

UNIVERSIDAD DE OVIEDO
MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

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

Realizado por: Javier Estrada Gutiérrez.

**Tutores: María Sara Pérez Álvarez
Eduardo Estrada Alonso**

Convocatoria: Enero 2016

RESUMEN

La institución de la guarda y custodia presenta gran relevancia en la práctica, dado que en el caso de que existan hijos menores en una separación, debe establecerse como se van a relacionar los hijos con los padres, se fijará un régimen de guarda para el padre en cuya compañía queden los hijos, y en su caso, un régimen de visitas para el progenitor no custodio.

La custodia compartida ha sido recientemente introducida en nuestra normativa, presenta unas características que la hacen distinta del modelo general, aunque actualmente se adopta en pocos casos, es una institución que se está haciendo paso en la práctica, siendo considerada por el Tribunal Supremo el modelo normal a adoptar.

Este trabajo pretende dar una idea general sobre la custodia compartida, sus especialidades y regulación, y explicar los cambios más significativos que ha sufrido por parte de la jurisprudencia, principalmente del Tribunal Supremo. El trabajo está dividido en tres bloques, el primero está dedicado a definir la institución y explicar su regulación, el segundo bloque concreta las especialidades que presenta este tipo de custodia, y el último apartado examina la evolución jurisprudencial de la custodia compartida.

ABSTRACT

The institution of custody presents great relevance in practice, as in the case that exists minor children in a separation, it must establish how the children will be related with their parents, it will be set a custody regime for the parent in whose company remains the children, and in its case a visit regime for the non custody parent.

The joint custody it has been recently introduced in our regulations, it presents characteristics that made it different from the general model, although currently it's adopted in few cases, it's an institution that is opening its ways in the practice, being considerate by the Supreme Court as the standard model to adopt.

This work pretends to give a general idea about the joint custody, its specialties and its regulation, and to explain the most significant changes that it has suffered by the jurisprudence, mostly by the Supreme Court. This work is divided in three blocks, the first it's dedicated to define the institution and to explain its regulation, the second block concrete the specialties that this type of custody presents, and the last paragraph examines the jurisprudence evolution of the joint custody.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I.- ASPECTOS GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA.....	4
1.1. <i>La patria potestad y la guarda y custodia.</i>	4
1.2. <i>Definición de guarda y custodia y de la guarda y custodia compartida.</i>	6
1.3. <i>El superior interés del menor.</i>	7
1.4. <i>Regulación de la guarda y custodia.</i>	9
1.4.1. <i>Regulación Estatal.</i>	9
1.4.2. <i>Regulación autonómica de la guarda y custodia compartida.</i>	11
CAPÍTULO II.- ASPECTOS MATERIALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA...13	
2.1. <i>Principales modalidades de la guarda y custodia compartida.</i>	13
2.2. <i>Supuestos en los que no es posible adoptar la guarda y custodia compartida.</i>	15
2.3. <i>Régimen de alimentos.</i>	16
2.4. <i>Atribución del uso del domicilio conyugal.</i>	18
2.5. <i>Ventajas e inconvenientes del sistema.</i>	19
CAPÍTULO III.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	21
3.1. <i>Introducción del sistema en España.</i>	21
3.1.1. <i>Introducción el Código Civil de la guarda y custodia compartida por la Ley 15/2005, primeras sentencias.</i>	23
3.2. <i>Evolución de la jurisprudencia desde el año 2009 hasta la actualidad.</i>	24
3.2.1 <i>Año 2009. Primeras sentencias del Tribunal Supremo respecto a la guarda y custodia compartida.</i>	24
3.2.2. <i>Año 2010. El superior interés del menor en la guarda y custodia compartida.</i>	25
3.2.3. <i>Año 2011. Interpretación de la excepcionalidad del artículo 92.8.</i>	26
3.2.4. <i>Año 2012. La declaración de inconstitucionalidad del apartado octavo del artículo 92 del Código Civil.</i>	28
3.2.5. <i>Año 2013. La normalización del sistema por parte del Tribunal Supremo.</i>	29
3.2.6. <i>Año 2014. Imposibilidad de acordar la guarda y custodia compartida en el caso de que existan discrepancias entre los cónyuges. Criterios a tener en cuenta para atribuir el uso del domicilio conyugal.</i>	32
3.2.7. <i>Año 2015. Relevancia de las relaciones personales de los progenitores a la hora de acordar la custodia compartida.</i>	33
3.3. <i>Incidencia del proyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio sobre la guarda y custodia compartida.</i>	35
CONCLUSIONES.....	36
BIBLIOGRAFÍA.....	39

INTRODUCCIÓN.

Uno de los aspectos fundamentales de la disolución de una pareja es el cese de la convivencia, cuestión que cobra especial relevancia cuando existen hijos menores o incapacitados; una vez termina la convivencia debe acordarse con quien han de convivir los hijos, aspecto que ha ido cambiando a lo largo de los años, reflejo de la evolución de la familia, tanto las leyes como la jurisprudencia han ido adaptándose a los cambios experimentados por la familia en estos últimos años.

El propósito del presente trabajo es realizar un estudio de la evolución de la guardia y custodia compartida a lo largo de los años, de cómo ha ido cambiando la jurisprudencia en esta materia. La guarda y custodia puede adoptar distintas modalidades, este trabajo intenta dar una idea general sobre la modalidad compartida, de cómo en este tiempo ha ido abriéndose paso, cómo ha ido progresando la jurisprudencia al respecto.

El tema objeto de estudio tiene gran relevancia en la práctica, las parejas se separan constantemente, lo que hace necesario establecer una regulación sobre con quién van a vivir los hijos menores o incapacitados. Los padres no siempre llegan a acuerdos sobre este punto, por lo que, en atención al superior interés de los menores, deben existir unos criterios para determinar a quién debe atribuírsele la guarda y custodia. Este aspecto es de suma importancia en la separación de la pareja, dado que los hijos menores o incapaces pueden no tener capacidad para decidir con quién prefieren estar, se trata de proceder a protegerlos, debe tenerse en cuenta la decisión de los menores a su vez. Las medidas que se adopten deben estar presididas por el superior interés de los hijos. En principio la elección queda en manos de los padres, pero si estos no llegan a un acuerdo, o si este no es recomendable por no respetar el superior interés de los menores, será el Juez quien decida en su caso.

El trabajo se centra en la vertiente compartida de la guarda y custodia, analiza los avances que ha sufrido la jurisprudencia a la hora de decidir el establecimiento de este sistema. La custodia compartida ha sido desarrollada principalmente por la jurisprudencia, primero por las Audiencias Provinciales antes del año 2009, y posteriormente también por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, la jurisprudencia presenta una gran relevancia respecto a la institución dada la parquedad de la regulación en el Código Civil, por lo que ha tenido que ser concretada por la práctica judicial.

Se ha usado como metodología el estudio de manuales y revistas en las que se explican los distintos aspectos fundamentales de la institución para desarrollar los dos primeros temas. Principalmente en el trabajo son analizadas las sentencias más relevantes del Tribunal Supremo en materia de guarda y custodia compartida, en las que se evidencian avances en la jurisprudencia, así como la jurisprudencia de las distintas Audiencias Provinciales en las que se refleja las tendencias existentes en la adopción de la guarda y custodia compartida. También son empleadas aquellas sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales en las que se evidencian los requisitos generales para poderse adoptar este régimen o que concretan determinados aspectos de la institución, se intenta dar una idea general de la materia dada la breve extensión del trabajo.

El trabajo está dividido en tres bloques:

A) Antes de comenzar a analizar la institución de la guarda y custodia compartida, se realiza una introducción al objeto de estudio, se define qué es la patria potestad y cómo queda integrada la guarda y custodia en la misma; se delimita el concepto de la guarda y custodia y su modalidad compartida; se define qué debe entenderse por superior interés del menor; y por último se hace una breve referencia a la normativa que regula la guarda y custodia, tanto a nivel estatal como autonómico.

B) El segundo bloque está dedicado a explicar los distintos aspectos materiales de relevancia en torno a la custodia compartida. En primer lugar se exponen las principales formas que puede adoptar esta custodia; los supuestos en los que no cabe establecer este régimen; se realiza un breve análisis del derecho de alimentos y la atribución del domicilio conyugal, en relación a la institución, dado los matices que presenta en relación a la guarda y custodia ordinaria; y en su último apartado se enumeran las principales ventajas e inconvenientes del sistema.

C) Una vez definida la institución y sus especialidades, se procede a analizar la evolución jurisprudencial de la guarda y custodia compartida, desde los primeros supuestos antes de su introducción en el Código Civil, hasta la actualidad; finalmente se comenta la posible incidencia del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental sobre la guarda y custodia compartida.

Por último se exponen las conclusiones obtenidas del estudio de la materia.

CAPÍTULO I.- ASPECTOS GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

1.1. La patria potestad y la guarda y custodia.

Antes de pasar a analizar la institución, es necesario definir qué es la patria potestad, dado que la guarda y custodia supone uno de los aspectos integrantes de la misma¹. La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que conforme a la ley tienen los padres sobre sus hijos menores no emancipados². El Tribunal Supremo, la define de la siguiente forma: “*la patria potestad al estar configurada como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación que pesan sobre aquéllos*”³.

Es una institución creada para proteger a los hijos menores no emancipados, estos no pueden defenderse por sí mismos, ni actuar en el tráfico jurídico, no tienen capacidad de obrar, es necesario por lo tanto protegerlos⁴. Los derechos y obligaciones que integran la institución están orientados al interés de los hijos⁵, por lo tanto, las medidas que se tomen deben regirse por el superior interés del menor.

