
**EVOLUCIÓN DE LA
CUSTODIA
MONOPARENTAL A LA
CUSTODIA COMPARTIDA**

Análisis doctrinal y jurisprudencial

Cristina López Redón

Derecho Civil

4º de grado de Derecho

Directora: María del Carmen Cueto Faus

12 de mayo de 2016

Índice

Resumen.....	4
Abreviaciones	5
1. Introducción	6
2. Consideraciones generales.....	8
2.1 Patria potestad.....	8
2.2 Guarda y custodia compartida.....	9
2.3 Atribución y ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia de los hijos	10
2.3.1 Incumplimiento por parte de los progenitores	12
3. Evolución normativa de la custodia	14
3.1 La guarda y custodia antes de la Ley 15/2005.....	14
3.2 Argumentos a favor de la custodia a uno de los progenitores.....	16
4. Evolución jurisprudencial hacia la custodia compartida.....	20
5. Custodia compartida	24
5.1 Concepto de custodia compartida	25
5.2 Ventajas e inconvenientes	28
5.2.1 Ventajas de la custodia compartida.....	29
5.2.2 Inconvenientes de la custodia compartida	33
6. Entrada en vigor de la Ley 15/2005.....	37
6.1 Principios generales de la custodia compartida	39
6.1.1 Interés superior del menor	40
6.1.2 Corresponsabilidad parental.....	44
6.1.3 Igualdad entre los progenitores.....	46
6.1.4 Coparentalidad o derecho del niño a relacionarse con sus dos progenitores.....	47
6.2 Análisis del artículo 92 del Código Civil	49
6.2.1 Solicitud de la guarda y custodia	50
6.2.2 Derecho del menor a ser oído	55

7. Cuestiones relativas a la atribución de custodia compartida.....	57
7.1 Custodia compartida y la fijación de la pensión de alimentos a los menores.....	57
7.2 Custodia compartida y regímenes de visitas.....	61
7.2.1 Residencia de los padres en domicilios distintos.....	63
7.2.2 Determinación de lugares de entrega de los menores.....	65
7.3 Custodia compartida y la conflictividad de los padres.....	66
7.3.1 Síndrome de alienación parental.....	67
7.3.2 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007.....	70
8. Conclusiones	72
9. Bibliografía	74

Resumen

El presente trabajo tiene como objeto realizar un análisis jurisprudencial y doctrinal sobre la evolución que ha ido teniendo, a lo largo del tiempo, la guarda y custodia de los menores tras la ruptura matrimonial. Dicho análisis se basará, principalmente, en los cambios normativos que se han realizado y en cómo los tribunales se han pronunciado ante éstos. Así pues, se estudiará la custodia otorgada en exclusiva a un progenitor y los criterios de su atribución. Posteriormente, se hará referencia a la gran incidencia que ha tenido la Ley 15/2005, especialmente mediante la inclusión del artículo 92 del Código Civil, a partir de la cual se reguló la custodia compartida en nuestro ordenamiento.

Abreviaciones

- Art (s): artículo (s)
- CC: Código Civil
- CE: Constitución Española
- Cit.: Citado en
- Ed.: Editorial
- FD: Fundamento de Derecho
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- LO: Ley Orgánica
- N°: número
- P.: página
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
- Ss: y siguientes
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

1. Introducción

Tras la ruptura matrimonial, los cónyuges se encontrarán ante una situación compleja, la cual comportará la toma de algunas decisiones con gran incidencia en su entorno. Una de ellas, y de las más importantes, será establecer de qué forma continuarán las relaciones de éstos con sus hijos, siempre tratando que los menores se vean afectados lo mínimo posible. La medida a adoptar será la elección del régimen de guarda y custodia que deberán ejercer los padres, a causa de la nueva realidad familiar.

Este aspecto es muy delicado, ya que a pesar de que se intente lo contrario, los menores, en la mayoría de casos, serán los que principalmente sufran las consecuencias de la separación, repercutiendo este hecho negativamente en su desarrollo personal. Por este motivo, cualquier decisión que les afecte directamente, siempre deberá tomarse bajo el principio de interés superior del menor, cuyo objetivo consiste en responder a todas las necesidades e intereses que éstos tengan de la forma más favorable posible.

Haciendo referencia al sistema de custodia que se debe otorgar, no siempre se ha atribuido el mismo modelo, así como también han ido cambiando los criterios a seguir por los jueces. Tal y como se expone en el trabajo, esta institución ha pasado de componerse por un régimen de custodia en exclusiva a la madre, a modificar el ordenamiento jurídico y establecer, preferentemente, el régimen de custodia compartida.

Este trabajo se plantea a modo de realizar un estudio, tanto jurisprudencial como doctrinal, sobre la evolución que habido hasta llegar al régimen de guarda y custodia compartida. No obstante, antes de entrar en el fondo del asunto, deberán hacerse unas consideraciones generales, que serán fundamentales para poder comprender posteriormente en qué consiste esta medida, y cuáles son sus principales objetivos.

Más tarde, se plantearán, aparte de la evolución sufrida y de la afectación de la custodia monoparental, todos aquellos inconvenientes y ventajas que se han ido plasmando en las sentencias más relevantes de los tribunales, especialmente en la

Audiencia Provincial. Además, será importante dejar clara la incidencia que ha tenido la Ley 15/2005 en este aspecto, puesto que gracias a ésta, se incluyó y reguló la custodia compartida en nuestro ordenamiento. Aquí se incluirán los principios que la componen, así como todas aquellas cuestiones relativas a su atribución que le dan contenido y fundamento.

2. Consideraciones generales

Antes de hacer incidencia en el objeto principal de este estudio, relativo a la evolución normativa de la custodia, inicialmente otorgada con preferencia a uno de los progenitores hacia aquella que es compartida, deberemos delimitar algunos conceptos, tales como la patria potestad y la guarda y custodia. Ambos términos incluyen una serie de facultades y deberes, que serán ejercitados por los progenitores sobre sus hijos en todos aquellos casos de convivencia normal entre ambos, como en aquellas situaciones en que ésta haya cesado. En este segundo supuesto, será cuando se muestren las peculiaridades y diferencias que hay entre dichos conceptos.

2.1 Patria potestad

Todos los hijos menores de edad tienen su capacidad de obrar limitada y, es por esto, que necesitan una representación legal. Dicha representación la ostentarán los padres para tomar todas aquellas decisiones relativas al desarrollo y futuro de los menores.

Pero también, esta misma institución, recoge la obligación de educarlos – actualmente, en colaboración con los maestros y otros educadores profesionales, pero siempre bajo la responsabilidad de los padres, formarlos (que incluye corregirlos cuando se desvían, pero sin maltratarlos), transmitirles valores, especialmente mediante su ejemplo, darles compañía y asistencia, etc.

La patria potestad se trata de una institución jurídica, la cual ha sido definida por la doctrina y la jurisprudencia. No obstante, el Código Civil, en defecto de lo anterior, en su artículo 154¹, enmarcado en el Capítulo I, Título VII del Libro

¹ **Artículo 154 CC:** “*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.*”

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

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

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Primero, se ha encargado de determinar a qué sujetos afecta, cuál es su contenido y la forma en la que debe ejercerse.

Así pues, entendemos la patria potestad como un conjunto de derechos y deberes inherentes a la paternidad y maternidad respecto de los hijos menores, con el fin de ejercer una protección sobre éstos, tanto en el ámbito personal como el patrimonial. De esta forma, los progenitores, siempre deberán utilizar dicho derecho en beneficio de los hijos, jamás atendiendo a sus propios intereses.

De hecho, el Tribunal Supremo la ha definido: *“La patria potestad actúa como derecho inherente de la paternidad y maternidad y en nuestro ámbito tiene indudable carácter de función tutelar que la configura como institución a favor de los hijos”*.²

En situaciones normales de convivencia de los padres, la patria potestad y la guarda y custodia corresponderá a ambos conjuntamente (art. 156 CC). Es decir, la guarda y custodia quedará subsumida dentro de la patria potestad. Sin embargo, cuando se produce un caso de separación o divorcio entre los cónyuges, conlleva una serie de dificultades el ejercicio de esta representación legal.

Por este motivo, definiremos el concepto de guarda y custodia a continuación.

2.2 Guarda y custodia compartida

La institución de la guarda y la custodia es un concepto jurídico que no se encuentra definido en ningún precepto legal. Así pues, la legislación española no ha prestado demasiada atención a este aspecto. No obstante, el hecho que derive de la patria potestad nos permite determinar con cierta exactitud a qué hace referencia este concepto.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.

² España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº 720/2002 de 9 de julio.

Si atendemos al artículo 154 del Código Civil, se dispone que la patria potestad incluye “velar por ellos” y “tenerlos en su compañía”. Es decir, establece estos deberes y facultades como inherentes a los progenitores frente a sus hijos. De este modo, tal y como considera PINTO ANDRADE “*la guardia y custodia comprenderá aquellas funciones de la patria potestad que requieran de la convivencia con el hijo*”³. Todas estas funciones derivarán de situaciones de convivencia normal de los padres.

El problema surge cuando dicha convivencia entre ambos termina, puesto que, en ese momento, será cuando debamos separar la noción de guarda y custodia de la patria potestad. Será entonces, cuando, a partir de la separación, nulidad o divorcio de los padres, la guarda y custodia adquiera sentido. Por lo tanto, ésta existirá de forma independiente cuando no haya una convivencia entre los progenitores, o ésta no sea normal. De este modo, el ejercicio y la titularidad de la patria potestad continuará recayendo en ambos padres, a pesar del cese de la convivencia, mientras que la custodia normalmente recaerá solamente en uno de ellos o se irá alternando entre ambos (custodia compartida).

De este modo, la guarda y custodia implica, principalmente, el cuidado directo del niño, incluyendo su educación y la formación integral de éste. Así pues, dicha institución se entenderá como un concepto independiente, siempre que no se dé la convivencia del hijo con alguno de sus progenitores.

2.3 Atribución y ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia de los hijos

En todos los supuestos de crisis convivencial de la pareja, ya sea matrimonio o pareja de hecho, la atribución de la guarda y custodia tiene especial importancia y relevancia. Tal y como hemos explicado anteriormente, estas situaciones comportarán la imposibilidad de que los hijos permanezcan con ambos padres,

³ PINTO ANDRADE, C. “*La custodia compartida*”, Barcelona, Ed. Bosch, S.A, 2009, p.36.

por lo que será necesaria atribuir la custodia a alguno de ellos o a ambos conjuntamente. Sin embargo, este hecho no conllevará la pérdida de la patria potestad, por lo que los dos podrán seguir tomando decisiones referentes a la educación del menor.

En estos casos, la determinación de cuál será el progenitor que ostente la guarda y custodia, conllevará la obligación de cuidar diariamente del menor, así como de tomar las decisiones diarias de menor relevancia, y las urgentes, a que se deban hacer frente en la vida cotidiana de éste. También comportará, habitualmente, la atribución de la vivienda familiar y su conversión en acreedor de la pensión de alimentos.

De este modo, cuando hablamos de la atribución de guarda y custodia, veremos dos partes afectadas: los padres y los hijos menores.

En cuanto a los progenitores, podrá ocurrir que dicha custodia se dé solamente a uno de ellos, de forma individual y exclusiva, o compartida entre ambos de forma alterna. Aun así, en aquellos casos en que se dé a uno de los padres únicamente, el otro jamás deberá de dejar de cumplir todas aquellas obligaciones y deberes inherentes a la patria potestad. Este argumento viene comprendido en la Revista de Derecho UNED por HERRANZ GONZALEZ, donde se considera que *“Si bien la ruptura de los progenitores en nada afecta al ejercicio de la patria potestad, que seguirá ejerciéndose conjuntamente por ambos salvo que la sentencia se pronuncie sobre la privación de la misma, la custodia de los hijos menores de edad y no emancipados sí se ve afectada por la crisis familiar, debiendo pronunciarse el Juez sobre la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía en caso de que los cónyuges no*

hayan llegado a un acuerdo al respecto, así como cuando dicho acuerdo no sea aprobado judicialmente.”⁴

En referencia a los hijos, que se ven directamente afectados por dicha decisión, siempre prevalecerán sus intereses a la hora de tomar cualquier medida que tenga incidencia en ellos. Es decir, deberá tenerse en cuenta el principio del interés superior del menor, donde se considera que sus intereses y derechos siempre tendrán preferencia ante cualquier otro, incluyendo aquí los de sus padres. De este modo, todas aquellas decisiones judiciales que se tomen, en referencia a la atribución de la guarda y custodia, pretenderán perjudicar en lo mínimo de lo posible el aspecto psíquico del menor, tratando de beneficiarle en la medida en que se pueda.⁵

2.3.1 Incumplimiento por parte de los progenitores

Una vez otorgada la guarda y custodia de forma individual o compartida para ambos progenitores, éstos siempre deberán actuar y cumplir aquello dispuesto en el convenio regulador o en la resolución judicial dictada previamente. Por este motivo, siempre que se dé un incumplimiento por alguna de las dos partes de forma injustificada y reiterada, se tendrá que analizar, siempre con el objetivo de evitar cualquier perjuicio en el menor. Antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2015, 30 de marzo, por la que se reforma el Código Penal, todos aquellos incumplimientos relativos a las obligaciones familiares, se consideraban como una falta, penada en su artículo 618.2. Se iniciaba mediante la interposición de una denuncia y, a partir de ésta, se abría un juicio de faltas que terminaba con la condena o no del progenitor que, supuestamente, había producido el incumplimiento. Todo esto podía finalizar con la interposición de una multa, trabajos en beneficio de la comunidad o, incluso, la modificación de la custodia.

⁴ HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina “Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: novedades en torno a la futura Ley de Corresponsabilidad Parental”, *Revista de Derecho UNED*, nº14 (2014), p. 299.

⁵ España. Audiencia Provincial de Córdoba. Sentencia nº 111/2004 de 13 de mayo.

