

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA:
ANALISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

ELISABET ANDREU MORA

4 CURSO DE GRADO DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

15 DE MAYO DE 2015

DIRECTORA: MARÍA DEL CARMEN GETE ALONSO

ÍNDICE:

ABREVIACIONES:	4
0. INTRODUCCIÓN:	5
1. CONSIDERACIONES GENERALES:	6
1.1. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA POTESTAT PARENTAL:	6
1.2. CONCEPTO DE GUARDIA Y CUSTODIA:	8
1.3. TIPOS DE CUSTODIA:	10
1. 3. 1 <i>La custodia exclusiva, unilateral o individual:</i>	10
1. 3. 2 <i>Custodia compartida:</i>	10
2. EVOLUCIÓN NORMATIVA SOBRE LA CUSTODIA:	13
3. CARACTERÍSTICAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA:	16
3.1 CONCEPTO DE CUSTODIA COMPARTIDA:	16
3.2. VERTIENTE PERSONAL:	19
3.2.1 <i>Relación conflictiva entre los progenitores:</i>	19
3.2.2. <i>El reparto del tiempo:</i>	21
3.3. VERTIENTE MATERIAL:	25
3.3.1. <i>La obligación de prestar alimentos:</i>	25
3.3.2. <i>Vivienda familiar:</i>	26
4. RÉGIMEN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA:	29
4.1 NORMATIVA ESTATAL:	29
4.1.1. <i>Régimen de la guarda compartida consensuada:</i>	29
4.1.2. <i>Régimen de la guarda compartida no consensuada:</i>	32
4.1.2.1. <i>“Excepcionalmente”:</i>	32
4.1.2.2. <i>“A instancia de una de las partes”:</i>	33
4.1.2.3. <i>“Informe favorable del Ministerio Fiscal”:</i>	34
4.1.2.4. <i>“Sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”:</i>	36

4.1.3. Cuestiones comunes a ambos regímenes:.....	37
4.2. NORMATIVA CATALANA:	40
4.2.1. La responsabilidad parental:	40
4.2.2. El pan de parentalidad:	41
4.2.3 El ejercicio de la guarda:.....	42
4.2.4. Criterios para determinar la forma de ejercer la guarda:	44
5. CONCLUSIONES:	49
6. BIBLIOGRAGFÍA:.....	52
6.1. MONOGRAFIAS Y ARTÍCULOS DOCTRINALES:.....	52
6.2. PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS:.....	53
3.3. SENTENCIAS Y AUTOS CONSULTADOS:	54
3.4. ANTEPROYECTOS, LEYES Y REALES DECRETOS:	57
7. ANEXO: ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y OTRAS MEDIDAS A ADOPTAR TRAS LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA.	58

ABREVIACIONES:

- Art [s]: artículo [s].
- nº: número.
- p [pp]: página [páginas]
- Cit: cita a.../ cita por..., según el contexto.
- CC: Código Civil.
- CCCat: Código Civil de Cataluña.
- CE: Constitución Española.
- TS: Tribunal Supremo.
- TC: Tribunal Constitucional.

0. INTRODUCCIÓN:

Tras la ruptura matrimonial se presenta ante las familias una nueva situación que conlleva la toma de decisiones, fundamentales para que las nuevas relaciones entre los cónyuges y de éstos con sus hijos sean las más idóneas. De estas destacamos la elección del sistema de guarda y custodia que en adelante ejercerán los padres para con sus hijos. Decisión que debe de ejercerse siempre bajo el principio de interés del menor, puesto que el niño/a, que es ajeno a esta situación, es uno de los sujetos que se encuentran más afectados, y normalmente el más débil, por ello se ha de encontrar el sistema que en el futuro procure que el menor tenga una vida más equilibrada.

En nuestro ordenamiento jurídico se establece que, en la medida de lo posible, sean los progenitores los que acuerden el sistema de guarda y custodia que crean más conveniente, porque ellos son los que mejor conocen su situación. Así pues, bajo consenso, pueden decidir entre establecer la custodia compartida o bien una custodia exclusiva a un progenitor con derechos de visitas al otro.

En el caso que esta decisión no fuera posible, ya sea porqué los progenitores no se ponen de acuerdo o porqué el Juez crea que es contraria al interés del menor, el Juzgador tendrá plenas facultades para decidir el tipo de guarda y custodia que deberá de llevarse a cabo. Decisión que no será arbitraria, sino que se basará en el principio de *favor filii* y en los requisitos expuestos en el artículo 92 del Código Civil, excepto en el caso de tener derecho civil propio, como sucede en Cataluña, que se basará en los artículos del 233-8 al 233-11 del Código Civil de Cataluña.

En este trabajo se realiza un estudio, tanto doctrinal como jurisprudencial, sobre el sistema de guarda y custodia compartida. Pero previamente tenemos un primer apartado, el de consideraciones generales, que trata los aspectos que se deben de conocer antes de analizar la guarda y custodia compartida. Concretamente encontramos los principios que rigen la responsabilidad parental y que afectan al momento de establecer la guarda y custodia, al concepto de guarda y custodia y las clases de guarda reguladas doctrinalmente y que podemos llevar a cabo.

Seguidamente, después de un apartado referente a la evolución normativa, se abordan las cuestiones tanto conceptuales, como personales y materiales de la custodia compartida. En primer lugar se hace referencia a las distintas teorías que se han desarrollado, a falta de definición específica en el Código Civil, y que hacen referencia al concepto de guarda y custodia compartida. Referente a la vertiente personal, aparece, por un lado, la necesidad de que los progenitores tengan un mínimo de comunicación y relación, y por otro lado, las distintas concepciones respecto al reparto temporal que deben de ejercer los progenitores. Por último, respecto al ámbito material, se desvirtúa la premisa de que con la custodia compartida no caben alimentos y se hace referencia a las distintas formas de reparto de la vivienda familiar.

Para finalizar, en el cuarto apartado, encontramos un análisis legal, tanto del artículo 92 del Código Civil como los artículos del 233-8 al 233-11 del CCCat, complementados con jurisprudencia y doctrina que interpretan y aclaran las normas.

1. CONSIDERACIONES GENERALES:

1.1. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA POTESTAT PARENTAL:

Según el artículo 92.1 de Código Civil y en el 233-8.1 del Código Civil de Cataluña, tanto en la separación, como en el divorcio o en la nulidad, los padres siguen teniendo las mismas obligaciones para con sus hijos. No obstante, otro aspecto es definir quien tendrá la guarda y custodia, y en este sentido hemos de tener presente lo siguiente:

- El principio de *favor filii*, en el sentido de que *“todas las medidas contenidas, en cuanto a los hijos [...] van encaminadas a que el daño que la sentencia de nulidad, separación o divorcio pueda producirse sea el menor posible a que aquella no les acarree perjuicios y a que, en su nueva situación, los hijos queden en la forma que sea más conveniente con sus*

propios intereses.”¹ Por consiguiente, deberá de establecerse en función del beneficio del menor.

Este principio lo encontramos recogido, dentro del artículo referente a la guarda y custodia tras la nulidad, separación y divorcio (artículo 92 del Código Civil), únicamente en el apartado 4 y 8. No obstante, *“resulta obvio que esa misma ha de ser la regla de actuación en los apartados 5, 6 y 7. La doctrina sugiere que hubiera sido más conveniente proclamar con carácter general el reconocimiento del favor filii como criterio rector de todas las actuaciones relativos a los hijos menores”*.²

Pero además del CC, se encuentra expresado en el artículo 233-8.3 del CCCat; en el artículo 5 de Ley 1098/2006, de 8 de noviembre, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, y en el artículo 39 de la CE, donde se habla de la protección integral del menor.

- El principio de la audiencia de los hijos siempre que estos tengan más de 12 años o en su defecto, tengan suficiente conocimiento. En este aspecto decir que la audiencia se realiza a puerta cerrada y que *“la opinión del niño no es vinculante y no constituye razón suficiente para la determinación del sistema de custodia, sino más bien constituye un elemento adicional que debe ser analizado con otros”*³. Sobre todo por el hecho de que el menor es fácilmente influenciable.

El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recoge el derecho del niño a ser oído en asuntos de su

1 LACTUZ BERDEJO, Jose Luís; SANCHO REBULLID, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos del Derecho Civil IV Familia*, 4ª edición. Madrid: DYKINSON, 2010, p. 98

2 PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*. Barcelona: Bosch, 2009, p. 54

3 ECHEVARRÍA GUEVARRA, Karen Lissette, *La guarda y custodia compartida de los hijos*, Doctorado Problemática Actual del Derecho de Familia (2011), p.53, en: <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/20323/1/20702863.pdf>

interés elevándolo a una categoría de derecho fundamental. Pero además, es un principio que aparece en los artículos 92.2 de CC, el 236-11 del CCCat, el 92.3 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y el artículo 5 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia.

- Principio de no separación de los hermanos tras la nulidad, separación y divorcio de sus padres, que podemos encontrarlo en el artículo 92.4 del CC y el 233-11.2 del CCCat.

1.2. CONCEPTO DE GUARDIA Y CUSTODIA:

La separación, la nulidad y el divorcio conllevan la división de la convivencia familiar, la cual hace necesaria, entre otras consecuencias, establecer la persona a la que se le asignará la responsabilidad de convivir con el menor, así como de cuidarlo, asistirlo y proporcionarle atenciones, que es lo que se conoce como guarda y custodia. No existe un concepto único sobre la guarda y custodia, el TS, en la sentencia de 19 de octubre de 1983 la identificó como la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía y puntualizó, en el considerando segundo, que era parte integrante de la patria potestad. Pero también podría definirse como aquella *“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”*.⁴

Por otro lado Campo Izquierdo la define como *“un derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día”*⁵. No obstante, hemos de tener en cuenta que en una situación “normal” la guarda y custodia se ejercen de forma simétrica y por tanto no parece que haya diferencias entre ellas, no obstante, bajo la ruptura estos dos conceptos quedan diferenciados y separados. Por tanto hemos de saber

4 RAGEL SÁNCHEZ, Luís Felipe, *La guarda y custodia de los hijos*, Revista de Derecho Privado y constitución, número 15 (2010), p. 289.

5 CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?, en *Diario la Ley*, número 7206, Sección Tribuna (2009), p.1.

distinguir entre la potestad parental y la custodia. El primero es el conjunto de *“derechos y deberes que cada progenitor tiene en relación con sus hijos”*⁶ y que se caracterizan por ser irrenunciables e indisponibles. Mientras que la custodia tiene por objeto *“el cuidado, desarrollo y educación integral de los mismos. Comprende la guarda, representación y la administración de sus bienes.”*⁷.

Por tanto con la separación podemos encontrarnos con que un padre siga teniendo de forma plena la potestad parental, puesto que es irrenunciable e indisponible, pero tenga limitada la guarda y custodia.

Una vez definido el concepto, hemos de saber que los procedimientos matrimoniales pueden ser de mutuo acuerdo o contradictorios, y en ambas pueden darse medidas provisionales previas (que se deben de establecer antes de la demanda y son voluntarias a instancia de las partes), las provisionales (que se llevarán a cabo durante el juicio) y las definitivas.

En ambos casos las partes han de presentar un plan de parentalidad donde se propondrá la forma de custodia para los hijos, la educación, el régimen de visitas... De tal forma que en el caso del procedimiento contradictorio, cada una de las partes, junto con la demanda y la contestación, propondrán uno. Y el juez, teniéndolos en cuenta, decidirá lo que crea más conveniente para el menor.

Por otro lado, en el caso que sea de mutuo acuerdo las partes deberán de aportar un convenio regulador, en el cual se incluirá el plan de parentalidad. De tal forma que, siempre que no sea perjudicial para el menor, el juez aprobará dicho convenio en la sentencia. Y si no lo aprueba, se concederá un plazo para que las partes vuelvan a proponer otro plan, y en el caso que este segundo se vuelva a rechazar será el juez quien decidirá.

6 Diccionario jurídico de mas que abogados:
<http://www.masqueabogados.com/component/k2/item/5329-guarda-y-custodia-patria-potestad.html>

7 Diccionario jurídico de mas que abogados:
<http://www.masqueabogados.com/component/k2/item/5329-guarda-y-custodia-patria-potestad.html>

1.3. TIPOS DE CUSTODIA:

La guarda y custodia del hijo puede ejercerla uno de los progenitores, ambos o incluso, en caso que nos encontremos en una suspensión de la potestad parental, puede atribuirse a sus abuelos o otros parientes, a personas próximas o en su defecto a una institución idónea⁸.

En segundo lugar hemos de tener en cuenta que la ley no nos ha establecido en ningún momento los tipos de custodia, por ello, nos encontramos con terminologías y clasificaciones muy diversas. No obstante, nosotros reduciendo al máximo los tipos de modelos, distinguiremos entre custodia individual y compartida.