Por otra parte el Código Civil se refiere a la patria potestad en el artículo 154, establece una serie de derechos y deberes, dentro de estos últimos se incluye la obligación de los padres de tener a sus hijos en su compañía, la guarda y custodia se incluye dentro de esta obligación, deber que con la separación de los progenitores se rompe, permaneciendo los demás inalterados. Con el cese de la convivencia entre los padres, es lógico que estos no puedan tener a sus hijos en su compañía en todo momento. En este caso, el deber de tener a los hijos en su compañía se ve separado en dos instituciones: la guarda y custodia, los hijos vivirán en compañía de uno de los

¹ La jurisprudencia ha considerado que la guarda y custodia se integra dentro de la patria potestad, se puede citar en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3º, recurso nº325/2015 de 31 de marzo de 2006, que en su fundamento jurídico segundo dispone: “*Por tanto los términos "guarda y custodia" y "régimen de visitas y estancias", no son sino dos conceptos temporales de la función de "tenerlos en su compañía"*.”

² Definición que recoge la Real Academia Española.

³ Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991 y 20 de enero de 1993.

⁴ Autor. Eduardo Serrano Alonso. *Manual de Derecho de Familia*. 2º Edición, Madrid, 2007; Editorial: Edisofer S.L; ISBN: 9788496261471; pág. 395.

⁵ Vid. «*ad exemplum*» Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 y de 23 de julio de 1987.

progenitores (o de ambos alternativamente en caso de ser la guarda y custodia compartida); y el establecimiento de un régimen de visitas para el progenitor que no disfruta de la guarda y custodia⁶.

La nueva situación de convivencia de los padres con sus hijos tras la separación puede adoptar distintas formas, debe buscarse la solución que mejor satisfaga las necesidades físicas y emocionales de los menores. El reparto de la convivencia de los hijos menores con los padres puede realizarse de las siguientes maneras:

a) Atribución exclusiva de la guarda y custodia a uno de los progenitores, fijándose un régimen de visitas para el otro progenitor; **b)** Otorgamiento de la guarda y custodia de los hijos a padres distintos, en este caso los hijos del matrimonio van a vivir separados, cada hijo con un progenitor, se establece un régimen de visitas para el padre que no tenga la custodia de su hijo; **c)** De manera alterna, los hijos van estar bajo la guarda de uno de sus padres durante una parte del año, o van a tener a sus hijos durante años alternos, en esta forma el régimen de visitas es recíproco; **d)** Conjunta, en esta modalidad el padre que tiene a su cargo a los menores va a seguir desarrollando sus relaciones con el menor como si no se hubiese producido la ruptura de la pareja; **e)** Atribución de la guarda y custodia a una tercera persona (como pueden ser los abuelos, sistema poco habitual en la práctica)⁷.

La decisión sobre la convivencia de los padres con sus hijos puede hacerse:

-Por **mutuo acuerdo** de los padres, a través de: 1º el convenio regulador de los efectos de la separación recogido en el artículo 90 del Código Civil; 2º a través de un acuerdo alcanzado en la comparecencia de medias previas o provisionales (artículos 771.2 y 773.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respectivamente); 3º en la vista del procedimiento de separación, divorcio o nulidad (artículo 774.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); - **Orden de protección** en el caso de que estemos ante un supuesto de violencia de género, medida recogida en el artículo 544.ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien en este caso la medida sobre la guarda y custodia que se recoge en la orden de protección tiene una duración determinada (30 días);

⁶ Autor: Antonio Javier Pérez Martín. *Tratado de Derecho de Familia Tomo I. Procedimiento Contencioso Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos. Aspectos sustantivos*; 1º Edición Valladolid, febrero 2007; Editorial: Lex Nova; ISBN: 978-84-8406-757-3; págs. 231.

⁷ Autor: Eduardo Perdiguero Bautista, Joaquín Delgado Martín, Francisco Serrano Castro. *Guía práctica sobre las reformas de Derecho de familia*. 1º Edición, abril 2006, Madrid; Editorial: El Derecho editores; ISBN: 84-920250-7-7; pág. 52.

-Decisión judicial, el Juez puede decidir sobre la guarda y custodia como medida previa a la demanda (medida que conforme al artículo 772 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo permanece si en el plazo de 30 días se interpone la demanda); puede adoptarla como medida provisional, tanto si la pide el demandante como el demandado; y por último se puede adoptar como medida definitiva en la sentencia que se dicte en el proceso de nulidad, separación o divorcio⁸.

1.2. Definición de guarda y custodia y de la guarda y custodia compartida.

No existe una definición de guarda y custodia en nuestra normativa, el Tribunal Supremo identifica la guarda y custodia como la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía⁹. El Código Civil regula los aspectos materiales de la institución en su artículo 92, hasta el año 2005 no existía en nuestra normativa la expresión guarda y custodia, se hablaba del ejercicio de la patria potestad (es el apartado 4º del artículo 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la primera norma en nuestro ordenamiento que se refiere a la guarda y custodia)¹⁰.

El concepto de guarda y custodia es un concepto jurídicamente indefinido, la doctrina ha ido elaborando distintas definiciones. Se pueden citar como ejemplos las siguientes definiciones: **Luis Felipe Ragel Sánchez**, profesor de la universidad de Derecho de Cádiz, define la institución como “*la situación de convivencia mantenida entre un menor o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquél por parte de éste o estos*”¹¹. Otra definición de guarda y custodia más técnica sería la que da el abogado **Francisco de Asís Serrano Castro**, que entiende que la guarda y custodia significa: “*encomendar el cuidado directo del niño, la convivencia y contacto continuado con él, a uno de los progenitores, o a ambos, por acuerdo de los mismos o por decisión*”

⁸ Autor: Agustina Herranz González. *Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: novedades en torno a la futura ley de corresponsabilidad parental*; Revista de derecho UNED; ISSN 1886-9912, N.º. 14, 2014; págs. 295-324. Págs. 300-305.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1983.

¹⁰ Autor: Fuensanta Rabadán Sánchez-Lafuente. *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los Padres No Conviven*. 1ª Edición, Pamplona 2011; Editorial: Aranzadi, SA; ISBN: 978-84-9903-774-5, pág. 59.

¹¹ Autor: Luis Felipe Ragel Sánchez. *La guarda y custodia de los hijos*; Revista: Derecho Privado y Constitución; ISSN 1133-8768, n.º15, 2001; pág. 289.

*judicial debidamente motivada, previa petición de parte y con informe favorable del Ministerio Fiscal*¹².

La fórmula compartida de la custodia tampoco cuenta con una definición en el Código Civil, este sólo se refiere a los requisitos que deben darse para poder acordarse, y tampoco se refiere a esta modalidad como compartida, habla del ejercicio compartido, guarda conjunta. Este sistema supone que ambos progenitores se alternan la custodia de los hijos, se produce una igualación del tiempo que pasan los hijos con cada padre¹³.

Para obtener una definición legal de esta modalidad se puede acudir a la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, la cual en su artículo 3.a), que se refiere a régimen de convivencia compartida, la define como: *Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial.*

En cuanto a su finalidad cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo, nº 495/2013, de 19 de julio de 2013, que en su fundamento jurídico tercero dispone: *"para aproximarlo (el régimen de guarda y custodia compartida) al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos".*

1.3. El superior interés del menor.

Las medidas que se adopten en relación con los menores deben estar guiadas por el superior interés del menor, por lo tanto en la práctica, cobra gran importancia este principio. Existen diversas normas en nuestro Derecho positivo que se refieren a este superior interés, como la Constitución en su artículo 39, o el artículo 92.8 del

¹² Autor: Francisco de Asís Serrano Castro. *Relaciones paterno-filiales*. 1º Edición, Madrid 2010; Editorial: El Derecho editores; ISBN: 978-84-1514-574-5; pág. 56.

¹³ Carlos Esparsa Olcina entiende que en este sistema no puede hablarse de progenitor custodio y progenitor no custodio, pues los dos lo son en la misma medida. Libro *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*; págs. 200-201.

Código Civil, el artículo 92.4 del Código Civil establece que la adopción de la guarda y custodia debe acordarse *en beneficio de los hijos*¹⁴. El artículo 3 de la Convención de la ONU de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, dispone al respecto: “(...) *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

A pesar de la importancia de este concepto, no existe definición legal del mismo¹⁵, podemos encontrar una definición en la Sentencia del Tribunal Supremo, recurso nº 47/2015, de 13 de febrero de 2015, que establece en su fundamento jurídico tercero: “*El interés prevalente del menor - SSTS 17 de junio y 17 de octubre de 2013 - " es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar*”.

El superior interés del menor es una norma de carácter objetivo, debe respetarse en todas las decisiones relativas a los menores, sin que pueda excluirse en ningún caso al tener carácter imperativo, a este respecto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de septiembre de 2009, nº de recurso 200/2006, declaró en su fundamento jurídico segundo:

Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores”.

¹⁴ Autor: Margarita Castilla Barea, Ana Laura Cabezuelo Arenas (directores: Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas). *Tratado de Derecho de la Familia Volumen II. Las crisis matrimoniales*. 1º Edición, Pamplona; Editorial Aranzadi S.A, 2011; ISBN: 978-84-9903-023-4; pág. 438.

¹⁵ Para un análisis más detallado de la cuestión vid. Artículo: *El interés superior del menor: concepto y delimitación del término*. Autor: Isaac Ravetllat Ballesté. Editor: Educatio Siglo XXI; Volumen 30, nº2, 2012; ISSN impreso: 1699-2105.

1.4. Regulación de la guarda y custodia.

La guarda y custodia cuenta con una escueta regulación en las distintas leyes de nuestro ordenamiento jurídico, está dispersa por distintos cuerpos legales, principalmente el Código Civil en su artículo 92. Por lo que respecta a su modalidad compartida tiene un mayor desarrollo en la legislación de las Comunidades Autónomas.