No obstante, con la despenalización de las faltas, todo es más sencillo, puesto que no será necesario acudir al juzgado de instrucción para que se resuelvan este tipo de conflictos. Así pues, cuando uno de los dos progenitores incumpla se podrá actuar de las siguientes formas:

- Intentar llegar a un acuerdo
- Interponer una demanda de ejecución del convenio o sentencia
- Solicitar una modificación de medidas

Cuando se trate de incumplimientos con carácter reiterado, lo más recomendable será acudir a la vía civil mediante una demanda de ejecución de sentencia. Además, y siguiendo con el procedimiento dispuesto en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se le informará que, de seguir con dicho incumplimiento, podría incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad (artículo 556 Código Penal), la imposición de multas coercitivas o la posibilidad de modificar el régimen de custodia o el de visitas establecido.

Por lo tanto, dichos incumplimientos podrán llegar a afectar a la posesión de custodia del menor, retirándosela, pues, al progenitor que la esté ostentando en ese momento. Un ejemplo sería la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid nº 446/ 2011, 5 de diciembre, donde se le otorga la guarda y custodia al padre, quitándosela a la madre, por haber incumplido ésta el régimen de visitas durante dos años.

3. Evolución normativa de la custodia

Desde que se promulgó la Ley 30/1981, 7 de julio, hasta la actual Ley 15/ 2005, 8 de julio, nuestra sociedad ha cambiado y evolucionado notablemente en diversos aspectos, hecho que ha provocado que, la guarda y custodia, haya sido uno de los elementos que se han visto afectados.

Anteriormente, se preveía en todos los casos la atribución de la custodia en exclusiva a uno de los progenitores. La custodia compartida no se descartaba, aunque ésta no era de aplicación, ya que tanto jueces como abogados consideraban más oportuno la atribución de ésta especialmente a la mujer. No obstante, la incorporación activa y progresiva de la mujer al mundo laboral, tuvo gran incidencia en esta percepción, entre otros muchos argumentos también considerados, los cuales han acabado desembocando en la aplicación de la custodia compartida como medida preferente.

Todo este proceso ha tenido lugar durante aproximadamente 25 años, donde se fueron modificando aspectos de la Ley de 1981, hasta llegar a la modalidad de custodia que se prevé actualmente.

3.1 La guarda y custodia antes de la Ley 15/2005

Antes de la reforma de 2005, la ley que regulaba la guarda y custodia en nuestro ordenamiento jurídico era 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*. El modelo a aplicar era la custodia monoparental, pero, a pesar de que la custodia compartida no tuviera una regulación expresa, tampoco se prohibía. Aun así, su aplicación tenía lugar en una línea muy minoritaria. De hecho, esta afirmación se podía comprobar en la redacción del artículo 92 CC de aquel entonces, ya que en ningún momento se descartaba la posibilidad de aplicar dicho régimen.

Una vez se disolvía el matrimonio, la guarda y custodia se otorgaba exclusivamente a uno de los progenitores, generalmente a la madre, además de

atribuírsele también la vivienda familiar⁶. Así pues, al padre únicamente le correspondía el derecho de visitas y la obligación legal de proporcionar la pensión de alimentos a sus hijos.⁷ De esta forma, quien ostentaba la custodia era quien tenía el poder de tomar todas aquellas decisiones en la vida cotidiana del menor.

Referente a la guarda y custodia, se pretendía que los padres llevaran a cabo un convenio regulador, donde primara principalmente el interés del menor, y dando audiencia a los mayores de 12 años, aunque la última palabra siempre la tendría el juez. Además, esta misma ley preveía que, todos los menores de 7 años, deberían quedar bajo el cuidado de su madre, salvo que se tratase de situaciones especiales.

Ante esta situación de preferencia de la figura materna y exclusión de la paterna, se llevó a cabo una reforma del Código Civil por la Ley 11/1990, de 15 de octubre. En ésta se hacía especial incidencia en el principio de no discriminación por razón de sexo. Es decir, en el momento en que se concedía la custodia antes a la madre que al padre, se estaba vulnerando el principio constitucional de igualdad, recogido en el artículo 14 CE, lo cual era inconcebible. Por lo tanto, se decidieron suprimir todas estas discriminaciones por razón de sexo, considerando, pues, que independientemente de cual fuera la edad de los menores, el juez tendría la potestad de decidir cuál de los dos progenitores debía ostentar la custodia (art. 159 Ley 11/1990)⁸, siempre tratando de proporcionar el mayor beneficio posible para los hijos.

Además, autores como NAVARRO FAJARDO⁹ se han manifestado a favor de la eliminación de toda desigualdad en el trato de los padres en la atribución de la

⁶ El artículo 96 CC, siempre en defecto de acuerdo, atribuía la vivienda conyugal a los hijos y al progenitor que se lo hubiese atribuido su custodia.

⁷ ALASCIO CARRASCO, L. Y MARÍN GARCÍA I., “*Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 CC*” en Revista para el Análisis del Derecho, InDret, nº 3, 2007, p.5.

⁸ **Art. 159:** “*Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitor quedaran los hijos menores de edad. El juez oírà, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.*”

⁹ NAVARRO FAJARDO, Juan José, “*El derecho a la custodia de los hijos de los padres separados*”, BIMJ, año XXXIII, número 1189, p. 7-9.

guardia y custodia, una vez se produzca la ruptura matrimonial. De hecho, considera que se debe llevar a cabo un correcto desarrollo de los principios constitucionales de igualdad (art. 14 CE), y del derecho que tienen el hombre y la mujer a contraer matrimonio en unas condiciones de plena igualdad jurídica (art. 32 CE). En este segundo caso, se entiende que, también tendrá lugar este derecho, en el momento de su vigencia y disolución.

De este modo, podemos observar que, hasta la promulgación de la Ley 15/2005, la guarda y custodia compartida era una medida que difícilmente tenía lugar. No obstante, el cambio de la sociedad y la insistente jurisprudencia a lo largo del tiempo, produjeron que, finalmente, se regulase y adoptara un papel principal en el momento de decisión del juez.

3.2 Argumentos a favor de la custodia a uno de los progenitores

Tal y como hemos mencionado anteriormente, la atribución de la custodia en exclusiva a uno de los progenitores se utilizaba como el modelo general a seguir por parte de los jueces, siendo excepcional la aplicación de la custodia compartida. A pesar de lo establecido en la ley que regulaba todos estos aspectos, la mayoría de jueces y tribunales mostraban una postura favorable a la medida adoptada, demostrando en la mayoría de casos, por no decir todos, una actitud de rechazo ante la custodia igualitaria entre ambos padres.

Por lo general, la jurisprudencia, utilizando como precedente lo dispuesto en la ley, fue estableciendo una serie de argumentos, los cuáles utilizaban para justificar la atribución de la custodia monoparental. Fueron los jueces quienes entendían y defendían que esta medida era la más beneficiosa para el menor.

Una primera línea de decisión era la inestabilidad emocional que se produciría en el menor en caso de otorgar la custodia compartida. Este argumento fue utilizado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 2 de marzo de 1991, donde se consideraba que: *“tratándose de una cuestión de derecho necesario, que facultaría incluso para resolver a los órganos jurisdiccionales ex officio e*

imperativamente, si es que así lo demandasen los intereses de los hijos menores de un matrimonio en crisis, lo cierto es que, planteada esa cuestión de guarda compartida... y, desde luego, nunca argumentable por el art. 14 de la CE. Pero es que aparte de ello, desde los puntos de vista psicológico y pragmático, esta solución que ahora se patrocina, sería previsiblemente perjudicial para los menores, sometidos a toda inseguridad y abocados a una verdadera inestabilidad de vida y emocional, en función de actitudes temporalmente coincidentes en cada uno de los padres sobre ellos y previsiblemente contradictorias de la autoridad del otro progenitor; agravado todo por la falta de concreción de las circunstancias bajo las que habría de ejercer esa custodia en cada momento y por ambos a la vez, o sucesivamente, y las de las sustituciones o limitaciones recíprocas que fueron convenientes”.

Además, esta sentencia no fue la única que justificó de esta forma la atribución de la custodia en exclusiva a uno de los progenitores. Incluso 11 años más tarde, se seguía usando el mismo argumento para defender dicha idea. Es el caso de la SAP de Guadalajara, de 9 de abril de 2002, donde se expuso que, la custodia en régimen alterno, producía consecuencias negativas para los hijos, ya que éstos debían de estar continuamente adaptándose a cambios cada vez que estuvieran con el otro progenitor. De este modo, justificaba la inestabilidad emocional derivada de la convivencia temporal, ya que esto incidía perjudicialmente en algunos factores de la vida cotidiana del menor, tales como su educación o la formación.

Por lo tanto, se consideraba que la guarda y custodia del menor, ejercida de forma unilateral por uno de los cónyuges, daba estabilidad en la vida del menor, ya que evitaba el cambio de domicilio constante, así como la alteración de todo su ambiente. Además, también se entendía que era la manera más eficaz de asegurar la protección del interés del menor.

Otro argumento por el que también se denegaba la custodia compartida y, consecuentemente, favorecía la atribución de la custodia a uno de los progenitores, era por la alegación de que el legislador no lo había incluido en el

texto legal. Es decir, se entendía que el hecho de que no se hubiera recogido expresamente en la ley, pretendía denegar implícitamente la adopción de esta postura por parte de los jueces. Esto se recogía en la SAP de Granada, de 30 de mayo de 2000, donde el juez revocaba la custodia compartida por entender que el legislador no había contemplado en ningún momento la posibilidad de su aplicación.

No obstante, en una línea parecida podríamos situar la SAP de Palencia, de 10 de febrero de 2000, aunque algo más flexible en relación a la atribución de la custodia compartida. Ésta entendía que, cuando el Código Civil reguló la custodia de los hijos por la separación o divorcio de sus padres, no se había regulado expresamente la forma compartida entre ambos, aunque tampoco se prohibía. A pesar de que la ley no lo estableciera como regla general, se podía concebir la idea de que, en ocasiones, se pudiera otorgar. Es decir, ante la problemática generada en algunas situaciones de crisis matrimonial, se podría considerar la custodia compartida, única y exclusivamente, cuando se dieran circunstancias especiales que, no sólo lo permitiesen, sino que también lo consideraran más favorable para el menor.

Por otro lado, los tribunales consideraban que, para que pudiese otorgarse la custodia compartida, este tipo de guarda debía de solicitarse por ambos progenitores, ya que mostraba que ambos tenían predisposición a la hora de asumirla.¹⁰ Un ejemplo claro de este caso, donde se rechaza la custodia compartida por este motivo, es la SAP de Valencia, de 7 de junio de 2005, ya que se desestima un recurso de apelación interpuesto por el padre de la hija, donde solicitaba esta medida. El juez consideró que, a pesar de que existían circunstancias que podían ser favorables para su atribución, no podía otorgarla, ya que, para que fuese eficaz, era necesaria “*la actitud positiva de ambas partes*” (Fundamento 2º). De este modo, teniendo en cuenta las exigencias que comportaban su adopción, el tribunal decidió desestimar la petición de este tipo de

¹⁰ España. Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª). Sentencia nº 29/2004 de 27 de enero.

custodia, considerando que la oposición de la madre a esta medida ya era causa más que suficiente para su rechazo.

En resumen, tal y como observamos, los tribunales establecieron sus propios argumentos a la hora de considerar y defender la favorabilidad de la custodia en exclusiva a uno de los progenitores, siempre intentando proteger los intereses del menor.

4. Evolución jurisprudencial hacia la custodia compartida

Entre la Ley de 1981 hasta la Ley actual 15/2005 la jurisprudencia fue cambiando en la medida en que la sociedad evolucionaba. Tal y como hemos explicado anteriormente, inicialmente se concebía la custodia monoparental como la única forma efectiva de proteger el interés del menor. No obstante, dicha idea ha ido evolucionando hasta considerar la guarda y custodia compartida como la medida más beneficiosa para los hijos.

Ante la inicial negativa a la custodia igualitaria entre ambos padres, la jurisprudencia tuvo que ser consciente de las nuevas tendencias que aparecían en nuestra sociedad y, consecuentemente, fue manifestándose a favor de ésta. Durante 25 años, la regulación de 1981 no sufrió ningún cambio relevante, a diferencia de nuestro entorno, que sufría transformaciones constantes. En primer lugar, se rompieron los conceptos tradicionales de familia apareciendo, pues, las familias monoparentales, reestructuradas... Además, el hecho que tuvo más incidencia para este gran cambio fue la incorporación de la mujer en el mundo laboral, lo cual hacía tambalearse algunos argumentos de los tribunales que hacían referencia a la imposibilidad de implicación del padre en la educación y cuidado de los hijos.

Por regla general, los jueces de Primera Instancia entendían que la custodia compartida presentaba mayores inconvenientes que ventajas, ya que se perjudicaba el entorno del menor con el cambio de un progenitor a otro. En cambio, las Audiencias la admitían excepcionalmente, cuando ésta se realizaba a petición de ambos progenitores. Pero, el requisito esencial para su atribución era que ambos padres tuvieran una relación aceptable y no hubiese conflictividad entre ambos.¹¹ Por este motivo, podemos afirmar que el papel de las Audiencias Provinciales fue bastante influyente a la hora de que se produjese la reforma de la ley.

No obstante, la jurisprudencia se encontraba dividida en dos grupos, aquellos que

¹¹ La SAP de Madrid (Sección 22ª) nº 452/2004, de 9 de julio consideraba que la existencia de armonía y relación satisfactoria entre los progenitores permitía la atribución de la custodia compartida (FD 3º).

negaban rotundamente la aplicación de la custodia compartida y aquellos otros que empezaban a considerarla como una medida más beneficiosa. Cabe destacar que, a pesar de que diversas sentencias empezaron a aceptar su atribución, hasta la promulgación de la Ley 15/2005, la aplicación de la custodia compartida se había llevado a cabo de forma bastante minoritaria.

