal diario.

Este cuidado de los hijos se puede ejercer en distintas modalidades, dependiendo del tipo de guarda y custodia ante el que nos encontremos⁴. Es por lo que, podemos diferenciar tres variedades, en función del progenitor de quien tenga al menor en su compañía, así como la duración que tenga dicha convivencia.

¹ RAGEL SÁNCHEZ L. F., “La guarda y custodia de los hijos.” *Derecho privado y Constitución*, 2000, núm. 15, Madrid, pp. 281- 284.

² CAMPO IZQUIERDO, A.L., “Guarda y Custodia Compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, *Diario La Ley*, Junio 2009, núm. 7206, Sección Tribuna, La Ley, p. 1.

³ GARCÍA PASTOR, M., “La Situación Jurídica de los Hijos Cuyos Padres no Conviven: Aspectos Personales”, primera edición, Madrid, 1997, McGraw-Hill p. 74.

⁴ FERNÁNDEZ-LUNA ABELLÁN, E., “Tesis Doctoral. Custodia Compartida y Protección Jurídica del Menor”, Madrid, 2015, p. 45, distingue las modalidades de guarda y custodia.

2.1.1 Guarda y custodia exclusiva o unilateral.

Es una modalidad de custodia en virtud de la cual la titularidad de la patria potestad corresponde a ambos progenitores, pero la guarda es ejercida en exclusiva por uno de ellos.⁵ En cuanto al progenitor que no ostenta el ejercicio de la guarda y custodia, cabe decir que no queda desligado de sus derechos y deberes respecto de sus hijos, debiendo velar por ellos, ya que, tal y como dispone el art. 110 del CC⁶, se trata de obligaciones que derivan de la paternidad, y no de la convivencia con el hijo.

En relación con ello, la preferencia por la custodia exclusiva materna es mayoritaria en nuestra jurisprudencia. Tal es el caso de la STS de 14 de febrero de 2005⁷ en la cual se atribuyó la custodia en exclusiva a la madre, modificando la sentencia del Juzgado de Instancia y afirmando que *«El trabajo nocturno de la madre como causa no impeditiva del ejercicio de la función de guarda por la madre fue correctamente apreciada por el Tribunal [y] eliminada [dicha] esa circunstancia, resulta evidente, dada la edad de la menor, que la atribución a la madre de su guarda y cuidado está en la línea de una larga experiencia que encuentra en el diario contacto con la madre un elemento esencial en el desarrollo de la personalidad infantil»*.

Dicha predilección por la custodia materna no es compartida por muchos autores. De hecho, un sector doctrinal⁸ entiende que se produce un doble efecto negativo, ya que, por un lado la madre asume en solitario toda la responsabilidad respecto de la crianza del menor y, por otra parte, el progenitor no custodio, se convierte en un mero visitante, lo que puede transformarlo en una figura distante para con sus hijos.

No obstante, otras sentencias se muestran favorables a la atribución de la guarda y custodia exclusiva para el padre. Así, la STS de 9 de julio de 2003⁹ atendió al principio de *favor filii*¹⁰, otorgándole la custodia a la figura paterna por entender que el menor tenía *«cubiertas en mayor medida, las necesidades, tanto físicas, materiales*

⁵ECHEVARRÍA GUEVARA, K. L., “La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos”, Granada, Noviembre 2011, p. 19.

⁶ Artículo 110 del CC: *«El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos»*.

⁷ STS, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2005 (RJ 2005\1670, FJ I).

⁸ SARRIEGO MORILLO J. L y MORGADO CAMACHO B., “La paternidad y la maternidad tras el divorcio.” *Revista de Derecho de Familia*, núm. 14, enero 2002, p. 283.

⁹ STS, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2003 (RJ 2003\4621, FJ I).

¹⁰ “A favor del hijo o del menor”.

como de índole moral, sin que ello suponga que se proceda a cortar radicalmente el contacto con la madre...».

2.1.2 Guarda y custodia distributiva o partida.

Se trata de aquella modalidad en la cual la compañía y cuidado de los menores se distribuye entre ambos progenitores, asignándole la guarda y custodia de unos hijos a un progenitor y la de los restantes al otro progenitor. Estamos, por tanto, ante un sistema de guarda excepcional, si tenemos en cuenta la primacía del principio de no separación de los hermanos, siendo una medida que solo se adoptará en el supuesto de que resulte ser la más beneficiosa en interés de los menores.

Como razón principal para la adopción de este régimen encontramos el supuesto de la diferencia de edad entre los hermanos, donde pueda existir uno recién nacido y otro próximo a la mayoría de edad. Pues bien, en este caso, entendió la Audiencia Provincial de Alicante¹¹ que la separación entre hermanos no producía un perjuicio, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor.

2.1.3 Guarda y custodia compartida o alterna.

Es aquella en la cual la guarda y custodia de los menores se atribuye a ambos progenitores. En relación con ello, CALDERÓN¹² propone distinguir cuatro tipos de custodia compartida o alterna:

- Custodia compartida conjunta con cambio de residencia, donde los menores podrán cambiar de domicilio y residir en casa del progenitor con quien le toque en los periodos acordados en el convenio.

¹¹ SAP de Alicante, Sección 4ª, de 27 de enero de 2005 (JUR 2005\86275, FJ II) establece que, «*El mismo art. 92 CC admite que el principio de que ha de procurarse no separar a los hermanos puede ceder en supuestos excepcionales en los que la no convivencia sea más favorable a sus intereses y sin duda ésta es una de ellas, vistos los términos del informe pericial*».

¹² CALDERÓN, C., *Blog, Custodia Compartida, Divorcio o Separación con hijos*, 16 de Marzo, 2016.

- Custodia compartida conjunta sin cambio de residencia. Supuesto en el que, a diferencia de lo anterior, los padres entran y salen del domicilio, permaneciendo los menores en la vivienda habitual.
- Custodia compartida por tiempo diferente de estancia con los padres, que, por determinadas situaciones deban pasar mayor tiempo con un progenitor que con el otro.
- Custodia compartida simultánea, que es aquella donde los domicilios de los progenitores pueden estar muy cerca o incluso encontrarnos con que el domicilio que era habitual del matrimonio en su momento, se ha decidido segregar en dos. Ello permite que los hijos estén en total contacto con ambos progenitores, aunque se trate del tipo de custodia más difícil de conseguir.

Será esta modalidad de guarda y custodia compartida la que analizaremos a continuación.

2.5 Evolución histórica de la custodia compartida.

En España, dentro del periodo de democracia, la primera ley que reguló la separación y el divorcio fue aprobada por el Parlamento el *22 de junio de 1981*.

Tras más de veinte años de vigencia de la antedicha ley, en el año 2005 el Gobierno aprobó la *Ley 15/2005, de 8 de julio* por la que se modificó el Código Civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio. De ahí la necesidad de distinguir dos supuestos: la regulación de la custodia compartida antes de la reforma de 2005 y después de la entrada en vigor de la Ley 15/2005.

La situación del Código Civil hasta antes de la reforma parecía partir del criterio de atribución de la custodia sólo a la madre o al padre, pero no a ambos conjuntamente. El artículo 90. a) se refería a *«la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos»*. Asimismo, el artículo 92 disponía en su cuarto párrafo que *«Podrá también acordarse cuando así convenga a los hijos que la patria potestad sea ejercida*

total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro...».

No obstante, una parte minoritaria de la jurisprudencia afirmaba que ningún concepto legal impedía otorgar la custodia a ambos progenitores, debiendo atenderse a las circunstancias de cada caso. Como ejemplo de ello, la SAP de 22 de abril de 1999 de Valencia¹³ otorgó la custodia a ambos progenitores atendiendo al interés del menor, *«que es el que debe preponderar en todo caso»*. Si bien, resultaba necesaria la petición por ambos en la mayoría de los supuestos, siendo muy pocos los casos en los que se acordaba dicha concesión de oficio¹⁴ y, en todo caso, ello requería la existencia de *«armonía y relación satisfactoria entre los progenitores»*¹⁵.