En cuanto a la amplitud de la regulación de la custodia compartida, esta no debe ser totalmente detallada, debe dejarse un margen de libertad a los padres para decidir su contenido. Respecto a este aspecto es conveniente señalar el Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, que dispone: *“La doctrina ha considerado mayoritariamente que la regulación de la guarda y custodia compartida no debe ser de detalle, sino que habría de limitarse a establecer un marco amplio y flexible, en el que tengan cabida todas las posibles modalidades de custodia ajustadas a las diferentes situaciones que pueden envolver la situación del menor, y que permitan al Juzgador resolver en cada caso concreto atendiendo a su interés y buscando la estructura familiar más acorde para la consecución de su desarrollo y evolución integral, enumerando las situaciones en las que claramente debe descartarse su adopción.”*

1.4.1. Regulación Estatal.

1.4.1.1. Incidencia de la Constitución en la guarda y custodia.

La Constitución española no hace especial referencia a la guarda y custodia, pero sí que establece en su artículo 39, como principio rector de la política social y económica, la protección de la familia y de los menores, dentro de esta protección debe incluirse la guarda y custodia, ha de tenerse en cuenta el interés de los menores a la hora de decidir cuál va a ser el régimen de custodia que se va a adoptar.

1.4.1.2. Regulación procesal de la guarda y custodia.

En cuanto a su vertiente procesal la institución, en sus distintas modalidades, está regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se enmarca en el Capítulo IV de la Ley

respecto a los procedimientos matrimoniales y de menores, en los artículos 770 a 778. El artículo 770.6º establece que la decisión sobre su adopción puede decidirse de forma autónoma en un procedimiento dedicado a dilucidar la cuestión, pero no existe un cauce específico para acordar la guarda y custodia, esta se decide por el mismo procedimiento que el de divorcio o separación, teniendo que en estos procedimientos decidir el Juez sobre este aspecto.

1.4.1.3. La guarda y custodia en el Código Civil.

La guarda y custodia está regulada expresamente en nuestro Derecho estatal en el Código Civil, en el artículo 92, aunque dentro del mismo cuerpo legal existen disposiciones que regulan la relación de los progenitores con los hijos que tienen incidencia en la guarda y custodia, estos artículos son: 90, 94, 103 (se aplican a los procesos matrimoniales) y 154, 156.5 a 161 (referidos a la patria potestad)¹⁶. Dado la corta extensión del trabajo, me centraré en comentar el artículo 92 del Código Civil que regular los aspectos materiales de la guarda y custodia.

El contenido del artículo es el siguiente:

El apartado primero dispone: *La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*. Lo dispuesto en este apartado entronca con el artículo 154 del mismo cuerpo legal, referido a la patria potestad, los padres aunque se rompa la unión entre ambos van a seguir siendo titulares de obligaciones y de derechos respecto a sus hijos. En su **apartado segundo** establece la obligación de oír a los hijos menores a la hora de decidir la atribución de la guarda y custodia, en todo caso cuando sean mayores de 12 años. El **apartado tercero** del artículo recoge la posibilidad del Juez en la sentencia de acordar la privación total de la patria potestad a uno de los progenitores. Los **apartados cuarto y quinto** del artículo hacen referencia a la voluntad de los padres a la hora de adoptar la modalidad de guarda y custodia, en el cuarto se establece que los padres pueden decidir optar por el ejercicio de la patria potestad de forma exclusiva o compartida, en el correspondiente convenio regulador, y el apartado quinto hace referencia específicamente a la guarda y custodia compartida, los padres pueden solicitar que sea acordada la guarda y custodia en esta modalidad en el convenio regulador o si estos lo deciden durante el procedimiento, y a su vez recoge que se adoptará por

¹⁶ Libro: *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los Padres No Conviven*; pág. 42.

parte del Juez las medidas necesarias para que se cumpla la custodia adoptada, recogiendo a su vez el criterio orientador de no separar a los hermanos. El **apartado sexto** del artículo recoge los elementos que el Juez debe valorar a la hora de acordar la forma de la custodia¹⁷. En el **apartado séptimo** se establecen los supuestos en los que no cabe conceder la guarda y custodia compartida, que posteriormente se examinarán. El **apartado octavo** se relaciona con el anterior apartado, en cuanto a que recoge la posibilidad de adoptar la guarda y custodia compartida cuando no lo pidan las dos partes, basta que uno sólo de los progenitores solicite esta modalidad¹⁸. Por último el **apartado noveno** recoge la posibilidad de solicitar informe de especialistas a instancia de los padres, o solicitarlo el propio juez, para acordar cualquiera de las medidas recogidas en los apartados anteriores.

1.4.2. Regulación autonómica de la guarda y custodia compartida.

El legislador autonómico ha recogido de manera más extensa y favorable la introducción de la guarda y custodia compartida que en el Código Civil. Actualmente hay cinco Comunidades Autónomas que cuentan con una ley propia que regula la guarda y custodia, estas Comunidades son por orden cronológico:

a) Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Se contempla en esta Ley que la custodia compartida sea el modelo normal a adoptar¹⁹. En el artículo 81.1 se regula la atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal en caso de guarda y custodia compartida, el criterio seguido para determinar la atribución es la capacidad económica de los progenitores, se atribuye el uso y disfrute a quien por razones objetivas tenga más dificultad de acceso

¹⁷ Artículo 92 del Código Civil, apartado 6: el artículo establece: *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.*

¹⁸ Este apartado ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 29 de octubre de 2012, de la que posteriormente se hablará más detenidamente, por lo que ya no es necesario que exista informe favorable del Ministerio Fiscal.

¹⁹ El artículo 80.2 de la norma dispone que: *el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente*

a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.

b) Cataluña, Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. El Código Civil catalán no apuesta como la anterior por un modelo de guarda y custodia, habla de que debe ejercerse conjuntamente. La Ley establece en sus artículos 233-8 y 233-9 como especialidad respecto al régimen común, que los padres deben elaborar un plan de responsabilidad parental para definir se van a ejercer sus responsabilidades parentales.

c) 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 Ley se refiere expresamente la custodia compartida por este nombre en su artículo 3.2. Concreta las disposiciones del Código Civil en cuanto a la prohibición de la adopción de la guarda y custodia compartida, dispone que la sola denuncia a uno de los progenitores no impide la adopción de esta fórmula de custodia.

d) Comunidad Valenciana, Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. La Ley establece en su artículo 4 la posibilidad de los padres de acordar un pacto de convivencia familiar para regular las relaciones con sus hijos. La custodia compartida está recogida expresamente como el sistema adoptar de manera habitual²⁰. Contiene una regulación similar al recogido en el Código de Derecho Foral de Aragón (artículo 81.1) respecto de la atribución del uso del domicilio familiar.

e) País Vasco, Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que entró en vigor el 10 de octubre de 2015. El artículo 5.2 dispone cuál debe ser el contenido del convenio regulador del ejercicio de la patria potestad, destaca la referencia únicamente al ejercicio conjunto de la patria potestad.

²⁰ Artículo 5.2 Ley 5/2011: *Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.*

CAPÍTULO II.- ASPECTOS MATERIALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

2.1. Principales modalidades de la guarda y custodia compartida.

Las formas que puede adaptar la guarda y custodia compartida en la práctica son muy variadas, cada caso es distinto, no podría hablarse en teoría de un modelo general. Caben distintas clasificaciones de las formas que esta variante de custodia puede adoptar. Este apartado pretende ofrecer una idea general de las distintas posibilidades que puede adoptar la custodia compartida.

Según Isabel Fernández-Gil Viega, abogada profesora de la universidad Pontificia de Comillas, las distintas modalidades se pueden dividir en dos bloques: **Alternar** la guarda y custodia por días, semanas, meses, trimestres, semestres, o años, trasladándose los hijos al domicilio del progenitor a quien le corresponde la guarda en ese período, o trasladándose los padres. El otro bloque que distingue es la **alternancia por cursos escolares**, con traslado o no de los hijos o de los padres como en el caso anterior. En atención a cómo se configure la guarda y custodia podrá ser necesario establecer un régimen de visitas para el padre no custodio²¹.

Otra clasificación es la que realiza el magistrado Antonio Javier Pérez Martín, la custodia puede ser: **simultánea**, para el caso de que los progenitores continuasen conviviendo después de la separación en la misma casa; **a tiempo parcial sin que los menores se desplacen**, esta opción sería casi imposible que se diese en la práctica, porque supondría que serían los progenitores los que cambiarían de domicilio, se irían alternando en el domicilio donde viven los menores; **a tiempo parcial con traslado de los menores**, esta supone la opción más habitual en la práctica, implica que el menor se traslade a vivir con el progenitor que en ese momento le corresponda la custodia²².

No existe una pauta fija que establezca cómo debe dividirse el tiempo de convivencia con cada progenitor, se puede tener en cuenta el modelo propuesto por la

²¹ Coordinadora: Gema Díez-Picazo Giménez. *Derecho de Familia*. 1º Edición, Madrid, 2012; Editorial: Thomson Reuters-Civitas; ISBN: 978-84-470-3039-2; pág. 1373-1374

²² *Tratado de Derecho de Familia Tomo I. Procedimiento Contencioso Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos. Aspectos sustantivos*; pág.262.

organización estadounidense Children'sRight Council, este está establecido en atención a la edad de los menores, los períodos serían²³:

Menos de un año: Una parte del día (mañana o tarde); entre 1 y 2 años: días alternos; entre 2 y 5 años: deberían verse con los hijos como mínimo dos días seguidos; entre 5 y 9 años: alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana; más de 9 años: alternancia semanal.