1. 3. 1 La custodia exclusiva, unilateral o individual:

Se caracteriza por atribuir la guarda y custodia del menor a uno de los progenitores, que será con el que conviva de forma habitual, *“y un régimen de visitas a favor del otro, el cual deberá de contribuir habitualmente al mantenimiento de los hijos mediante una pensión.”*⁹ De tal manera que los dos progenitores no compartirán de forma igualitaria el período de convivencia que tendrán con los menores.

Dentro de este modelo tenemos la custodia partida, la cual se caracteriza por el hecho de que *“algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro”*¹⁰. Por tanto los progenitores tendrán la función de guardadores de unos menores y derecho de visitas de otros.

1. 3. 2. Custodia compartida:

Se caracteriza por atribuir *“a ambos progenitores de forma alterna, de manera que cada uno de ellos vendrá ejerciendo las funciones de guarda y custodia*

⁸ Artículo 233-10.4 del Código Civil de Cataluña.

⁹ CATALÁN FRÍAS, Maria José, *La custodia compartida*, p.66, en:
<http://repositorio.ucam.edu/jspui/bitstream/10952/574/1/La%20custodia%20compartida.%20Mar%C3%ADa%20Jos%C3%A9%20Catal%C3%A1n%20Fr%C3%ADas.pdf>

¹⁰ Artículo 96 del Código Civil

durante un período concreto y variable de tiempo, durante el cual convivirá habitualmente con los hijos, traspasando al otro progenitor el testigo de esta situación al término en que tiene encomendado el cuidado de aquéllos."¹¹

El problema es que hay distintas formas de custodia compartida en función de la atribución del uso de la vivienda familiar y del reparto del tiempo. Formas que además han sido divididas y nombradas por diversos autores de maneras muy diversas, no obstante, distinguiremos entre:

En primer lugar, la custodia compartida en sentido amplio, en la cual *"los progenitores se reparten la custodia sin coincidir físicamente entre ellos y a lo largo de periodos alternos más o menos largos. En este caso, como los periodos de alternancia son mayores, los progenitores no solo realizan cada uno unilateralmente determinadas tareas [...] sino también la toma de casi todas las decisiones ordinarias y cotidianas durante ese periodo."*¹² En esta custodia, hemos de diferenciar entre dos casos:

1. Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar, por tanto, los hijos viven siempre en la vivienda familiar y serán los padres los que se van alternando para residir con sus hijos. Tal y como nos muestra Karen Lissette Echevarría, esta forma tiene la ventaja de que el menor no debe de cambiar de entorno puesto que siempre se mantiene en la misma casa. Pero también tiene sus inconvenientes, puesto que por un lado conlleva un gran gasto económico, en el sentido de que ambos progenitores además de mantener la vivienda familiar deben de poseer su propio domicilio, y por otro lado porque tanto el padre como la madre tienen distinta formas de vida en cuanto al orden y la limpieza de la casa.
2. Custodia compartida con traslado de los hijos a las viviendas de cada uno de los progenitores, no obstante, para ello es necesario que los progenitores

11 MARIANO IZQUIERDO, Tolsada; CUENA CASAS, Matilde, *Tratado de Derecho de Familia*, Navarra: Aranzadi, 2012, p.420.

12 PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*, cit., p. 44.

vivan cerca. Ha habido un debate social sobre si esta custodia es más o menos beneficiosa que la anterior, puesto que a la vez que tiene inconvenientes también presenta ventajas.

Por un lado tenemos los que consideran que *“los cambios de residencia producen inseguridad e inestabilidad emocional [...] y previsiblemente contradictorias en cuanto a la forma de educarlos; actitudes que provocan continuos conflictos personales”*¹³. Y por otro lado los que creen que *“este sistema favorece la continuidad de la maternidad y paternidad responsable y se tutela el derecho del hijo a seguir contando de forma real y efectiva con un padre y madre.”*¹⁴

En segundo lugar la custodia compartida en sentido estricto o legal, en la que se atribuye la custodia a la madre o al padre como principal cuidador, pero estableciendo con el otro progenitor una libre relación con los menores de forma que se implique en las atenciones diarias, tales como llevarlos al colegio. Lo característico *“es que se trata de crear la ficción consistente en procurar el mantenimiento de una normalidad familiar que realmente se ha perdido.”*¹⁵

En este precepto *“no cabe entender que los hijos, pasen a vivir con uno y otro progenitor repartiéndose por periodos iguales, sino que todas las concepciones doctrinales, sobre esta cuestión giran en torno a un mayor grado de implicación del cónyuge no conviviente en las cuestiones relativas al cuidado y educación de los hijos,”*¹⁶ con una participación más activa que en la custodia exclusiva.

En tercer lugar otras variantes que se engloban en la custodia compartida:

13 ECHEVARRÍA GUEVARRA, Karen Lisette, *La guarda y custodia compartida de los hijos*, cit., p.84

14 ECHEVARRÍA GUEVARRA, Karen Lisette, *La guarda y custodia compartida de los hijos*, cit., p.86

15 PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*, cit., p. 43.

16 PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*, cit., p. 43.

1. El caso en el que ambos menores siguen viviendo en el mismo domicilio y compartiendo permanentemente la custodia de los hijos.
2. La custodia compartida simultanea: en este caso la vivienda familiar se divide en dos dependencias distintas, *“permitiendo que los hijos puedan, indistintamente, estar en una u otra de ellas, o incluso, compatibilizando algunos espacios.”*¹⁷

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA SOBRE LA CUSTODIA:

Tanto la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 como el Código Civil de 1889 para designar la custodia del menor tras la separación (todavía no se permitía el divorcio), lo hacían aplicando un criterio de culpabilidades. De tal forma que el menor se quedaba con el cónyuge no culpable, y si ambos lo eran, se establecía un tutor o curador, excepto que el niño tuviera menos de 3 años, en cuyo caso debía de estar bajo la custodia la madre. Además el Código Civil incorporaba que, en el caso que ambos sean inocentes, los varones, siempre que sean mayores de 3 años, se quedarían bajo el cuidado del padre, mientras que las niñas al de la madre.

Durante la Segunda República, en 1932 se promulgó la primera Ley del Divorcio, que incorporó aspectos muy novedosos al diferenciar entre:

- El divorcio sin culpables o la fórmula de mutuo disenso, que se establecía en los supuestos de separación de hecho en distintos domicilios por más de tres años.
- El divorcio sanción, que implicaba la alegación por uno de los cónyuges de las causas de culpabilidad (establecidas en su artículo 3) llevadas a cabo por la otra parte, y asignaba la custodia en base al mismo método utilizado por las leyes precedentes, es decir, atorgándola al cónyuge no culpable. Aunque si el menor tenía menos de 5 años la custodia era para la madre.

17 ECHEVARRÍA GUEVARRA, Karen Lissette, *La guarda y custodia compartida de los hijos*, cit., p.80

- El divorcio republicano, que preveía la posibilidad de que los padres acordaran la custodia del hijo e imponía la obligación mutua de pensión de alimentos.

No obstante, este progreso hizo un retroceso cuando, con el régimen franquista no solo se derogó la ley, sino que se anularon las sentencias de divorcio por considerar que el matrimonio era único e indisoluble. El 25 de abril de 1958 se vuelve a modificar el Código Civil con una nueva ley, de la cual destacamos por un lado el artículo 70, referente a la nulidad matrimonial, y por otro el 73, que recoge la separación instada únicamente por el cónyuge inocente. En este caso la asignación de la custodia parte del mismo principio de culpabilidad, asignándola al progenitor no culpable, a no ser que el menor tuviera menos de 7 años, puesto que en este caso se consideraba que debía de estar bajo la custodia de la madre.

Con la transición democrática se promulgó la Constitución Española de 1978, la constitución vigente actualmente, que introduce un seguido de derechos y deberes de los ciudadanos. Uno de estos derechos es el del artículo 32, el cual establece lo siguiente:

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

Así pues vemos que a la vez que se reconoce el matrimonio también se prevé la separación y la disolución del matrimonio (divorcio), y que estos han de estar regulados en una ley. Por ello, en 1981 es aprobada la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

En este caso se establecía que, si bien era posible divorciarse, era necesario que se cumpliesen dos requisitos. Por un lado, se requería que previamente se hubiera instado la separación, teniendo presente que esta debía de iniciarse como mínimo

un año después a la celebración del matrimonio. Y por otro lado, que hubiera pasado otro año desde la demanda de separación, o bien que hubieran estado separados de forma física durante al menos dos años antes de pedir el divorcio.

Por lo que respecta a la guarda y custodia, se preveía que los padres estableciesen un convenio regulador, partiendo de la base de que quien finalmente decidía era el Juez, en base al interés del menor, (art. 92 CC) y audiencia de los mayores de 12 años. En esa época la custodia compartida no se contemplaba y por consiguiente se establecía a favor de un solo progenitor con derechos de visitas del otro. Teniendo presente que la ley preveía que los menores de 7 años, salvo por motivos especiales, debían de quedar bajo el cuidado de su madre.

Finalmente el criterio de preferencia para los menores de cierta edad fue eliminado con la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que, tal y como su nombre indica, tiene el objetivo de aplicar el principio constitucional de igualdad (art. 14 de la CE) y suprimir las discriminaciones por razón de sexo. Esta ley declaró que el criterio de preferencia a favor de la madre para los menores de 7 años era discriminatorio y que por consiguiente el Juez, independientemente de la edad de los menores, debería de decidir, en beneficio de los hijos, a cual de los dos progenitores le correspondía la custodia.

Por último la Ley 15/2005, de 8 de julio de 2005, por la que se modifican el Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, reconoce por primera vez la posibilidad de divorciarse directamente, sin necesidad de previa separación judicial o de hecho. Pero además también incluye una nueva figura, la guarda y custodia compartida. Esta figura fue introducida por el Gobierno para hacer frente a las persistentes reclamaciones de las asociaciones de padres solteros. Lamentablemente, la mayoría de sus miembros no la pedían con el objetivo de poder estar más tiempo con sus hijos, sino porque tenían la inequívoca pretensión de que con ella no iban a pagar alimentos. Pero independientemente de la finalidad para la que la pidieran, se estableció lo siguiente: *“se acordará el ejercicio compartido de la guarda custodia de los hijos*

cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. [...]".¹⁸

No obstante antes de esta regulación los tribunales ya aplicaban la guarda y custodia compartida. Un ejemplo de ello podemos verlo en la sentencia 279/2003 de 14 octubre de la Audiencia Provincial de Castellón donde se establece que, tal y como declaró la SAP de Palencia de 10 de febrero de 1999 "*el art. 90 y 92 del Código Civil (sic) /a/ regular la opción de custodia de los hijos en supuesto de separación o divorcio de los padres no prevé en concreto la posibilidad de que la custodia pueda ser concedida de forma compartida al padre y a la madre, aunque tampoco lo prohíbe*".

Pero no es la única resolución que lo contempla, también tenemos la sentencia 108/2001 de 25 febrero de la Audiencia Provincial de Girona donde se concede la guarda y custodia de la menor de forma compartida, entre muchas otras.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA:

3.1 CONCEPTO DE CUSTODIA COMPARTIDA:

Dejando a un lado las definiciones doctrinales que pueden aparecer en varios manuales, no encontramos una descripción ni en los diccionarios jurídicos ni en el Código Civil. El único que contempla esta definición es la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunidad Valenciana, que en su apartado tercero contiene lo siguiente: "*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*

¹⁸ Artículo 92 del Código Civil tras la modificación por la Ley de divorcio de 2005.

decisión judicial.”¹⁹ No obstante, este código solamente se aplica en la Comunidad Valenciana, y por ello, en el resto de comunidades, todavía podemos encontrarnos con confusiones terminológicas

Por un lado hay quienes consideran que *“todas las concepciones doctrinales sobre la custodia compartida giran en torno a un mayor grado de implicación de ambos cónyuges en las cuestiones relativas al cuidado y educación de los hijos. Desde este punto de vista, y no desde el reparto temporal, es como se ha de contemplar la custodia compartida.”*²⁰. Y que por tanto *“la custodia compartida, basada en la coparentalidad responsable, no tiene nada que ver con la custodia por periodos repartidos, puesto que el contenido semántico del verbo repartir es muy distinto del de compartir.”*²¹ Esta premisa es la más mayoritaria, tanto en el ámbito jurisprudencia como en el doctrinal, y se basa a una interpretación literal del concepto, puesto que, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, custodia es la *“acción y efecto de custodiar”*, teniendo presente que custodiar implica *“guardar con cuidado y vigilancia”*. Mientras que compartida supone *“repartir, dividir, distribuir algo en partes”*. Por ello consideran que custodia compartida es el hecho de cuidar y vigilar a los hijos de forma repartida, dividida o distribuida.