Por contra, mayoritariamente los tribunales eran tendentes a considerar que la custodia debía otorgarse solo a uno de los progenitores, en base a lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil existente hasta el momento. Así, la Audiencia Provincial de Alicante, determinó en el año 1997¹⁶ que *«Con carácter general y abstracto, la Sala ha de mostrar sus mayores reservas a dicho régimen de custodia compartida y otros semejantes, pues frente a los beneficios de la igualdad de posición entre los progenitores y la no disminución de la relación personal de los hijos con uno de ellos, presentan el inconveniente de privar a éstos de una estabilidad en los aspectos más elementales de la vida que parece imprescindible para su normal desarrollo, inconveniente que se estima decisivo. El legislador es también contrario a este tipo de soluciones y así lo pone de manifiesto, por todos, el artículo 90, a) CC que trata de «la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos [...] y el régimen de visitas, comunicación y estancia [...] con el progenitor que no viva con ellos», mostrando así que éstas son las medidas que estima deseables para atender a un grave y delicado conflicto personal intrínseco a la separación matrimonial.»*

¹³ SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22 de abril de 1999 (AC 1999\4946, FJ II).

¹⁴ La Audiencia Provincial de Valencia fue pionera en instaurar la custodia compartida de oficio; como ejemplo, la SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22 de abril de 1999 (AC 1999\4941).

¹⁵ SAP de Madrid, Sección 22ª, de 9 de julio de 2004 (JUR 2004\315507, FJ III).

¹⁶ SAP de Alicante, Sección 4ª, 7 de julio de 1997 (AC 1997\1591, FJ II).

En suma, la SAP de Granada de 30 de mayo de 2000¹⁷ revocó la sentencia del Juez que fijó un sistema de guarda y custodia compartida, argumentando, entre otros motivos, que el legislador no había contemplado tal posibilidad.

También, la SAP de 13 de febrero de 2001 de Palencia¹⁸ dispuso que la custodia compartida *«resulta claramente perjudicial para los intereses de la menor»* sin perjuicio de establecer un amplio régimen de visitas a favor del progenitor no custodio.

En conclusión, antes de la reforma, con carácter mayoritario y general, se admitía la posibilidad de establecer el régimen de custodia compartida pese a no estar regulada, con la justificación de que la ley tampoco lo prohibía. Ahora bien, la jurisprudencia, mayoritariamente, era contraria a tal opción.

Igualmente, con carácter general, se exigía la solicitud de mutuo acuerdo en la petición, debiendo ser correspondida por la capacidad de ambos padres para ostentar dicha custodia compartida.

2.6 Regulación de la custodia compartida.

Una vez producida la entrada en vigor de la *Ley 15/2005, de 8 de julio* se modificó con ello el artículo 92 del Código Civil cuya redacción continúa en vigor actualmente.

Así pues, en el Código Civil actual, nos encontramos con una regulación en la que no existe una definición de lo que se entiende por custodia compartida, disponiendo el artículo 92.4 únicamente que: *«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.»*

De ello podemos inferir que, a nuestro juicio, pudiera prevalecer la custodia monoparental como regla, y la custodia compartida como excepción, si tenemos en cuenta que el párrafo quinto del mismo artículo determina la necesidad de solicitarla por los progenitores en la propuesta del convenio.¹⁹ A lo anterior hay que añadir la

¹⁷ SAP de Granada, Sección 3ª, de 30 de mayo de 2000 (AC 2000\490, FJ I).

¹⁸ SAP de Palencia, Sección Única, de 13 de febrero de 2001 (AC 2001\348, FJ III).

¹⁹ Artículo 92.5 CC: *«Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en*

figura del Juez, quien será el que acuerde la guarda conjunta «...*con las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido,...*» unido al informe del Ministerio Fiscal que declara el artículo 92.6 CC como preceptivo pero no vinculante.

Con lo cual, podemos entender que el artículo 92 CC presenta una redacción difusa que, por un lado, no propone descripción de la custodia compartida, y, por otra parte, no realiza una correcta valoración de dicha figura, impidiendo discernir con claridad si la voluntad del legislador fue la de prevalecer la custodia monoparental respecto de la custodia compartida, o de implementar ambos sistemas al mismo nivel.

Lo que sí deja claro la nueva regulación es la necesidad de acuerdo de los progenitores previa solicitud en el convenio regulador, para convenir la custodia compartida, con la necesidad de homologación por la autoridad judicial. Sin embargo, nos encontramos con la excepción del artículo 92.8 CC que permite, a instancia de una de las partes, acordar la guarda y custodia compartida aún cuando no se den los supuestos del párrafo quinto, todo ello en aras de proteger el interés superior del menor.

Pues bien, debido a la problemática que se ha presentado, a la hora de entender qué régimen es el excepcional y cuál se emplea como regla general, el Consejo de Ministros aprobó en 2013 el *Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio*. Pretendía pues, éste, eliminar la excepcionalidad sobre la aplicación de la custodia compartida y no otorgar el carácter preferente a la custodia de uno de los progenitores, pero tampoco a la compartida, lo que permitiría al Juez decidir en base al principio del interés superior del menor.

Sin embargo el Anteproyecto presentaba numerosas deficiencias, tales como el hecho de dejar fuera de su regulación las relaciones paterno-filiales de los hijos no matrimoniales, o poder acordar la custodia compartida incluso aunque ninguno de los progenitores la hubiera solicitado.

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.»

Por ello, y debido a la no aprobación del Anteproyecto, ha sido la jurisprudencia la que ha tratado de establecer las bases sobre las que deberán ajustarse las resoluciones de los Tribunales en estos supuestos.

La STS de 29 de abril de 2013²⁰ ha sido pionera al imponer que el criterio de la custodia compartida no debe considerarse como una medida excepcional, sino como una medida normal que puede ser adoptada por el Juez una vez que se hayan analizado las circunstancias del caso concreto.

Asimismo, la STS de 29 de marzo de 2016²¹ establece que «*siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de tal sistema, hay que acordarlo por cuanto es la mejor manera de proteger al mismo*», destacando la necesidad de que las Audiencias Provinciales respeten su doctrina en aras de la seguridad jurídica, al encontrarnos ante un sistema que precisa de soluciones homogéneas por parte de los Tribunales en asunto de derecho de familia.

En definitiva, los cambios normativos que se han venido produciendo como consecuencia de la *Ley 15/2005 de 8 de julio*, han determinado la existencia de una problemática en lo referido a la excepcionalidad o no con la que se aplica la custodia compartida. Lo único que queda claro pues, es la obligatoriedad de estar a lo dispuesto por la jurisprudencia del Alto Tribunal, que se ha visto en la necesidad de establecer un criterio que permita alcanzar una comprensión más compleja en relación con la redacción ambigua que presenta el artículo 92 CC. Ello sin olvidar que, en todo caso, los Tribunales deberán actuar en aras de proteger el interés superior del menor, primando éste sobre cualquier otra cuestión que se suscite en el proceso.

3. CUSTODIA COMPARTIDA EN PERSONAS DEL MISMO SEXO.

Es innegable que, con el transcurso del tiempo, la sociedad ha avanzado y con ello también se ha producido una evolución en las relaciones familiares.

Así pues, el aumento de supuestos de creación de familias homoparentales es patente. Y de ahí, la necesidad de modificar la legislación actual, si tenemos en cuenta que escasamente encontramos regulación que, de forma específica, trate los problemas

²⁰ STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013 (RJ 2013\3269, FJ II).

²¹ STS, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2016 (RJ 2016\995, FJIII).

padecidos actualmente por este colectivo de personas, quienes pretenden adoptar o acudir a técnicas de reproducción asistida para ejercer su paternidad o maternidad.

Ciertamente, se han ido estableciendo con mayor frecuencia, clínicas de reproducción asistida en las cuales se ofrecen numerosas oportunidades a parejas de mujeres cuyo deseo es ser madres biológicas. Sin embargo, la Ley de Reproducción Asistida impone una serie de requisitos, que con posterioridad analizaremos. Esto evidencia que aún queda un largo camino por recorrer para lograr la implantación de un sistema moderno que ofrezca mayores ventajas a estas familias homoparentales, pero que también atienda al interés superior del menor, siendo éste de vital importancia en todo caso.

3.1 Caso en España.

Actualmente no podemos hablar de la existencia de una regulación exacta y específica sobre la custodia compartida en familias homoparentales. Y ello porque siquiera, podemos referirnos a una ley general sobre custodia compartida, cuando aún está en trámite el *Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio*.

Esto evidencia una situación de vacío jurídico al contar únicamente con el precepto del Código Civil que se ha demostrado insuficiente y problemático, con el paso de los años, y que mucho menos contempla el supuesto de la custodia compartida para personas del mismo sexo.

Como resultado de lo anterior, es necesario de hacer alusión no solo a la escasa normativa que se presenta en estos casos, sino también que ha sido la jurisprudencia que ha sido la encargada de resolver las cuestiones que se han presentado en relación a este colectivo de familias, a quienes dichas circunstancias han afectado directamente.