El Informe Reencuentro sobre la custodia compartida, reencuentro de padres e hijos separados por una ley obsoleta y parcial, elaborado por la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE), recoge las siguientes posibles modalidades de alternancia:

A. *La fórmula que los padres establezcan de mutuo acuerdo en función de su situación personal y la del niño y que, salvo casos excepcionales, el juez considerará como más idónea;* **B.** *Modalidades de alternancia con un ritmo inferior al semanal, o incluso diario, en caso de niños de muy corta edad. O de tres días y medio con cada progenitor, según la edad del niño;* **C.** *Alternancia semanal. En principio, la fórmula más sencilla para niños mayores de cinco años (edad aproximativa);* **D.** *Alternancia quincenal. El niño convive quince días seguidos con cada uno de sus padres y pasa con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana;* **E.** *Alternancia mensual. El niño convive un mes con cada uno de sus padres y pasa con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana;* **F.** *Los niños pasan con uno de los padres los días lectivos y con el otro los no lectivos y periodos vacacionales. El reparto resultante sería, aproximadamente, del 50 por ciento para cada progenitor, pero habría que intercalar periodos de convivencia para el "progenitor de días lectivos" durante las vacaciones estivales (por ejemplo, una semana al mes);* **G.** *Alternancia de los padres. Los niños permanecen siempre en el domicilio familiar y son los padres quienes rotan en la utilización de ese domicilio*²⁴.

El Tribunal Supremo en distintas Sentencias como la de 16 de febrero, la 15 de julio o 14 de octubre de 2015, establece cómo se organizará la custodia compartida, se puede tomar como ejemplo de cómo estructurar la custodia, dispone el Tribunal: "*El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. A falta de acuerdo el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes que el progenitor que*

²³ Idem; págs. 265-266

²⁴ Enlace del Informe Reencuentro: http://www.cronicas.org/informe_reencuentro.pdf

ostenta la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada. Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro. Los períodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el período concreto, a falta de acuerdo, los años pares, el padre, y los impares, la madre. Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%.”

La forma más usual en la práctica es aquella en la que los menores conviven con el progenitor que en ese momento tiene la custodia del mismo, trasladándose el menor al domicilio del otro padre cuando le toque a él la custodia.

Atendiendo a las distintas formas de establecer los períodos que los menores van a convivir con cada padre, debería tenerse en cuenta las necesidades de los menores y la disponibilidad de los padres para decidir el sistema que más beneficie los hijos y sea más acorde con la voluntad de los progenitores.

2.2. Supuestos en los que no es posible adoptar la guarda y custodia compartida.

El artículo 92 del Código Civil en su apartado séptimo recoge dos supuestos en los que no cabe adoptar esta modalidad: *cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos; o cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.* Los dos supuestos en los que no puede adoptarse la custodia compartida son el caso de que exista un procedimiento penal abierto (por las causas anteriormente señaladas) contra uno de los padres o que existan indicios de que exista violencia de género.

Cabe destacar que el artículo no requiere que exista, en el caso de violencia de género, sentencia judicial condenatoria, solo exige indicios. Esta situación puede producir abusos en la práctica, en principio con una denuncia ya bastaría para hacer inviable este régimen, podría utilizarse con mala fe un procedimiento penal, que no lleva a nada, simplemente para conseguir que no se pueda adoptar este régimen²⁵.

²⁵ Libro: Tratado de Derecho de la Familia Volumen II. Las crisis matrimoniales, pág. 442.

Por lo tanto es necesario que existan datos que hagan pensar que estamos ante un supuesto de violencia de género, como puede ser el caso de que se haya adoptado una medida de protección.

A parte de estos supuestos contemplados en el Código Civil en la práctica existen otros supuestos²⁶: no va a poder adoptarse este régimen cuando la relación de los padres sea muy conflictiva, la relación con los hijos exige cierta colaboración entre los progenitores para ser viable el sistema, del mismo modo es necesario que los padres colaboren, que consigan crear un ambiente beneficioso para el hijo menor. Otro motivo es que el domicilio de los progenitores se encuentre alejado, no es posible esta modalidad si los domicilios de los progenitores están muy distantes. Es también necesaria una disponibilidad de tiempo de los padres para con los hijos, no tiene sentido que se acuerde este régimen para que los padres no pasen tiempo con sus hijos cuando lo que se trata es de mantener una relación similar a la crisis familiar²⁷.

La guarda y custodia también puede ser suspendida, cabe esta posibilidad por la adopción de una orden de protección en materia de violencia de género, contemplada en el artículo 65 de la Ley 27/2003. Por lo tanto la violencia de género no sólo implica que no pueda ser adoptada esta medida, sino que, una vez adoptada, puede implicar que esta sea suspendida²⁸.

2.3. Régimen de alimentos.

Los alimentos en la guarda y custodia compartida no se determinan de la misma manera que en el régimen general, en este caso, no es que el hijo viva con uno

²⁶ Hay que tener en cuenta que cada caso debe examinarse individualmente pudiéndose dar distintas causas para no acordar este régimen, como ejemplo en el que no cabe la guarda y custodia compartida, se puede citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 4, de 18 de febrero de 2015, recurso nº 426/2014, en esta sentencia se discute, entre otras cosas, la adopción de la guarda y custodia compartida en el caso de que la menor todavía estén en situación de lactancia materna, entiende el Tribunal que no es posible por el momento acordar la guarda compartida, pero en el momento en el que la menor deje la lactancia materna podría adoptarse la custodia compartida, se fija la instauración de la custodia compartida para cuando la niña cumpla 2 años.

²⁷ Autor: Cristina Guilarte Martín-Calero. Artículo: *La custodia compartida alternativa Un estudio doctrinal y jurisprudencial*; Editorial: Indret: Revista para el Análisis del Derecho; ISSN-e 1698-739X, Nº. 2, 2008; págs. 30-31.

²⁸ Ángeles Pérez Vega, *La guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad*. Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña, ISSN 1138-039X, Nº 9, 2005; págs. 673-692; pág. 692.

sólo de los progenitores y el otro pague los gastos que el hijo genere, la convivencia es alterna, por lo que los gastos también deben dividirse. Se establecerá la obligación de pagar alimentos a favor del padre que menos capacidad económica tenga, o estos se pueden fijar a favor del cónyuge que más tiempo conviva con sus hijos. La fijación de alimentos no procedería si ambos padres tuviesen un nivel económico suficiente para mantener a sus hijos durante el tiempo en que estos conviven con ellos, no habría alimentos en este caso dado que no hay desequilibrio económico, aunque habría que tener en cuenta la asunción de los posibles gastos extraordinarios que puedan surgir²⁹. Cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, número 151/2012, de 16 abril, que en su fundamento jurídico primero hace un resumen de la doctrina respecto a la fijación de alimentos, dispone: *“en dicho sentido, cabe referir que, ciertamente, tal y como pretende la parte apelante, la guarda y custodia compartida no impide el eventual establecimiento de una pensión de alimentos a favor del hijo o hijos comunes, siempre que las circunstancias económicas, patrimoniales y personales de un progenitor con respecto del otro sean suficientemente relevantes y el interés del menor así lo aconseje, por ser el beneficio de éste el que está por encima de cualquier otro interés en conflicto.*

A mayor abundamiento se puede citar las conclusiones del cuarto encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia” “VI jornadas nacionales de magistrados, jueces de familia, fiscales y secretarios judiciales” celebrado en Valencia en 2009, en las que se señalaba respecto a los alimentos en la guarda y custodia compartida las distintas modalidades que podía adoptar la forma en la que se podían establecer el régimen de alimentos, estas formas son:

a) *Pago recíproco de pensión alimenticia en la cuantía que corresponda. En caso de igual o similar capacidad económica de los progenitores, podrá establecerse que cada uno soporte los gastos que genere la manutención de los hijos cuando los tenga en su compañía, abonado por mitad los gastos fijos ordinarios y los extraordinarios mediante domiciliación bancaria de sus pagos en una cuenta común que se nutra con iguales aportaciones dinerarias de las partes;* **b)** *Ingreso de la pensión alimenticia establecida en una cuenta bancaria de titularidad conjunta de los progenitores y disponibilidad mancomunada, en la que se domicilien todos o parte de los gastos fijos que generen los hijos;* **c)** *Pago directo por un progenitor, o por ambos,*

²⁹ Libro: *Tratado de Derecho de Familia Tomo I. Procedimiento Contencioso Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos. Aspectos sustantivos*; págs. 270-271.

a terceros de determinados gastos de los hijos; **d)** Combinación de cualquiera de las formulas anteriores.

De las formas de pago de la pensión de alimentos la que más destaca es la de establecer una cuenta común, en la que ambos cónyuges van realizando las aportaciones correspondientes a los gastos que les corresponde abonar en una cuenta corriente a nombre de ambos progenitores. Este sistema es el que se elige en la mayoría de los casos en el convenio regulador en los procedimientos de divorcio de mutuo acuerdo, el sistema tradicional consistía en que cada progenitor pagaba los gastos que se originaban cuando el menor convivía con él mientras que los gastos extraordinarios se pagaban a la mitad.

En la actualidad en los procedimientos contenciosos lo que se suele hacer es abrir una cuenta común a nombre de ambos padres, en la que se abonarán los gastos mensuales correspondientes y los gastos extraordinarios que exceden de las cantidades mensualmente fijadas, cada progenitor abonará los distintos gastos en atención a su capacidad económica.³⁰

2.4. Atribución del uso del domicilio conyugal.

El Código Civil no se refiere a la custodia compartida en su artículo 96, donde se regula la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de separación. Ha sido el Tribunal Supremo quien ha resuelto el problema, ha establecido los criterios que deben tenerse en cuenta para atribuir el uso del domicilio familiar en estos casos.

En su Sentencia de 24 de octubre de 2014, recurso n.º 2119/2013, el Tribunal Supremo, en su fundamento jurídico tercero señala: *“Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver “lo procedente”. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso,*

³⁰ Autor: José Manuel de Torres Perea. Artículo: *Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social*; Revista: Indret, n.º4, año 2011; ISSN: 1698-739X; págs.43-45.

con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC (SSTS 3 de abril y 16 de junio 2014 , entre otras).”

Otra cuestión relacionada con el domicilio de los menores en esta custodia es el empadronamiento de los hijos, la Instrucción 1/2006 de la Fiscalía General del Estado de 7 de marzo, señala qué domicilio debe señalarse a efectos de empadronamiento, en el caso de que la custodia compartida acordada suponga una igualdad casi absoluta en la distribución de la convivencia. No puede existir más de un empadronamiento de los menores, es necesario por tanto elegir, esta situación no se daría en el caso de que el hijo conviviese más tiempo con uno de los progenitores³¹.