No obstante, hay otro sector, sobretudo doctrinal, que determina que el rasgo distintivo entre la custodia compartida y la monoparental no es la alternancia en la convivencia, puesto que en el caso de la custodia individual, los progenitores que no tienen la guarda y custodia, también convivirán con los hijos durante el período asignado a la visita. Pero en la práctica, tampoco lo es el hecho de que los dos progenitores deban de ejercer las responsabilidades de forma conjunta, dado que como hemos dicho, con la disolución matrimonial los progenitores no dejan de

19 Artículo 3.a. de la LEY 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

20 España. Audiencia Provincial de Toledo (sección 1ª). Sentencia nº 26/2005, de 2 de febrero.

21 España. Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12ª). Sentencia nº 696/2006 de 20 de diciembre.

tener responsabilidades. Y por tanto, si bien es cierto que el progenitor guardador está más tiempo con el hijo y por tanto se ocupa en mayor medida de su educación y cuidado, en los períodos de visita el otro progenitor deberá de hacer lo mismo.²²

Lo que los distingue es la duración de los tiempos de convivencia, puesto que en la custodia compartida estos tiempos, que pueden ser más o menos prolongados, se darán igual a ambos progenitores, mientras que en la individual, con quien convive habitualmente el menor es con el que tiene la custodia.²³

Esta segunda definición es la seguida, entre otros, por el abogado Jose María Castro Soto, que declara que *“la custodia compartida es una fórmula de consenso entre progenitores para ejercer en igualdad de condiciones las responsabilidades propias de la guarda sobre los hijos, aunque en la práctica, se ha venido traduciendo en una cuestión de tiempos, de forma que se da el nombre de custodia compartida a aquellos casos en que los progenitores pasan la mitad del tiempo cada uno de ellos con los hijos. Con la guarda compartida en la forma que está regulada, se está pensando además de en un reparto igualitario de tiempos, en un ejercicio conjunto o permanentemente consensuado de todo aquello que afecta a los hijos.”*²⁴ Así como el de la Audiencia Provincial de Málaga, que en la sentencia 200/2013, de 27 de marzo, la cual manifiesta que la custodia compartida o alternada consiste esencialmente en que el hijo convive con cada progenitor por periodos alternos o sucesivos, de tal forma que el guardador será el padre o la madre, dependiendo del periodo de que se trate.

22 MARIANO IZQUIERDO, Tolsada; CUENA CASAS, Matilde, *Tratado de Derecho de Familia*, cit., p. 420.

23 MARIANO IZQUIERDO, Tolsada; CUENA CASAS, Matilde, *Tratado de Derecho de Familia*, cit., p. 420.

24 CASTRO SOTO, Jose María (abogado especialista en derecho de familia y miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia), en entrevista efectuada vía correo electrónico.

3.2. VERTIENTE PERSONAL:

3.2.1 Relación conflictiva entre los progenitores:

Uno de los argumentos utilizados para denegar la custodia compartida, es el hecho de que los progenitores tengan entre ellos una mala relación. Ello se produce porque este tipo de custodia lleva implícita la necesidad de que los padres se pongan de acuerdo para la toma de decisiones importantes respecto a la vida diaria del menor. Dado que la existencia de *“una buena relación entre los progenitores puede paliar, compensar o desvirtuar la disfunción del marco vital de los menores que supone la alternancia periódica de entornos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica”*.²⁵

No obstante el Tribunal Supremo ha establecido en la sentencia de 22 de julio de 2011 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.”*²⁶

Lo cual lleva a considerar que el Tribunal Supremo no deniega la custodia compartida por cuestiones relacionadas con la mala relación entre los cónyuges. Pero, este tribunal en 2014 dictó una sentencia que fue muy polémica por denegar la custodia compartida solicitada por el padre y exponer lo siguiente: *“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/ aptitudes 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”*²⁷ Fue muy polémica en el sentido de que la población consideró que cuando haya conflicto se denegará la custodia compartida, pero lo que dice realmente es que *“que ésta se desaconseja cuando,*

²⁵ PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*, cit., p.77.

²⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª). Sentencia nº579/2011 de 22 de julio.

²⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº619/2014 de 30 de Octubre.

*analizado el caso concreto, se constate que dicha situación de falta de entendimiento de los progenitores perjudica el interés del menor, que es el que debe primarse y protegerse con cualquier sistema de guarda que se adopte y no sólo con el de custodia compartida.”*²⁸

En segundo lugar se ha de tener en cuenta que la relación conflictiva de los progenitores, además del supuesto clásico en la que los progenitores no se pueden ni ver, entre otros casos, puede venir dada por acusaciones por parte de uno de los progenitores referentes a que la otra parte consume drogas, es una persona irresponsable... además de la posibilidad de que una de las partes inste un proceso penal contra la otra parte ya sea por malos tratos, abusos... Y esta situación sí que hace muy difícil el dar la custodia compartida en el sentido que los progenitores *“se encuentran duramente enfrentados hasta el punto que manifiestan su recíproca y mutua desconfianza respecto al cuidado que cada cual prodiga a la menor; [...] los litigantes parecen incapaces de consensuar las decisiones más nimias tendiendo a recurrir constantemente al arbitrio judicial.”*²⁹

Aunque también se puede producir por dificultades para llegar a acuerdos, en los casos más extremos en los que los padres no llegan o no quieren llegar, por las razones que sean, a consenso, como en el caso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el que se deniega la custodia compartida por no existir *“una comunicación fluida entre padre y madre, que considera fundamental,[...] porque son muchas y diarias las pequeñas incidencias que se plantean en la vida cotidiana y que han de resolverse rápida y eficazmente”*.³⁰

Pero recordemos que, tanto el Tribunal Supremo, como el mismo Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, señalan que no debe *“desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación*

28 CASTILLA, Margarita, “¿Hay derecho?, Blog sobre actualidad jurídica y política”, en: <http://hayderecho.com/2015/02/10/conflictividad-entre-progenitores-y-custodia-compartida-2/>

29 España. Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6). Sentencia nº387/2006 de 23 de octubre.

30 España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª. Sentencia nº13/2012 de 6 de febrero.

cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (art. 79.2 CF)”³¹

3.2.2. El reparto del tiempo:

“La guarda y custodia compartida es aquella en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria, del cuidado, atención y educación de los hijos. “³² Por tanto, vemos, y así lo demuestran los tribunales, que la forma en la que se reparten el tiempo los progenitores es fundamental. No obstante no tenemos ninguna norma que nos regule como se ha de realizar. Por ello se entiende que “el silencio de la Ley sobre este punto permite al Juez separarse de la regla general y establecer una custodia compartida pero con períodos de convivencia de distinta duración con cada progenitor.”³³

Con ello nos encontramos con que la custodia compartida, como bien nos indica la Confederación Estatal de padres y madres separados, tienen dos modalidades:

Por un lado la dilatación del régimen de visitas, puesto que, tal y como declara la Audiencia Provincial de Barcelona, la estancia de los hijos con sus padres *“no ha de traducirse matemáticamente en una distribución matemática del tiempo, sino en una asunción equitativa de las responsabilidades, ajustadas a las necesidades del menor, en relación con la disponibilidad de tiempo para dedicarle al mismo de cada uno de sus padres, y siempre presidida por los mecanismos de flexibilidad y entendimiento.”³⁴*

Por tanto el tiempo no ha de ser necesariamente igual entre ambos progenitores. *“Existe el mito de que la Custodia Compartida es el reparto equitativo del tiempo*

³¹ España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª). Sentencia nº 9/2010 de 3 de marzo.

³² CATALÁN FRÍAS, María José, *La Custodia Compartida*, cit. p. 68.

³³ MARIANO IZQUIERDO, Tolsada; CUENA CASAS, Matilde, *Tratado de Derecho de Familia*, cit., p. 422.

³⁴ España. Sentencia AP BCN de 16 de mayo de 2006, en libro de DELGADO DEL RIO, Georgio, *la custodia de los hijos, la guarda compartida: opción preferente*. Navarra, editorial Thomson rueters, civitas, 2010. p. 138.

de convivencia del niño con cada uno de sus padres, sin embargo [...] se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límite temporales.”³⁵

Esta modalidad es la que defiende el anteproyecto de ley, pero que podemos encontrar también en la actualidad en diversas sentencias, como por ejemplo:

- En la sentencia de 15 de setiembre de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dice que *“La medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, así lo establece nuestro CCCat, y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según sea el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres, por lo que la denominada guarda compartida no exigirá siempre un reparto igualitario del tiempo de convivencia*”³⁶
- En la sentencia de 2 de abril de la Audiencia Provincial de Navarra, que declara que *“el establecimiento de un sistema de custodia compartida, no comporta necesariamente un reparto igualitario de los tiempos de estancia en régimen ordinario [...]. El mismo se ha de adecuar a la protección del superior interés de las personas menores de edad*”³⁷.

La segunda modalidad es la que defiende que se ha de proceder a la división del tiempo de permanencia con cada progenitor en intervalo. Concretamente la legislación Francesa considera que lo más beneficioso para el niño es establecer los períodos de alternancia por semanas. Pero, en nuestro país, los defensores de la CC (Asociaciones de Padres de Familias Separados) han propuesto lo siguiente:

35 RODRIGUEZ, Taylin en <http://www.monografias.com/trabajos28/custodia-compartida-disolucion-familiar/custodia-compartida-disolucion-familiar.shtml#a6#ixzz3XmFfkog9>

36 España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18). Sentencia 597/2014 de 15 de setiembre

37 España. Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2). Sentencia 50/2009 de 2 de abril.

1. En primer lugar hacen primar la distribución temporal que los padres puedan pactar de mutuo acuerdo en función de su situación personal.
2. En el caso de los niños de corta edad proponen una alternancia inferior a la semanal, es decir, que se distribuyan por días o por periodos de tres días y medio.

En este sentido hay jueces que han optado por dividir la semana e incluso alguna sentencia se ha declarado la custodia para uno por la mañana y para otro por la tarde. Un ejemplo es la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 14 de noviembre de 2003, la cual, por motivos laborales, atribuye la custodia de la madre por la mañana y la del padre por la tarde.

3. Para los mayores de cinco años consideran que la fórmula más sencilla es la distribución semanal.
4. La fórmula de la alternancia quincenal o la mensual (los pares con uno y los impares con el otro), tenido presente que durante el período en el que un progenitor no tenga al niño se ha de acordar un régimen de visitas de fines de semana o una o dos tardes por semana.
5. Que el niño pase con un padre los días lectivos y con el otro los no lectivos y períodos vacacionales. Pero en las vacaciones de verano el niño debería de estar algunos días con el progenitor con el que esté en los días lectivos.

Aunque esta fórmula no es la más adecuada y se aleja un poco de la voluntad de la custodia compartida, es la ideal para los casos en los que los progenitores tengan los domicilios muy separados uno del otro.³⁸

6. La alternancia de los padres, es decir, que el niño permanezca siempre en el mismo domicilio familiar y sean los padres los que, según el tiempo que se haya establecido, se distribuyan y convivan con el niño en el domicilio.

Tal y como podemos ver, el hecho de que un progenitor tenga la custodia del niño durante ese período no impide que el otro progenitor no pueda estar con él, ya que

38 CATALÁN FRÍAS, María José, *La Custodia Compartida*, cit. p. 68.

el artículo 94 CC establece un régimen de visitas y comunicación para “*el progenitor que no tenga consigo a su hijo*”. Por tanto, de la interpretación literal del precepto, llegamos a la conclusión de que estos períodos deberá también tenerse en cuenta en la custodia compartida “*por breves que sean los períodos de tiempo que se extienda la alternancia. Pese a ello, [...] siempre que los tiempos sean especialmente breves (semana o media semana), debería imponerse una interpretación lógica y teleológica de la norma, permitiendo que la discrecionalidad del Juez a la hora de determinar el tiempo, modo y lugar de ejercicio o derecho, le permitiera suspenderlo en aras del favor fili*”.³⁹

Por último quisiera añadir que hay un sector de la doctrina y de la jurisprudencia que declaran que la edad del niño debe de tenerse en cuenta. “*Así Poussin y Lamy, a partir de estudios realizados en Francia establecen que “el ritmo de la custodia compartida debe adaptarse a la edad del hijo y a sus necesidades. En este sentido se considera que a los bebés y niños más pequeños no les va bien el régimen de custodia paritaria, y que los padres deberían optar por un sistema [...]con separaciones iniciales más bien cortas.”*⁴⁰ En esta misma línea, los estudios de psicología infantil del *Children's Rights Council* nos da unas pautas, no obligatorias, sobre el reparto que consideran más beneficioso para los menores en función de su edad:

- Los menores de un año deberían de mantener contacto diario con ambos.
- Entre el año y los dos se puede empezar con contactos por días alternos.
- Entre los dos y los cinco años no se debería de pasar más de dos días seguidos sin ver a los progenitores.