3.1.1 Regulación.

Como ya adelantábamos, difícilmente podemos encontrar legislación referida a la custodia compartida que no sea lo dispuesto únicamente en el Código Civil. Y, en

consecuencia, la ausencia de normativa resulta más notoria en el supuesto de la custodia compartida para familias homoparentales.

Pues bien, como consecuencia de esta falta de regulación, desde el año 2013 se redactó el *Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio*, a propuesta del entonces Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, que se encuentra pendiente de aprobación a día de hoy.

Con el Anteproyecto de Ley se establece la guarda y custodia compartida como una opción más de custodia dentro de las que existen, pudiendo adoptarse de igual modo por una custodia monoparental para cualquiera de los progenitores o por una custodia compartida. Antes de la fijación de la custodia se oirá a los menores prestando especial atención en la edad, opinión y arraigo social de los mismos, a la relación entre los progenitores, a la voluntad de cooperación entre ambos, de conciliar su vida profesional y familiar, a la estructura familiar que tengan cada uno de los progenitores.

En relación con lo anterior, el artículo 92 bis²², propuesto por el Anteproyecto dispone lo siguiente:

En su apartado primero se refiere a la facultad del juez para acordar que la guarda y custodia sea ejercida por uno o ambos progenitores, planteando el ejercicio de la custodia compartida como una mera posibilidad, previa solicitud de éstos.

Asimismo, será necesario el pronunciamiento respecto de las estancias de los menores en relación con el progenitor con el que no convivan, así como respecto del

²² «1. 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.

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.

de ellos, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de éstos y del otro progenitor, debiendo realizar un seguimiento periódico de su evolución.

(...)

8. Las medidas establecidas en los artículos anteriores y en este, se podrán modificar o suspender si se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior del menor».

régimen de visitas para que los menores se comuniquen con sus hermanos, abuelos u otros parientes (art 92.2).

Destaca el 92.3 la figura del Ministerio Fiscal, quien oirá a los menores prestando atención a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar, entre otras cuestiones relevantes. A ello, añade el 92.4, la necesidad de recabar dictamen de expertos cualificados en relación con la idoneidad para el ejercicio de la patria potestad, así como respecto del régimen de guarda y custodia.

Por otra parte, el artículo 92.5, hace alusión a la prohibición del ejercicio de la guarda y custodia por aquel progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por algún delito a los que el apartado se refiere, así como cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia de género o doméstica. En el supuesto de que ambos progenitores estuvieran incluidos en las circunstancias anteriores, se atribuirá la guarda y custodia a familiares o allegados (art 92.6).

Respecto de lo acordado por el juez en relación con los apartados anteriores, éste podrá adoptar las cautelas necesarias para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos; y, en el supuesto de que hubiera establecido la guarda y custodia a favor de los progenitores incursos en las causas de los apartados 5 y 6, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad e integridad del menor (art 92.7).

Por último, el artículo 92.8 establece la posibilidad de modificar o suspender las medidas de los apartados anteriores si los progenitores incumplieren grave o reiteradamente sus deberes.

Como consecuencia de lo anterior, en septiembre de 2014 el Consejo de Estado emitió un Dictamen sobre dicho Anteproyecto en el rechazaba que los jueces impusieran de manera ordinaria la custodia compartida sin la existencia de solicitud de los padres.

Así pues, en lo referido a las personas del mismo sexo, establecía dicho Dictamen del Anteproyecto que *«...el estatuto jurídico de las relaciones paternofiliales es, de acuerdo con el Anteproyecto, idéntico con independencia del sexo de los progenitores, de ahí que se modifiquen los artículos 163 y 170 del CC con el solo objeto de sustituir "el padre o la madre" por "los progenitores", en línea con los ajustes*

*terminológicos ya realizados en dicho cuerpo legal por la Ley 13/2005, de 1 de julio, con la finalidad de permitir el matrimonio y la adopción por personas del mismo sexo.»*²³ Esta mención era, por tanto, un progreso para el trato a este colectivo de familias que, hasta el momento no habían tenido una mención específica en el articulado del Código Civil, que se vería modificado con la entrada en vigor de esta propuesta innovadora que pretendía dar un tratamiento igualitario para cualquier progenitor, con independencia de su sexo y de su orientación sexual.

Sin embargo, debido a las controversias surgidas por las discrepancias entre el Ministerio de Justicia y el Consejo de Estado, como dijimos, actualmente aún no se ha producido la entrada en vigor de dicho Anteproyecto, lo que ha supuesto que el Código Civil continúe intacto y, por tanto, no se hayan incluido las novedades propuestas en lo referente a las necesidades de las familias homoparentales.

3.1.2 Supuestos de custodia compartida en parejas homosexuales.

Para poder hablar de custodia compartida homoparental, tanto en el caso dos progenitores hombres como de dos progenitores mujeres, claramente es necesario que legalmente ambos tengan atribuida la patria potestad del menor. Y por ello es esencial distinguir dos supuestos.

a. La custodia compartida entre mujeres.

Se trata de un caso en el que legalmente se puede otorgar la patria potestad por dos causas: por ser madre biológica, o por ser adoptante.

Pues bien, en el primer supuesto, podemos encontrarnos con que ambas madres sean progenitoras biológicamente o, por otro lado, que solo una lo sea.

La segunda opción se dará cuando una de las dos mujeres decida ser madre gestante por vía de reproducción asistida. En este caso la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida* deja claro que en ningún caso existirá

²³ Dictamen del Anteproyecto de Ley Sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental y otras Medidas a Adoptar tras la Ruptura de la Convivencia, de 24 de julio de 2014, (Ref. 438/2014), (Ap. IV. c).

determinación legal de filiación del donante²⁴. Por lo tanto, la madre gestante obtendrá la patria potestad por el hecho de ser madre biológica que ha gestado al menor por medio de técnicas de reproducción asistida, mientras que para poder considerar a la otra mujer como progenitora legalmente establecida, habrá que cumplir con el requisito del artículo 7.3 de la Ley sobre la necesidad de haber contraído matrimonio ambas mujeres, para que se determine la filiación respecto al hijo nacido del cónyuge.

De lo anterior se puede inferir que, el precepto solo se aplica para el caso de matrimonio lo que, a nuestro entender resulta un tanto restrictivo, debiéndose ampliar a otros supuestos como el de la pareja de hecho legalmente constituida.

En lo referido a que ambas mujeres sean madres biológicas, se trata de una posibilidad que se conoce como el «*método ROPA*», también conocido como doble maternidad, que significa “recepción de óvulos de la pareja”. En un principio podemos entender que se trata de una opción que no plantea problemas legales, ya que ambas mujeres debieran ostentar la patria potestad al ser una, la madre gestante del menor, y otra, la madre genética.

No obstante, en la actualidad no se contiene ninguna redacción normativa sobre esta cuestión, por lo que habrá que estar a lo dispuesto por la jurisprudencia para los supuestos en los que se produzcan rupturas familiares entre este colectivo de personas. Si bien no podemos olvidar la referencia que el artículo 7.3 de la Ley hace a la posibilidad de filiación respecto del hijo nacido del cónyuge, circunstancia que es de aplicación también para este caso.

b. La custodia compartida entre hombres.

Estamos ante un supuesto que presenta mayor controversia que el anterior, si tenemos en cuenta que no puede darse la circunstancia de que ambos progenitores lo sean de forma biológica, como si ocurría en el caso anterior. Por lo tanto, habremos de

²⁴ El artículo 8.3 de la Ley 14/2006 dispone que: «*La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.*»

distinguir la situación de la adopción por ambos progenitores, respecto del caso en el que uno de los varones sea padre biológico del menor.

El hecho de que uno de los varones sea padre biológico del menor plantea el supuesto del artículo 10 de la *Ley 14/2006*, que se refiere a la gestación por sustitución (gestación subrogada), siendo nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, ya sea con o sin precio. De esta manera, no es válida la renuncia a la filiación materna que realice la gestante a favor del contratante o un de un tercero, debiendo determinarse dicha filiación por el parto. Si bien, el padre biológico tiene la opción de reclamar la paternidad.

Por lo tanto, la opción de que uno de los hombres sea padre biológico por gestación subrogada es viable, si bien, no es respaldada legalmente por la normativa española. De hecho, el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de febrero de 2014, denegó la inscripción de la filiación de dos niños gestados en California a través de esta técnica, haciendo hincapié en la prohibición de esta práctica en España, y destacando la existencia de instituciones como la adopción²⁵.