En esta línea, y teniendo siempre en cuenta el beneficio del menor¹², una de las primeras sentencias que atribuyó la custodia compartida de oficio fue la SAP de Valencia, de 22 de abril de 1999. Ésta se planteaba que los tribunales debían inclinarse por las medidas judiciales que más beneficiasen a los hijos, y no simplemente basándose en la atribución exclusiva a la madre o al padre. Es por eso que se manifestaba a favor de la realización de un análisis de cada caso en concreto para valorar todas las alternativas posibles a la hora de tomar la decisión, cuestionándose en cada caso cuál es el modelo más favorable¹³. Posteriormente, la SAP de Valencia, de 2 de febrero del 2000, se manifestó en la misma línea que la anterior. En ella también se hacía especial incidencia en la necesidad de equilibrar

¹² PINTO ANDRADE, Cristóbal *“La Custodia Compartida”* cit., p. 52.

¹³ Fundamento Jurídico 6º: *“El régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor.*

Está claro que para decidir sobre el régimen de custodia, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos, resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores. En autos no se ha planteado esta posibilidad, pero puede plantearse de oficio el Tribunal, que no constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver, en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores.”

la figura materna y paterna. Es decir, consideraba que ambas partes pueden complementarse y compensarse de una forma idónea, determinando que los dos progenitores tienen la misma capacidad de cuidar y educar a un hijo, por lo que no se debe de desvalorar a uno por encima del otro (FD 5º).

Pero estas dos sentencias no fueron las únicas que se iban encaminando a la aceptación de la custodia compartida. En otras, como en la SAP de Madrid, de 22 de julio de 2004, el juez vino considerando que, el hecho de establecer un régimen de la custodia compartida, garantizaba que ambos progenitores mantuvieran una relación cercana con su hijo. De hecho, en la SAP de Girona, de 25 de febrero de 2001, se tuvo en cuenta el informe psicosocial que se llevó a cabo, que consideró que, para todos aquellos menores que necesiten y deseen sentirse acompañados y cerca de ambos progenitores, ésta es la mejor opción. Asimismo, se analizaba la posibilidad de obtener más aspectos positivos que negativos con su adopción.

Por otro lado, también se encontraban argumentos que concedían la custodia compartida, pero que iban encaminados en otra dirección. Por ejemplo, cuando se daban casos en que existía una proximidad de los domicilios de ambos progenitores. En estas situaciones, se entendía que a la hora de que el menor cambiara de casa era mucho más fácil y, además, no se estaba afectando a las relaciones sociales de los hijos, por lo que no surgían efectos negativos en su concesión¹⁴. En otras ocasiones, se consideraba que la custodia compartida solo era aconsejable cuando los menores tuvieran mínimo 12 años, ya que en cualquier otro caso se perjudicaba el interés del menor.¹⁵

Como no puede ser de otro modo, todas las resoluciones de las Audiencias Provinciales fundamentan sus argumentos siempre orientados hacia al interés del menor. En todos aquellos casos en que se otorga la custodia compartida es porque se había considerado previamente que ésta no supondría una modificación

¹⁴ España. Audiencia Provincial de Girona (Sección 2º). Sentencia nº 108/2001 de 28 de febrero.

¹⁵ España. Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 5ª). Sentencia nº 90/2005, de 28 de febrero.

España. Audiencia Provincial de Lugo (Sección 2ª). Sentencia nº 188/2005, de 26 de mayo.

sustancial en la vida de los menores. Además, autores como LASARTE ÁLVAREZ se manifiestan en esta misma línea, entendiendo que *“se ha de atender imperativamente al beneficio de los hijos y, de forma refleja, al cónyuge que seguirá conviviendo con ellos”*¹⁶.

En definitiva, con el paso de los años fue aumentado la atribución de la custodia compartida, pero, solamente, en ocasiones donde tenían lugar circunstancias especiales que lo favorecían como, por ejemplo, que ambos padres lo solicitasen. Aun así, dicha evolución y, consecuentemente, la bifurcación de opinión de jueces y tribunales a la hora de tomar decisiones en este ámbito, acabó desembocando en la reforma de la Ley vigente de aquel entonces, ocasionando la Ley 15/2005 que es de la que disponemos actualmente.

¹⁶ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *“Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil IV”*. 5ª Edición Madrid , Ed. Marcial Pons , 2006, p. 145.

5. Custodia compartida

Por primera vez, y gracias a la modificación introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, se consiguió la regulación legal específica de la figura de guarda y custodia compartida.

En principio, el interés del menor se debe encontrar en el mantenimiento de un status lo más parecido posible al que había antes de la ruptura de sus padres. Es decir, se debe intentar que el desarrollo físico y emocional del menor se altere lo mínimo posible, por lo que, con esta medida, se pretende que la relación entre ambos progenitores cambie lo mínimo. Por este motivo, se implanta la guarda y custodia compartida. Pero, en detrimento de lo anterior, se aplicará en todos los casos, exceptuando aquellos en los que no sea aconsejable para el menor la convivencia con alguno de los progenitores. En circunstancias como ésta, se mantendría la custodia monoparental, pero, como hemos dicho, solamente será en situaciones concretas.

Por lo tanto, tal y como vemos reflejado en la Convención sobre los Derechos del Niño, se deberá respetar el derecho de los niños a mantener relaciones personales con ambos padres, salvo que se considerase contrario al interés superior del menor.

Antes de profundizar más en su definición, hay que destacar que dicha institución se ampara legalmente en dos derechos fundamentales:

- El derecho del hijo de mantener y salvaguardar la relación con ambos progenitores
- El derecho y deber de los padres de asistir siempre a sus hijos, velar por su seguridad, tenerlos en su compañía siempre, alimentarlos, cuidarlos y educarlos, según se indica en el Código Civil.

Estos derechos también pueden encontrar su fundamento en algunas disposiciones como el artículo 3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, 39.4 CE y los arts. 7.1, 9.3 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada

por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada, finalmente, el 30 de noviembre de 1990 por el Estado español.

No obstante, en relación a la conceptualización de ésta, existe una confusión de términos evidente, que explicaremos a continuación, debido a su falta de concreción en los textos legales.

5.1 Concepto de custodia compartida

La custodia compartida, a modo general, podríamos entenderla como la asunción compartida de autoridad, obligaciones y responsabilidad, además de derechos y obligaciones, de aquellos padres separados o divorciados en todo aquello relativo a los hijos que tienen en común. De este modo, a cada progenitor se le verán reconocidos, de forma igual, los mismos derechos y deberes ante los menores.

Dejando de lado todas aquellas definiciones doctrinales que podamos encontrar, no aparecerá en ningún texto legal la descripción del término custodia compartida. Por lo tanto, el Código Civil, aun con la reforma del 2005, no establece cuál es su contenido. En este caso, simplemente está considerando la aplicabilidad de dicha institución, pero no nos da un concepto exacto. Esta omisión por parte del legislador ha comportado que la doctrina haya ejercido la función de conceptualizarla, aunque de una forma extremadamente amplia.

En este país, únicamente se había contemplado su definición en la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril (vigente hasta el 16 de noviembre de 2016) que, en su artículo tercero, contenía que *“Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial”*¹⁷. No obstante, ha sido la única Comunidad Autónoma que ha tratado de

¹⁷ Artículo 3 a). de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunidad Valenciana

evitar confusiones terminológicas con esta redacción.

El nuevo artículo 92 CC incluye dos términos, cuyo uso se realiza indistintamente. Éstos son: “guarda y custodia compartida” y “guarda y custodia conjunta”. Esta doble denominación ha sido fruto de muchas críticas por parte de la doctrina, ya que consideran que, a la hora de usar estas denominaciones, no se le está haciendo referencia de una forma correcta. En algunos casos, se ha interpretado en el sentido de que la custodia conjunta es aquella en que el juez determina dicha modalidad, ya sea de oficio o a instancia de parte con informe del Ministerio Fiscal. En cambio, se entiende la guarda compartida cuando ambos padres la solicitan expresamente, bien en el convenio regulador o mediante un acuerdo durante el procedimiento.¹⁸

No obstante, la doctrina ha considerado, mayoritariamente, que la guarda de la que hablamos no se comparte, ni tampoco se ejerce de forma conjunta, sencillamente se alterna entre los progenitores cuando tienen los hijos con ellos. Por eso, el uso continuo de estas expresiones tanto en la ley, jurisprudencia y doctrina, es lo que lleva a tanta confusión.

Un ejemplo sería GUILARTE MARTÍN- CALERO, quien entiende que el hecho de que haya una titularidad entre los padres sucesiva o alterna, no permite considerar que la guarda sea conjunta o compartida. Por lo tanto, en el caso que hacemos referencia encontraremos un guardador y el titular del régimen de visitas. Dichas posiciones se irán alternando de la forma en que se haya dispuesto en el convenio regulador o en la sentencia correspondiente¹⁹.

De igual forma, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, hace referencia a

¹⁸ LATHROP GOMEZ, F. “*Custodia compartida de los hijos*”. Madrid, Ed. La Ley, 2008, p. 283.

¹⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “*Comentarios del Nuevo Artículo 92 del Código Civil*” en GUILARTE GUTIÉRRES, Vicente y otros: “*Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio: Ley 15/2005, de 8 de Julio*”. 1ª Edición, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2005, p.135,155 y 179.

que la responsabilidad o patria potestad sí se puede compartir, pero no la custodia, ya que ambos progenitores estarán separados y, sólo el que la ostenta en aquel momento, será el que la esté ejerciendo.²⁰

Aun así, GODOY MORENO, considera que utilizar el término “custodia compartida”, solamente está añadiendo cierta connotación al hecho de que la titularidad de ésta se está llevando a cabo de forma igual tanto por el padre como por la madre. Por lo tanto, entiende que las denominaciones que se le atribuyen son totalmente válidas para definir las situaciones en la que la ostentan ambos progenitores²¹.

Como podemos ver, no encontraremos un concepto de custodia compartida ni en el Código Civil, ni en ninguna otra ley. Aun así, el fundamento teórico lo encontramos en que la guarda y custodia compartida es ese sistema legal que tiene lugar cuando cesa la convivencia de los progenitores, ya sea por divorcio o separación, donde ambos se alternan el cuidado de sus hijos, ostentando los mismos derechos y deberes que tenían anteriormente. Por lo tanto, a ambos padres se les reconocerá la capacidad para afrontar la maternidad o paternidad y adoptar las decisiones relacionadas con las vidas de sus hijos mientras cuidan directamente de ellos.

Una de las definiciones que podríamos darle a la institución de guarda y custodia compartida sería *“aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados”*²². Asimismo, se

²⁰ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, “La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”. Revista Sepín Persona y Familia, nº 45 (junio 2005), p. 16 y ss.

²¹ GODOY MORENO, Amparo, “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada”, en Abogados de Familia, Sección Doctrina, Ed. La Ley, nº 16, Primer Trimestre de 2000, p. 8

²² LATHROP GOMEZ, Fabiola, “Custodia compartida de los hijos” cit., p. 39

encargarán del cuidado de su hijo de forma periódica, donde deberán garantizarle al menor toda la atención y educación que requiera.

A pesar de la relevancia de la doctrina en este aspecto, la jurisprudencia ha sido muy necesaria para entender con más exactitud este concepto. Ésta entiende que la custodia compartida comportará un reparto de tiempo y responsabilidad equitativo, en que ambos progenitores estarán situados en el mismo punto de igualdad. Deberán colaborar continuamente para satisfacer las necesidades que le surjan al menor. Incluso, el cónyuge no conviviente deberá implicarse y participar activamente en su cuidado, y no solamente actuar así cuando se encuentre en su domicilio propio o en el periodo de vacaciones que le corresponden. Por lo tanto, es una modalidad del ejercicio de responsabilidad parental que deberán llevar a cabo todo el tiempo y no, solamente, en determinados periodos de tiempo.²³

En definitiva, se pacta la custodia compartida, sin saber exactamente a qué nos estamos refiriendo. Al hablar de custodia compartida se estará entendiendo como un sistema de guarda alterna, donde el menor estará con uno u otro, pero siempre manteniendo ambos los derechos y deberes del artículo 145 CC, que son establecidos como contenido de la patria potestad. La idea principal consistirá en la igualdad jurídica de los dos padres y la responsabilidad parental que ostentan éstos. Por lo tanto, el objetivo principal es que, a pesar de la ruptura de los progenitores y la no convivencia de éstos, la relación de los hijos con los padres continúe intacta o prácticamente igual a como era antes.

5.2 Ventajas e inconvenientes

Una vez explicado en qué consiste dicha institución, deberemos examinar, frente a la atribución de la custodia exclusiva a uno de los progenitores, todas aquellas ventajas que puede ofrecer la custodia compartida, aunque también, todos los inconvenientes que pueden darse. La jurisprudencia ha sido quien, principalmente, se ha atribuido la función de señalar y concretar todos esos

²³ España. Audiencia Provincial Barcelona (Sección 12ª). Sentencia nº 127/2007 de 21 de febrero
España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia nº 627/2007 de 16 de octubre.
España. Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª). Sentencia nº 28/2005 de 2 de febrero.
España. Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª). Sentencia nº 200/2013 de 27 de marzo

aspectos.

5.2.1 Ventajas de la custodia compartida

Referente a las ventajas que podamos encontrar, éstas son mucho mayores que los inconvenientes que se presentan. De hecho, la custodia compartida pretende aportar beneficios tanto en relación a los hijos menores como a sus progenitores. En este sentido, esta medida se aplica como consecuencia de la ruptura de la pareja, por lo que no tendría que afectar extremadamente la vida de los hijos. Principalmente, pretende implantar una participación parental igualitaria, mejorando la autoestima del menor y disminuyendo, en la medida en que se pueda, los conflictos entre los padres. No obstante, éstas no son las únicas ventajas que encontramos, ya que sentencias como la SAP de Barcelona de 2007, entre otras, ha hecho una extensa lista de cómo se beneficia al menor con esta medida. A pesar de esto, como ya hemos dicho, hay mucha más jurisprudencia que ha ayudado a perfilar y a considerar otros beneficios que no se habían tenido en cuenta en la sentencia anterior nombrada.