39 MARIANO IZQUIERDO, Tolsada; CUENA CASAS, Matilde, *Tratado de Derecho de Familia*, cit., p. 423.

40 AJAMIL, Isabel (licenciada en derecho y medidora) en:
<http://ccompartida.blogspot.com.es/2007/10/la-custodia-compartida-y-el-reparto-de.html>

- De los cinco a los nueve años se considera que lo adecuado es la alternancia semanal, pero con medio día de convivencia con el otro progenitor.
- A partir de los nueve años ya puede establecerse la convivencia semanal sin necesidad de establecer, en este período, una convivencia con el otro.

3.3. VERTIENTE MATERIAL:

3.3.1. La obligación de prestar alimentos:

En debate social se ha reprochado el hecho de que haya un alto número de la población que asocie la custodia compartida con la no obligación del pago de alimentos. Sin embargo dicha pretensión es completamente falsa puesto que, *“la obligación de prestar alimentos a los hijos es inherente a la paternidad y maternidad, es una materia de ius cogens y, en consecuencia, no disponible por las partes (Arts. 110, 142 y 154 CC y art. 752 LEC).”*⁴¹

Pero, aunque todos estén de acuerdo en que durante la custodia compartida cabe la atribución de alimentos, ni la ley ni la jurisprudencia ha establecido una única forma de llevar a cabo esta obligación. Por ello hay distintas teorías al respecto.

Por un lado hay quienes consideran que, cuando las partes no se ponen de acuerdo, el sistema más conveniente es el de crear un fondo común o una cuenta corriente entre ambos progenitores donde las partes ingresen una cantidad de dinero, que debe de ser proporcional a su capacidad económica, y de este fondo se proceda a pagar tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios. Esta es la solución que podemos encontrar, entre otras, en la sentencia número 515/2006 de 29 de noviembre de 2006 dictada por la Audiencia Provincial de Baleares, la 154/2005 de 27 de julio de 2005 de la Audiencia Provincial de Tarragona...

Otra manera de llevar a cabo los alimentos es la de que cada progenitor asuma los gastos ordinarios durante el período en el que tenga al menor bajo su guarda o

41 DELGADO DEL RÍO, Gregorio. *La custodia de los hijos, la guarda compartida: opción preferente*, cit., p. 185.

régimen de visitas, mientras que los gastos extraordinarios se repartan por mitades entre la partes. Es el que se lleva a cabo en la sentencia 268/2007 de 25 de octubre de 2007 del Juzgado de primera instancia de Palma, entre otros.

Sin embargo, el TSJC ha considerado que este segundo planteamiento es erróneo, puesto que *“bajo la denominación equívoca de custodia compartida, pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores [...] que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir [...], por lo que no tiene nada de extraño ni de peculiar, que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse a través de la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación, además y en su caso, habrá de tenerse en cuenta, la diferente capacidad económica.”*⁴²

Además hemos de tener presente que, a diferencia de la custodia exclusiva, en la compartida no recibirá la pensión la madre, que era la que normalmente tenía la custodia, sino que la tendrán ambos progenitores durante el período en que el niño se encuentra con el otro, sobretudo en el caso de custodias con estancias prolongadas. En este sentido tenemos por ejemplo la sentencia de 22 de junio de 2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Murcia la cual determina que *“el cónyuge que no tenga en el momento la custodia y guarda debe abonar la cantidad de 150 euros par alimentos de cada uno de los hijos [...] y respecto de los gastos extraordinarios [...] será abonados al 50% [...]”*.⁴³

3.3.2. Vivienda familiar:

Sobre este concepto también se reprocha que haya quienes pidan la custodia compartida para cuestionar la atribución del uso de la vivienda familiar. Ello se

42 España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª). Sentencia número 29/2008, de 31 de julio.

43 España. Juzgado de Primera Instancia de Murcia. Sentencia de 22 de junio de 2007: DELGADO DEL RIO, Georgio. *La custodia de los hijos, la guarda compartida: opción preferente*, cit., P. 187.

produce porque el artículo referente a la vivienda familiar en caso de nulidad, separación y divorcio, que es el 96 CC, únicamente contempla que:

“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. [...]”.

Por consiguiente, como podemos apreciar, tenemos un vacío legal, en tanto que el legislador no establece a quien corresponde la vivienda familiar en el caso de custodia compartida. Ante esta laguna, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 24 de Octubre de 2014, declaró que la ley que debía de aplicarse era la del apartado segundo del artículo 96 CC y que por tanto el juez será el que decidirá. Teniendo en cuenta que *“ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, 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 supuestos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso,”*⁴⁴ que entiende que deben de establecerse a los dos años desde que se dicta la sentencia.

Por tanto vemos que el Juez deberá de considerar a quien corresponde la vivienda familiar teniendo presente la forma que permita en mayor medida que los progenitores puedan cumplir el régimen de custodia con sus hijos y si la vivienda es propiedad de ambos cónyuges o únicamente de uno. No obstante, aún establecer este ámbito de ponderación vemos que sigue teniendo un gran margen de decisión, y ello se traduce en una multitud de soluciones doctrinales y jurisprudenciales.

⁴⁴ El TS establece criterios para asignar el uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida de los hijos, en: <http://noticias.juridicas.com/actual/4313-el-ts-establece-criterios-para-asignar-el-uso-de-la-vivienda-familiar-en-los-casos-de-custodia-compartida-de-los-hijos.html>

Por un lado, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores, señala que los hijos menores han de ser empadronados en un solo domicilio y que deberá de ser el del progenitor con el que más tiempo esté el menor en cómputo anual, y en el caso que tengan un reparto absolutamente igual deberán de acudir al mutuo acuerdo.

Otra posibilidad es la de atribuir el *“uso del domicilio familiar por períodos temporales alternos, esto es, que los hijos y los pares vayan alterando la convivencia en dicha vivienda en cada período temporal que disfruten de la custodia de los hijos”*.⁴⁵ Esta atribución ha sido aplicado en multitud de sentencias, pero a su vez también ha sido criticada por considerar que *“no deja de ser una incomodidad para todos, amén de una fuente segura de conflictos que casa mal con la institución de guarda y custodia compartida”*.⁴⁶ Y porque *“la alternancia de los padres en el referido domicilio es del todo desaconsejable y como acertadamente recoge la sentencia, perturbadora para los menores. La medida propuesta consistente en que sean los progenitores los que ocupan y desocupan el domicilio se erige en fuente de inagotables conflictos y parece viable sólo en momentos muy determinados, como puede ser los inmediatos a la separación y siempre de forma temporal”*.⁴⁷

Por último también se prevé que los progenitores vendan el domicilio familiar, tal y como sucedió, entre otros casos, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, la cual contempla que *“mediante acuerdo privado, los cónyuges*

45 MARTORELL ZULUETA, Plurificación (coordinador). *Código Civil, jurisprudencia sistematizada*. Edición especial para el Consell dels Il·lustres col·legis d'advocats de Catalunya. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011, p.391.

46 PUIG PLANES, Francisco de Paula; SOSPEDRA NAVAS, Francisco José; HOLGADO ESTEBAN, Juan; PANISELLO MARTÍNEZ, Juan. *Comentarios al Código civil de Cataluña. Tomo I*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 862

47 España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª). Sentencia nº31/2008 de 5 de setiembre.

*decidieron proceder a la venta del que fuera domicilio conyugal. Ahora entiende la sala que es lo más conveniente que dicho pacto se lleve a efecto”.*⁴⁸

En el caso del Cataluña hemos de saber que esto no sucede, puesto que, además de la regla general del artículo 233-20.2, que atribuye la vivienda al progenitor que tenga la guarda de los hijos, tenemos una regla especial, o excepción, en el apartado tercero que dice lo siguiente: *“la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos: a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores”*⁴⁹. Así pues, si se da la custodia compartida en Cataluña ya no decidirá el juez lo que crea conveniente sino que obligatoriamente deberá de darle al progenitor que esté económicamente más necesitado.

4. RÉGIMEN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA:

4.1 NORMATIVA ESTATAL:

La guarda y custodia compartida en el estado español puede establecerse siempre que haya sido acordada por ambos progenitores, o de forma excepcional a instancia de uno de ellos. Pero, dependiendo de si es consensuada o no se requieren unos u otros requisitos.

4.1.1. Régimen de la guarda compartida consensuada:

Según la Ley 15/2005 de reforma del Código Civil y la LEC, los progenitores tiene plena libertad para decidir sobre las cuestiones que hacen referencia a la potestad parental, las cuales se incluirán en el plan de parentalidad, que es un documento que forma parte del convenio regulador. Pero esta facultad de decisión no implica que posteriormente el juez deba acatar esta decisión, pero sí que implica que debe de decidir, en base al interés del menor, teniendo en cuenta el convenio regulador.

48 España. Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª). Sentencia nº291/2005 de 29 de junio.

49 Artículo 233-20.3 del Código Civil de Cataluña.

Esta libertad la podemos encontrar en el artículo 92.5 del Código Civil que establece: *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.”*

Ello se produce porque, tal y como ha establecido la jurisprudencia en nombradas ocasiones, los pares saben lo que es mejor para sus hijos, puesto que *“son los ex-cónyuges los que, conforme a la normativa del Código Civil, regulan su separación y sientan las bases de la misma, siendo la intervención judicial solo proyectable sobre los hijos menores de existir y hacerse necesaria en aplicación del <<favor fili>> y en el supuesto de que el mismo no se salvaguarde en debida forma por los padres”*.⁵⁰ De forma que, tal y como establece esta sentencia, y Gregorio Delgado en el libro de la custodia de los hijos, los jueces únicamente deberían de hacer una intervención de mínimos de forma que solamente denieguen dicha custodia en el caso de ser lesiva para el interés del menor, puesto que es en este aspecto en el que debe de fundar su resolución en la sentencia.

Por tanto si los progenitores, ya sea en el plan de parentalidad o posteriormente en el transcurso del proceso, tal y como también permite el precepto, llegan a la conclusión de que la custodia compartida es la mejor opción, si no es perjudicial para el menor, el juez lo debería de aceptar siempre. Señalar en este aspecto que previamente a la reforma la ley solo preveía que los padres acordaran la custodia unilateral, pero no la compartida. Aunque en la práctica, cuando las partes lo solicitaban el juez establecía la custodia compartida.

Por otro lado, en el artículo 92.6 del Código Civil encontramos que: *“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*

50 España. Audiencia Provincial de Toledo (sección 1ª). Sentencia nº 52/2008 de 12 de febrero de 2008.

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.”

En este caso hemos de decir que, aunque este informe llevado a cabo por el Ministerio Fiscal es obligatorio, en ningún momento se establece la necesidad de que sea favorable, de forma que sea este favorable o desfavorable ya se podrá establecer. Eso sí, en el caso que el juez apruebe la custodia compartida, el Ministerio Fiscal puede recurrir en apelación de acuerdo con el artículo 777.8 de la LEC, el cual estipula lo siguiente *“La sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal.”* Eso sí, *“debería motivar su oposición en razones extraídas de la prueba practicada y no en los clásicos tópicos de la ideología de género”*⁵¹ tales como que el hijo menor de cierta edad debe de estar con la madre.

Por lo que respecta al hecho de oír a los menores saber que este principio (que no se ha de confundir con el del artículo 92.2 del Código Civil) no es obligatorio, sino que únicamente se procederá a ello si el juez lo estima necesario o bien se realiza a petición del Ministerio Fiscal, los padres, el mismo/a niño/a o el Equipo Técnico Judicial. Teniendo presente que su opinión no es vinculante sobretodo por el hecho de que los hijos son fácilmente manipulables y porque *“encierra verdaderos riesgos pues no es infrecuente que los hijos jueguen con cartas marcadas y no quieran compartir los acuerdos de sus padres por puras razones de comodidad y conveniencia”*.⁵²

51 DELGADO DEL RÍO, Georgio, *La custodia de los hijos*, cit., p.81.

52 DELGADO DEL RÍO, Gregorio. *La custodia de los hijos, la guarda compartida: opción preferente*. Navarra, editorial Thomson rueters, civitas, 2010. p. 81

4.1.2. Régimen de la guarda compartida no consensuada:

Se encuentras en el artículo 92.8 del Código civil, que dice lo siguiente:
*“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.”*⁵³. Sobre este artículo hemos de destacar:

4.1.2.1. “Excepcionalmente”:

El carácter excepcional puede interpretarse como que únicamente se producirá en casos muy concretos. No obstante, esa no era la intención del legislador, y por ello, teniendo presente que la doctrina del Tribunal Supremo se ha ocupado de fijar los presupuestos que deben de llevar a cabo para que pueda establecerse la custodia compartida, ha sido objeto de su interpretación para evitar inducir en error. Concretamente tenemos la Sentencia 579/2011 de 22 julio del Tribunal Supremo donde se establece que:

*“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". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el Art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.”*⁵⁴

53 Artículo 92.8 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (Vigente hasta el 15 de Julio de 2015).

54 España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª). Sentencia nº579/2011 de 22 julio.

Así pues, el legislador no se refería al hecho de que la custodia compartida no consensual debe de asignarse en puntuales ocasiones, sino a la posibilidad de que exista falta de acuerdo entre las partes y que una de ellas pida esta custodia, la cual podrá ser asignada si su adopción permite proteger el interés del menor.