No obstante, aunque el apartado 3 del artículo 10 contemple la posibilidad de ejercitar la acción de reclamación de paternidad, ello sí que impide que el otro varón pueda siquiera acudir a la adopción del menor, si tenemos en cuenta que ya existe la filiación materna determinada por el parto.

Lo anterior, solo deja, por tanto, la posibilidad de adopción por ambos progenitores, que es legalmente admitida, en primer lugar por la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional*, que contempla el supuesto de adopción a un menor extranjero. A lo largo de toda la redacción normativa, la ley únicamente se refiere a los progenitores como «*personas*», de lo que se puede deducir que no existe ningún tipo referencia específica a que los adoptantes deban ser hombre y mujer. Ello, por tanto, incluye la adopción en cualquiera de las combinaciones posibles: entre dos hombres; entre mujer y hombre; y entre mujer y mujer.

Por otro lado, a nivel estatal, la *Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*, se destacó por la alteración producida en los artículos 175 y siguientes

²⁵ STS, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014, (RJ 2014\833, FJ III, párr. VI).

recogidos en el Código Civil actual. Así pues, el precepto del 175 únicamente contempla los requisitos para el adoptante, no haciendo ninguna distinción sobre hombres o mujeres. Lo que sí destaca es la necesidad de contraer matrimonio o que se trate de una pareja constituida para que ambas personas puedan adoptar al menor. En caso contrario, solo podrá ser adoptado por uno de ellos

En resumen, lo anterior evidencia que solo es necesario cumplir con los requisitos legales para que, por medio de la adopción conjunta, se pueda constituir una familia homoparental. Como consecuencia de ello, las rupturas familiares que se produzcan deberán ser tratadas por los Tribunales, quiénes han venido resolviendo los conflictos surgidos en caso de divorcio o separación para este colectivo de familias.

Es por ello que, al no existir regulación legal sobre estas cuestiones, habremos de estar a lo dispuesto por la jurisprudencia en lo referido a la custodia compartida para personas del mismo sexo.

3.1.3 Jurisprudencia.

Realizar un análisis exhaustivo de la custodia compartida en familias homoparentales en España es prácticamente imposible debido a lo complejo que resulta la búsqueda de jurisprudencia sobre dicho tema.

Uno de los supuestos en los cuales el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión es la Sentencia de 22 de diciembre de 2008, que fue precedente para que el TEDH dictaminara sobre dicho asunto en el 30 de noviembre de 2010 (*Caso PV. contra España*), que abordaremos en el posterior análisis de la jurisprudencia europea, al final de este trabajo.

En lo referido al Tribunal Constitucional Español, cabe decir que, se trata de un resolución en la cual el Alto Tribunal desestimó el recurso de amparo interpuesto por una madre transexual, al entender que se había producido la vulneración del artículo 14 CE, debido a la limitación sobre el régimen de visitas respecto de su hijo. En relación con ello, tanto la Audiencia Provincial de Lugo como el Tribunal Constitucional, entendieron que no se producía discriminación ya que, en todo caso, se había otorgado la custodia compartida a los progenitores, limitando las visitas a la demandante por el

mero hecho de encontrarse en una situación de trastorno emocional, conforme a los informes psicológicos. De ahí que el Tribunal entendiera que *«...la decisión de restringir el régimen de visitas del recurrente acordado inicialmente ha sido adoptada por los órganos judiciales teniendo en cuenta el interés genuino y prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, y sin que se advierta que tal decisión haya resultado influida, como pretenden el recurrente y el Ministerio Fiscal, por un supuesto prejuicio de los órganos judiciales ante el dato de la transexualidad del padre,...»*²⁶.

Por lo tanto, amparándose en el supuesto interés superior del menor, se determina la custodia así como del régimen de visitas de la madre transexual, dando válidos unos informes periciales que nada se corresponden con la realidad social y que demuestran un desconocimiento total de las diferencias entre identidad sexual y de género, así como de las capacidades de estas personas para ejercer su maternidad o paternidad.

Otro caso con total relación al tema que nos ocupa, es el abordado por el Tribunal Supremo, el 15 de enero de 2014, cuando reconoció a una mujer la maternidad del hijo que tuvo su pareja por reproducción asistida, y, ello, a pesar de la oposición de la madre biológica.

El conflicto planteado al Supremo parte de la demanda de una mujer homosexual, que mantuvo una relación de pareja con la madre biológica de un menor y que, después de que ambas rompieran su relación, solicitaba que se le inscribiera en el Registro Civil como hijo suyo, al margen de la oposición de la madre biológica.

El niño nació del vientre de la más apta de dos mujeres que formaron pareja sin llegar a casarse entre 1996 y 2006, y después de un proceso de inseminaciones y seguimiento del embarazo que ambas compartieron, ambas se comportaron durante los dos años siguientes al nacimiento del menor como si de una unidad familiar se tratara²⁷.

La Sala Civil del Supremo reseñó que el niño fue concebido en un proyecto común de pareja y que la demandante asumió la condición de madre durante años, lo que, según el Código Civil, la legítima para su reclamación. Tuvo en cuenta, además,

²⁶ STC, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008\176, FJ VIII).

²⁷ La STS , Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2014 (RJ 2014\833) expone, en su fundamento jurídico primer que: *«...sí debe considerarse que, como se ha dicho antes, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológica de una de ellas...»*.

que la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida permite a la mujer casada ser madre del hijo de su pareja, si manifiesta su consentimiento.

Como consecuencia de ello, la madre no gestante tendrá derecho a la inscripción de la filiación en el Registro Civil, lo que permitirá un cambio en los apellidos del menor, pero también la solicitud de la custodia. En todo caso, de esta nueva jurisprudencia creada por el Supremo, podemos inferir que el reconocimiento de la filiación implica la posibilidad de otorgar la custodia a esta mujer, con la incertidumbre de si el régimen a adoptar será exclusivo o compartido.

De lo mencionado anteriormente podemos deducir que, como hemos afirmado, las crisis en familias homoparentales han tenido muy poca presencia en los tribunales españoles. No obstante, sí que podemos encontrar algunas sentencias sobre custodia compartida en personas de distinto sexo donde entra en juego la discriminación por orientación sexual, que trataremos más adelante.

3.1.4 Caso Miguel Bosé.

Se trata de un supuesto que es de extrema actualidad, razón por la cual creemos necesario traer a colación a este trabajo. Éste trata el caso de una demanda presentada por la ex pareja del cantante, cuya admisión a trámite se produjo el pasado 30 de octubre.

Como antecedente cabe decir que nos encontramos ante una situación en la que ambos hombres son padres de cuatro niños, cada uno, de dos hijos, considerando el actor que, aunque los niños no son hermanos de sangre, sí que se han criado como tal. Es por ello, que solicita acción de filiación paterna no matrimonial con fundamento en la posesión de estado, así como una acción acumulada para el establecimiento de medidas paternofiliales de hijos no matrimoniales.

Se trata por tanto, de una situación complicada en donde habrá que tener en cuenta dónde están inscritos los niños tras su nacimiento y qué relación tienen ambos progenitores con los hijos de cada uno. También serán determinantes los países en los que han vivido.

La Abogada Teresa Fernández Abad, de Sánchez Garrido Abogados ha entendido que hay que distinguir si la pareja ha mantenido o no una convivencia *more uxorio*, de manera que, en este último caso los hijos fruto de esa convivencia no matrimonial tienen los mismos derechos que si fueran hijos nacidos dentro de un matrimonio²⁸. Es decir, derecho a que un juez se pronuncie sobre su sistema de guarda y custodia, régimen de visitas, etc.

En cuanto a la separación que puedan sufrir estos menores, entiende la Letrada que es necesario tener clara su filiación, así como el Registro Civil en el que se encuentren inscritos. Ello debido a que proceden de una gestación subrogada y, en muchos casos, los menores no suelen constar inscritos en España, con lo cual, nos encontraríamos ante una laguna jurídica. Además, si fueron fruto de dos inseminaciones distintas, donde cada padre aportó sus gametos, lo lógico sería que, en la filiación, dos de ellos aparezcan a favor de un progenitor y los otros dos a favor del otro progenitor. Como consecuencia de esto, los hermanos no lo serían de sangre, y por tanto no existiría relación de parentesco, pese a la convivencia que hayan podido mantener.

Sin embargo, el Código Civil, en el artículo 106.2, vela porque los hermanos no sean separados en un proceso de ruptura familiar, pudiéndose defender por la parte actora, el concepto de *allegados* con la intención de mantener una relación entre los hermanos. En caso de que la parte demandada se opusiera, el juez deberá estar al interés de los menores, atendidas las circunstancias, pudiendo acordar un régimen de visitas, comunicaciones y estancias si entiende que los menores deben seguir viéndose.