A continuación, se explicarán las principales ventajas de la custodia compartida:

- Principalmente, se pretende que el menor mantenga y preserve la situación de vida que tenía antes de la ruptura. Es decir, la custodia compartida lo que realza es la conservación de la relación del hijo con ambos progenitores²⁴ y que, consecuentemente, sufra en la menor medida posible los resultados de la ruptura familiar. Se pretende que exista un contacto directo entre el hijo y el progenitor no custodio. Por lo tanto, la posibilidad de que los hijos puedan disfrutar de la presencia de sus padres de forma igualitaria, conlleva que su modo de vida sea bastante parecido al que tenía anteriormente, siendo la ruptura menos traumática

²⁴ La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 4/2001 de 15 de enero afirma que la custodia compartida: *“no pretende por más que intentar favorecer del modo más razonable posible la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores”*

para ellos.²⁵

- Los padres podrán seguir ejerciendo sus derechos, además de continuar participando en igualdad en el crecimiento y desarrollo de sus hijos. Así, se evitará el “divorcio” del hijo con el padre no custodio, por lo que el menor no tendrá el sentimiento de pérdida de uno de los progenitores, siempre provocado por el alejamiento de uno de ellos en los casos de la custodia monoparental²⁶. Esta mayor adaptación a la ruptura evitará la aparición de algunos sentimientos en el menor, tales como: miedo al abandono, sentimiento de culpa, sentimiento de suplantación, sentimiento de negación...

- Se garantiza a los progenitores la posibilidad de seguir ejerciendo de forma igualitaria los deberes y obligaciones en relación a sus hijos. Además, podrán participar de la misma forma en todas las condiciones de desarrollo y crecimiento y permitirá a los menores criarse con ambos progenitores. Asimismo, al invertirse continuamente las posiciones entre los progenitores, aquél que sea no custodio en

²⁵ GARCÍA GARNICA, María del Carmen *“Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinar”*. 1ª Edición, Navarra, Ed. Aranzadi, 2008, p. 52, sostiene que el objetivo principal de la custodia compartida es que, a pesar de que se produzca una ruptura en la pareja fruto de su separación, esta situación no conlleve, también, la ruptura de la familia.

Además, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 19 de julio de 2007 añade que *“A través del sistema de custodia compartida se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de la relación de aquéllos siendo tal presencia similar y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja, por lo que la ruptura es menos traumática.”*

²⁶ ROMERO COLOMA, Aurelia María, *“La Guarda y Custodia Compartida como Medida Familiar Favorable a los Hijos”*, en Actualidad Jurídica Aranzadi, número 814/2011, Sección Opinión, Pamplona Editorial Aranzadi, 2011, p. 1 afirma que la custodia compartida intenta que las relaciones de ambos progenitores con sus hijos no se deterioren, evitando que los hijos se vayan distanciando de alguno de sus padres, tal y como ocurre con la atribución de la custodia unilateral.

un momento determinado no desconocerá los problemas cotidianos de su hijo, tal y como ocurre en los casos de custodia unilateral, donde uno de ellos se convierte en un mero visitador del niño ajeno a su realidad.

- La convivencia del menor con los dos progenitores evita que se tome como modelo único a uno de los padres. Este hecho comportará que el menor tome en consideración tanto al padre como a la madre por iguales. Asimismo, se evitarán también los comportamientos extremadamente permisivos por parte del progenitor no custodio con el fin de contentar al menor en el poco tiempo en que disfruta de él. La autoridad parental en estos casos irá ligada a ambos, siempre que la ejerzan correctamente.

- La custodia compartida comportará una mayor aceptación y comprensión por parte de los hijos de la nueva situación familiar en la que se encuentran, derivada de la separación de sus padres. También, será más sencillo evitar situaciones en que los padres traten de manipular, ya sea consciente o inconscientemente, a sus hijos, ya que, aunque lo intenten, la alternancia impedirá que se consolide dicho alejamiento.

- Ninguno de los dos progenitores se verá excesivamente condicionado al cuidado de sus hijos, ya que ambos podrán tener tiempo para su vida profesional y personal. Se evitará el vacío y dolor que se les produce a algunos padres tras la ruptura, ya que intentan centralizar su vida en sus hijos, siendo ésta la única razón para vivir.

- El sistema va enfocado directamente al principio de corresponsabilidad familiar. Ambos padres deberán cooperar y acordar continuamente, además de asegurarse de que haya un adecuado intercambio de información, siempre para favorecer las necesidades de sus hijos ²⁷. De este modo, constituirán un modelo educativo ejemplar para la conducta del menor.

²⁷ La SAP de Ciudad Real de 3 de mayo de 2004 sostiene que: *“hoy se tiene a la custodia compartida como mejor forma de implicación de los padres en el desarrollo de sus hijos, sin que éstos se vean perjudicados por tal régimen”*.

- Los efectos psicológicos de la ruptura sobre el menor son menores, ya que, se intenta favorecer el desarrollo de su personalidad y fomenta las relaciones de familia de ambos progenitores²⁸. En este sentido, es erróneo afirmar que los cambios de domicilio constantes, por ejemplo, irrumpen en la estabilidad de los hijos, cuando ellos lo que necesitan es la estabilidad emocional que les proporciona sentirse queridos y estar al cuidado de sus padres.

- El hecho de que la custodia les sea otorgada a ambos padres de forma compartida, provoca que éstos no se sientan ganadores ni perdedores en el ejercicio del cuidado de su hijo. Por lo tanto, permitirá que haya una mutua comprensión del que está en la posición contraria: custodia, régimen de visitas y comunicación.

- No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los dos progenitores.

- Evita el incumplimiento de las obligaciones económicas por parte del progenitor no custodio, ya que, con la custodia compartida, existe un mayor compromiso y concienciación de la necesidad de cumplir con las responsabilidades, sean personales o patrimoniales, y de contribuir a los gastos de sus hijos. Además, si los dos trabajan, podrán asumir más fácilmente los gastos de manutención en cada período de convivencia²⁹.

En referencia a todo lo anterior comentado, encontramos sentencias como la STSJ

²⁸ La SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2008 considera que: *“La presencia de ambos progenitores en el proceso de crecimiento de los hijos y la colaboración de los padres en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de su personalidad, les aporta seguridad y aumenta su confianza y al tiempo permite una mayor fluidez de las relaciones familiares evitando ese aspecto tan negativo que suele producirse cuando uno de los progenitores se ve obligado a asumir la práctica totalidad del aspecto controlador y disciplinar frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia”*.

²⁹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 19 de julio de 2007 donde establece que con la atribución de la custodia compartida se evita *“La desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos”*

de Cataluña de 31 de julio de 2008³⁰, que reafirman todo lo anteriormente dicho. En su fundamento 5 sostiene que existen una inmensidad de ventajas en la atribución de la custodia compartida, puesto que ayuda en la evolución y desarrollo del niño. Además, evita los conflictos familiares y favorece la comunicación de ambos, aun así, no significa que las diferencias entre ellos desaparezcan completamente, ya que sería prácticamente imposible. Ayuda a tratar la ruptura matrimonial sin un ganador, ni perdedor y, a su vez, reparte de forma equilibrada las responsabilidades en los dos padres, favoreciendo, pues, la implantación de la idea de igualdad de sexos en sus hijos.

5.2.2 Inconvenientes de la custodia compartida

Ahora bien, ante las numerosas ventajas que plantea la custodia compartida, ya que trata de mantener una relación equilibrada e igualitaria con ambos padres, existen opiniones y críticas en contra de su aplicación. En estos casos, se considera principalmente que la inestabilidad que se provoca al menor, tanto física, afectiva como emocional, vulnera su interés superior. Por eso, sentencias como la de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de octubre de 2006, entre otras³¹, considera que es un sistema inviable jurídicamente, por lo que se nos permite concretar una serie de inconvenientes³²:

³⁰ España. Tribunal de Justicia de Cataluña (Sala 1ª de lo Civil y Penal). Sentencia nº 29/2008 de 31 de julio.

³¹ La SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 20 de febrero de 2007, señaló como inconvenientes:

- La posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio
- Los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando
- Las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores.

³² IVARS RUIZ, Joan. “Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia”. 2ª Edición, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2008, p. 182-190 donde recoge una lista de inconvenientes.

- Falta de regularidad en los hábitos y costumbres de los hijos. El hecho de que no tenga estabilidad en su vida, comportará la imposibilidad de tener unos criterios educacionales uniformes. Por lo tanto, el grado de estabilidad dependerá de lo que se asemejen en los dos ambientes que convive, ya sea referente a su educación o por los valores que le inculcan cada uno de sus padres.

- La atribución de la custodia compartida representa una situación irregular en los hijos que contribuirá, especialmente, en desestabilizarlos emocionalmente. Además, la dificultad de colaborar y de ponerse de acuerdo entre ellos, así como unificar criterios para afrontar todas aquellas cuestiones de la vida cotidiana del menor que se presente, podría suponer un mayor incremento de los enfrentamientos entre los padres.³³

- La organización del reparto de los períodos de convivencia comportara el traslado continuo de domicilio del menor, implicando siempre un peregrinaje del niño. Todo esto provoca una inestabilidad física que afectará a su equilibrio emocional. En este ámbito numerosas sentencias han manifestado este argumento para denegar la custodia compartida. Una de ellas sería la SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2004 donde se descarta dicha posibilidad por comportar una situación irregular para la niña, ya que no tendría un domicilio estable. Además, también hace referencia a que no habría estabilidad en su vida, hábitos y costumbre, inconvenientes explicados anteriormente. Otras como la SAP de Albacete de 6 de marzo de 2007, en su fundamento 4º consideran que el hecho de cambiar todos los meses de domicilio, no supondría ningún tipo de beneficio para

También, ROMERO COLOMA, Aurelia María, “*Los inconvenientes para la concesión de la custodia compartida*”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, número 873/2013, Sección Comentario, Ed. Aranzadi, 2013, p. 1 y ss.

³³ España. Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª). Sentencia nº 521/2003 de 16 de diciembre. Además, la SAP de Barcelona de 8 de enero de 2007 denegó la custodia compartida solicitada por el padre, mediante el argumento de que “...por mucho que dicho progenitor esté asimismo capacitado para atender y cuidar correctamente de su hijo, la práctica demuestra que la imposición de una guarda y custodia compartida, suele generar importantes tensiones en la relación entre los progenitores...”

el menor³⁴. Pero, como soporte a éstas, y en la misma línea que nos encontramos la SAP de Albacete de 1 de diciembre de 2003 en su Fundamento 1º deniega la custodia compartida a partir del argumento de que *“...no puede acogerse pues aunque la medida podría dar satisfacción a los sentimientos de cariño de uno y otro padre hacia los hijos y al hecho de que estos quieren por igual a sus padres, es lo cierto que comportaría para aquellos un evidente trastorno vivencial por las dificultades de adaptación que el continuo cambio de hogar llevaría consigo, con la consiguiente quiebra del principio del favor filii, que es consustancial a toda la normativa reguladora de la materia.”*

- También supone un inconveniente los sistemas de reparto de los tiempos. Hay ocasiones en que las resoluciones se manifiestan ante un rechazo genérico, cuando se distribuyen por años. En otras ocasiones, lo rechazan cuando se solicitan tiempos más reducidos, como sería semestralmente, a mitad de curso o cuando se pide por meses.³⁵

- La necesidad de que ambos progenitores gocen de la disponibilidad que los hijos requieren para poder ser cuidados y atendidos correctamente, ya que en ocasiones el horario laboral de uno de los progenitores no permite el ejercicio correcto de esta medida. La SAP de Barcelona de 23 de octubre de 2007 remarcaba la falta de tiempo disponible del progenitor a causa de su trabajo. Éste tenía una amplia jornada laboral, la cual impedía que pudiera atender a su hija. De hecho, las funciones de guarda y custodia eran desempeñadas por su pareja sentimental. Además, se evidenció que tampoco estaba cumpliendo su régimen de visitas en el día, ya que estaba completamente absorbido por sus ocupaciones profesionales.

³⁴ En el mismo sentido se pronuncian otras sentencias como son:

SAP de Barcelona de 30 de septiembre de 2004.

SAP de Asturias de 20 de mayo de 2005.

³⁵ La SAP de Valladolid de 13 de julio de 2004 en su Fundamento 2º sostiene que *“No somos partidarios de un régimen de guarda y custodia compartida. No nos imaginamos a la menor pasando una semana con el padre y otra con la madre, o un mes con cada uno de ellos; desde el punto de vista psicológico estamos seguros que no sería bueno para la hija, porque nunca llegaría a centrarse, por lo que esta solución la rechazamos de plano”*.

- Problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando.³⁶ Además, aunque fuese el niño quien permaneciese permanente el domicilio y fuesen los padres quienes se alternaran en él, todo esto podría repercutir negativamente en las relaciones del hijo, ya fueran con su familia, amigos, estudios...³⁷

Como toda medida, la custodia compartida comporta tanto ventajas como inconvenientes, pero esta idea no debe descartarse de entrada, como sucede en ocasiones, puesto que la atribución no se debe basar sólo en la idea tradicional de que la madre es la única capacitada para cuidar de sus hijos, como sucedía anteriormente.

Ante situaciones como éstas, siempre primará aquello que aporte el mayor beneficio para los hijos. Se deben adoptar las medidas que menos le perjudiquen y tratar, dentro de lo posible, afectar su vida y su núcleo familiar lo menos posible. No obstante, no debemos tachar la custodia compartida solamente por alguno de los inconvenientes que presenta, ya que no existe un modelo único y exclusivo de esta medida. Por lo tanto, será el juez quien, valorando las circunstancias personales, establezca el régimen que considere más favorable en cada caso.

La custodia compartida, a pesar de sus puntos débiles, será beneficiosa para aquellos casos en que ambos progenitores puedan asumir la corresponsabilidad parental. Por eso, ésta será una buena solución, siempre que se den una serie de condiciones que aseguren su correcto ejercicio.