En el mismo sentido tenemos también la sentencia de 29 de abril de 2013 del Tribunal Supremo, que dictamina lo siguiente: *“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 sea.”*⁵⁵

4.1.2.2. “A instancia de una de las partes”:

Un segundo requisito es que la medida debe de ser solicitada a instancias de una de las partes, ya sea en la demanda o en la contestación a esta en forma de reconvencción, pero, del sentido literal de concepto, deducimos que nunca será propuesta de oficio. No obstante, la sentencia 614/2009 de 28 septiembre del Tribunal Supremo ha interpretado de forma distinta el concepto al declara que: *“aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés.”*⁵⁶

Hemos de añadir que si el juez declara de oficio la custodia compartida ha de ser porque se ha tenido en cuenta lo que las partes han solicitado, partiendo siempre del principio de *favor filii*. Por ello, tal y como establece en el libro de *Tratado de Derecho de Familia*, lo debería de dar en el caso que un progenitor quiera la custodia compartida y el otro la unilateral a favor suyo, o que ambos quieran la unilateral a su favor. Pero nunca cuando un progenitor manifieste el deseo de que se establezca la custodia al otro progenitor queriendo únicamente un régimen de visitas, comunicación y estancias.

⁵⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª). Sentencia nº257/2013 de 29 abril.

⁵⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª). Sentencia 614/2009 de 28 septiembre.

4.1.2.3. “Informe favorable del Ministerio Fiscal”:

Otra cuestión es el hecho de que para que el juez pueda establecer la custodia compartida es necesario que el Ministerio Fiscal realice un informe favorable. De tal forma que, si no realiza ningún informe o este resulta desfavorable el juez deberá de rehusar la posibilidad de fijar la custodia compartida. Por tanto, como podemos ver, dependiendo del resultado del dictamen este será vinculante o no, puesto que en el caso que sea desfavorable, vinculará a la decisión del juez (el cual ya no la podrá establecer), mientras que si es favorable, el juez decidirá si fija una u otra custodia. En este aspecto señalar que en todo proceso público con menores se exige un informe del ministerio fiscal, pero en ninguno de ellos se ha exigido que este tenga que ser favorable, puesto que el hecho que el juez quede vinculado con la decisión del Ministerio Fiscal limita sus facultades decisorias.

Por ello, el hecho que sea necesario un informe favorable del Ministerio Fiscal ha sido objeto de toda clase de críticas las cuales finalmente concluyeron con la cuestión de inconstitucionalidad “5755/2010 y 6817-2010, en relación con el artículo 92.8 del Código Civil, en la redacción dada por Ley 15/2005, de 8 de julio, por posible vulneración de los arts. 117, 24.1, 14 y 39 CE”⁵⁷

No obstante, aunque es cierto que se interpusieron dos cuestiones de inconstitucionalidad solamente una acabó siendo admitida, puesto que la primera en resolverse, redactada en escrito magistral el 16 de Julio de 2010 por el Juzgado de Primera instancia de Cáceres y admitida el 30 de noviembre, no prosperó y acabó inadmitida (mediante un auto) sin entrar en el fondo del asunto. Ello se produjo porque una vez presentada la cuestión, las partes acabaron acordando la guarda y custodia compartida de mutuo acuerdo y por consiguiente el artículo 92.8 del Código Civil, sobre el que versaba dicha cuestión de inconstitucionalidad ya no era de aplicación. Y tal y como se establece en la doctrina del tribunal constitucional “la extinción de tal proceso sin la aplicación de la norma

⁵⁷ Artículo 92.8 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (Vigente hasta el 15 de Julio de 2015).

cuestionada, supone siempre la desaparición del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.”⁵⁸

Por otro lado, la Audiencia Provincial de Navarra, en enero de 2010 redacta un auto planteando la cuestión de inconstitucionalidad referente al informe favorable del Ministerio Fiscal del artículo 92.8 del Código Civil. En opinión del órgano judicial promotor dicha cuestión era inconstitucional porque la exigencia de este informe favorable daba al ministerio Fiscal una función de veto que condiciona la independencia judicial y es contraria al artículo 117.3 Constitución Española el cual declara que el ejercicio de la potestad judicial es exclusivo de los Jueces y Magistrados. A su vez considera que es contrario al artículo 9.4 y al 24.1 de la Constitución Española referente al principio de legalidad y a la tutela judicial efectiva, respectivamente, por condicionar el derecho de una de las partes (el que pide la guarda y custodia compartida) a obtener un pronunciamiento de fondo. Por último también considera ser contrario al principio de igualdad del artículo 14 CE, al respecto a la vida privada y familiar del 18 CE y a la obligación que impone el artículo 39 CE de que los poderes públicos aseguren la protección de los hijos, *“pues el órgano judicial promotor de la cuestión considera que el legislador puede optar por reservar la guarda y custodia compartida únicamente para el supuesto de acuerdo entre los progenitores, pero no puede establecer la injerencia del Ministerio Fiscal en el ámbito de la vida privada y familiar en caso de discrepancia de aquellos, que es lo que hace el art. 92.8 CE [...]”*⁵⁹

Finalmente tras la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad y la lectura de los escritos de alegaciones presentado al TC, este concluyó que el inciso “favorable” del artículo 92.8 del CC era inconstitucional y por consiguiente nulo, por lo cual debía de ser expulsado del ordenamiento y lo declaró nulo. Expulsión que hasta el momento no se ha hecho, lo único que se ha realizado es un inciso en el apartado que contiene la inconstitucionalidad mencionada.

58 España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Auto nº151/2011 de 7 noviembre.

59 España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Auto nº 199/2012 de 29 de octubre.

Por último añadir que en el IV Encuentro de Magistrado y Abogados de familia, realizados en octubre de 2009, y por tanto antes de los autos del Tribunal Constitucional, ya se consideró la inconstitucionalidad de tal precepto:

*“En cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el Ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el Juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del Juez. No obstante, se estima conveniente que, por reforma legislativa, se suprima el requisito de que el informe del Fiscal tenga que ser favorable, y se dé una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en las que la ley establece que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo”.*⁶⁰

4.1.2.4. “Sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”:

El hecho de que para otorgar la custodia compartida sea necesario que con ella se proteja el interés del menor no es nada inusual si tenemos presente que todo lo referente a los menores en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio, se han de llevar a cabo primando el interés de este tal y como declara el artículo 8 del Código Civil. Lo que sí llama la atención es el término *solo*, en el sentido de que tiende a indicarnos que no es suficiente con que la custodia sea beneficiosa para el menor sino que ha de ser la única forma para garantizar su interés. Justamente esta pretensión la podemos encontrar en la sentencia de tres de noviembre de 2006 de la Audiencia Provincial de Burgos la cual establece que *“el criterio restrictivo se impone por medio de una idea de exclusividad; de tal manera, que únicamente en un proceso contencioso, se admitirá la custodia*

⁶⁰ Conclusiones del IV encuentro de Magistrados y Abogados de familia de 2009: sexta medida en relación con los hijos menores e incapaces. P. 90

*compartida si se fundamenta en que esta es la única posibilidad de proteger adecuadamente a los menores”.*⁶¹

Tal y como nos demuestra Georgio Delgado del Río este término parece estar expresamente previsto para que los jueces tengan más facilidad para denegar la custodia compartida, puesto que *“en principio, difícilmente se encontrará el Juzgador con una prueba (el informe psicológico suele ser decisorio al respecto) en la que establezca que esa guarda compartida que se solicita <<sea la mejor ni en ningún caso la única que preserve el interés del menor>>.”*⁶²

Justamente por ello, para permitir con más facilidad que los jueces concedan la custodia a ambos progenitores, esta interpretación tan restrictiva del término *solo* ha sido denegada por la medida séptima del informe del IV Encuentro de Magistrados y Abogados de familia los cuales han determinado que:

“El establecimiento de un régimen de custodia conjunta a solicitud de uno sólo de los progenitores, al amparo de lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 92 del CC, no exige fundamentar que sólo con esta modalidad de custodia se protege adecuadamente el interés del menor; bastando razonar que es la opción de custodia considerada más beneficiosa para el menor en el caso concreto.

*Se insta del legislador una modificación del precepto en tal sentido.”*⁶³

4.1.3. Cuestiones comunes a ambos regímenes:

El artículo 92.7 del Código Civil declara que *“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia*

61 España. Audiencia Provincial de Burgos (sección 2ª). Sentencia nº 395/2006 de 3 de noviembre.

62 DELGADO DEL RIO, Georgio, *la guarda compartida: opción preferente*. A partir de: España. Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia de 24 de julio de 2007.

63 Informe sobre conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia: medida 7.

doméstica.” Por tanto, encontramos una restricción en el sentido que se prohibirá la custodia compartida cuando el derecho penal afecte al derecho de familia.

En este aspecto los tribunales tienden a señalar que, independientemente del artículo 92.7 del Código Civil, en el caso que los padres estén inmersos en un proceso penal, ya hace inviable la guarda y custodia compartida sobretodo porque los progenitores se encuentran en una situación conflictiva y por tanto esta custodia resulta imposible. Un ejemplo de ello lo encontramos en la sentencia 279/2007 de 12 abril de la Audiencia Provincial de Barcelona donde vemos que la condena de un delito de lesiones leves *“con la prohibición de aproximación y comunicación entre los padres de la menor; hace inviable la posibilidad de una guarda y custodia compartida, además de ser inaplicable tal medida por aplicación del artículo 92.7 del Código Civil , que impide la adopción de tal medida cuando se ha atentado contra la integridad física del otro progenitor.”*⁶⁴

Además, en los casos de la violencia doméstica (y no necesariamente de género, por tanto incluye los casos en los que padre o madre realizan acciones violentas contra el otro cónyuge o sus hijos) es suficiente con que el juez, de las pruebas practicadas durante el juicio, aprecie que haya indicios fundados de dicha violencia para que no se pueda dar la custodia. Y ello se produce porque la violencia puede repercutir en los menores si el padre o madre violento tiene la custodia, ya sea exclusiva o compartida. Sobre esta cuestión tenemos la Sentencia 8/2008 de 22 de enero de 2008 de la Audiencia Provincial de Castellón contempla la improcedencia de la custodia compartida por el hecho de que *“se siga procedimiento penal contra el sr. ... , según se dice en la demanda inicial de este - y sin que se haya incorporado testimonio de las actuaciones penales-, por "amenazas y malos tratos". Y aunque se dijo que se desestimó la orden de protección solicitada, no se ha alegado ni acreditado en momento alguno que la causa haya sido sobreseída o que el imputado haya sido absuelto.”*⁶⁵

64 España. Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12ª). Sentencia nº 279/2007 de 12 abril.

65 España. Audiencia Provincial de Castellón (sección 2ª). Sentencia nº8/2008 de 22 de enero.

Por último en el artículo 92.9 del Código Civil encontramos que *“El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”*

No obstante, *“la práctica de los Tribunales no enseña, por otra parte, que éstos no suelen acordar la guarda compartida si no consta en los Autos la recomendación favorable de un dictamen pericial de especialistas independientes y expertos en la materia.”*⁶⁶ Aunque ello no implica que siempre el criterio del dictamen sea fundado por los jueces. Un ejemplo de ello podemos encontrarlo en la sentencia 614/2009, de 28 de setiembre, del TS donde encontramos:

“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). 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 (RCL 2000, 34, 962) y regula el artículo 752.1,2 LECiv. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC , establece que el juez debe “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”.⁶⁷

⁶⁶ DELGADO DEL RÍO, Gregorio. *La custodia de los hijos, la guarda compartida: opción preferente*, cit., p. 110.

⁶⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª). Sentencia nº 614/2009 de 28 de setiembre.

4.2. NORMATIVA CATALANA:

En el capítulo III, del Libro II del Código Civil de Cataluña, se regulan los efectos de la nulidad del matrimonio, el divorcio y de la separación. En él encontramos una sección, la segunda, referente a la cura de los hijos, la cual se divide en:

4.2.1. La responsabilidad parental:

El artículo 233-8 contempla lo siguiente:

- 1. “La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.*
- 2. Los cónyuges, para determinar como deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9.*
- 3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor.”*

Tal y como podemos ver, en este artículo se delimitan dos principios básicos de la responsabilidad parental que son el mantenimiento de los deberes de los progenitores hacia sus hijos y la necesidad de tomar las decisiones atendiendo siempre al interés del menor.