El Tribunal Supremo, por su parte, indica que el derecho de visitas solo se puede establecer entre el progenitor y sus hijos, por lo que se denominarán de forma similar, pero no hablaremos de visitas como tal. De hecho, en su Sentencia de 12 de mayo de 2011 entiende que *«en lo correspondiente al derecho a tener relaciones con parientes y allegados, hay que tener en cuenta que el niño no puede ver recortada la relación y comunicación con personas que le son próximas humana y afectivamente, por causa de las diferencias entre dichas personas.»*²⁹

²⁸ VANITATIS, *Todas las dudas legales que plantea un caso como el de Miguel Bosé*, “El Confidencial”, www.vanitatiselconfidencial.com.

²⁹ STS, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 2011 (RJ 2011\3280), A.H. V.

En todo caso, será necesario esperar al pronunciamiento de los tribunales que deberán tener en cuenta todas las circunstancias anteriormente señaladas. Todos estos motivos son los que provocan que se trate de un caso de extrema delicadeza en el que haya que analizar numerosas cuestiones, siempre en aras de proteger el interés superior de los menores. De ahí que, a nivel estatal la jurisprudencia sea prácticamente inexistente puesto que la custodia compartida en familias homoparentales necesita de tal precisión en todos sus términos, que en la mayoría de los casos los padres o madres intentarán resolverlo de modo extrajudicial, y respecto a los pocos supuestos judiciales que nos encontramos, estos se encuentran aún tramitándose, como es el caso que acabamos de exponer.

3.1.5 Discriminación por homosexualidad de uno de los progenitores.

Un ejemplo de dicha discriminación en los casos en que existe progenitor de distinto sexo donde uno de ellos es homosexual, es la Sentencia de 21 de abril de 2009 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en la que se estableció una custodia compartida, pese a que se había otorgado por el Juzgado de Primera Instancia la patria potestad a favor de la madre, quien recurrió al no estar conforme con el régimen de visitas para el padre. Éste, por su parte, alega una discriminación por razón de orientación sexual al conceder la patria potestad y la custodia a la madre, no existiendo ninguna prueba pericial o documental donde constara la existencia de un desequilibrio emocional. La Audiencia pues, resolvió en favor del padre, afirmando la patria potestad ha de ser compartida ya que *«...no se aprecia razón para privar al padre del referido ejercicio, que en la práctica supone el alejar al padre de cualquier toma de decisiones con respecto a sus hijos, medida que ha de entenderse con carácter general absolutamente contraria a los intereses de los hijos menores y solo justificada cuando concurren circunstancias claras que lo justifican como falta de capacidad o ausencia prolongada o desinterés...»*³⁰.

En sentido contrario se pronunció la Audiencia Provincial de Valladolid, el 5 de febrero de 2015, al considerar la inexistencia de discriminación por razón de orientación sexual de un padre al que se le negó la custodia compartida de sus hijos. En este sentido la Audiencia entendió que esta afirmación era irrelevante al no haber sido constatada

³⁰ SAP de Navarra, Sección 2ª, de 21 de abril de 2009 (JUR 2010\102907, FJ III).

por el dictamen del equipo pericial psico-social del Juzgado de Familia³¹. Es por ello que se mantuvo el régimen de custodia exclusiva que se había establecido a favor de la madre, ampliando el régimen de comunicación y visitas en la forma que se dispuso por el Juez de Instancia.

Las resoluciones previas, son una muestra de que podemos encontrar jurisprudencia referida a la orientación sexual y a la repercusión que ello tiene en las crisis familiares, no debiendo tener en cuenta dicha circunstancia como impedimento para el ejercicio de la guarda y custodia.

3.2 Derecho comparado.

Determinar la legislación sobre la custodia compartida en cuanto a derecho comparado es sumamente complicado si tenemos en cuenta que, en función del país, nos encontraremos con una situación jurídica u otra.

Es por ello que, haremos referencia a varios supuestos específicos, con la intención de hacer una comparativa respecto de la situación de la custodia compartida en familias homoparentales; aunque no en todos los supuestos será posible debido a la ilegalidad que todavía supone la adopción o la reproducción asistida para parejas homosexuales en muchos lugares.

3.2.1 Otros países.

En Chile la regulación sobre la filiación respecto de personas del mismo sexo es aún prematura. Tal es así que, hasta el presente año, la Ley chilena de Adopción restringía la posibilidad de adoptar únicamente a los cónyuges, no permitiéndose a parejas homosexuales³². Ello es así porque hasta este momento ha quedado pendiente la aprobación del matrimonio igualitario, cuya entrada en vigor permitiría incluir a la familia homoparental en este supuesto de adopción, ostentando los mismos derechos

³¹La SAP de Valladolid, Sección 1ª, de 5 de febrero de 2015 (JUR 2015\77444) expone en su fundamento segundo que : «...ni la resolución recurrida, ni tampoco el dictamen del equipo pericial psico-social del Juzgado de Familia, que se ha considerado relevante al objeto del resultado final del procedimiento, hacen la más mínima alusión al hecho de que la orientación sexual...».

³² Artículos 20 y 21 de la Ley 19620 que Dicta Normas sobre Adopción de Menores, en Chile, de 5 de agosto de 1999.

que las parejas heterosexuales. Sin embargo, en el pasado mes de septiembre la Comisión de Familia se ha mostrado favorable a la adopción homoparental, tanto para convivientes civiles, como para parejas de hecho, debiéndose aun aprobar una ley en consecuencia.

Esto permitirá que, en un futuro, hablemos de la posibilidad de una custodia compartida entre este colectivo de personas, cuando surjan rupturas cuya causa sea la crisis familiar. Pero por lo pronto, solo podemos esperar que la adopción sea igualitaria para todo tipo de personas, con independencia de su orientación sexual.

Lo que sí se ha permitido en la práctica es la adopción por una persona soltera. Esto nos traslada al supuesto de una mujer que, siendo pareja posterior de la madre adoptante de un menor, quien ahora pretende formar una familia homoparental, no podrá adoptar también a ese niño o niña. Solo podrá ser madre, a efectos legales, la que la adoptó, mientras que la otra mujer lo será únicamente a efectos prácticos, y no jurídicos.

Respecto de la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida es totalmente inviable para parejas homosexuales en este país. De hecho, el artículo 182 del Código Civil Chileno se refiere a *«El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.»*³³

Por lo tanto, nos encontramos con un país en donde queda un largo camino por recorrer para que se haga efectiva la posibilidad de determinar la filiación de forma igualitaria con independencia de la orientación sexual. Hemos podido observar cómo aún se están produciendo cambios normativos que supondrán un gran avance en su legislación. Pero no podemos hablar de ningún supuesto de custodia compartida en familias homoparentales ya que, es no posible la existencia una situación en la que se presente un debate entre dos padres o dos madres por la custodia de sus hijos en este país. Y ello porque, como ya adelantábamos, no se ha legalizado la posibilidad del acceso a técnicas de reproducción asistida, mientras que, la oportunidad de adoptar se ha reconocido únicamente a partir del pasado año, y no conjuntamente por dos personas del mismo sexo.

³³ Artículo 182 del Código Civil Chileno, de 14 de diciembre de 1855.

Respecto de la regulación en Estados Unidos, en la actualidad sólo encontramos muy pocos estados en los que la legislación prohíba específicamente adoptar a los homosexuales. En los 49 estados restantes, este colectivo puede adoptar tanto como solteros o como parejas, pero será un tribunal el que tenga que decidir si la petición se ajusta a los estándares que cada estado tiene fijados para los padres adoptivos.

Peticiones de adopción por parte de dos padres o madres se resuelven todos los días en los EEUU. Al seguir el sistema de *common law*, las leyes en los EEUU se han ido creando por la jurisprudencia que se emana de las sentencias.

Los precedentes emanados de estas sentencias prohíben las adopciones para parejas del mismo sexo en tres estados: Colorado, Connecticut y Wisconsin. Por su parte, existen seis estados que han acudido a los tribunales de apelación (Columbia, Illinois, Massachusetts, New Jersey, New York y Vermont) y siete a los tribunales ordinarios (Alaska, California, Indiana, Oregon, Pennsylvania, Texas y Washington) y que, en muchos de los supuestos, han permitido específicamente la adopción por las parejas del mismo sexo.