2.5. Ventajas e inconvenientes del sistema.

Respecto a las **ventajas** se puede citar al Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sección 18ª de 20 de febrero de 2007, recurso nº 1002/2005, que resume todas las ventajas de la custodia compartida, establece en su fundamento jurídico tercero: *En cuanto a sus ventajas o beneficios:*

***a)** se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; **b)** se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc., **c)** se fomenta una actitud más abierta de los hijos*

³¹ Bernardo Cruz Gallardo. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. 1º Edición, Madrid, Julio 2012; Editorial: La Ley; ISBN: 978-84-9020-024-7; pág. 541.

*hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; g) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor*³². Las ventajas mencionadas no se dan todas en la práctica, muchas son de contenido teórico, por lo que hay que tener la dinámica de las relaciones entre las parejas separadas, estas ventajas podrán darse o no dependiendo de cada caso, no todas las situaciones son las mismas.

En esta misma sentencia también se recogen cuales son los **inconvenientes** de la medida, dispone: *“es de destacar como tales, la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores.”* La desventaja más relevante es la inestabilidad que se puede producir en los menores, esta nueva situación altera de forma drástica la vida de los hijos viviendo con ambos padres, no existe un único modelo de hacer las cosas, de estructurar su vida, cada padre puede adoptar decisiones distintas, haciendo que también sea diferente el modo de vida del menor dependiendo de con quién viva, y si este cambio se produce continuamente no existe la estabilidad que necesitan los menores para poder desarrollarse adecuadamente. Se puede producir un continuo

³² El Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de noviembre 2013 señala como beneficios de este sistema: a) *Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.* b) *Se evita el sentimiento de pérdida.* c) *No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.* d) *Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.*

cambio de domicilio y puede que hasta de familia si cualquiera de los padres rehace su vida, en la guarda y custodia ordinaria también supone cambios, pero menos drásticos, ya que el menor vivirá con uno de los padres, estableciéndose a favor del otro un régimen de visitas y estancias, existe más estabilidad, para el menor.

CAPÍTULO III.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

3.1. Introducción del sistema en España.

Desde el año 1981, en el que se restaura el divorcio en España, la jurisprudencia hasta los años 90 era unánime en otorgar la guarda y custodia siempre a la madre, debían darse circunstancias muy especiales para que no se considerase a esta como la más idónea, fijándose un régimen de visitas a favor del padre. La misma regulación legal recogía esta preferencia, el artículo 159 del Código Civil, hasta el año 1990, disponía: *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.*

Se produce un ligero cambio en la jurisprudencia en la década de los 90 hasta el año 2000 a raíz de la modificación del Código Civil de 1990, a partir de esta reforma, el artículo 159 pasa a disponer: *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.* Se empieza a reconocer en algunas sentencias que el padre tiene las mismas aptitudes que la madre para cuidar a los hijos, no debería discriminarse al padre, salvo que existan motivos que impidan que este pueda ejercer la custodia³³.

A partir del año 2000 se puede ver cómo se van estableciendo regímenes de visita cada vez mayores a favor de los padres, desapareciendo poco a poco la rigidez

³³ Ejemplo de la doctrina seguida de considerar a la madre como la más indicada para atribuírsele la guarda y custodia se puede ver en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1999, que en su fundamento jurídico cuarto dispone. *"En el caso concreto que nos ocupa, no cabe tachar de ilógico e irrazonable el argumento hecho valer en la sentencia recurrida: "... y tratándose en el presente caso de decidir a cuál de los dos padres ha de encomendarse la guarda y custodia de dos niñas de ocho y quince años de edad... lo normal es que en tales condiciones de sexo y edad se le encomienda a la madre, salvo que concurran circunstancias excepcionales que aconsejen entregarlas al cuidado paterno".*

en el otorgamiento de la custodia a la madre, si bien es cierto que en los años 90, se otorgaban custodias de manera compartida, pero eran vistas con recelo.

En relación a la custodia compartida ya existían supuestos en los que se adoptaba la custodia compartida antes de su introducción en el Código Civil en el 2005, en virtud de su artículo 92.2 cabía entender amparada esta forma de guarda y custodia, aunque se consideraba excepcional, considerándose que podía causar inseguridad e inestabilidad al menor dado el cambio constante de domicilio, lo que suponía un cambio sustancial en su vida diaria³⁴. Asimismo se encontraba amparada por el artículo 156 del mismo cuerpo legal, en este artículo se recoge la posibilidad del ejercicio conjunto de la patria potestad.

La adopción de esta forma de guarda era en la práctica muy inusual, sólo en contados casos se adoptaba³⁵, como ejemplo del recelo sobre esta modalidad se puede citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10, de 10 de enero de 2001, que en su fundamento jurídico primero dispone: *Es criterio de esta Sala, salvo supuestos puntuales, que pudieran presentarse, que pudiesen aconsejarla, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio, de la guardia y custodia compartida de los hijos, criterio antedicho coincidente con el de la generalidad de las otras Audiencias Provinciales*³⁶.

También eran exigidos una serie de requisitos para poderse adoptar esta custodia. Muchas de las Audiencias Provinciales exigían para poder conceder esta forma de guarda era que los progenitores viviesen cerca³⁷. Y otro de los aspectos importantes de la jurisprudencia anterior a la modificación del Código Civil era que la guarda y custodia compartida sólo se otorgaba si había mutuo acuerdo entre los padres, a través del convenio regulador³⁸. Como resumen de los argumentos utilizados por la jurisprudencia antes de la modificación del artículo 92 del Código Civil, se señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2º, recurso nº 488/2000 de 28 de febrero de 2001, dispone en su fundamento de derecho tercero:

³⁴ Libro: *Relaciones paterno-filiales*, pág. 62.

³⁵ Autor: Aurelia María Romero Coloma. *La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)*. 1º Edición, Madrid, 2011; Editorial: Reus S.A.; ISBN: 978-84-290-1662-8; pág. 22.

³⁶ Vid ad exemplum: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de octubre de 1995

³⁷ Vid ad exemplum: Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2º, recurso nº 160/2003 de 14 de julio de 2003.

³⁸ Como ejemplo de la necesidad de colaboración entre los padres, vid ad exemplum: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12º, nº de recurso 235/2003, fundamento jurídico segundo.

“Así es de destacar: a) Que la niña ha venido asumiendo la guarda compartida sin traumas ni desequilibrios de ningún tipo. **(Conviene al superior interés del menor, no es perjudicial para el mismo)**. b) Que dicho régimen ha sido valorado como de resultados positivos por el Equipo de Asesoramiento Técnico. **(Necesidad de que el informe psicosocial sea positivo)**. c) Que los resultados académicos y de desarrollo integral de Lorenza no han acusado deterioro alguno, sino más bien al contrario, pueden calificarse buenos e incluso de excelentes. **(Lo mismo que en el punto a), ser beneficiosos el sistema para los menores)**. d) Que el hecho de tener ambos progenitores el domicilio en la misma localidad y en relativa proximidad, facilita los eventuales cambios domiciliarios y no afecta a las relaciones sociales de la menor (escolares, de amigas, actividades extraacadémicas, etc) que pueden seguir manteniéndose sin cambio alguno. **(Necesidad de proximidad de los domicilios de los padres)**. e) Que dispone en ambos domicilios de su propia habitación. **(Este punto no es esencial en la práctica, la habitación la pueden compartir con hermanos, es conveniente que tengan un espacio propio)**. f) Que tanto el padre como la madre reúnen condiciones para asumir la guarda y custodia a satisfacción de la hija, y así lo han venido haciendo sin reproche alguno de esta. **(Recoge la obligación de colaboración entre los padres)**. g) Que los especialistas del Equipo de Asesoramiento Técnico, valoran la guarda y custodia compartida como la mejor opción actual para la hija, que ante ellos, y en fecha bastante posterior a la de exploración judicial, manifiesta su deseo de mantener la compañía de los dos progenitores, aunque querría modificar la distribución del tiempo que comparte con cada uno, proponiendo el de una semana entera en cada domicilio para organizar mejor sus actividades.” **(Igual que el punto b) necesidad de que se entienda que este régimen sería positivo para los hijos)**³⁹.

3.1.1. Introducción el Código Civil de la guarda y custodia compartida por la Ley 15/2005, primeras sentencias.

La guarda y custodia compartida es recogida por primera vez en un texto legal en el año 2005 a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaban el Código Civil, que entró en vigor el 10 de julio de 2005, y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, esta Ley modificó, entre otros artículos, el artículo 92 del Código Civil.

³⁹ Autor: Carlos Esparza Olcina, Libro: *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*. 1^o Edición, Navarra 2006; Editorial: Aranzadi S.A; ISBN: 84-8355-071-7; pág.207.

Como uno de los primeros ejemplos de guarda y custodia compartida adoptada al amparo de la nueva redacción del artículo 92 del Código Civil se puede citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, nº de recurso 531/2005, de 22 de julio de 2005. En esta sentencia se recurre la adopción de la modalidad compartida de la guarda y custodia adoptada en primera instancia, la Audiencia desestima el recurso manteniendo la custodia compartida, se argumenta lo siguiente para acordar la medida: el informe del equipo psicosocial y el Ministerio Fiscal eran favorable a la adopción de esta custodia, los padres tenían estilos educativos adecuados y similares, vivían a poca distancia, lo que según la Audiencia Provincial *facilitará que los hábitos y actividades cotidianas de los menores, entre las que destacan la asistencia al colegio, no experimenten cambios perturbadores; y consideraban que este régimen redundaba en interés de los hijos.*

3.2. Evolución de la jurisprudencia desde el año 2009 hasta la actualidad.

3.2.1 Año 2009. Primeras sentencias del Tribunal Supremo respecto a la guarda y custodia compartida.

El Tribunal Supremo se pronunció por primera vez respecto a esta modalidad de custodia en su Sentencia de 28 de septiembre de 2009, recurso nº200/2006, que recoge en su fundamento jurídico cuarto los supuestos en los que va a poderse adoptar esta forma de custodia, la sentencia dispone: *“La nueva regulación de la guarda y custodia compartida en el artículo 92 CC después de la reforma producida por la ley 15/2005 permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8).* Establece a su vez como requisitos para adoptar el sistema: *“En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a “la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia” (artículo. 92.9 CC).*

Además la sentencia expone los distintos factores a tener en cuenta por el juez para acordar la custodia compartida: *Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC , que permite al Juez una amplia facultad para decidir*

cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1,2 LECiv.