Pero además, se expresan dos ideas fundamentales respecto de las responsabilidades de los padres. En primer lugar que su regulación se debe de contener en el plan de parentalidad. Y en segundo lugar que en la medida de lo posible estas responsabilidades han de ejercerse de forma conjunta. Ello implica que a falta de acuerdo entre las partes, el juez, en la medida de lo posible, y por tanto siempre que no sea contrario al interés del menor, establecerá que ambos cónyuges lleven a cargo las responsabilidades, lo cual ha sido interpretado como una sutil preferencia a la custodia compartida.

Por último se ha de matizar que el término de responsabilidad parental es adoptado en el Convenio de la Haya de 149 de octubre de 1996 y que fue

propuesta a España en la Ley 15/2005, de 18 de julio, para substituir el término de patria potestad. Sin embargo *“en el Derecho catalán el concepto de responsabilidad parental no supe la noción de potestad parental. La responsabilidad parental tiene caracteres específicos pues, en primer lugar, se predica únicamente de los progenitores, sin extenderla a terceros; por otro lado, identifica la condición de progenitor, incluso si es privado de la potestad, ya que continúa obligado a hacer lo que sea preciso para asistir a los hijos menores, y prestarles alimentos en el sentido más amplio.”*⁶⁸

4.2.2. El plan de parentalidad:

En el Código de Familia solamente se exigía que, en el caso que las partes llegaran a un acuerdo, adoptaran un convenio regulador. Pero no es hasta la promulgación del Libro II del CCCat cuando se introduce la necesidad de redactar un plan de parentalidad. Concretamente, en el Preámbulo podemos leer que:

*“Toda propuesta de los progenitores sobre esta materia debe incorporarse al proceso judicial en forma de plan de parentalidad, que es un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos en ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. [...] Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos.”*⁶⁹

El plan de parentalidad, recogido en el artículo 233-9 CCCat, tiene el objetivo de *“concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades*

⁶⁸ PUIG PLANES, Francisco de Paula, et al, *Comentarios al Código civil de Cataluña. Tomo I*, cit., pp. 850-851.

⁶⁹ Preámbulo III, apartado c, de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.”⁷⁰

Además hemos de tener en cuenta que su presentación “*es un requisito de procedibilidad según ha declarado este tribunal en los AAP de 7 y 8 de febrero de 2012. Sin ese plan no puede darse curso a la pretensión de disolución del matrimonio y aprobación del convenio. Tal omisión debe comportar la nulidad de la sentencia y la retroacción de los autos al momento del informe del Ministerio Fiscal, para que las partes, en su vista, subsanen el defecto.*”⁷¹

El artículo 233-9.2 CCCat determina los puntos a los que debe de hacer referencia el plan, que son, entre otro, el lugar en el que vivirán los niños, las tareas que le corresponderá a cada progenitor, la educación y actividades extraescolares... Es importante precisar que este documento solamente hace referencia a las cuestiones personales y por tanto únicamente incluirá los compromisos que se asumen respecto de la guarda, custodia y educación de los hijos. Pero no aparecerán otros ámbitos como pueden ser los alimentos o la relación de los menores con los abuelos o hermanos que no convivan en el mismo domicilio. Estas dos cuestiones, también se contemplarán, pero en un documento a parte.

Por último el artículo 233-9.3 dispone que “*las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recorrer a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.*” Por tanto se puede establecer en él la posibilidad de acudir a la mediación, ya sea porque encontremos conflictos en su aplicación, o bien porque la situación actual así lo requiera.

4.2.3 El ejercicio de la guarda:

El artículo 233-10 establece que:

1. “*La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.*”

⁷⁰ Artículo 233-9.1 del libro segundo del Código civil de Cataluña.

⁷¹ España. Audiencia Provincial de Barcelona (sección 18ª). Sentencia nº160/2013 de 13 marzo.

2. *La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.*
3. *La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente.*
4. *La autoridad judicial, excepcionalmente, puede encomendar la guarda a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental.”*

La guarda se identifica como la función de los padres de velar por los hijos, así como educarlos, cuidarlos y tenerlos en su compañía, por ello, como es un conjunto de derechos y obligaciones que llevan a cabo los padres, se considera que lo más conveniente es que sean ellos los que decidan la forma de ejercerla. De este modo, siempre que no resulte perjudicial para el menor, se establecerá la que se haya dictaminado en el plan de parentalidad.

No obstante, las partes no siempre llegan a un acuerdo y antes esta posible situación el juez será quien decidirá el modo de llevarla a cabo. Teniendo presente que, partiendo de la base de que las responsabilidades, en la medida de lo posible, han de ser conjuntas, siempre que no sea perjudicial para el menor, deberá de adoptar la guarda y custodia compartida. Por tanto, como vemos, hay una sutil referencia, a diferencia de la legislación estatal, a establecer la guarda compartida antes que la exclusiva. Preferencia que a su vez también la encontramos en en la Ley Foral Navarra, en el Código de Derecho Foral de Aragón y en la Ley valenciana, que son, junto con el catalán y al Código civil español, los que regulan la guarda y custodia tras la separación, el divorcio o la nulidad.

Este favorecimiento se explica ya en el preámbulo III, apartado c, del Libro II del Código Civil de Cataluña, donde se lee que este código “*abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa*

automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro.” Y se introduce la norma de la corresponsabilidad de los progenitores para con sus hijos. De forma que:

“El mensaje del libro segundo es el de favorecer las fórmulas de coparentalidad y la práctica de la mediación, como herramienta para garantizar la estabilidad de las relaciones posteriores a la ruptura [...], pero no se olvida que las relaciones familiares en nuestra sociedad mantienen aún un alto grado de machismo. También se ha tenido en cuenta que el papel de la madre es cualitativamente más necesario para los menores. [...] Por este motivo, se destacan como criterios para determinar la guarda individual la vinculación especial de los hijos con uno de los progenitores y la dedicación a los hijos que la madre o el padre hayan tenido antes de la ruptura.”⁷²

Por otro lado, en el apartado tercero se hace una mención a la obligación de alimentos. Ya que, tal y como se ha indicado, la custodia compartida no implica que se extinga la obligación de prestar los alimentos sino únicamente que estos se determinarán en función del tiempo y gastos que cada progenitor tenga.

Por último, en el apartado cuarto aparece la posibilidad de que, en situaciones excepcionales se pueda suspender la potestad parental, dando la guarda a parientes, como pueden ser los abuelos u otras personas cercanas a los menores o incluso a una institución idónea.

4.2.4. Criterios para determinar la forma de ejercer la guarda:

Cuando el juez ha de determinar la manera en que las partes ejercerán la guarda deberá de tener en cuenta el/los plan/es de parentalidad que se hayan aportado. Pero además de ello, para que sea la más idónea atendiendo a cada caso, se han delineado una serie de criterios, en el artículo 233-11 del CCCat, que aunque no son exclusivos y no comportan un *numerus clausus*, se deben de tener en cuenta. Se ha de recordar que estos criterios no solamente los aplica el juez, sino que las partes, en el momento de redactar el plan de parentalidad, también los utilizarán.

⁷² Preámbulo III, apartado c, de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Este artículo en realidad, tal y como muestra la sentencia 36/2014 de 22 de mayo de 2014 del Tribunal Superior de Justicia, se positivizan los criterios que la jurisprudencia había sancionado en los años anteriores a la entrada en vigor del nuevo Código Civil de Cataluña. Y que de forma específica son:

- a) *“La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.”* Por consiguiente se exige una vinculación afable no solo con los progenitores sino con todas las personas que con él convivan, como puede ser el la pareja de uno de ellos o los hijos de la pareja. Teniendo presente a su vez que las parejas que convivan con el progenitor, de acuerdo con el artículo 236-14 del CCCat, tiene facultades para participar en la toma de decisiones de la vida diaria del menor, así como de adoptar las medidas necesarias para el bienestar del hijo en caso de riesgo inminente de este, aunque en caso de desacuerdo prevalece la decisión del progenitor

Se ha de señalar que a veces, es complicado el análisis de si existen o no vínculos afectivo con la nueva pareja, porque los hijos tienden a considerar a esta como un intruso o la persona que pretende substituir a su otro progenitor. Además podemos encontrarnos con que la nueva pareja sea muy reciente y por consiguiente no se pueda acreditar si existe o no vinculación. Y en estos casos conviene pedir el dictamen de especialistas para determinar, si hay controversia, el grado de vinculación del menor con la nueva pareja.

- b) *“La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.”*

Se exige que los hijos tengan un bienestar material y que no se encuentren con carencia o insuficiencia de ingresos. Pero no solo se tiene presente que los progenitores puedan mantener económicamente el hijo, sino que hace referencia a la clase de vida que llevan los progenitores en general. Por ello, el hecho de que un progenitor no tenga domicilio fijo o se encuentre en situación de incapacidad, física o psíquica, que le impida desarrollar suficientemente la potestad parental también se incluiría en el precepto.

- c) *“La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.”*

Normalmente la ruptura conlleva una mala relación, pero ello no impide un mínimo de comunicación. Los progenitores han de estar predispuestos a dar a sus hijos el apoyo y estabilidad que necesitan, y para ello es necesario que se comuniquen. Esta comunicación es tan necesaria hasta el punto que podría suponer la imposición de la custodia exclusiva.

- d) *“El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.”* Puesto que en principio se considera que el progenitor que hasta el momento se ha ocupado de atender a los hijos durante la convivencia conyugal lo seguirá haciendo tras la ruptura. No obstante no siempre es así, ya que las rupturas suponen un gran cambio para la estructura familiar. Aunque durante el matrimonio el rol dominante sobre la educación y cuidados del menor haya estado a cargo de uno de ellos, después de la separación es posible que se estructuren en distinta forma.⁷³

De tal manera que si por ejemplo, la madre siempre lleva al hijo a la escuela, no es necesario que el menor esté cada mañana con ella en la medida de que el padre también puede llevarle.

- e) *“La opinión expresada por los hijos.”* Ya que los menores tienen derecho a ser escuchados en todas las situaciones en las que se encuentren afectados y por tanto, como deliberamos la guarda del menor, se deberá de tener en cuenta su parecer, eso sí, de acuerdo con su edad y madurez.

Se ha de notar que a diferencia del Código de Familia, el Código Civil de Cataluña no establece una edad mínima. Por ello se interpreta que se aplicará el principio del artículo 211-6.2 CCCat, el cual declara que, *“el menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado.”*

73 PUIG PLANES, Francisco de Paula, et al, *Comentarios al Código civil de Cataluña. Tomo I*, cit., p.871

- f) *“Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento,”* los cuales deberán de ser aportados por la parte interesada. No obstante hemos de matizar que los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos, así como los alimentos a favor de los mismos, únicamente serán eficaces si, en el momento en el que se quiera hacer cumplir, se considera que favorecen al menor.
- g) *“La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.”* Por lo que respecta al domicilio parece claro que para tener una buena relación es necesario que el domicilio de uno y de otro progenitor no estén muy alejados, puesto que en el caso que cada uno viva en una ciudad o incluso comunidad distinta dificultará la guarda compartida, haciendo que a veces sea incluso imposible, o hasta los regímenes de visita. Por otro lado, las actividades y el horario laboral de los progenitores también son importantes a efectos de determinar el tiempo que cada progenitor podrá estar con su hijo. De modo que, en el caso que un padre/madre tenga, por ejemplo, un horario nocturno, no podrá tener la custodia con pernocta entre semana.

Por último quisiera señalar que los criterios aparecen muchas veces recogidos en las sentencias para fundamentar la razón por la cual el tribunal ha escogido una u otra custodia. Por ejemplo, en la sentencia de 22 de mayo de 2014 el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se deniega la custodia compartida *“al discutir la concurrencia de varios de los criterios previstos en el art. 233-11 CCCat que el tribunal estima concurrentes en este caso, por lo que se refiere a la colaboración y entendimiento de los progenitores en el cuidado de sus hijas menores, a la disponibilidad horaria del actor para atenderlas, a la normalidad de la relación de las mismas con los hijos de la nueva pareja del padre y al -supuesto- deseo expresado por las propias menores de no alterar el sistema de custodia.”*⁷⁴

Por otro lado, el artículo 233-11.2 CCCat se establece que *“En la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo*

⁷⁴ España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª). Sentencia nº36/2014, de 22 de mayo.

justifique”, porque se considera que el apoyo entre hermanos facilita la superación de la ruptura familiar. Se ha de llamar la atención acerca de que no se establece si los hermanos han de ser menores de edad o puede, uno de ellos ser mayor de edad. No obstante, el artículo 233-12 CCCat contempla la relación de los hijos con los hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo domicilio, lo cual puede llevarnos a entender que el artículo 233-11.2 solo se aplica a los menores.