Cabe señalar también que en tres de los seis estados en los que los jueces denegaron la adopción, no lo hicieron porque consideraran que las parejas del mismo sexo no eran aptas para educar a sus hijos, sino porque los jueces entendieron que no era una cuestión judicial, sino legislativa, la que tenían entre manos. Por tanto, se declararon incompetentes para resolver la cuestión y emplazaron en sus sentencias a los legisladores de sus estados a ocuparse de ello. De esos tres estados, en dos de ellos se presentaron mociones legislativas al respecto. En Colorado y Wisconsin, a pesar del fallo finalmente contrario a la adopción, hubo votos particulares fuertemente contrarios a la decisión judicial.

En California en 1989, el Tribunal Superior del Condado de Alameda concedió a una pareja de mujeres la adopción de un niño con el que venían ejerciendo como madres de acogida desde su nacimiento, y lo hizo a pesar de las recomendaciones en contra del Departamento de Servicios Sociales del estado. Desde entonces, se han producido numerosas adopciones por parejas del mismo sexo en California y en otros estados. En estos casos los tribunales consideran que las parejas del mismo sexo que cumplen los requisitos que se exige a cualquier pareja casada, como una relación estable

y duradera, así como demostrar aptitudes como padres/madres, son aptas para adoptar niños.

En lo referido a las distintas técnicas de reproducción, cabe reseñar que en EEUU la gestación subrogada está legalizada dependiendo del país en el que nos encontramos; solo comparable con China, donde a multa es de 30.000 yenes; o Estonia, donde se penaliza tanto a la mujer como al médico que realiza la fecundación.

Respecto de Florida, se regula la subrogación tradicional y gestacional por separado. La tradicional es un acuerdo de adopción planificada, con “una madre voluntaria” que requiere la aprobación de un Tribunal de adopción. En este caso, la madre de nacimiento tiene 48 horas para cambiar de opinión después del nacimiento del niño, la adopción debe estar aprobada por un tribunal y los padres intencionales no tienen que tener relación genética con el niño. Sin embargo, en el contrato de maternidad subrogada la madre sustituta tiene que estar de acuerdo en renunciar a los derechos sobre el niño cuando nazca. En este caso, la madre de intención tiene que demostrar que no puede llevar a término un embarazo y dar a luz un niño y, al menos, uno de los padres de intención debe estar relacionado genéticamente con el niño.

En cuanto a la custodia compartida, en Florida la responsabilidad compartida de los padres en la medida que se considera preferencial a la custodia exclusiva. Ambos padres se les da la misma consideración en cualquier concesión de la custodia, debiendo concederse en interés del niño. Asimismo, se prohíbe la discriminación por razón de sexo.³⁴

Profundizando en lo que a la custodia compartida se refiere, el Estado de Colorado es un ejemplo en el que se otorga la custodia compartida, sin primar por encima de la custodia exclusiva, de manera que no tiene en cuenta el sexo de los padres, debiendo el juez determinarla únicamente con arreglo al interés del menor.³⁵

Por ejemplo, mientras en Nueva York se prohíbe la subrogación hasta con multas de 10.000 dólares, en otros estados como California, la leyes en relación con la

³⁴ Artículo 61 de los Estatutos de la Florida, de 1997.

³⁵ Artículo 10 de los Estatutos Revisados de Colorado de 1872.

subrogación son muy amplias, permitiendo firmar contratos de subrogación con base en la aplicación la ley del Uniform Parentage Act³⁶.

Por otra parte, en Puerto Rico se diferencia entre patria potestad y custodia física del niño. Esto da lugar a un mayor número de disputas ante los tribunales que en otros estados. La custodia física implica que el niño vive con un solo progenitor y la patria potestad sea el derecho que implica a ambos en la toma a tomar decisiones importantes acerca del menor. Ante esta situación de realidad normativa no ajustada a la realidad social, lo normal es que la mayoría de los padres sigan un modelo de custodia compartida extrajudicial, sin legalizar, ya que, de intentarlo, los jueces, por imperativo legal, atribuirían la custodia al progenitor más apto. Otro aspecto importante, es que el padre que abandone voluntariamente más de seis meses a su hijo, pierde automáticamente la patria potestad y el derecho a tener su custodia. Así pues, el artículo 98 del Código Civil de Puerto Rico, de 1930 (LPRA) alude a la posibilidad de otorgar una custodia provisional de los hijos, en interés del menor, mientras el juicio del divorcio se decida. Con posterioridad, el Tribunal decidirá a qué progenitor conceder la custodia, *«pero el otro cónyuge tendrá derecho a continuar las relación de familia con sus hijos»*³⁷

En relación con lo anterior, es necesario destacar que en Puerto Rico el matrimonio homosexual es legal, por lo que sería de aplicación lo ya mencionado para la custodia compartida, siempre que se refiera al matrimonio.

Por lo tanto, esto nos indica que, en dicho país, pese a que las familias homoparentales tienen derecho sobre la custodia de los hijos (siempre que hayan contraído matrimonio), es posible otorgar un modelo de custodia compartida, optándose judicialmente por la exclusiva a uno de los progenitores, con el derecho que tiene el otro progenitor a relacionarse con el menor.

Estos solo son algunos países americanos en los que podemos observar que la regulación en cuanto a la custodia compartida es diversa. Desde Estados como Colorado o Florida, donde parece que existe la igualdad de trato a la hora de aplicar la legislación; hasta lugares como Puerto Rico, que no contempla, siquiera, la posibilidad de otorgar la custodia a ambos progenitores, aunque se trate de una pareja heterosexual.

³⁶ Es la Ley Uniforme de Alimentos Interestatales, núm. 180, de 20 de diciembre de 1997.

³⁷ Artículo 107 del Código Civil de Puerto Rico de 1930.

Por ello, lo único que podemos afirmar es que, al igual que en el plano estatal, a nivel internacional las familias homoparentales no tienen la consideración que esperábamos a la hora de determinar la situación surgida de las crisis familiares. En la mayoría de los casos son los Tribunales los que decidirán el futuro del menor en aras de su interés. Sin embargo, tampoco existe numerosa jurisprudencia en cuanto a la custodia para personas del mismo sexo. Es por lo que será necesario analizar la respuesta que se ha dado a nivel europeo por el Alto Tribunal, en estos casos que son todavía bastante prematuros a nivel legal y jurisprudencial.

3.2.2 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Lejos de la escasa jurisprudencia existente a nivel estatal en España, debemos considerar la evolución histórica que la custodia compartida en familias homoparentales ha tenido a nivel europeo.

La primera ocasión en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció acerca del trato discriminatorio, basado en la orientación sexual del individuo del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, fue en el Asunto *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Se planteaba la discriminación sufrida por un hombre, padre de una niña, al que se le privó su patria potestad por razón de su orientación sexual. En primera instancia, el Juzgado de Familia le había otorgado la custodia, pero con posterioridad, el Tribunal de Apelación de Lisboa modificó la anterior resolución, concediéndole dicha custodia a su madre tras entender que la homosexualidad del demandante era una «*anormalidad y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales*»³⁸.

Como consecuencia de ello, el demandante alegó ante el TEDH ser víctima de un trato discriminatorio, derivado de una intromisión en su vida privada y familiar. El Tribunal, por su parte, reconoció que el juez nacional había interferido en la vida familiar del demandante siguiendo como fin legítimo la protección de los intereses de la menor, empleando, para ello, la orientación homosexual del padre. Por esta razón, el Tribunal entendió que se produjo una diferencia de trato discriminatorio, «*basada en la orientación sexual del demandante, noción que se contempla, sin duda en el artículo 14*

³⁸ STEDH de 21 de diciembre de 1999 (TEDH 1999\72, H. XXX).

del Convenio»³⁹. Como consecuencia de ello, tal y como afirma MANZANO BARRAGÁN⁴⁰, «*el tribunal mandó un fuerte mensaje a todos los países miembros del Consejo de Europa, según el cual un gran número de discriminadores por razón de preferencia sexual dejaban de ser tolerables a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*».

Solo tres años más tarde tuvo que pronunciarse el Tribunal sobre un caso similar, cual fue el Asunto *Fretté c. Francia*, en su Sentencia de 26 de febrero de 2002, pero esta vez cambiando de paradigma. En este supuesto se denunciaba un trato discriminatorio por parte del Estado Francés hacia un padre al que se le había negado la adopción de un menor por el hecho de ser homosexual. Es por ello que, sus alegaciones ante el Tribunal se basaron en la discriminación sufrida por su tendencia sexual, constituyendo ésta la razón de la denegación de dicha adopción, una intromisión injustificada en el derecho al respeto de su vida privada y familiar.