La sentencia anterior es completada por la Sentencia de 8 de octubre, nº de recurso 1471/2006 , esta recoge específicamente los criterios que deben tenerse en cuenta para adoptar la custodia compartida, dispone en su fundamento jurídico quinto: *el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta.(....). Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando **criterios** tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven⁴⁰.*

3.2.2. Año 2010. El superior interés del menor en la guarda y custodia compartida.

En este año no se produce un avance sustancial en la jurisprudencia anterior. La Sentencia de 11 de marzo reconoce que la guarda y custodia compartida no supone un castigo o un premio en relación a la conducta de los padres, dispone en su fundamento jurídico segundo: *“puesto que la guarda compartida no consiste en “un premio o un castigo” al progenitor que mejor se haya comportando durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor.”* El Tribunal Supremo viene a

⁴⁰ Criterios también reiterados posteriormente en las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2010, 29 de abril de 2013, 25 de abril de 214 y 16 de febrero de 2015.

incidir en que la adopción de la custodia compartida no depende exclusivamente de la relación entre los padres, deben ser tenidos una serie de distintos factores para adoptar tan compleja decisión.

La otra sentencia relevante dictada este año es la de 1 de octubre, recurso nº 681/2007, como novedad, en su fundamento jurídico sexto señala: “*que la medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas; b) que si bien los padres no adoptaron este acuerdo en el convenio regulador, las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que como ya se ha recordado en el anterior fundamento, la propia Ley de Enjuiciamiento civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo*”. Esta sentencia vuelve a subrayar el superior interés del menor, dado que dispone que este es el aspecto primordial que debe tenerse en cuenta para adoptar esta medida, por encima de otros criterios, recoge que debe basarse la decisión en razones objetivas, no rige en este caso el principio dispositivo, es decir, el acuerdo entre los padres no es determinante para que sea adoptada esta modalidad y las decisiones en esta materia deben ser justificadas en razón al superior interés de los hijos. El Tribunal Supremo sólo puede proceder a revisar la decisión tomada por el juez cuando la decisión sea arbitraria.

3.2.3. Año 2011. Interpretación de la excepcionalidad del artículo 92.8.

En la primera sentencia de este año el Tribunal Supremo, Sentencia de 7 de abril de 2011, recurso nº 1580/2008, hace un resumen de la doctrina en relación al apartado noveno del artículo 92 del Código Civil, sobre la adopción de la custodia compartida en caso de que no exista acuerdo, se pronuncia sobre la relevancia de los informes técnicos, en su fundamento jurídico cuarto dispone que el Juez debe tenerlos en cuenta, pero no son vinculantes, la decisión que adopte el juez debe ser razonada, sólo en el caso de que sea ilógica, arbitraria entraría el Tribunal Supremo a revisar la decisión del juez.

En el mes de julio se dictan tres sentencias relevantes sobre la materia:

- En su sentencia de 7 de julio, nº de recurso 1221/2010, el Tribunal considera a la custodia compartida como el sistema normal que se debería adoptar, no

considerarla como excepcional, es un anticipo de la sentencia de 29 de abril de 2013, como después se dirá, dice en su fundamento jurídico séptimo: *“Por ello la interpretación del Art. 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios antes explicitados y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”*. También se pronuncia sobre la motivación de las sentencias en materia de guarda y custodia, cita su sentencia de 8 de octubre de 2009 sobre la motivación de las sentencias, en el fundamento jurídico cuarto del Tribunal acepta el motivo casación basado en la falta de motivación de las sentencia, la resolución viene a establecer que las decisiones en la materia deben estar motivadas, no es posible basar la decisión en una argumentación genérica.

- Sentencia de 21 de julio, recurso nº 338/2009, se analiza la supuesta discrepancia alegada por el recurrente por parte de las Audiencias Provinciales a la hora de adoptar la custodia compartida, pero no existe tal contradicción porque las sentencias deciden siempre teniendo en cuenta el superior interés del menor en base a los informes preceptivos que exige el artículo 92⁴¹.

- Destaca la sentencia de 22 de julio, recurso nº813/2009, interpreta qué sentido debe darse a la excepcionalidad a la adopción de la guarda y custodia compartida, en caso de ser solicitada por uno solo de los progenitores, en su fundamento jurídico tercero establece: *“La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla “fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*. Esta sentencia sienta como criterio que en el caso de ser pedida

⁴¹ Sobre esta sentencia el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de octubre de 2011 señala en su fundamento jurídico cuarto: *Como ya se ha dicho en la STS 578/2011, de 20 julio, resulta complejo determinar la contradicción entre sentencias de las Audiencias Provinciales en materia de guarda y custodia compartida cuando, en realidad, éstas están resolviendo sobre el punto concreto planteado y en relación con los informes aportados en los casos de disputa sobre si es o no conveniente la guarda compartida en cada caso concreto. Deciden sobre situaciones fácticas y, por consiguiente, no existe el previo antagonismo a que antes nos referíamos. Las resoluciones no pueden utilizarse como elementos de comparación, por resolver cuestiones de hecho.*

por uno de los padres, la custodia compartida puede otorgarse sólo cuando de esta forma se proteja el superior interés del menor, se ve como en las demás sentencias analizadas como este interés debe prevalecer en todo momento, la custodia compartida es adoptada cuando los padres decidan optar por este sistema dado que requiere una mayor colaboración por ambas partes, pero si se entiende que los niños quedarán mejor protegidos con este sistema, este es el que debe adoptarse en el caso en que sólo un progenitor lo solicite. Además esta sentencia declara que, las relaciones entre los padres no son en principio relevantes a la hora de adoptar la custodia compartida, se tienen en cuenta cuando perjudiquen al menor.

3.2.4. Año 2012. La declaración de inconstitucionalidad del apartado octavo del artículo 92 del Código Civil.

En este año la jurisprudencia sufre un avance importante a través del Tribunal Constitucional. Sin duda alguna la sentencia más importante de este año, fue la dictada por el Tribunal Constitucional el 17 de octubre, resolución nº 185/2012, en la que se declara inconstitucional el apartado 8 del artículo 92 del Código Civil, haciendo innecesario que el informe del Ministerio Fiscal sea favorable para acordar la guarda y custodia compartida en caso de que sea sólo uno de padres los que la pida. El Tribunal Constitucional afirma en la sentencia citada, en su fundamento jurídico quinto, que: *“es en este último supuesto donde quiebra, en términos constitucionales, la razonabilidad de la norma enjuiciada (arts. 24, 39 y 117 CE). Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada”*.

Y en su fundamento jurídico sexto concluye que: *“En conclusión, ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el artículo 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre ambos progenitores, debe o no adoptarse tal medida”*.

La importancia de esta sentencia radica en que la decisión última sobre la adopción de la custodia compartida recae sobre el juez, debe adoptar esta medida en atención al superior interés del menor, basándose en las pruebas que estime convenientes, pero ya no es necesario que el informe del Ministerio Fiscal sea favorable, dado que, como entiende el Tribunal Constitucional, se estarían suplantando las facultades de decisión del juez, si la decisión recayese en el Ministerio Fiscal, sería este quien decidiese en la práctica si se otorga esta custodia o no.

3.2.5. Año 2013. La normalización del sistema por parte del Tribunal Supremo.

En este año se dicta una de las sentencias más importantes en materia: la Sentencia del Tribunal Supremo, recurso nº 2525/2011, de 29 de abril, esta resolución supuso un importante paso adelante en relación a la normalización de la guarda y custodia compartida, a partir de esta, el modelo pasó a verse en la doctrina como la forma normal que debería adoptarse, aunque la realidad en la práctica sea otra. Supone un cambio respecto a la doctrina que se venía siguiendo por parte de las Audiencias Provinciales, ejemplo de esta doctrina aparece recogida en la propia sentencia que se recurre dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4º, que negó la guarda y custodia compartida basándose en los siguientes motivos: "*dados los términos restrictivos que en ese sentido figuran en el art. 92-8 CC , cuyo tenor literal es claro al establecer que si los dos padres no están de acuerdo (supuesto del apartado 5) dicha modalidad sólo se acordará excepcionalmente y con informe favorable del Ministerio Fiscal. Esta Sala ha expresado en numerosas ocasiones su reserva frente a las diversas modalidades de este régimen, indicando que junto a innegables virtudes como la igualdad de trato y responsabilidad de los padres, presenta inconvenientes como la menor estabilidad del status material de los hijos, la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres, la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, etc*".

Establece su fundamento jurídico cuarto el Tribunal Supremo: "**sentar como doctrina jurisprudencial** que la interpretación de los artículos 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los

hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea⁴².

El Tribunal pretende convertir la guarda y custodia compartida en el modelo general, en la medida a adoptar salvo que concurren circunstancias que la hagan inviable. Se pasa de considerar esta forma de custodia como algo residual, adoptándose en contados casos, a constituir la forma normal a adoptar, dado que el Alto Tribunal entiende que es una medida más positiva para los menores, la considera incluso deseable⁴³. Además, en esta sentencia el Tribunal Supremo señala que la guarda y custodia compartida sólo se puede acordar si la solicita uno de los progenitores, no puede acordarse de oficio por el juez.