³⁶ España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia nº 102/2007 de 20 de febrero

³⁷ España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª). Sentencia nº 1105/2006 de 25 de octubre

6. Entrada en vigor de la Ley 15/2005

El día 8 de julio de 2005 entró en vigor la Ley 15/2005 por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Ésta introdujo muchos cambios en dichos procesos y, además, eliminó el requisito de separación judicial previa a la solicitud de divorcio. También modificó las consecuencias de la ruptura matrimonial y, se reconoció por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida de los hijos menores. Nos referimos a este aspecto en el sentido que se incluyó expresamente en la ley, puesto que, anteriormente, no se pronunciaba sobre esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia.

No obstante, esta ley nos permite tener una visión más amplia de la concepción de las relaciones familiares tras la ruptura conyugal. La separación o el divorcio ya no será el impedimento que comporta la imposibilidad de mantener una relación civilizada entre ellos y tratar, pues, de facilitarle al menor un mejor desarrollo. Por lo tanto, se le permite garantizar a los padres los mismos derechos y responsabilidades que tenían con anterioridad a su crisis matrimonial.

En Ley 15/ 2005 se introduce de forma expresa el concepto de guarda y custodia. Lo primera referencia que se le hace es en la exposición de motivos donde considera que *“esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores e incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad con ellos continua a pesar de la separación y el divorcio y que la nueva situación les exige incluso mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad”*. Por lo tanto, los padres podrán decidir si el ejercicio de la guarda y custodia se atribuye exclusivamente a uno de ellos, o bien, a ambos de forma conjunta. También determinará la forma en que el menor se deberá relacionar con el progenitor que no conviva con él, siempre en su máximo beneficio, y procurará que se lleve a cabo el principio de corresponsabilidad parental durante el ejercicio de la patria potestad.

La reforma del 2005 ha consistido, principalmente, en la modificación del art. 92 CC y, concretamente, en hacer referencia a este tipo de guarda en los apartados 5 a 9. Literalmente, este precepto señala que:

“1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

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

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. 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.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. 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 doméstica.

8. 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.

9. 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.”

Con todo esto, la reforma del Código Civil ha pretendido que haya una mayor implicación en el cuidado de los hijos, tanto por parte del padre como de la madre, tras la separación o divorcio, ofreciendo la posibilidad de que ambos puedan obtener la custodia.

A modo general, podemos ver, tal como considera ALSACIO CARRASCO³⁸ que los requisitos para que el juez adopte la medida serían:

- La solicitud por una de las partes
- Recabar un informe favorable del Ministerio Fiscal
- Demostrar que esta medida protege de forma adecuada el interés del menor

Pero, después de que la Ley 15/2005 haya permitido hacer visible esta modalidad de ejercicio de la patria potestad, hay una serie de principios que se van manifestando a lo largo de la redacción de dicha norma.

6.1 Principios generales de la custodia compartida

La guarda y custodia se basa en cuatro principios fundamentales:

- ✓ Interés superior del menor
- ✓ Corresponsabilidad parental
- ✓ Igualdad entre los progenitores
- ✓ Coparentalidad o derecho del niño a relacionarse con sus dos progenitores

³⁸ ALSACIO CARRASCO, Laura “*La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)*” en Revista para el Análisis del Derecho, InDret, nº 2/2011, p.6

Todos estos están directamente relacionados y actúan conjuntamente, pero por encima de ellos siempre prevalecerá el interés del menor, el cuál es el más importante de todos.³⁹

6.1.1 Interés superior del menor

El interés del menor es el principio fundamental sobre el que descansa la atribución de la custodia compartida. Es decir, es un elemento esencial a la hora de determinar qué tipo guarda o custodia es más conveniente otorgar después de la ruptura matrimonial⁴⁰. Por lo tanto, siempre se deberá responder a las necesidades e intereses de los menores, aunque siempre teniendo en cuenta que es lo más favorable en cada caso.

Independientemente de si la custodia compartida es solicitada por ambos padres o por uno de ellos únicamente, el juez quedará totalmente vinculado a este criterio a la hora de resolver. Siempre deberá respetar y tratar de salvaguardar el interés del menor a la hora de atribuir su custodia. De este modo, analizar cada caso concreto no impide la existencia de un factor común, consistente en tener en cuenta todos los criterios que la ley y la jurisprudencia han considerado, por tal de garantizar que todas las medidas que se adopten, respeten de forma directa este principio.⁴¹

Sentencias como la SAP de Barcelona del 12 de enero de 2006, hacen referencia a la diversidad de criterios que se pueden tener en cuenta a la hora de atribuir la custodia. Establece que conceptos como estabilidad emocional o equilibrio psicológico, sólo podrán delimitarse caso a caso, analizando la situación personal y familiar del niño. Por lo tanto, vemos que se podrán tener una gran variedad de

³⁹ La SAP La Coruña de 24 de enero de 2007 considera que el interés del menor ha de primar sobre cualquier otro, aunque sea perfectamente legítimo.

⁴⁰ La SAP de Barcelona del 15 de febrero de 2008 considera que el interés del menor actúa como *“un principio fundamental y básico, orientador de la actuación judicial que compagina con la constitucional de protección integral de los hijos”*.

⁴¹ La STS de 29 de abril 2013 en el fallo remarca que *“Como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar”*

elementos analizables tales como la disponibilidad laboral de los padres, la cercanía de los domicilios o la ausencia de conflictividad entre los padres, a la hora de tomar una decisión por parte del juez.

En nuestro sistema este principio se concibe en el artículo 92 del Código Civil, concretamente, en los apartados 4 y 8 se les hace una referencia expresa, aunque implícitamente también se hace en el 5, 6 y 7. Esto sirve como forma de protección del interés de los menores. Pero, no simplemente lo encontramos consagrado aquí, sino que otras disposiciones de nuestro ordenamiento también le hacen especial referencia⁴²:

- La Constitución Española que, en su artículo 39, hace referencia a la protección integral de los hijos.
- La Carta Europea de los Derechos del Niño del 21 de septiembre de 1992. Dispone lo mismo en el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LO 1/1996). En su artículo 2 establece que el interés superior del niño primará sobre cualquier otro interés legítimo que pueda tener lugar.
- Convención de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 en su artículo 3.

De acuerdo con este principio todas las decisiones que se adopten deberán tratar de buscar siempre el interés del menor, sin que pretenda resolverse siempre mediante el principio de igualdad y equiparación de los progenitores. Todo esto significa que, el interés de los hijos, siempre preponderará por encima del interés de los progenitores, el cual deberá ceder ante éste. Por ello, siempre se priorizará al menor para que su vida se vea lo menos afectada posible a partir de las medidas que se adopten.

⁴² PINTO ANDRADE, Cristóbal: *“La Custodia Compartida...”*, cit., p. 52. También se hace especial referencia en la SAP Las Palmas de 27 de julio de 2007.

En este sentido, sentencias como la del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2011⁴³ consideran que *“lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad... De donde todos los requerimientos establecidos en el art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. De aquí 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, al interés del menor”*.

No obstante, cabe destacar, que el interés del niño es considerado como un concepto jurídico indeterminado y abstracto que deberá concretarse en cada situación en función de las circunstancias y particularidades que tenga cada caso concreto⁴⁴. Por lo tanto, éste se irá perfilando, a lo largo del proceso por el niño, los progenitores o, incluso, el juez y el Ministerio Fiscal, atendiendo a todas las circunstancias que envuelven el proceso.⁴⁵

La guarda y custodia compartida pretenderá satisfacer todas las necesidades que aparezcan, ya sean físicas, psicológicas o emocionales, siempre con el fin de

⁴³ En el mismo sentido se pronuncia la STS de 27 de setiembre de 2011 la cual considera, en su fundamento 5º, que la custodia compartida se ha establecido siempre en interés del menor y no de los progenitores. Por lo tanto, nunca pretenderá proteger la igualdad de los padres, sino la efectiva protección del interés del menor establecida en el artículo 39.2 CE.

⁴⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina *“Comentarios del Nuevo Artículo...”*, cit., p. 147. La misma autora también le hace referencia en: *“Criterios de Atribución de la Custodia Compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”*, Revista para el análisis del Derecho, InDret, nº 3/2010, p. 9, lo define como *“una noción vaga, imprecisa y, sobre todo, variable, pues cambia en función del intérprete (padres, jueces, legislador), del menor (varía de un menor a otro y, desde luego, en el mismo menor, varía con la edad) y de la evolución de las costumbres (piénsese que la solicitud de la custodia compartida era rechazada como contraria al interés del niño concretado en su necesidad de estabilidad y de seguridad)”*.

⁴⁵ PINTO ANDRADE, Cristóbal: *“La Custodia Compartida...”*, cit., p. 55

contribuir al desarrollo de su personalidad. Por lo tanto, el interés del menor es el límite y un punto de referencia esencial en esta institución para su eficacia y operatividad⁴⁶. Para esto, el juez atenderá todas las pruebas, informes, resultados de exploración de los menores e informes psicosociales que se realicen, pero, siempre, tomando como un punto de referencia el interés superior del menor.

No obstante, a falta de regulación específica, el Tribunal Supremo⁴⁷ ha establecido una serie de criterios que se deberán valorar y adoptar en interés del menor, para poder considerar si resultaría favorable la adopción de la guarda y custodia compartida. Éstos son los siguientes:

1. La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales.
2. Los deseos manifestados por los menores competentes.
3. El número de hijos.
4. El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan con ellos.
5. La ubicación de sus domicilios, horarios y actividades
6. El resultado de todos los informes exigidos legalmente
7. Cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que será más compleja que antes

Por lo tanto, todos estos presupuestos que se dirigen principalmente a garantizar el beneficio del menor, también son beneficiosos para los progenitores “*dado que no solamente ambos pueden mantener la relación con sus hijos, sino que se da una*

⁴⁶ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “*Guarda y Custodia Compartida...*”, cit., p. 236.

También hace referencia a este aspecto la SAP de León de 22 de febrero de 2008.

⁴⁷ Se han pronunciado sobre este aspecto en una gran diversidad de ocasiones como: La STS de 8 de octubre de 2009, la STS de 10 de marzo de 2010, STS de 7 de julio de 2011 o STS la 9 de marzo d 2012.

corresponsabilidad en las obligaciones para con éstos”⁴⁸. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, esta lista de criterios, no es cerrada, ya que el juez podrá atender a cualquier elemento que surja y darle contenido.

En definitiva, salvo casos muy concretos en los que no resulte favorable la convivencia del menor con alguno de sus progenitores, el interés del menor se encontrará manteniendo una situación lo más parecida posible a antes de la ruptura. Se fomentará, entonces, el desarrollo físico y emocional del niño.⁴⁹ En este sentido, tal y como considera ROMERA COLOMA, cuando hablamos de interés del hijo o beneficio de éste, también podremos añadir el bienestar del menor, pues no cabe duda, que éstos quieren estar con su padre y su madre al mismo tiempo y, la custodia compartida, propicia que las relaciones con ambos progenitores no se deterioren. En la misma forma, se evitará el distanciamiento y ayudará al afianzamiento de la personalidad del niño⁵⁰.

6.1.2 Corresponsabilidad parental

En la Ley 15/2005 uno de los principios que encontramos es la corresponsabilidad parental, pero, cabe tener en cuenta que siempre tendrá preferencia el interés del menor.

Este principio consiste en un reparto entre los progenitores todos los derechos y deberes que deben ejercer, y todas las responsabilidades que deben asumir frente a sus hijos, siempre de forma equitativa.⁵¹ Por lo tanto, se pretende que ambos padres puedan encargarse de la formación, educación y cuidados de los hijos que tienen en común y reduciendo la carga de las mujeres en relación a la atención de

⁴⁸ ALASCIO CARRASCO, Laura “*La excepcionalidad de la custodia compartida...*”, cit., p.5

⁴⁹ HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina “*Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida...*”, cit., p. 305-306

⁵⁰ ROMERO COLOMA, Aurelia María “*La guarda y custodia compartida como medida favorable a los hijos*”, cit., p. 1

⁵¹ SARA VIA GONZÁLEZ, Ana María: “*Guarda y Custodia Compartida...*”, cit., p. 261

sus hijos⁵². Por lo tanto, podrán ser criados por sus dos padres, independientemente de que éstos no convivan juntos. Además, con ese principio estaremos evitando privar al niño del disfrute de alguno de sus progenitores, aunque a esto haremos referencia un poco más tarde.

En la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 también se hace especial incidencia en este aspecto. Establece que, pesar de la separación o el divorcio, ambos padres serán responsables de su desarrollo y que su vida se vea afectada lo mínimo posible. Incluso considera que esta nueva situación comportará un mayor grado de diligencia durante el ejercicio de la patria potestad.

No obstante, este principio también se ha visto reconocido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño como un derecho humano básico de los menores. En su artículo 18 dispone que *“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”* De este modo, vemos la importancia que tiene este principio frente los menores.

Autores como DELGADO DEL RÍO⁵³ consideran que para que se lleve a cabo la guarda y custodia compartida correctamente se le exige que haya una perfecta comunicación entre los padres, así como la predisposición a evitar conflictos. Deben de tener la voluntad de cooperar entre ellos y de tratar de unificar un régimen de hábitos, horarios y organización, para tal de beneficiar al menor en la medida de lo posible. Además, deberán de ser flexibles a la hora de aceptar cambios, ya sean los estilos educativos, en los horarios laborales del otro o,

⁵² PINTO ANDRADE, Cristóbal *“La Custodia Compartida...”* cit., p. 58 en ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA *“Derecho de Familia y persona”*. Tomo 6: *“Efectos y medidas comunes a la separación, el divorcio y la nulidad”*. Barcelona, Ed. Bosch, 2007, p. 107 y ss.

⁵³ DELGADO DEL RÍO, Gregorio *“La custodia de los hijos...”* cit., p. 222-223

incluso, en nuevas necesidades que puedan surgirles a los menores⁵⁴. No obstante, todas estas condiciones deberían estar presente durante el matrimonio y tras la ruptura de la pareja.