Teniendo en cuenta que la orientación sexual del demandante era, en principio, la única razón que llevó a las autoridades francesas a denegar la posible adopción, el TEDH entendió que se había producido una vulneración del principio de igualdad, recogida en el art. 14 CEDH⁴¹, en relación con el art. 8 CEDH⁴². Sin embargo, consideró que la decisión judicial tomada por los tribunales franceses se justificaba en el objetivo legítimo de proteger los intereses del menor en la adopción. Asimismo, entendió que existía una ausencia de consenso sobre las consecuencias para un menor de ser educado por padres homosexuales. Debido a ello, reconoció que las autoridades nacionales tendrían un amplio margen para decidir que el derecho a adoptar del demandante quedaba condicionado al interés superior del menor.⁴³ En consecuencia, el Tribunal consideró que no se había producido una violación del CEDH, al tratarse de

³⁹ *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, párr. 28.

⁴⁰ MANZANO BARRAGÁN, I., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012, núm. 64, Madrid, p. 60.

⁴¹ El artículo 14 del CEDH dispone que, «*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*».

⁴² El artículo 8 del CEDH establece lo siguiente: «*1.Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*».

⁴³ La Sentencia TEDH de 26 de febrero de 2002 (TEDH 2002\10, H. XV) dispone que, «*Nuestra convicción es que en estas condiciones, y tratándose de una cuestión tan delicada y cuyas implicaciones son más éticas y sociológicas que jurídicas, corresponde al legislador tomar postura sobre lo que constituye una elección de sociedad: en cuanto al Juez, no debe proceder sino acompañar a la evolución de la opinión pública*».

una diferencia de trato que se justificaba en el objetivo legítimo y la proporcionalidad de las decisiones judiciales francesas.

La postura que hasta ese momento mantuvo el TEDH, se vio modificada por la Sentencia de 22 de enero de 2008 sobre el Asunto *E.B. c. Francia*, donde se condenó a Francia por denegar otra solicitud de adopción motivada también por la orientación sexual de la demandante. En este caso, la demandante había iniciado un procedimiento para la adopción de un menor, siendo rechazado por el órgano encargado de revisar las solicitudes, al entender que los informes psicológicos mostraban que la ausencia de la imagen paterna afectaría a la menor. Ante las alegaciones presentadas por la demandante, los tribunales nacionales estimaron la decisión que anteriormente se había tomado, partiendo de la base del interés del menor en la adopción.

El TEDH reconoció que «*Ley prevé expresamente el derecho para las personas solteras de solicitar la autorización para la adopción*»⁴⁴. Además, a pesar de que las autoridades sostuvieran que se había negado el derecho a adoptar únicamente basándose en los intereses del menor, rechazando que la decisión estuviera basada en la orientación sexual de la solicitante, el Tribunal entendió que «*pese a las precauciones del Tribunal administrativo de apelación de Nancy, y posteriormente del Consejo de Estado, para justificar el hecho de tener en cuenta las "condiciones de vida" de la demandante, cabe constatar que la orientación sexual de esta última no dejó de estar en el centro del debate que le afectaba y que permaneció omnipresente en todos los niveles de los procedimientos administrativo y jurisdiccional*».⁴⁵

De este modo, los jueces de Estrasburgo consideraron que la orientación sexual había sido determinante a la hora de denegar la adopción del menor y, por consiguiente, estimaron que se había producido una diferencia de trato discriminatoria basada en la orientación sexual del demandante siendo contraria a los artículos 14 y 8 del CEDH.

Fue ésta la primera sentencia del TEDH que condenó a un país por discriminación a una persona debido orientación sexual en un proceso de adopción. Ya aquí, denota una evolución en la jurisprudencia del Tribunal desde el Asunto *Fretté c. Francia* donde se había otorgado a las autoridades nacionales un margen de apreciación

⁴⁴ STEDH de 22 de enero de 2008 (TEDH 2008\4, párr. 86).

⁴⁵ STEDH de 22 de enero de 2008 (TEDH 2008\4, párr. 88).

en un caso de similares características. Nada más lejos del supuesto que nos ocupa, en el cual se exonera a los tribunales franceses de ese amplio y arbitrario derecho de decisión.

Así llegamos al Asunto *P.V. contra España*, resuelto en Sentencia de 30 de noviembre de 2010. Su origen se remonta a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 176/2008, de 22 de diciembre, en la que se resolvía el recurso de amparo en relación a la restricción del régimen de visitas del al padre con motivo de su transexualidad, siendo la patria potestad compartida.

En este caso, el Tribunal Constitucional reconoció que se ha tenido en cuenta la transexualidad del recurrente pero que *«no es, en definitiva, la transexualidad del recurrente la causa de la restricción del régimen de visitas acordada en las Sentencias impugnadas, sino la situación de inestabilidad emocional por la que aquél atraviesa, según el dictamen pericial psicológico asumido por los órganos judiciales, y que supone la existencia de un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad (de seis años en el momento de producirse la exploración judicial) y la etapa evolutiva en la que se encuentra»*.⁴⁶ Entendió, no obstante, que no había existido discriminación alguna, sino una decisión proporcionada y razonable en base al interés superior del menor que *«opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada»*.⁴⁷

Pues bien, cuando el asunto se planteó ante el TEDH, éste no modificó lo dictaminado por el Tribunal Español, no reconociendo los derechos del padre transexual al entender que su identidad sexual no fue el *«motivo determinante en la decisión de*

⁴⁶ STC, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008\176, FJ VIII).

⁴⁷ STC, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008\176, FJ VI).

*modificar el régimen de visitas inicial», únicamente lo fue el «interés superior del menor el que primó en la adopción de la decisión».*⁴⁸

Así, debemos concluir que en cualquiera de los anteriores casos los tribunales tienden a la protección de los hijos como interés superior, pero que, tal y como MARTÍN SÁNCHEZ plantea, se trata de *«la protección de los hijos desde la restricción de los derechos de los padres»* y quizás *«el interés de éstos no está en apartar a ninguno de sus progenitores, sino en disfrutar de ambos, aun cuando para ello tuvieran que enfrentarse a situaciones difíciles como las planteadas»*.⁴⁹, una tendencia que quizás se modifique en un futuro. Pero actualmente solo podemos decir que, a lo largo de su historia, el TEDH ha ido alterando constantemente su postura, desconociendo cuáles serán los pronunciamientos en asuntos futuros, pero que esperemos sea adecuando la realidad jurídica a la realidad social.

4. CONCLUSIONES.

A lo largo de todo el análisis que se ha ido realizando sobre el tema, siempre se ha incidido en la escasez que éste tiene, no solo en cuanto a nivel jurisprudencial, sino también en el ámbito legal.

Constantemente encontramos casos en los tribunales de padres que discuten por la custodia de sus hijos pero, que ambos padres sean mujeres u hombres suele ser lo menos habitual hasta el momento. Esto, sin embargo, no quiere decir que no exista un número importante de familias homoparentales en España, o incluso a nivel mundial. Lo que ocurre es que la insuficiente regulación legal obliga a que sea de extrema dificultad para los tribunales analizar todas las cuestiones que engloban dicha situación: si se ha producido la gestación mediante técnicas de reproducción asistida, la adopción por ambos padres o por un solo, el vínculo entre el menor y el progenitor no biológico, etc.; y cómo enlazar dichas circunstancias a las instituciones de patria potestad y guarda.

Aprobar una ley que recoja todos los pormenores que sufren estas familias en situación de crisis familiar no es tarea fácil, si bien, es necesario que se comience a

⁴⁸ STEDH de 30 de noviembre de 2010 (TEDH 2010\112, párr. 36).

⁴⁹ MARTÍN SÁNCHEZ, M^a., “Conflictos paterno-filiales y condición sexual en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Patria Potestad y Custodia.”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014, núm. 24, España, p. 216.

presentar como un proyecto factible. Desafortunadamente, esta posibilidad resulta un poco impensable en España, si tenemos en cuenta que todavía está en fase de modificación el artículo 92 del Código Civil sobre la custodia compartida general.

Sin embargo, la ausencia de dicho proyecto no quiere decir que el problema no exista siendo el mayor escollo la falta de opinión tanto a nivel doctrinal como por parte del Tribunal Supremo sobre el tema en cuestión, pese a su actualidad.