Como avance en la doctrina fijada por la sentencia del 29 de abril, está la sentencia de 19 de julio de 2013, recurso nº 2964/2013, esta dispone que en la guarda y custodia compartida los padres deben colaborar, se les exige una mayor dedicación al cuidado de los hijos, el fundamento jurídico segundo de la sentencia dice: *“exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel”*. Como ya se dijo en

⁴² Doctrina que se reitera en las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril, 30 de octubre y 18 de noviembre 2014, entre otras.

⁴³ En este sentido de considerar como el sistema más deseable la custodia compartida se pueden citar la opinión del excelentísimo magistrado del Tribunal Supremo, D. Jose Antonio Seijas Quintana, quien durante una conferencia ofrecida en el Ateneo Jovellanos de Gijón el 12 de diciembre de 2012 dijo: "Posiblemente esto no sea la panacea de los problemas de la ruptura familiar, pero a mi juicio es muy útil y beneficia sobre todo a los menores, que son los que hay que proteger. Hay otros sistemas igual de defendibles pero debería ir imponiéndose poco a poco la custodia compartida", aunque también admitía que aún se están dando los primeros pasos en este campo.

Fuente: La Nueva España de Gijón de 13 de diciembre de 2013; <http://www.lne.es/gijon/2013/12/13/seijas-quintana-aboga-imponer-guardia/1513904.html>.

el capítulo primero esta sentencia también recoge cuál es la finalidad de la institución, por lo tanto me remito al apartado segundo del primer capítulo.

En relación a la modificación de la guarda y custodia por circunstancias sobrevenidas, el 25 de noviembre, el Tribunal Supremo dicta sentencia nº de recurso 2637/2012, en la que en su fundamento jurídico cuarto dispone: *es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 C. Civil) tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del C. Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor. Se viene a establecer que el cambio de la jurisprudencia equivale a cambio de las circunstancias para poder modificar la guarda y custodia, esta puede pasar a compartida en cualquier momento, no hace falta aportar ninguna prueba en este caso. Esta sentencia puede entenderse como un paso más en la normalización de la guarda y custodia compartida, no sólo se entiende que la guarda y custodia compartida debe ser la regla general, sino que, posibilita la modificación de la guarda existente para convertirla en compartida en cualquier momento, salvo el supuesto en el que sea desaconsejable en atención al interés de los hijos.*

Este mismo mes, el 29 de noviembre, el Alto Tribunal en su recurso ° 494/2012, se pronuncia sobre la custodia compartida en el caso en que se divida en anualidades el tiempo que pasan los hijos con sus padres, esto no impide que se adopte esta forma de custodia, no se desnaturaliza la custodia, en su fundamento jurídico tercero señala al respecto: *“En tercer lugar, en ningún caso se desnaturaliza la medida mediante la alternancia por anualidades de la custodia. Ciertamente es que esta medida debería venir precedida de un plan contradictorio sobre la forma de su ejercicio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas y que las situaciones son muy cambiantes tanto en lo económico como en lo personal, psicológico, emocional y social, pero también lo es que una alternancia prolongada ni está proscrita en nuestro ordenamiento, ni se ha demostrado que afecte de manera favorable o desfavorable a la estabilidad de los menores. La medida, sin duda, es subsidiaria a lo que en cada momento puedan acordar los padres para el mejor bienestar de sus hijos. Son ellos y no los jueces quienes conocen mejor la realidad de los niños y quienes deberán*

adaptarlo a lo que les interese en cada periodo de crecimiento, aunque sea haciendo uso de la mediación familiar o de terapias educativas.” Esta sentencia incide en la voluntad de los padres a la hora de adoptar la custodia compartida, son estos los que deben establecer la forma en que se ejerza, controlando el Juez que sea la más adecuada a los intereses de los menores, reafirma que no existe una única forma de custodia compartida, pudiendo existir distintas formas.

3.2.6. Año 2014. Imposibilidad de acordar la guarda y custodia compartida en el caso de que existan discrepancias entre los cónyuges. Criterios a tener en cuenta para atribuir el uso del domicilio conyugal.

En octubre se dictan tres sentencias relevantes en esta materia: La del 15 de octubre, recurso nº 2260/2013, lo más reseñable es que dispone que los padres deberían, además de pedir la custodia compartida, elaborar un convenio para concretar el contenido de esa custodia, la sentencia dispone qué debería contener dicho acuerdo, en el fundamento jurídico quinto establece: *“Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre 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, con la precisión - STS 22 de julio de 2011 - de que "las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor".*”

El 24 de octubre también dicta sentencia, recurso nº2119/2013, en la que se pronuncia sobre los criterios a seguir para otorgar el uso del domicilio conyugal en el caso de que la custodia sea compartida, estos criterios ya han sido expuestos en el apartado correspondiente a la atribución del uso del domicilio conyugal.

Es importante señalar la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre, recurso nº 1359/2013, que en su fundamento jurídico sexto señala: *“Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción (sic, de) 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”*. La sentencia recoge la imposibilidad de adoptar la custodia compartida cuando no existan buenas relaciones entre los padres, el Tribunal Supremo cambia el criterio seguido anteriormente, que consideraba no relevante la relación entre los padres para adoptar la custodia compartida, lo que se hace mediante esta decisión es respetar el superior interés del menor; la custodia sólo se va a poder conceder cuando la relación sea adecuada, no se exige una relación opima, se pretende que este modelo sólo se adopte en el supuesto en que la relación de los padres haga viable el sistema.

3.2.7. Año 2015. Relevancia de las relaciones personales de los progenitores a la hora de acordar la custodia compartida.

Las tres sentencias citadas en este apartado inciden en la relación existente entre los padres para poder adoptarse esta modalidad de custodia. El Tribunal Supremo mantiene que la relación ente los padres no es determinante para acordar la custodia compartida, sólo se requiere cierta colaboración para hacer funcionar el sistema.

En su sentencia de 16 de febrero, recurso nº 890/2014, recuerda la necesidad de que exista una actitud positiva entre los cónyuges que haga viable el sistema ,el fundamento jurídico sexto señala: *“Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto 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”.

El 9 de septiembre vuelve a dictar sentencia, recurso nº 545/2014, el fundamento jurídico segundo de la sentencia dispone: *“En cuanto al informe sicosocial declara esta Sala, como bien se reconoce en la sentencia del juzgado, que la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores.”*

En este sentido incide la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre, recurso nº 772/2014, la cual dispone en su fundamento jurídico segundo: *“Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario. Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de 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”.*

Para finalizar el bloque, y antes de pasar a exponer las conclusiones, conviene reseñar el porcentaje de los casos en los que se adopta la guarda y custodia compartida año a año para dar una idea de su progresiva normalización. En el año 2008 y en el 2009 la custodia fue compartida en el 9,7% de los casos. En el año 2010 aumentó el número de casos hasta el 10,50%. En el año 2011 se concedió este tipo de custodia en el 12,30% de los casos. En el año 2012 la custodia compartida se estableció en el 14,60% de los casos. En el año 2013 se puede ver como continúa aumentando la tendencia, estableciéndose en 17,90% de los casos. Y en el año 2014 se produce el mayor aumento de los casos en los que se acordó esta modalidad, se acordó en el 21,30% de los casos⁴⁴

⁴⁴ Estadística del INE de nulidades, separaciones y divorcios de los años 2009 a 2014.

3.3. Incidencia del proyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio sobre la guarda y custodia compartida.

Finalmente en este epígrafe se señalarán las distintas novedades que recoge el Proyecto de ley sobre corresponsabilidad parental, aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013, en torno a la guarda y custodia compartida, esta ley está en fase de proyecto, puede no llegar a ver la luz.

En relación a los aspectos materiales de la guarda y custodia, se produciría una nueva regulación de institución, el actual artículo 92 pasaría a estar dividido en dos, en el artículo 92 y en el 92 bis. El nuevo artículo 92 bis sería el encargado de modificar el régimen actual de custodia compartida, supondría una mayor concreción de la institución.

Su apartado primero establece que la guarda y custodia se puede atribuir a uno de los progenitores o ser esta compartida. En relación a esta última supone una novedad al régimen anterior al permitir que la custodia compartida sea acordada en el caso en que no la solicite ninguno de los progenitores, dispone el artículo: *Excepcionalmente, aunque ninguno de los progenitores solicite su ejercicio compartido, el Juez podrá acordarlo si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos.* Esta reforma sería criticable porque puede imponerse este sistema aunque no se pida, esta forma de custodia debería ser adoptada cuando los padres estuviesen de acuerdo en que así fuese la forma de custodia, imponerla podría resultar contraproducente para los menores si sus padres no colaboran.

El tercer apartado es novedoso en cuanto introduce los criterios que deberían tenerse en cuenta para adoptar la custodia compartida⁴⁵. Y también desaparecería del Código Civil la mención de la necesidad de recabar informe del Ministerio Fiscal.⁴⁶

⁴⁵ El artículo 92 bis.3. último párrafo dispone: *Deberá prestar especial atención, en todo caso, a 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.*

⁴⁶ Otro aspecto que modifica esta ley será el artículo 96, en relación a la custodia compartida dispone en su apartado segundo: *“En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores*

CONCLUSIONES

I.- En primer lugar cabe destacar que el tema analizado, como todos los tocantes al Derecho de familia, cambia a medida que cambia el modelo de la misma, se puede observar el carácter dinámico del Derecho adaptándose a la sociedad, en el caso estudiado, la evolución comienza en el año 1981, cuando se vuelve a implantar el divorcio en España, se pasa de un primer momento en que sólo se concedía la custodia a la madre, salvo en el caso de circunstancias excepcionales (como que fuese drogodependiente), para poco a poco, a medida que los padres se implicaban más en el cuidado y educación de sus hijos, establecerse un sistema de visitas cada vez más amplios para el padre, llegando en algunos casos a concederse la guarda y custodia a este, estableciéndose a su vez la custodia compartida, en la que ambos padres van a relacionarse con sus hijos en términos coincidentes, o lo más coincidentes posibles.