Por último, el artículo 233-11.3 CCCat dice lo siguiente: *“En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.”*

De modo que, en el caso que un progenitor tenga una sentencia firme o indicios de violencia familiar o machista, donde los hijos han sido o hayan podido ser víctimas directas, no se les podrá atribuir la guarda. Pero además, en el caso de encontrarnos en una sustitución de riesgo, se prevé que la autoridad judicial pueda adoptar las medidas que crea oportunas, entre ellas, la supervisión de la relación con los servicios sociales o establecer un punto de encuentro.

Este artículo afecta tanto al establecimiento de la custodia como al régimen de visitas, ya que, *“una violencia estructural debe ser considerado relevante ex artículo 233.11.3 CCC no sólo para impedir la guarda individual o compartida del hijo sino también para condicionar y limitar en su caso el tipo de relación personal que se establezca con el progenitor violento al cuestionar su capacidad para el ejercicio de las funciones de guarda.”*⁷⁵

Pero además hemos de tener en cuenta que el hecho que el/la menor tenga una corta edad no implica que no pueda verse afectado/a de forma indirecta por la

⁷⁵ España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal, sección 1ª). Sentencia nº27/2017 de 14 de abril.

violencia doméstica o machista. Concretamente en la sentencia 27/2017 de 14 de abril de 2014 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña indica:

“La consideración de víctima indirecta no puede quedar enervada por tratarse de un menor de corta edad (11 meses) que aparentemente no tiene conocimiento o conciencia de dichos actos pues dependerá de las circunstancias de cada caso concreto si bien puede considerarse que el sufrimiento de la madre, por dichos actos, conforme ha considerado la mejor doctrina y recoge el informe del Ministerio Fiscal, en este recurso, tiene incidencia en la menor a pesar de su corta edad, produciendo irritabilidad, trastornos del sueño y de alimentación, así como dificultades en el establecimiento de los vínculos familiares.”⁷⁶

5. CONCLUSIONES:

- I. Con la ruptura matrimonial, una de las cuestiones que deben de resolverse es establecer la guarda y custodia que regirá desde ese momento. Así pues, se considera que lo fundamental es que sean las partes las que decidan el tipo de guarda y custodia que más conviene a su situación, eso sí, siempre previa audiencia del menor, si este tiene suficiente juicio o más de 12 años, intentando, en la medida de lo posible, que los hermanos no sean separados, y sobretodo partiendo siempre del principio de *favor filii*.

En el caso que los padres no lleguen a un acuerdo será el Juez quien decidirá teniendo en cuenta que, independientemente del tipo de guarda y custodia que establezcamos, los padres seguirán teniendo las mismas obligaciones para con sus hijos.

- II. La guarda y custodia es un derecho-deber integrado dentro de la potestad parental que implica que el progenitor tenga al menor (o incapaz, en su caso) en su compañía, lo cuide y se ocupe de su formación y de su educación. Esta guarda y custodia, tras la nulidad, la separación o el divorcio, puede llevarse a cabo de forma exclusiva por un progenitor y con régimen de visitas para el otro, o de forma compartida. Teniendo en cuenta de que dentro de la custodia compartida debemos de distinguir entre varias modalidades y que por tanto hemos de establecer la que más se adhiera a la situación personal de cada uno de los integrantes de la familia.

⁷⁶ España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª). Sentencia nº27/2017 de 14 de abril.

III. En cuanto a la evolución normativa, quisiera destacar dos cuestiones. Por un lado, que la guarda y custodia en un primer momento se establecía al progenitor no culpable, independientemente de quien fuese. No obstante, con el paso del tiempo, al eliminar esta premisa de culpabilidad, se implanta de manera exclusiva a la madre, hasta tal punto que en el caso que se otorgara la custodia compartida o la exclusiva a favor del padre, se partía de la base, y así era considerado por la sociedad, de que esa mujer era una “mala madre”. Finalmente, se empieza a fijar la guarda y custodia compartida y a eliminar esta consideración de madre inadecuada.

Por otro lado, por lo que respecta al hecho de considerar que en edad temprana los hijos debían de quedarse con la madre, quisiera señalar que, en vez de evolucionar tal concepto considerando que únicamente los hijos en edades muy tempranas debían de quedarse con su madre, el devenir normativo demuestra lo contrario. En un primer momento únicamente se quedaban con su madre si éste tenía menos de 3 años, y progresivamente va aumentando la edad del menor que quedaba bajo la custodia de la madre, hasta que entra en vigor la Ley 11/1990, de 15 de octubre que elimina el criterio de preferencia en base al principio de igualdad.

IV. El concepto de custodia compartida, tal y como se puede apreciar, sigue siendo controvertido puesto que no queda claro si lo característico es que los progenitores han de ocuparse de la guarda y custodia de manera conjunta o bien que permite que ambos progenitores estén, más o menos, el mismo período de tiempo con sus hijos. Obviamente con la custodia compartida se dan las dos cuestiones, no obstante, partiendo de la base de que ambos progenitores, tras la ruptura matrimonial siguen teniendo los mismos derechos y obligaciones, a mi parecer la característica principal de la custodia compartida es el reparto del tiempo, puesto que un progenitor que no tenga la custodia exclusiva, si quiere, todavía puede implicarse en el cuidado, educación y formación de su hijo.

V. Dentro de la esfera personal de la guarda compartida, hemos distinguido entre la relación entre los progenitores y el reparto del tiempo. Respecto al primero, solamente decir que ha quedado suficientemente acreditado que si bien no es necesario que los progenitores mantenga una relación cordial y se lleven bien, sí que se requiere que haya un mínimo de comunicación entre ambos, sobretodo por el hecho de que deben de ponerse de acuerdo en todo lo relacionado con la guarda y custodia del menor.

Por otro lado, en cuanto al reparto del tiempo, como hemos podido ver hay distintas maneras de hacerlo, puede llevarse a cabo por intervalos de tiempo, que según algunos autores deberían de establecerse en función de la

edad del menor, o bien repartiéndolo a partir del horario y necesidades tanto del menor como de sus padres. Ninguna de las dos formas es mejor o peor que otra, sino que cada una es más conveniente dependiendo del caso.

VI. En la esfera material tenemos tanto los alimentos, los cuales no se excluyen en la custodia compartida, sino que podrán darse en función del tiempo con el que esté cada progenitor y los gastos que presenten, y la vivienda, que es un tema un tanto ambiguo porque es el juez quien decidirá, pero no tenemos ninguna norma que lo regule de forma específica, salvo genéricas referencias al interés del menor, y en Cataluña se incide también en el concepto de cónyuge más necesitado.

VII. La normativa estatal contempla la guarda y custodia compartida en el caso que ambos progenitores estén de acuerdo, pero si un progenitor la pide y el otro quiere la exclusiva, es más complicado que se dé, puesto que, como hemos visto, el artículo 92 presenta una serie de requisitos tan rigurosos que a la práctica puede conllevar que, si un juez no quiera llevarla a cabo, no se haga nunca. Me refiero al hecho, entre otros, de que se pida un informe favorable del Ministerio Fiscal (que por suerte ya no hace falta que sea favorable, pero de todas formas lo cierto es que muchas veces el Ministerio Fiscal no acude), también ha de demostrarse que solamente de esta forma se proteja adecuadamente el interés superior del menor (cuestión que permite que muchos Jueces la denieguen por su difícil demostración).

Por otro lado encuentro positivo que el artículo 92.7 CC deniegue la guarda compartida al progenitor incurso en un procedimiento penal o cuando haya indicios de violencia doméstica.

VIII. En la normativa catalana, también prima el hecho de que sean las partes las que decidan el tipo de guarda y custodia que quieren adoptar, con el plan de parentalidad. Por otro lado, no establece una clara preferencia hacia la custodia compartida, pero sí que dice que, en la medida de lo posible, las responsabilidades han de ser compartidas.

A mi parecer, encuentro muy positivo el hecho de que la ley, en su art. 233-11 CCCat, contemple los criterios que deben de tenerse en cuenta para establecer la guarda y custodia más adecuada para el menor, lo cual también se debería de regular en el Código Civil.

IX. Para finalizar, quisiera añadir que el tema referente a la guarda y custodia compartida es muy extenso y en este trabajo se ha tenido que hacer una reducción a mínimos de aquello que he considerado más esencial. No obstante, a mi parecer, todavía cabría la posibilidad de desarrollar otros temas relacionados con mi trabajo, tales como un análisis de derecho

comparado con otros países donde la custodia compartida se lleva aplicando hace más años, como pueden ser los Estados Unidos; otro donde aparezcan las diferencias teóricas y prácticas sobre la custodia compartida y la exclusiva, que se centre en mayor medida en distinguir cuales son las ventajas e inconvenientes de cada una así como el modelo familiar que más se avendría a cada caso; un trabajo donde se pueda analizar de forma más específica la evolución social y normativa que ha llevado a la Ley 15/2005 y el porqué del anteproyecto actual...

6. BIBLIOGRAFÍA:

6.1. MONOGRAFIAS Y ARTÍCULOS DOCTRINALES:

- BAREA PAYUETA, Consuelo. *Los inconvenientes de la custodia compartida*. Barcelona, autor-editor, 2012.
- CATALÁN FRÍAS, Maria José (psicóloga de la Audiencia Provincial de Murcia), *La custodia compartida*, en:
<http://repositorio.ucam.edu/jspui/bitstream/10952/574/1/La%20custodia%20compartida.%20Mar%C3%ADa%20Jos%C3%A9%20Catal%C3%A1n%20Fr%C3%ADas.pdf>
- DELGADO DEL RÍO, Gregorio. *La custodia de los hijos, la guarda compartida: opción preferente*. Navarra, editorial Thomson rueters, civitas, 2010.
- ECHEVARRÍA GUEVARRA, Karen Lissette, *La guarda y custodia compartida de los hijos*, Doctorado Problemática Actual del Derecho de Familia (2011), en:<http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/20323/1/20702863.pdf>
- GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen; YSÀS SOLANES, Maria; SOLÈ RESINA, Judith. *Derecho de familia vigente en Cataluña*. Valencia, editorial Tirant lo Blanc, 3^a edició, 2013.
- LACTUZ BERDEJO, Jose Luís; SANCHO REBULLID, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín,

Elementos del Derecho Civil IV Familia, 4ª edición. Madrid: DYKINSON, 2010.

- MARIANO IZQUIERDO, Tolsada; CUENA CASAS, Matilde, *Tratado de Derecho de Familia*, Navarra: Aranzadi, 2011
- MARTORELL ZULUETA, Plurificación (coordinador). *Código Civil, jurisprudencia sistematizada*. Edición especial para el Consell dels Il·lustres col·legis d'advocats de Catalunya. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011
- PEREZ ÁLBAREZ, Miguel Ángel; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos; PABLO CONTRERAS, Pedro. *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de familia*. Madrid, editorial Colex, 2007.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*. Barcelona: Bosch, 2009.
- PUIG PLANES, Francisco de Paula; SOSPEDRA NAVAS, Francisco José; HOLGADO ESTEBAN, Juan; PANISELLO MARTÍNEZ, Juan. *Comentarios al Código civil de Cataluña. Tomo I*. Navarra, editorial Aranzadi, 1ª edición, 2011.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luís Felipe, *La guarda y custodia de los hijos*, Revista de Derecho Privado y constitución, número 15 (2010).
- ROCA TRÍAS, Encarnación (coordinadora general); ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (coordinador de este volumen). *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*. Madrid, editorial jurídica Sepín, 2011.
- ZARÓN MASDEU, Luis. *Guarda y custodia de los hijos*. Barcelona, editorial Bosch, 1996.