Otros autores como LATHROP GÓMEZ⁵⁵ considera que la custodia compartida es una figura que concreta a la perfección el principio de corresponsabilidad parental. Esta considera que además de tener que hacerles frente a todos los aspectos educativos, alimenticios... cada vez que uno de los progenitores tiene a sus hijos, estarán asumiendo la responsabilidad parental con su hijo mientras lo tengan bajo su cuidado. Por lo tanto, no se basará en un tema de convivencia sino de asunción de todas las responsabilidades durante todo el tiempo.

6.1.3 Igualdad entre los progenitores

Uno de los aspectos más criticados referente a la custodia se basaba en la desigualdad generada entre los padres en su atribución. Anteriormente, después de la ruptura de convivencia, no se trataba de la misma forma a ambos progenitores, puesto que la custodia individual se otorgaba en la mayoría de casos a la madre, aun siendo las circunstancias de los dos padres prácticamente iguales. Por lo tanto, con la custodia compartida se pretende garantizar una igualdad real entre éstos a la hora de adoptar la medida que sea más conveniente.

Se trata de combinar la igualdad entre el hombre y la mujer, en su calidad de padre o madre y de respetar y tener en cuenta el derecho que tiene el niño a ser

⁵⁴ En el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio se establecen todos aquellos requisitos y condiciones que deberán cumplir los padres para el correcto ejercicio de la corresponsabilidad parental.

⁵⁵ LATHROP GÓMEZ, Fabiola “*Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas*”, en Diario La Ley, nº 7206, Sección Doctrina, Ed. La Ley, 29 de junio de 2009, p. 9-10.

criado y cuidado por ambos, aun cuando éstos no convivan en el mismo lugar.⁵⁶

Con la adopción de esta medida se pretende respetar el derecho fundamental a la igualdad. En la Constitución la encontramos en el artículo 9.2 donde se le atribuye a los poderes públicos la función de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sea real y no se impida o dificulte. Además, su artículo 14, donde se considera el derecho a la igualdad de toda persona sin que pueda prevalecer ninguna discriminación, sea del tipo que sea. Pero también se puede hacer referencia a otras leyes como podría ser la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, sobre la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

De este modo, la igualdad entre ambos progenitores es fundamental para la protección del interés superior del menor y es por eso que es tan importante. De hecho, ROMERO COLOMA⁵⁷ hace especial referencia a este principio cuando dice que *“la guarda y custodia compartida es beneficiosa. Así, se puede citar una causa que tiene, en la actualidad, un gran peso: esta medida contribuye a favorecer el principio de igualdad entre los progenitores. Los hijos perciben que su madre no tiene por qué ser más, ni mejor, que su padre, y viceversa. El papel de los progenitores, en este caso, se ve igualado, favoreciendo, de este modo, la equiparación de obligaciones de los padres para con sus hijos, algo que el Código Civil ya se encarga de regular, al establecer que ni la separación ni el divorcio exime a los excónyuges de sus obligaciones para con su prole.”*

6.1.4 Coparentalidad o derecho del niño a relacionarse con sus dos progenitores

Tal y como se considera en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, la separación o el divorcio ha impedido, en la mayoría de casos, que los hijos puedan seguir manteniendo la misma relación que tenían con sus dos

⁵⁶ TAMAYO HAYA, Silvia *“Igualdad Parental y Principio de Corresponsabilidad tras La Separación o El Divorcio”*, en PÉREZ VALLEJO, Ana María *“Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”*. Barcelona, Ed. Atelier, 2009, p. 121-122.

⁵⁷ ROMERO COLOMA, Aurelia María *“La guarda y custodia compartida como medida favorable a los hijos”*, cit., p. 1

progenitores. Con esto sucede que ellos son quienes principalmente sufren las consecuencias y deben hacer frente a todas estas dificultades que se les presentan. Por lo tanto, todas esas medidas que pongan trabas a la relación entre estos deberán encontrarse amparadas en la ley, para proteger al menor.

Uno de los principales objetivos que tiene la custodia compartida es respetar el derecho que tiene el hijo a mantener la relación con sus padres. Este principio se establece de acuerdo al artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, donde se considera que *“Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*. Tal y como observamos, en este precepto se hace referencia a este principio, pero, también, se impone como límite el interés superior del niño. En la misma línea que se ha seguido anteriormente, deberá permitirse que el menor tenga relación con ambos siempre que sea favorecedor para él y contribuya de forma positiva en su bienestar físico y emocional. Pero, en caso de que no lo sea, favorecerá siempre el interés del menor por encima de éste. En esta línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013⁵⁸, donde considera que la guarda y custodia compartida debería considerarse una medida normal, y no excepcional, ya que permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos padres, siempre que ello sea posible. No obstante, en dicha sentencia no se consideró favorecedor para el menor, por las circunstancias que se daban, y acabo otorgando la custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores.

Así pues, en aquellos casos en que se considere idóneo para el menor seguir manteniendo la relación con ambos progenitores, la custodia compartida será la fórmula perfecta. DELGADO DEL RÍO⁵⁹ considera que no se podrá llevar a cabo un desarrollo armónico y equilibrado en el proceso de maduración de los hijos, si éstos no tienen como punto de referencia a sus dos padres, independientemente del sistema de guarda que se establezca en los casos de ruptura. Es por este

⁵⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº 257/2013 de 29 de abril.

⁵⁹ DELGADO DEL RÍO, Gregorio *“La custodia de los hijos...”* cit., p. 221

motivo que es tan complicado, puesto que se debe de determinar un régimen de convivencia y comunicación donde se pueda hacer efectiva la presencia de todas las funciones paternas, ya que es indispensable para los menores.

La coparentabilidad es un término que engloba el derecho del niño a mantener la relación con sus dos progenitores y a ser educado por ambos. Por lo tanto, pretende asegurar que los vínculos entre el niño y sus padres permanecen intactos posteriormente a la ruptura. No obstante, la única forma efectiva para que esta situación pueda tener lugar es otorgándoles los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes del fin de su convivencia⁶⁰.

En resumen, según TAMAYO HAYA⁶¹, este principio comporta que ambos progenitores deban cooperar en todas las situaciones de conflicto, así como facilitarse entre todos, especialmente a los hijos, la adaptación a la nueva situación que tiene lugar, es decir, la ruptura o divorcio. No obstante, la coparentabilidad tendrá lugar siempre que ambos progenitores hayan tomado conciencia y hayan querido aceptar su condición de coprogenitores. Por esto, se deberá preservar el derecho del niño a mantener relaciones y contacto directo con sus dos progenitores, siempre y cuando no afecten negativamente su bienestar.

6.2 Análisis del artículo 92 del Código Civil

Tal y como se indica en el propio artículo 92 del CC, con la nueva regulación se prevé la posibilidad legal de que, tras la ruptura, ambos progenitores puedan ejercer el cuidado y prestar la atención requerida de sus hijos.

Así pues, a lo largo de este precepto se establecen una serie de condiciones legales que deberán de cumplirse para proceder a la atribución de la guarda y custodia

⁶⁰ MACÍAS CASTILLO, Agustín: “Guarda y Custodia Compartida: “Deslocalización” de los Hijos Como Efecto Legal Inherente al Divorcio. Análisis de la STS de 11 de marzo de 2010”, en Revista Actualidad Civil, número 12, quincena del 16-30 de junio de 2010, p. 1464.

⁶¹ TAMAYO HAYA, Silvia “Igualdad Parental y Principio de Corresponsabilidad...” cit., p. 112-113.

compartida. Éstas son las que se explicarán a continuación.

6.2.1 Solicitud de la guarda y custodia

A) Solicitud por ambos progenitores

A través del art. 92.5 CC, se regula el supuesto de que los progenitores soliciten de mutuo acuerdo el establecimiento de la guarda y custodia compartida. Por lo tanto, serán ellos quienes pretenda concretar aspectos como el tiempo en que cada uno tendrá a los menores, así como la fijación de la residencia del menor.

Con la Ley 15/2005 se pretende que los progenitores tengan libertad de decisión sobre el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, esto no significa que se deje en su poder establecer dicho régimen. Será el juez quien lo hará, pero no podrá quedar solamente vinculado a la solicitud de ambos, si considera que el interés del menor no se encuentra protegido.⁶²

Cuando tenga lugar esta situación, los cónyuges podrán solicitarlo de dos formas:

- En la propuesta del convenio regulador, presentado juntamente a la demanda de separación nulidad y divorcio (art. 777 LEC)⁶³
- Durante el transcurso de un procedimiento, es decir, en aquellos casos en que se termine en un procedimiento contencioso y pase a mutuo acuerdo (art. 770.5 LEC)⁶⁴, entendiéndolo en relación con el art. 777 LEC antes citado.

En este segundo caso, tal y como hace referencia PINTO ANDRADE⁶⁵, en todas aquellas ocasiones en que las partes se ven inmersas en un proceso contencioso, pueden acceder al recurso de mediación familiar. El art. 770.7 LEC permite a las

⁶² GARCÍA RIVAS, Francisco J. “Guarda y custodia compartida: la Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código Civil” en Revista Jurídica de la Región de Murcia, nº 37, 2006, p. 92.

⁶³ Procedimiento de mutuo acuerdo

⁶⁴ Procedimiento contencioso reconvertido a mutuo acuerdo

⁶⁵ PINTO ANDRADE, Cristóbal “La Custodia Compartida...” cit., p. 64

partes solicitar la suspensión del proceso y someterse a mediación para, así, poder llegar a obtener un convenio regulador sobre la custodia compartida.

No obstante, en cualquiera de los dos casos, dicho acuerdo deberá ser muy específico y concretar en todos aquellos aspectos en los que éste recaerá. Podrían ser los períodos de tiempo, la pensión alimenticia, el lugar de residencia, la forma de entrega de los hijos... es decir, podrán acordarlo de la forma que encuentren más conveniente.

Además, estarán mostrando una actitud colaborativa entre ellos, lo cual favorecerá el desarrollo y el cuidado del menor. Cada progenitor mostrará la confianza que tiene en las capacidades parentales del otro, hecho que puede desencadenar en una mejor relación entre ambos⁶⁶.

Los progenitores deberán esperar a que sus propuestas sean homologadas o rechazadas por el juez. Principalmente, el primer filtro que deberá pasar es que se respete el interés superior del menor. De este modo, la homologación judicial no se tratará de una parte del proceso meramente formal, sino que deberá comprobar que todo aquello contenido en él pretenden satisfacer al menor.

En esta línea, el artículo 90.2 del CC comprende el deber que tiene el juez de aprobar los acuerdos de los convenios reguladores y, será éste, quien deberá considerar si éstos son dañinos para los hijos o para alguno de los cónyuges.

En caso de no aprobarlo, se deberá hacer mediante una resolución motivada y los cónyuges tendrán un plazo de 10 días para hacer una nueva propuesta de convenio sobre aquellos puntos no aprobados (art. 777.7 LEC). Los argumentos siempre deberán estar bien fundados y motivados.

A pesar de todo lo dicho, el juez deberá actuar en ocasiones con un poco de flexibilidad y, en caso de duda, podrá escuchar a los progenitores o los hijos para posteriormente tomar una decisión.

⁶⁶ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA “*Custodia compartida de los hijos*” cit., p. 500

En aquellos casos en que se rechace el acuerdo y los progenitores no propongan uno nuevo, implicará que el juez deberá resolver sin poder practicar prueba. Aun así, el artículo 777.8 LEC considera que, si se acuerda alguna medida diferente o alejada al convenio propuesto inicialmente, podría ser recurrido en apelación.⁶⁷

B) Solicitud por solo un progenitor

De acuerdo con lo establecido en el artículo 92.8 CC, se permite al juez que adopte la modalidad de custodia compartida cuando solamente lo solicite así uno de los progenitores. Para la adopción de esta modalidad deberán darse siempre tres requisitos:

- Solicitud de la medida por una de las partes

Deberán solicitarlo en la tramitación de un procedimiento contencioso (art. 770 LEC), de medidas provisionales previas (art. 771 LEC) o coetáneas (art. 773 LEC). Esta solicitud podrá tener lugar en cualquier fase del proceso contencioso⁶⁸.

- Recabar informe favorable del Ministerio Fiscal

Dicho artículo impone la obligación de que éste emita un informe, el cual deberá ser, necesariamente, favorable para tomar la decisión⁶⁹. De este modo, si es desfavorable, se le impedirá al juez acordar la custodia compartida, entendiendo que no es lo más beneficioso para el menor. Por lo tanto, en caso de que fuese negativo, no podrá vincular nunca la decisión del juez.

⁶⁷ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María “*Guarda y Custodia Compartida...*” cit., p. 222

⁶⁸ Se plantea la posibilidad de que también pueda solicitarse la custodia compartida en segunda instancia, aun no habiéndolo hecho en primera. No obstante, hay sentencias como la de SAP de Barcelona de 19 de junio de 2007 permite esta opción, en cambio, otras como la SAP de Barcelona de 4 de julio de 2007 lo rechaza en base al art. 456.1 de la LEC. Hay mucha controversia en este aspecto.

⁶⁹ Un ejemplo sería la SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, donde el juez otorgó la custodia compartida solicitada por el padre con informe favorable del Ministerio Fiscal, aun existiendo la oposición de la madre.

Dicho informe podrá presentarse al contestar la demanda o en el acto de la vista. En el primer caso, se limitará al contenido de la demanda, mientras que, en el segundo, solo se permitirá la intervención previamente a la práctica de las pruebas y de las conclusiones finales (artículos 443 y 770 LEC).

Este requisito limitará en gran medida la capacidad decisoria del juez, puesto que este no es necesario cuando se pretende decretar la custodia exclusiva.⁷⁰ En este caso, y tal y como lo manifiesta MONTERO AROCA⁷¹, se estarán desconociendo las funciones que tiene el Ministerio Fiscal. Éste simplemente debería actuar como dictaminador o informante, siendo un elemento importante a la hora de que el juez tome una decisión, pero nunca siendo éstas vinculantes e indispensables para adoptar una medida, en este caso la guarda y custodia compartida.

Jurisprudencialmente, podemos observarlo en una gran cantidad de sentencias. Algunas podrían ser la SAP de Córdoba, de 1 de marzo de 2006, o la SAP de Murcia, de 28 de enero de 2010, donde se rechaza la opción de acordar la custodia compartida por no haber un informe favorable del Ministerio Fiscal, argumentando que, con su atribución, no era la mejor forma de proteger el interés superior del menor.