Así, en el año 2016, la Tasa Bruta de Nupcialidad fue de 175.343 matrimonios en España, de los cuales un 2,5% fueron matrimonios entre personas del mismo sexo. Durante ese mismo año, la custodia de los menores se otorgó a la madre en un 66,2% de los casos, y solo en el 28,3% se optó por la custodia compartida, mientras que el año pasado la tasa de custodia compartida asciende al 30,2%⁵⁰. Con ello se confirma que existe un número significativo de supuestos de custodia compartida, y que pese a estar ganando terreno, sigue primando la custodia exclusiva. Sin embargo, no especifica el Instituto Nacional de Estadística, si en dicho porcentaje se encuentran también las familias homoparentales, por lo que no podemos descartarlo, aunque sólo podríamos incluirlos a nivel extrajudicial, si tenemos en cuenta que la jurisprudencia se encuentra vacía de contenido en cuanto a estos supuestos tan específicos.

Como conclusión respecto del análisis efectuado del derecho comparado, no encontramos una situación muy distinta a la española. El recorrido por varios ordenamientos jurídicos americanos es una muestra de la diversidad que presenta este tema en los distintos estados. Mientras que en Florida o Colorado encontramos una tendencia progresista, mostrándose igualitaria en su regulación, respecto de la custodia compartida, tanto para hombres como para mujeres; en otros estados, como Chile o Puerto Rico, la custodia compartida en familias homoparentales es prácticamente impensable.

No obstante, existen referencias a estos supuestos a nivel europeo por el Alto Tribunal, en algunos que ya hemos mencionado y que son una muestra de que realmente se han venido produciendo conflictos a la hora de otorgar la custodia para las familias del mismo sexo. Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya emitido un fallo sobre dichas situaciones es consecuencia de las divergencias existentes en los distintos estados sobre su inclinación o no por este modelo de custodia.

⁵⁰ “Estadística de nulidades, separaciones y divorcios”, www.ine.es.

Pues bien, la jurisprudencia internacional se ha caracterizado por su evolución con el paso de los años. En un principio se trataba la orientación sexual como un supuesto para denegar la custodia a uno de los progenitores, entendiendo que un cambio de sexo podía inferir en el comportamiento del padre o madre y con ello afectar al crecimiento del menor. Pero en sentencias más actuales, como la de 2010 del Asunto *P.V. contra España*, se puede observar que el Tribunal tiende a un pronunciamiento más igualitario especificando la imposibilidad de denegar la custodia a un padre por razón de su transexualidad, debiendo atender, en todo caso, únicamente al interés superior del menor. De esta manera, si este menor no se ve perjudicado por las referencias sexuales de su progenitor, ello no será causa para excluirlo del derecho a su cuidado en igualdad de condiciones que el otro progenitor.

Con todo ello se deduce que actualmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiende, en todo caso, a que los menores se encuentren con un ambiente familiar que facilite el desarrollo de toda su vida tanto afectiva como social. Para ello solo es necesario analizar si los progenitores reúnen los requisitos para tenerlos bajo su cuidado, con independencia de cuáles sean sus tendencias sexuales.

De hecho, a nuestro entender, esta es la postura que debieran adoptar los tribunales españoles cuando sea preciso dictaminar sobre estas cuestiones. La importancia de proteger al menor es lo que debe primar en todo caso, pero ello sin importar los supuestos de transexualidad u homosexualidad, entre otros muchos, que se puedan dar entre sus progenitores. Tanto la doctrina como la jurisprudencia deben recordar que la opción de una custodia compartida o no, debe atender al interés superior del menor, analizando si sus padres son aptos para sus cuidados y sobretodo la relación que han tenido hasta el momento con el niño o niña y cómo influiría su posible separación con el padre o madre.

Asimismo, es patente la necesidad de que los hermanos sigan teniendo contacto, como resaltábamos en el caso Miguel Bosé, con independencia de que lo sean de sangre o no. Así, éstos deben mantener las relaciones con aquellas personas que han sido siempre parte de la vida del menor prima sobre cualquier otra cuestión. Otro asunto es tratar dicha circunstancia como un régimen de visitas, puesto que el Tribunal Supremo ha entendido que este precepto solo se puede referir a las relaciones entre el menor y el

progenitor; pero ello no obsta para que se puedan denominar de distinta manera, permitiendo que este vínculo familiar permanezca intacto.

En conclusión, el futuro de todas estas familias quedará en manos de los tribunales, visto el vacío legal que impera en estas situaciones, siendo aquellos los que deberán decidir sobre qué modelo de custodia debe aplicarse en cada caso concreto, examinando los requisitos que permitan mantener el bienestar del menor, no siendo más complicado dicho análisis cuando los progenitores son dos hombres o dos mujeres. Todo ello, hasta que el legislador decida permitir a las familias homoparentales disfrutar de un trato igualitario respecto del resto de familias y, por fin, dé virtualidad real al art. 14 de nuestro texto constitucional, a veces olvidado.

5. BIBLIOGRAFÍA

CAMPO IZQUIERDO, A.L., “Guarda y Custodia Compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, *Diario La Ley*, Junio 2009, núm. 7206, Sección Tribuna, La Ley.

ECHEVARRÍA GUEVARA, K. L., “La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos”, Granada, Noviembre 2011.

FERNÁNDEZ-LUNA ABELLÁN, E., “Tesis Doctoral. Custodia Compartida y Protección Jurídica del Menor”, Madrid, 2015.

GARCÍA PASTOR, M., “La Situación Jurídica de los Hijos Cuyos Padres no Conviven: Aspectos Personales”, primera edición, Madrid, 1997, McGraw-Hill.

IZQUIERDO LLANES, G., “España en cifras”, 2018, www.ine.es.

MANZANO BARRAGÁN, I., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012, núm. 64, Madrid.

MARTÍN SÁNCHEZ, M^a., “Conflictos paterno-filiales y condición sexual en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Patria Potestad y Custodia.”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014, núm. 24, España.

RAGEL SÁNCHEZ L. F., “La guarda y custodia de los hijos.” *Derecho privado y Constitución*, 2000, núm. 15, Madrid.

SARIEGO MORILLO J. L y MORGADO CAMACHO B., “La paternidad y la maternidad tras el divorcio.” *Revista de Derecho de Familia*, núm. 14, enero 2002.

VANITATIS, *Todas las dudas legales que plantea un caso como el de Miguel Bosé*, “El Confidencial”, www.vanitatiselconfidencial.com.

6. TABLA DE NORMAS

Rango Internacional

- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
- Ley 19620 que Dicta Normas sobre Adopción de Menores, en Chile, de 5 de agosto de 1999.
- Ley Uniforme de Alimentos Interestatales, de California, núm. 180, de 20 de diciembre de 1997.
- Estatutos de la Florida, de 1997.
- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.
- Código Civil de Puerto Rico, de 1930.
- Estatutos Revisados de Colorado de 1872.
- Código Civil Chileno, de 14 de diciembre de 1855.

Rango Nacional

- Anteproyecto de Ley Sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental y otras Medidas a Adoptar tras la Ruptura de la Convivencia, de 24 de julio de 2014, (Ref. 438/2014).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

7. REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 30 de noviembre de 2010 (TEDH 2010\112).
- STEDH de 22 de enero de 2008 (TEDH 2008\4).
- STEDH de 26 de febrero de 2002 (TEDH 2002\10).
- STEDH de 21 de diciembre de 1999 (TEDH 1999\72).

Tribunal Constitucional

- STC, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008\176).

Tribunal Supremo

- STS, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2016 (RJ 2016\995).
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2014, (RJ 2014\833).
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013 (RJ 2013\3269).
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2013 (RJ 2014\833).
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 2011 (RJ 2011\3280).
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2005 (RJ 2005\1670).
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2003 (RJ 2003\4621).

Audiencias provinciales

- SAP de Valladolid, Sección 1ª, de 5 de febrero de 2015 (JUR 2015\77444).
- SAP de Navarra, Sección 2ª, de 21 de abril de 2009 (JUR 2010\102907).
- SAP de Alicante, Sección 4ª, de 27 de enero de 2005 (JUR 2005\86275).
- SAP de Madrid, Sección 22ª, de 9 de julio de 2004 (JUR 2004\315507).
- SAP de Palencia, Sección Única, de 13 de febrero de 2001 (AC 2001\348).
- SAP de Granada, Sección 3ª, de 30 de mayo de 2000 (AC 2000\490).
- SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22 de abril de 1999 (AC 1999\4946).
- SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22 de abril de 1999 (AC 1999\4941).
- SAP de Alicante, Sección 4ª, 7 de julio de 1997 (AC 1997\1591).