II.- Como ha quedado expuesto en el bloque tercero, la guarda y custodia compartida es una forma de custodia poco adoptada en la práctica, en menos del 25% de los casos se adopta en la actualidad, pero que ha ido abriéndose paso poco a poco con el paso de los años, fruto de la jurisprudencia y de los cambios normativos adaptándose a los nuevos modelos de familia. La tendencia en la práctica es aumentar el número de este tipo de custodias, como se puede ver en los porcentajes señalados, desde el año 2009 no ha parado de aumentar paulatinamente los casos en los que se adopta este sistema.

III.- Esta institución, como se aprecia en el segundo capítulo, es una modalidad que conlleva unas especialidades que las demás custodias no presentan, como es el caso de la vivienda familiar y de los alimentos. La situación de los padres respecto a los hijos no es la misma que la guarda y custodia ordinaria, existe una mayor relación entre padres e hijos, una mayor alternancia en la convivencia entre ambos. Fruto de esta especial relación surgen las distintas especialidades en la materia, especialidades que no son uniformes, no existe una sola respuesta para solucionar las cuestiones que se plantean como las modalidades de custodia, como es el caso del uso del domicilio conyugal, entre otras.

o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad.” Se recogería en el Código Civil una referencia expresa al criterio a seguir para atribuir la vivienda familiar en caso de custodia compartida.

IV.- En su regulación se evidencia las lagunas que presenta el sistema, que ha debido de ser completado por la doctrina y la jurisprudencia, el Código Civil en la actualidad ni siquiera contempla la expresión custodia compartida, y su regulación es del año 2005, se han producido diversos cambios desde entonces.

V.- La guarda y custodia compartida sin duda se ha ido abriendo paso en la jurisprudencia, de considerarse como una solución totalmente excepcional, a ir aceptándose como una solución normal, el Tribunal Supremo la considera la opción más adecuada, y el nuevo proyecto de ley pretende convertirla en el modelo estándar a adoptar, se van sucediendo distintas sentencias que van contemplando este sistema tan escasamente regulado en nuestro derecho a nivel estatal, la evolución se va produciendo poco a poco, en principio a escala autonómica, posteriormente, a partir del 2009, el Tribunal Supremo empieza a pronunciarse sobre la materia, dado que hasta el 2005 no existía en la normativa una referencia a este tipo de custodia. En conclusión la jurisprudencia del Tribunal Supremo ve ahora esta forma de custodia como la más deseable, pero la teoría no coincide con la práctica debido al escaso número de custodias compartidas que se adoptan, aunque año a año va aumentando ligeramente el número de custodias compartidas que se conceden.

VI.- La custodia compartida es una buena solución para los padres en el caso que estén dispuestos a colaborar, debería sólo adoptarse cuando exista voluntad por ambas partes en que el sistema funcione, nunca se tendría que imponer dada la implicación que este sistema conlleva. La custodia compartida no debería poder acordarse en el caso de que uno de los padres no la pidiese, los dos progenitores tendrían que solicitarla para poder acordarse, o que el progenitor que no la pidiese estuviese de acuerdo con el sistema, si uno no quiere este sistema, no se le debe imponer, porque podría resultar lesivo para el interés del menor. En la práctica pueden darse situaciones en las que, principalmente el padre, se pida la custodia compartida por motivos espurios, como es el no tener que pasar una pensión de alimentos a sus hijos.

VII.- Como mejoras al sistema actual sería conveniente que se estableciese una regulación en el artículo 92 del Código Civil más amplia que la actual, recogiendo los distintos cambios jurisprudenciales que se han producido desde el 2005, es cierto que se está tramitando una ley para modificar este aspecto, pero esta ley es insuficiente. Otro aspecto a mejorar sería la intervención del equipo psicosocial a la hora de decidir sobre la custodia, el examen al que se somete a los padres debería ser más extenso, valorando la viabilidad real del sistema, aunque esto puede resultar

subjetivo, tendría que valorarse las posibilidades reales de que el sistema funcione. Se necesitaría un análisis profundo de los hijos y de los padres, comprobando entre las distintas opciones la más adecuada a adoptar en consonancia con los deseos de los padres y las necesidades de los hijos. Los informes psicosociales deberían ser más precisos y contundentes en sus conclusiones, procederá un análisis más detallado de los padres y la relación de estos con sus hijos.

IX.- Deben recogerse criterios básicos en el Código Civil que sirvan de base para acordar en qué casos se puede dar este sistema, establecerse una serie de criterios a aplicar uniformemente por los tribunales, debiendo en cada caso concreto adaptarse al superior interés del menor. Es necesario establecer una base fija a la que los juristas, jueces y los padres se puedan tener para saber qué decisión se va adoptar en cada caso. La familia ha cambiado desde el año 2005 en que se reformó el Código Civil, debe por tanto actualizarse a la nueva realidad social.

X.- El tema de la custodia compartida es una materia cambiante, sujeta a los cambios de la familia, el Derecho se ha ido adaptando a la realidad social a través de la jurisprudencia en este caso, de ahí la importancia de su estudio, la escasa regulación a nivel estatal debe completarse con la doctrina del Tribunal Supremo que ha ido solucionado distintas cuestiones sobre la materia, pero no todas, y con la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. En este trabajo se ha analizado las sentencias más importantes del Tribunal Supremo, pero no debe olvidarse la importancia de las sentencias de las distintas Audiencias Provinciales, dada la dificultad de acceder al recurso de casación en materia de familia.

XI.- En definitiva, la custodia compartida es una opción que presenta una serie de ventajas para los hijos, y también para los padres, pero sólo en el caso en que ambas partes colaboren para hacer posible el sistema, debiendo ser este pedido por los dos padres, para aproximarse al estudio de la materia debe acudir a la jurisprudencia principalmente, dada la poca regulación de la cuestión, debería seguirse el ejemplo del legislador autonómico y procederse a dotar a la institución de una mayor regulación, recogiendo los avances producidos por la jurisprudencia expuesta en el tercer bloque.

XII.- La práctica judicial demuestra la reticencia actual a adoptar este sistema, se sigue partiendo de la idea en que la madre es la más indicada para cuidar a sus hijos y que el padre no tiene la misma capacidad. Se ha avanzado estos años, pero todavía queda mucho camino para que la custodia compartida sea el modelo a seguir, es necesario realizar cambios en la legislación para ajustarla a la práctica.

BIBLIOGRAFÍA.

MANUALES Y REVISTAS:

- BENEYTO BERENGUER, Remigio; TORRENO MUÑOZ, Magda; LLOPIS GINER, Juan Manuel (coordinadores). "Retos del siglo XXI para la familia". 1º Edición, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2008.
- CRUZ GALLARDO, Bernardo. "La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales". Editorial LA LEY. Madrid, 2012.
- CORONA QUESADA GONZÁLEZ, María. "Derecho de Familia Volumen I. Diccionario práctico de jurisprudencia". 1º Edición. Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), Barcelona, 1992.
- DE TORRES PEREA. JOSÉ MANUEL. "Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social". Revista Indret, nº4, año 2011.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. "Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005". 1º Edición. Editorial Aranzadi S.A, Navarra, 2006.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema. "Derecho de familia". 1º Edición. Editorial: 1º Edición, Editorial: Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2012.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, OTERO CRESPO, María; Revista: "*Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005*"; Revista Jurídica de Castilla y León, nº 36; 1 de febrero 1996.
- GUILIARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. "*La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial*". Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº. 2, 2008.
- HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina:
 - "Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: novedades en torno a la futura ley de corresponsabilidad parental". Revista de Derecho UNED, nº 14, 2014.
 - "Guarda y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación". Editor. Fundación Iuris Tantum, Revista Boliviana de Derecho 2070-8157 (2014) Vol. 18 Núm. 2.
- PERDIGUERO BAUTISTA, Eduardo, DELGADO MARTÍN, Joaquín, SERRANO CASTRO, Francisco. "Guía práctica sobre las reformas de Derecho de familia". 1º Edición. Editorial El Derecho editores, Madrid, 2006.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. "Tratado de Derecho de Familia Tomo I. Procedimiento Contencioso Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos. Aspectos sustantivos". 1º Edición. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007.

- PÉREZ VEGA, Ángeles. “La guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad”. Anuario de la Facultad de Derecho de la A Coruña, Nº 9, 2005, págs. 673-692.
- PICONTO NOVALES, Teresa. “La custodia compartida a debate”. Editorial Dykinson S.L, Madrid, 2012.
- RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta. “Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven”. 1º Edición. Editorial Aranzadi S.A, Pamplona, 2011.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “La guarda y custodia de los hijos”. 1º Edición. Revista: Derecho Privado y Constitución, revista nº15, año 2001.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. “*El interés superior del menor: concepto y delimitación del término*”. Editor: Educatio Siglo XXI; Volumen 30, nº2, 2012.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María. “La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)”. 1º Edición. Editorial Reus S.A, Madrid 2011.
- SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, GARCÍA CRIADO, Juan José (directores). “La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida”. 1º Edición; Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2008.
- SERRANO ALONSO, Eduardo. “Manual de Derecho de Familia”. 2º Edición, Editorial Edisofer S.L, Madrid 2007.
- SERRANO CASTRO, Francisco de Asís. “Relaciones paterno-filiales”. 1º Edición. Editorial El Derecho editores, Madrid, 2010.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, CUENA CASAS, Matilde. “Tratado de Derecho de la Familia Volumen II. Las crisis matrimoniales”.1º Edición. Editorial Aranzadi S.A, Pamplona, 2011.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA:

- Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales
- Buscador utilizado: Cendoj; Sepin (cronus jurídico).

NORMATIVA UTILIZADA:

- Constitución española.
- Código Civil.
- Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña.
- Ley Foral de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.
- Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.
- Proyecto de ley sobre corresponsabilidad parental.