- Que la decisión judicial se fundamente en que así se protege el interés del menor.

Deberá argumentarse que la medida de custodia compartida es la única o mejor forma de proteger el interés superior del niño. La sentencia deberá justificar por qué no se deben plantear otros sistemas de custodia y si es la custodia compartida

⁷⁰ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “*La Custodia Compartida...*” cit., p. 67 y SARAIVA GONZÁLEZ, Ana María: “*Guarda y Custodia Compartida...*” cit., p. 285 y 286. Consideran que el juez no podrá tomar ninguna decisión si no tiene el informe favorable del Ministerio Fiscal, así pues, en esta ocasión, la decisión judicial dependerá, principalmente, de la voluntad de quien no tiene jurisdicción.

⁷¹ MONTERO AROCA, Juan, FLORS MATÍES, José, ARENAS GARCÍA, Rafael: “*Separación y Divorcio Tras la Ley 15/2005*”. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2006, p. 143.

la más beneficiosa en el caso.

Autores como PINTO ANDRADE⁷² o GUILARTE MARTÍN-CALERO⁷³ consideran que, en estos casos, no deberá entenderse la custodia compartida como la única que no perjudica al menor, sino como la que lo hace en menor medida. Nunca será éste el único sistema posible, y tampoco podrá considerarse a los otros como inviables, ya que una concepción de este tipo podría llegar a lesionar el interés de los hijos. Por lo tanto, siempre se deberá probar el beneficio que aporta la adopción de ese sistema y, consecuentemente, demostrar su superioridad ante la custodia exclusiva a uno de los progenitores.

Finalmente, el juez, podrá recabar informes de especialistas cualificados, antes de adoptar cualquier decisión, que demuestren la idoneidad de dicha medida en los menores.

Una vez analizados estos tres requisitos, se puede plantear si el hecho de otorgar una custodia compartida cuando el otro progenitor se ha opuesto, es realmente favorable al interés del menor, ya que aquí podría generarse un conflicto. O, también, si en caso de no solicitarlo por ambos padres, podría adoptarse dicha medida o sería conveniente.⁷⁴

La excepcionalidad proviene de que la custodia compartida solamente pretenda proteger el interés del menor⁷⁵. De este modo, a pesar de que alguno de los cónyuges no estuviere de acuerdo, se concedería dicho régimen. Es cierto que

⁷² PINTO ANDRADE, Cristóbal “*La Custodia Compartida...*” cit., p. 73

⁷³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina “*Criterios de Atribución de la Custodia...*” cit., p. 10

⁷⁴ ALASCIO CARRASCO, Laura “*La excepcionalidad de la custodia...*” cit, p.8.

⁷⁵ LA SAP de Madrid de 31 de octubre de 2006 considera que este aspecto deberá ser siempre interpretado y valorado por el juez, pero siempre examinado bajo el precepto de “*solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*”.

habrá ocasiones en que tanto un tipo como otro podrían ser beneficiosos, y serían los casos específicos en que al progenitor no custodio se le otorgaría un amplio régimen de visitas.

6.2.2 Derecho del menor a ser oído

El derecho del menor a ser oído es un derecho fundamental que se encuentra recogido en el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

También, el artículo 9.1 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, reconoce el derecho del menor a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial. Así pues, podrán ser también oídos en procedimientos matrimoniales de común acuerdo (777.5 LEC) o en procedimientos contenciosos (art. 770.4 LEC) siempre que tengan suficiente juicio (artículos 92.6, 154.3, 156.2, 159 CC).

Como vemos, el ordenamiento jurídico reconoce este derecho, tratando de dar audiencia al menor a que defienda sus intereses y poder ayudar al tribunal a que tome una decisión de acuerdo con el interés del menor, siempre que éste tenga suficiente juicio. Aunque no deberá ser la que desee el menor, sino la que sea más beneficiosa para él.

Los apartados 2⁷⁶ y 6 del artículo 92 hacen especial referencia a la obligación que tiene el juez de respetar dicho derecho y oír a los menores antes de decidir la custodia. Concretamente, el apartado 6, establece el requisito de que los menores tengan suficiente juicio, es decir, una mínima capacidad de tener opinión lógica y clara sobre este aspecto, ya que sino no sería posible ejercitar este derecho.

No estableciendo ninguna norma sobre la edad a partir de la cual deba ejercitarse ese derecho en el menor, será el juez quién deberá considerar si el niño realmente tiene la edad razonable para hacerlo. No obstante, esto hace surgir un gran

⁷⁶ En este mismo sentido se pronuncia el artículo 62.2 el Código Civil.

problema, ya que se deberá determinar en cada caso concreto si el menor tiene suficiente juicio y la precisión de sus declaraciones. ROMERO COLOMA⁷⁷ considera que deberán analizarse todos los movimientos fisonómicos del menor, la entonación de la voz, la actitud, la seguridad con la que habla y la rapidez en la declaración (que puede indicar que se está mintiendo). Será importante también, la forma de interrogar al menor, ya que se debe intentar no atemorizarles y tener en cuenta que los menores son extremadamente influenciados por su inmadurez. Por lo tanto, será una función exclusivamente del juez y tendrá él el total arbitrio para decidir.

Por lo tanto, y tal y como considera la SAP de Baleares, de 29 de junio de 2005: *“por ello los Tribunales deben tratar de indagar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso no sólo a corto plazo, sino lo que es aún más importante, en el futuro y en esta búsqueda de lo beneficioso para el menor debe tomarse en consideración que aquello que el niño quiere no es, necesariamente, aquello que le conviene, ni tiene por qué coincidir lo adecuado con su opinión”*.

⁷⁷ ROMERO COLOMA, Aurelia María *“La guarda y custodia compartida, una medida familiar igualitaria”*. Madrid, Ed. Reus, 2011, p. 58

7. Cuestiones relativas a la atribución de custodia compartida

7.1 Custodia compartida y la fijación de la pensión de alimentos a los menores

Antes de entrar en qué consiste la pensión de alimentos, deberíamos hacer referencia a qué son los alimentos en general.

El Código Civil es el que regula esta cuestión, concretamente en el epígrafe “De los alimentos entre parientes” en el Título VI, artículos 142 a 153. La prestación de alimentos se constituye como una obligación legal existente entre los cónyuges y parientes cercanos.

Pero, la respuesta concreta para saber qué son los alimentos la encontramos en el artículo 142 CC que establece que: “*Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*”. Además, los alimentos también comprenden la educación y toda la formación que requiera el menor de edad.

Asimismo, para acabar de completar este concepto, el artículo 143 CC establece que las personas que están obligadas por ley a darse alimentos recíprocamente son los cónyuges, descendientes y ascendientes. Los hermanos solo deberán hacerlo en casos muy concretos que no sean imputables al alimentista y a todos aquéllos que se refieran a la educación.

Entrando más en el fondo del asunto, tal y como establece la Constitución, todos los progenitores deben prestar asistencia a sus hijos, ya sea dentro o fuera del matrimonio. Por esto, en casos de nulidad o divorcio se deberá mantener este derecho frente a los hijos. Es una obligación que tienen éstos frente a los menores con la función de mantenerlos, cuidarles y educarles. Por lo tanto, podemos entender que la pensión de alimentos tiene el objetivo de cubrir todas las necesidades mínimas para subsistir (art. 148 CC). No obstante, cabe destacar que, para que pueda tener lugar esta deuda alimentaria, deberá haber la existencia de un nexo de parentesco entre alimentista y alimentante.⁷⁸

⁷⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 151/2000 de 23 de febrero.

La pensión de alimentos, pues, será inherente a la paternidad y maternidad, hecho que indica que es irrenunciable. Además, es materia *ius cogens* y es indisponible para las partes, es decir, se prohíbe la transacción sobre alimentos futuros. Por lo tanto, no se eximirá, en ningún caso, la obligación de los padres frente a sus hijos, y siempre se distribuirá según las capacidades económicas que tengan ambos.⁷⁹

Para establecer dicha pensión, deberá valorarse el nivel económico (art. 145 CC) que tiene cada uno de ellos, por lo que hará incidencia en este aspecto el principio de proporcionalidad⁸⁰. En este sentido, el juez valorará la situación de cada uno de ellos y hará un balance para que ambas aportaciones cubran todas las necesidades de sus hijos en una cuantía suficiente, no sólo el mínimo vital.

No obstante, a la hora de adoptarla, el juez deberá determinar la cuantía de la pensión, las bases de su actualización y el plazo en el que deberá abonarse. Por regla general, el plazo suele ser los 5 primeros días del mes⁸¹, aunque suele realizarse también de forma mensual, y dentro de esos días porque así se ha pactado así expresamente⁸².

En caso de impago por alguno de los progenitores, esto podrá causar un gran perjuicio en sus beneficiarios, ya que podría privarles de satisfacer sus

⁷⁹ DELGADO DEL RÍO, Gregorio “*La custodia de los hijos...*” cit., p.185

⁸⁰ En esta línea, la SAP de Madrid de 12 de diciembre de 2005 considera que “*la contribución del progenitor apartado de los hijos a los alimentos ha de fijarse tomando como referencia no solo sus ingresos sino también las efectivas necesidades de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (Arts. 1319 y 1362 del CC) y los recursos y disponibilidades del guardador (Arts. 93, 145-1 y 1438 del CC), aunque en la contribución de éste haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (Arts. 103 y 1438 del CC).*”

⁸¹ España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia nº 368/2008 de 29 mayo

⁸² Pérez Martín, Antonio Javier: “La crisis económica y la pensión alimenticia”, en *Revista de Derecho de Familia*, nº 57 (2012) p. 4. Entiende que, si la pensión se abona mensualmente, no debería de tener ninguna queja sobre el momento en que se haga. No obstante, se tendrá que tener en cuenta que la fecha en la que se haga no cause ningún perjuicio a las personas de las que dependen de dicha pensión

necesidades más esenciales a causa de la demora.

El artículo 158 CC establece que el juez, ya sea de oficio o a instancia del hijo, de un pariente o del Ministerio Fiscal, podrá dictar todas aquellas medidas que crea convenientes para poder asegurar que la prestación de alimentos se realice correctamente. Además, pretenderá evitar que haya más incumplimientos por alguno de los dos progenitores. En la misma línea, el artículo 93 CC prevé que el juez podrá adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la pensión y el 148.3 CC para que, a petición del alimentista o el Ministerio, pueda ordenar un anticipo de alguna entidad pública o persona como medida cautelar, para que se puedan satisfacer dichas necesidades⁸³.

En casos de custodia compartida, deberemos hacer una diferenciación entre si son procesos de mutuo acuerdo o procesos contenciosos. En los de mutuo acuerdo, el juez deberá aprobar el convenio regulador, comprobando que todo aquello pactado no es perjudicial para el niño. En cambio, en los procesos contenciosos, el juez deberá concretar la contribución de cada uno de los padres para satisfacer la pensión de alimentos. Es aquí cuando se tendrá en cuenta la capacidad económica de cada uno de ellos y se determinará a qué gastos hará frente cada uno.

En referencia al pago de la pensión, los progenitores podrán establecer diferentes sistemas para poder llevarlo a cabo. Hay distintas modalidades⁸⁴ pero principalmente destacan dos:

- El establecimiento de un fondo común o una cuenta bancaria⁸⁵, creada

⁸³ ROMERO COLOMA, Aurelia María “*El impago de pensiones alimenticias y sus consecuencias jurídicas*” en Revista Aranzadi Doctrinal, nº 2/2015, Sección Estudio Ed. Aranzadi, 2015, p. 2 y 3.

⁸⁴ PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita “*Patria Potestad*” en GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y otros: “*Tratado de Derecho de Familia: Aspectos Sustantivos y Procesales*”. Madrid, Ed. Sepin, 2005, p. 201

⁸⁵ ESPARZA OLCINA, Carlos “*La Guarda Compartida*” en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón “*Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*”. 1ª Edición, Navarra, Ed. Aranzadi, 2006, p. 210

PINTO ANDRADE, Cristóbal “*La Custodia Compartida...*” cit., p. 87 y GUILARTE MARTÍN-

para que ambos progenitores depositen el dinero mensual pactado relativo a los gastos del hijo. A partir de aquí, se podría pactar que todos los otros gastos fueran afrontados por el padre que en ese momento este ejerciendo la custodia.⁸⁶

En esta línea, SARAVIA GONZÁLEZ⁸⁷ considera que la cuenta bancaria deberá estar a nombre de los dos progenitores y del hijo, aunque solamente podrá hacer uso de ella el que en ese momento esté ejerciendo la guarda. Asimismo, también podría ser ingresado el dinero en la cuenta que indique un progenitor donde estén como cotitulares los hijos. Aun así, se debe tener cuidado del mal uso que puedan hacer los progenitores del dinero, ya que en caso de que se incumpliera lo pactado, podría conllevar una modificación de la medida.

- Podría establecerse que cada progenitor cubriera los gastos de su hijo durante el período de tiempo que estuviera bajo su custodia⁸⁸. En cambio, los gastos extraordinarios se dividirían en la proporción que se pactara

CALERO, Cristina “*Comentarios del Nuevo Artículo...*” cit. p. 175, comentan que esta es la fórmula más adecuada, pues se pueden evitar discusiones sobre los gastos y es totalmente respetuosa con el criterio de proporcionalidad

También se hace referencia en: España. SAP de Zaragoza (Sección 2ª). Sentencia nº 169/2016 de 22 marzo. Además, en ésta también se hace referencia al principio de proporcionalidad dependiendo de la capacidad económica de los padres.

⁸⁶ En la SAP de Zaragoza de 29 de marzo de 2011 se estableció la idea de que cada progenitor ingresara mensualmente el pago de los gastos en una cuenta bancaria en común (cantidad de 200 euros), afrontando los gastos extraordinarios en el 50% cada uno.