6.2. PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS:

- Blog sobre actualidad jurídica y política: ¿Hay derecho?:

<http://hayderecho.com/2015/02/10/conflictividad-entre-progenitores-y-custodia-compartida-2/>

- Diccionario de la Real Academia Española:
<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>
- Conclusiones del IV encuentro de Magistrados y Abogados de familia:
<http://www.ase mip.org/system/files/909/original/IV-ENCUENTRO-MAGISTRADOS-AEAFA-2009-Conclusiones.pdf?1335444133>
- Evolución de la guarda y custodia en España:
 1. <http://www.mundomediacion.es/revista-7-edicion-4/2-la-experiencia-en-mediacion/30-evolucion-de-la-guarda-custodia-en-espa%C3%91a-y-tratamiento-en-mediacion-familiar>
 2. <http://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/05/07/evoluci%C3%B3n-hist%C3%B3rica-de-los-criterios-para-atribuci%C3%B3n-de-la-guarda-y-custodia-de-los-hijos-menores-1870-2005/>
- Páginas webs utilizadas para el apartado de el reparto del tiempo en la custodia compartida:
 1. <http://www.monografias.com/trabajos28/custodia-compartida-disolucion-familiar/custodia-compartida-disolucion-familiar.shtml#a6#ixzz3XmFfkog9>
 2. <http://ccompartida.blogspot.com.es/2007/10/la-custodia-compartida-y-el-reparto-de.html>
- Para la consulta de leyes y de noticias jurídicas:
<http://noticias.juridicas.com/>

3.3. SENTENCIAS Y AUTOS CONSULTADOS:

- España. Audiencia Provincial de Castellón (sección 2ª). Sentencia 279/2003 de 14 octubre (JUR 2003/26477)
- España. Audiencia Provincial de Gerona (sección 2ª). Sentencia 108/2001 de 25 febrero. (AC 2001/1827)

- España. Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12ª). Sentencia nº 696/2006 de 20 de diciembre. (JUR 2007\143259)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª). Sentencia nº579/2011 de 22 de julio. (RJ/2011/5676)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº619/2014 de 30 de octubre. (RJ 2014\5268)
- España. Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6). Sentencia 387/2006 de 23 de octubre. (JUR/2007/46326)
- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª. Sentencia 13/2012 de 6 de febrero. (RJ/2012/5922)
- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª). Sentencia nº 9/2010 de 3 de marzo. (RJ/2010/4016)
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18). Sentencia 597/2014 de 15 de setiembre (JUR\2014\268576)
- España. Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2). Sentencia 50/2009 de 2 de abril. (JUR 2013\177694)
- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª). Sentencia número 29/2008, de 31 de julio. (RJ 2009\643)
- España. Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª). Sentencia número 92/2014 de 30 de junio. (JUR/ 2014/272592)
- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª). Sentencia 31/2008 de 5 de setiembre. (RJ 2009\1449)
- España. Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª). Sentencia 291/2005 de 29 de junio. JUR 2005\190190)

- España. Audiencia Provincial de Toledo (sección 1ª). Sentencia nº 52/2008 de 12 de febrero de 2008. (JUR 2008\136933)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª). Sentencia nº579/2011 de 22 julio (RJ 2011\5676)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª). Sentencia nº257/2013 de 29 abril (RJ 2013\3269)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª). Sentencia 614/2009 de 28 septiembre (RJ 2009\7257)
- España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Auto nº151/2011 de 7 noviembre. (JUR/2011/441286)
- España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Auto nº 199/2012 de 29 de octubre. (JUR/2012/377324)
- España. Audiencia Provincial de Burgos (sección 2ª). Sentencia nº 395/2006 de 3 de noviembre. (JUR 2007\38776)
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12ª). Sentencia 279/2007 de 12 abril (JUR 2007\243002)
- España. Audiencia Provincial de Castellón (sección 2ª). Sentencia nº8/2008 de 22 de enero. (JUR/2008/156170)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª). Sentencia nº 614/2009 de 28 de setiembre. (RJ/2009/7257).
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (sección 18ª). Sentencia nº160/2013 de 13 marzo. (JUR 2013\171692)
- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª). Sentencia nº36/2014, de 22 de mayo. (RJ 2014\3744)
- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal, sección 1ª). Sentencia nº27/2017 de 14 de abril. (JUR/2014/172308)

- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª). Sentencia nº27/2017 de 14 de abril. (JUR/2014/172308)

3.4. ANTEPROYECTOS, LEYES Y REALES DECRETOS:

- Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio adapta las relaciones paterno-filiales a la sociedad actual,
- Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.(10/4/2014)
- Constitución Española, 1978
- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio
- Ley 1098/2006, de 8 de noviembre, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (Vigente hasta el 15 de Julio de 2015).

7. ANEXO: ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y OTRAS MEDIDAS A ADOPTAR TRAS LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA.

El 19 de julio de 2013 el gobierno aprobó el *anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio adapta las relaciones paterno-filiales a la sociedad actual*, que era un texto que modificaba el Código civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley del Registro Civil. El cual fue muy criticado.

No obstante, el 10 de abril de 2014, se redactó un nuevo anteproyecto de ley, muy similar al anterior pero con algunas distinciones, entre ellas el nombre, que pasa a llamarse *anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia*. Posiblemente por las críticas que este recibía por considerar que “*deja fuera la regulación de las relaciones paterno-filiales de los hijos no matrimoniales, a pesar de que en la actualidad uno de cada tres hijos nace fuera del matrimonio, según datos del Instituto Nacional de Estadística y de que el art. 39.2 de la Constitución garantiza la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación.*”⁷⁷

Estos anteproyectos tienen como función adaptar el derecho a la realidad social a partir de las consideraciones surgidas en la jurisprudencia sí como de las leyes comunitarias. Establecen que será “*un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el*

⁷⁷ SÁNCHEZ VIDANES, Carmen, custodia compartida: situación actual y anteproyecto de ley. Artículo en Asociación Libre de Abogados: <http://ala.org.es/custodia-compartida-situacion-actual-y-anteproyecto-de-ley/> [visitado el 4/5 de 2015]

cuidado y la educación de los hijos, así como en el orden económico”⁷⁸ tanto en el procedimiento de mutuo acuerdo como en el contencioso. Además, dentro de la exposición de motivos destacamos:

- Se mantiene como prioridad el hecho de que sean los cónyuges los que decidan la guarda y custodia que mejor se les adhiere, excepto si son dañosas para el interés del menor.
- Se incorpora la posibilidad de que, tanto de mutuo acuerdo como a petición del Juez, las partes acudan a la mediación familiar.
- Desaparece la rigidez y la preferencia por la custodia exclusiva del artículo 92, pero sin establecer la custodia compartida como la prioritaria, simplemente aparece que será el Juez el que decidirá, en función de lo que crea más conveniente para el interés del menor.
- Elimina el hecho de que el informe del Ministerio Fiscal deba de ser favorable, de acuerdo con la Sentencia del TC.
- En cuanto a la violencia doméstica y de género establece que no tendrá la custodia el sujeto que tenga una sentencia firme de violencia doméstica o de género así como en el caso en los que hayan indicios fundados y racionales sobre la comisión de estos delitos. Se incluye por tanto lo que se establece en el art. 233-11.3 CCCat.

Lo que cambia entre uno y otro proyecto es que en el primero se declara que en el caso que ambos estén incurso en uno de estos delitos, la guarda y custodia se atribuirá a favor de un familiar, excepto que sea mejor que les corresponda a los padres. Mientras que en nuevo proyecto se contempla que en esta situación el *“Juez lo atribuirá (la guarda y custodia) a los progenitores si considerase que es lo más conveniente para la protección del interés superior de los hijos”*.

⁷⁸ Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (10/5/2014), p.8

- En el artículo 93 CC aparece la obligación de que se contribuya con los alimentos siempre que haya menores, por tanto elimina la falsa premisa de que con la custodia compartida no hay que pagar alimentos. A su vez también tenemos un listado sobre lo que ha de considerarse como gastos necesarios y gastos extraordinarios y un apartado referente al modo en que ha de calcularse los alimentos.
- También queda modificado el artículo 96, referente a la vivienda, para que quede incluido a quien corresponderá en caso de custodia compartida. Por un lado declara que en defecto de acuerdo de los progenitores aprobado judicialmente, el juez decidirá lo que considere conveniente para el interés del menor y *“del mismo modo deberá determinar el domicilio de los hijos a efectos de empadronamiento, que coincidirá con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo. Si esta determinación no fuera posible, será aquél con el que los hijos tengan mayor vinculación.”*⁷⁹ Por tanto como podemos ver es en parte lo que se estableció en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo.

Y por otro lado, en su apartado segundo, dice que se podrá dar la vivienda al que tenga más dificultades siempre y cuando el que tenga la guarda y custodia posea suficientes medios para conseguir una. Y en caso de ser compartida, y que no se establezca por períodos alternos, también considera que se ha de dar al más necesitado.

- Por último incluye muchas novedades respecto a la liquidación del régimen económico matrimonial tanto en el régimen de gananciales como en el de participación de las ganancias, o otros, pero que no explicaremos.

Como ya se ha nombrado este anteproyecto modifica muchos artículos tanto del Código Civil, como de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley del Registro, no

⁷⁹ Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (10/5/2014), p.26

obstante, nosotros solo nos centraremos en los artículos 92 y la introducción del 92 bis.

En el artículo 92 tenemos los tres primeros apartados, de los 9 que hay actualmente, con pequeñas modificaciones. En el segundo se añade que además del Juez, el Ministerio Fiscal también velará por su derecho a ser oídos, y se incluye el hecho de que *“todos los intervinientes en el proceso deberán de considerar prioritaria la protección del interés del menor.”*⁸⁰ Mientras que el apartado tercero contempla:

“La patria potestad, en los supuestos del apartado 1, será ejercida conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, salvo que el Juez acuerde, en interés de los hijos, que sea ejercida total o parcialmente por uno de ellos.

El Juez, al establecer el plan de ejercicio de la patria potestad de los hijos, determinará la forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello”

Posteriormente se incluye el artículo 92 bis que modifica completamente los apartados que faltan del artículo 92 al declarar lo siguiente:

En el primer inciso encontramos que el Juez podrá acordar que la guarda y custodia sea ejercida por un solo progenitor o por los dos, determinando los períodos de convivencia con cada uno. La establecerá cuando haya sido instada por un progenitor, mientras el otro solicita la guarda y custodia para sí, aunque no haya acuerdo entre las partes. Y excepcionalmente, aunque ninguno de los dos lo solicite si cree que es lo más favorable para el menor.

80 Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (10/5/2014), p.20

En el segundo aparece que el juez se pronunciará sobre el régimen de estancias, relación y comunicación para el que no tenga la custodia, o durante el período en que no conviva con uno (es el caso de la custodia compartida). Así como un régimen de relación para los hijos con sus hermanos, abuelos, otros parientes y personas allegadas.

En el tercero que antes de que el Juez decida, se deberá de recabar un informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores con suficiente juicio, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, las partes o el Equipo Técnico. Además también se prevé la posibilidad de recabar dictámenes del Equipo Técnico Judicial o de peritos.

En el cuarto encontramos una lista, similar a la del artículo 233-11 CCCat, donde aparece todo lo que ha de tener en cuenta en juez para adoptar su decisión, que es:

“la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; la relación que los progenitores mantengan entre sí y la vinculación con sus hijos; la dedicación de los progenitores al cuidado de los hijos durante la convivencia; el cumplimiento de sus deberes en relación con ellos; 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; la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de éstos; la ubicación de sus residencias habituales; los apoyos con los que cuenten; el número de hijos, y cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores y en los hijos que considere relevante para el régimen de convivencia. Además, procurará que los hermanos se mantengan juntos.”

El cinco y el seis hacen referencia a los supuestos de violencia de género y doméstica antes mencionada, es decir, *“no procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por un delito de violencia de doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal.”* Pero

excepcionalmente puede establecer un régimen de estancia, relación y comunicación atendiendo al interés del menor, a la peligrosidad, entre otros requisitos que contempla la ley. Además, extinguida la responsabilidad penal el Juez, a instancia de parte, valorará si procede modificar las medidas.

Tampoco se atribuirá al progenitor cuando esté incurso en un procedo penal por presunta comisión de un delito de violencia doméstica o de género en la que se haya dictado resolución judicial motivada que contate que hay indicios fundados y racionales. Y en el caso que la sentencia sea absolutoria o se de el sobreseimiento libre o provisional podrá revisarse a petición de parte.

Igual ocurre si *“el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.”* Igual que, en el caso que se alegasen en la demanda o en el procedimiento hechos o circunstancias relacionados, el Juez deducirá testimonio de las actuaciones y lo podrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que se determinen las responsabilidades a que haya lugar.

Por último contiene que *“Cuando ambos progenitores estuvieren incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior, el Juez podrá atribuir la guarda y custodia de los hijos a los progenitores, si considera que es lo más conveniente para la protección del interés superior de los hijos, tras valorar los criterios del apartado 4 y, además, la entidad y gravedad de los hechos, la naturaleza y duración de la pena fijada para el delito y la reincidencia y peligrosidad de los progenitores. En caso contrario, la atribuirá al familiar o allegado de los hijos que, por sus relaciones y vinculación con ellos, considere más idóneo. En defecto de todos ellos o cuando no fueren idóneos para su ejercicio, se atribuirá a la Entidad Pública que, en el territorio concreto, tenga asignada la función de protección de los menores. En estos casos, el Juez deberá pronunciarse sobre la forma en la que los progenitores ejercerán, en su caso, la patria potestad y el régimen de estancia, relación y comunicación con sus hijos, así como sobre las facultades tutelares que se conceden a los guardadores.”*

En el séptimo vemos que el Juez adoptará las medias cautelares procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda y custodia, y la estancia, relación y comunicación de estos con cada uno de sus progenitores o con otras personas. Y en el caso de la violencia de género o doméstica también aprobará medidas de seguridad.

Por último, el apartado octavo establece la posibilidad de que, con el cambio de circunstancias, las medidas puedan modificarse, limitarse o suspenderse.