⁸⁷ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María “*Guarda y Custodia Compartida...*” cit., p. 245 y 246

⁸⁸ En la sentencia del JPI nº 20 de las Palmas, 25 de octubre de 2007 se considera que: “*Cada progenitor cubrirá las necesidades de la hija durante los días en que desempeñe su guarda y custodia, así como durante las estancias producidas en cumplimiento del régimen de visitas. Los gastos extraordinarios ocasionados por la hija deben ser sufragados por mitades, por ambos progenitores.*”

entre ambos.⁸⁹ Por lo tanto, en este caso se debería comprobar que se está respetando el principio de proporcionalidad a la hora de hacer frente y asumir las obligaciones alimenticias.

- Se fijará una cuantía global para atender a gastos ordinarios y extraordinarios, pero los de alimentación los haría frente a quien le correspondiese el período⁹⁰.

Sentencias como la SAP de Alicante, de 24 de abril de 2009, o la SAP de Valencia, de 21 de febrero de 2011, establecieron que cada uno de los cónyuges asumiría todos los gastos de alimentación durante el tiempo que tuvieran a los menores bajo su cuidado, siendo todos los demás gastos satisfechos por ambos en un porcentaje determinado, ya que en ambos casos había una superioridad económica por parte del padre.

7.2 Custodia compartida y regímenes de visitas

Cuando se da la crisis matrimonial y, consecuentemente, el divorcio, nulidad o divorcio, el juez deberá determinar de qué forma se relacionarán los padres con sus hijos. Esto es lo que ha venido a denominarse derecho de visitas, de comunicación o de estancias⁹¹. Principalmente se pretenden posibilitar las

⁸⁹ IVARS RUÍZ, Joaquín: “*Guarda y Custodia Compartida...*” cit., p. 172

⁹⁰ La SAP de A Coruña de 15 enero de 2016, sostiene que “*Con el sistema de custodia compartida inicialmente los gastos de alimentación son sufragados por el progenitor custodio en cada período. Pero eso siempre y cuando ambos tengan posibilidades económicas de prestar tales alimentos.*”

⁹¹ El art. 160 CC considera que: “*Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial*”.

Además, en su art. 94.1, establece que: “*El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial*”.

relaciones entre ambos para fomentar y proteger el desarrollo del niño en el entorno adecuado.

El Código Civil no establece ningún tipo de parámetro de guía para la fijación del régimen de visitas, por lo que omite la forma en la que debe llevarse a cabo. No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina⁹², han determinado que, aun habiendo guarda compartida, deberá fijarse esta medida. De este modo, el régimen de visitas se le atribuirá al progenitor que no tenga asignada la guarda y custodia de los hijos en exclusiva, aunque también se podrá en casos de custodia compartida, con el objetivo de que el menor se relacione con el otro en el tiempo que no esté viviendo con él. En caso de que los períodos de alternancia fueran muy breves, como por días o semanas, no sería necesario acordar dicho régimen⁹³. En cambio, si habláramos de meses o de años, se podría fijar los fines de semana, días entre semana o por periodos de vacaciones.

La custodia en exclusiva con régimen de visitas se puede confundir fácilmente con el régimen de custodia compartida. De hecho, antes de la reforma de 2005, la mayoría de tribunales la otorgaban a uno de los progenitores, pero con un derecho de visitas tan amplio que podía asemejarse a una convivencia casi idéntica entre ambos padres.

Por lo tanto, dicho régimen de visitas determinará el tiempo, modo y lugar en que deberán llevarse a cabo los encuentros, pero siempre respetando el interés de los

⁹² LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “*Custodia Compartida de los Hijos...*” cit., p. 535; CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “*La Determinación en la Guarda y Custodia de los Menores en los Supuestos de Crisis Matrimonial o Convivencial de sus Progenitores. Especial Consideración de la Guarda y Custodia Compartida Tras la Ley 15/2005, de 8 de julio*” en *Actualidad Civil*, nº 15, Tomo 2, Madrid, Ed. La Ley, quincena del 1 al 15 Sep. 2007, p. 11 y 12.

⁹³ En esta línea, GUILARTE MARTÍN- CALERO, Cristina: “*Comentarios del Nuevo Artículo...*”, cit. p. 153, considera que el régimen de visitas no solamente se atribuirá a la custodia exclusiva o monoparental, sino también en la compartida, en el período que uno de los progenitores sea guardador. En casos de alternancia reducidos, no sería necesario, pues la modalidad adoptada ya ofrece que se relacionen. De este modo, las posiciones de guardador y no guardador se irán alternando de la forma que se haya establecido judicialmente.

hijos. Es decir, esta medida no solo pretende perpetuar las relaciones de los padres con sus hijos, sino garantizar a los menores poder mantener un contacto constante con ellos, a pesar de la no convivencia por motivo de la separación.

7.2.1 Residencia de los padres en domicilios distintos

El hecho de que los padres residan en domicilios distintos, sobre todo si éstos están a bastante distancia, puede representar un punto negativo a la hora de valorar si se otorga la custodia compartida. De hecho, la mayoría de tribunales han desestimado la adopción de este régimen por la desestabilización que le supone al menor⁹⁴.

No obstante, antes de tomar cualquier decisión, el juez deberá valorar si el continuo peregrinaje y trasiego afecta al desarrollo psicoemocional de los hijos, es decir, si les aporta aspectos positivos, desde el punto de vista psicológico. Los niños necesitan estabilidad, un lugar de residencia fijo, unos hábitos y horarios que deben de ser alterados lo mínimo posible. Por eso, alterar constantemente al menor por el traslado de un domicilio a otro ha sido considerado, por regla general, como desaconsejable para la vida diaria, causando inestabilidad en el menor. De hecho, cabe recordar, tal y como hemos mencionado infinidad de veces en este trabajo, que lo que se debe preservar siempre, por encima de todo, es el bienestar e interés del menor⁹⁵.

Un ejemplo sería la SAP de Málaga, de 2 de diciembre de 2015, la cual de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal y un informe psicológico, denegó la custodia compartida, aparte de por la mala relación entre los progenitores, porque éstos vivían a más de 1.000 kilómetros de distancia. En este caso se pidió un régimen compartido que se alternara de forma anual por cada progenitor. Aun así, el juez dictaminó que dicho régimen no se podía aceptar, ya que no se consideraba que fuese a beneficiar al menor, pues supondría cambiarlo de colegio cada año y

⁹⁴ La SAP de Girona de 13 de octubre de 2009, consideró que, uno de los requisitos que debían darse entre los progenitores, para poder otorgar la custodia compartida era que los domicilios entre los progenitores fuesen próximos uno del otro.

⁹⁵ ROMERO COLOMA, Aurelia María, “*Los inconvenientes para la concesión...*” cit., p. 1.

resultaría, aparte de perjudicial para su rendimiento escolar, desestabilizar al niño, por lo que se decidió mantener la custodia a la madre.

En la misma línea se pronuncia la SAP de Vizcaya, de 30 de septiembre de 2016⁹⁶, en la que padre solicitaba tener también la guarda compartida. Ésta se pronunció diciendo que el hecho de que los municipios en los que residen los progenitores estaban a 600 km, el traslado de un lugar a otro y cambios de residencia, eran complicados para el menor. De este modo, el juez prefirió mantener lo ya dictado en Primera Instancia, basado en regímenes de visitas formados por largas estancias durante los periodos vacacionales, así como un fin de semana al mes.

Aun así, se han dado ocasiones en que los tribunales, a pesar de la residencia en distintas ciudades por los progenitores, la custodia compartida ha sido otorgada por considerarse que ambas residencias estaban próximas una de la otra.

Es el caso de la SAP de Barcelona, de 9 de abril de 2014, donde en Primera Instancia se decidió atribuir la custodia exclusivamente a la madre por la distancia entre los domicilios. Posteriormente, el padre alegó pidiendo la custodia compartida y, en referencia a esto, uno de los argumentos que el juez dio fue: *“La proximidad o lejanía de los domicilios es un factor a ponderar con otros muchos, pero no es determinante ni excluyente, puesto que lo esencial es que tal diferencia sea compatible con el ejercicio conjunto de la custodia. En este caso la proximidad de ambos domicilios, especialmente respecto al centro escolar, es notoria. No se ha acreditado que la madre haya planteado su decisión de trasladarse a Navarra, como se alegó en su día, y condicionó probablemente la decisión adoptada.”*. A este argumento se le añadió que el padre había cesado en el trabajo que desempeñaba y disponía de más tiempo para dedicarse a sus hijas. De este modo, el juez decidió otorgar la custodia compartida a ambos progenitores.

⁹⁶ Anteriormente, sentencias como la SAP de Huelva de 30 de marzo de 2007 o la SAP de Oviedo de 31 de mayo de 2007, ya habían denegado la concesión de la custodia compartida a causa de la distancia domiciliaria entre el padre y la madre.

7.2.2 Determinación de lugares de entrega de los menores

Tanto si se trata de custodia compartida como exclusiva, siempre se deberá acordar un lugar de entrega del menor, ya que sería complicado dejar a libre albedrío de los padres la elección de un sitio concreto. Si esto fuese así, podría provocar un mayor enfrentamiento entre éstos, así como entrar en los incumplimientos de los regímenes.

En todas las sentencias, cuando se especifica el régimen de visitas que se llevará a cabo y la custodia que se le atribuye a los progenitores, siempre se concreta el lugar y la hora en que se producirá el intercambio del menor entre los padres. Podrá ser tanto el colegio como el domicilio de alguno de ellos.

En la SAP de Soria, de 1 de diciembre de 2016, se determina que, siendo la custodia semanal, el intercambio se producirá los viernes a la salida de la guardería o colegio. Además, se especifica incluso en el supuesto en que la menor estuviese enferma o fuese festivo, donde se establece que *“el intercambio se realizará en el domicilio donde la menor se encuentre, lugar al que acudirá a recogerla el progenitor a quien le corresponda la semana de custodia de la menor, a las 16:00 horas”*. También esta misma sentencia dispone que en caso de que alguno trabajase y no pudiese hacer la entrega o recogida del menor, también tendría potestad para hacerlo los abuelos o cualquier familiar que se designase para ello.

En otras ocasiones, se podrá concretar simplemente en la localidad donde se llevará a cabo⁹⁷ o, directamente, el domicilio del otro progenitor⁹⁸.

⁹⁷ LA SAP de Albacete de 12 julio de 2016 que determina que *“Los intercambios del menor se llevarán a cabo en Almansa en el punto concreto que determinen, o en su defecto, en la estación de servicio-restaurante Los Rosales; de manera que será la madre quien se desplace hasta dicho lugar los viernes del fin de semana que corresponda al padre, o al inicio del periodo de vacación correspondiente, para entregarla a la padre a las 19 horas, y el padre lo restituirá a la madre en dicho lugar a las 19 horas del domingo, o el último día del periodo de vacación correspondiente a las 19 horas.”*

⁹⁸ España. SAP de Zaragoza (Sección 2ª). Sentencia nº169/2016 de 22 marzo

No obstante, en aquellos casos en que los dos domicilios estén lejos, se podrá determinar el lugar alternándolo una vez en cada ciudad, tal y como ocurre en la SAP de Albacete, de 12 de julio de 2016.

7.3 Custodia compartida y la conflictividad de los padres

Uno de los elementos que los jueces deben tener en cuenta a la hora de otorgar la custodia compartida es la buena relación que debe existir entre los progenitores. En el momento de inicio del proceso de divorcio, se entiende que las partes ya llevan tiempo suficiente para haber asimilado estas nuevas circunstancias y haberlas empezado a sobrellevar adecuadamente.

Será fundamental que la relación que hayan mantenido, la comunicación y la predisposición a una buena relación sea correcta, educada y adulta, para poder barajar el éxito de la custodia compartida⁹⁹. Por lo tanto, deberán demostrar que hay una coordinación y colaboración entre ellos, lo cual ayudará al cuidado del menor y favorecerá en su desarrollo.

Por el contrario, en aquellos casos de continuos enfrentamientos entre los padres, la custodia conjunta podría comportar la no cesación de dichos conflictos, incluso su aumento¹⁰⁰, ya que establecerán distintas formas de educación y normas, lo cual será muy desfavorable para los hijos. Por lo tanto, una buena comunicación entre los padres, sin grandes diferencias, será una circunstancia muy determinante a la hora de atribuir la custodia.

⁹⁹ La SAP de Bilbao de 20 de marzo de 2007 considera que *“debe existir una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común, ya que en caso contrario dicha medida puede convertirse en el germen de un espacio de inestabilidad y conflictividad en el que naufraguen emocionalmente los menores...”*.

¹⁰⁰ En este sentido, la SAP de Segovia, de 9 de febrero de 2007, en su FD 2º, considera que *“para que sea eficaz y no un sistema generador de continuos problemas, se precisa una actitud, un entendimiento y una colaboración en los padres...”*

En esta línea ROMERO COLOMA¹⁰¹ se pronuncia sobre este aspecto considerando que *“En cualquier caso, en la práctica forense, sea cual sea la intensidad de esa mala relación, se convierte, por lo general, en un obstáculo prácticamente insalvable, al impedir, de hecho, una actitud común, un proyecto armónico y coherente, que se considera esencial de cara a la educación y formación integral de los hijos y al mejor desenvolvimiento y desarrollo de su personalidad.”* De este modo, si existe una relación pésima o conflictiva deberá descartarse este sistema de guarda.

No obstante, cabe destacar que no cualquier relación que no sea buena se deberá considerar suficiente para no otorgar la custodia compartida. Como es lógico, los progenitores separados no suelen tener una relación óptima, pero será distinta que ésta sea extremadamente tensa y conflictiva hasta el punto de imposibilitar la toma de acuerdos en todos aquellos aspectos que engloban la vida del menor. Por lo tanto, solamente no se adoptará dicho régimen de custodia en aquellos casos que se generen consecuencias negativas en los hijos, afectando directamente en su personalidad y en el desarrollo psicoafectivo y emocional.¹⁰²

7.3.1 Síndrome de alienación parental

El Síndrome de Alienación Parental (SAP) es un fenómeno que tiene lugar cuando uno de los progenitores trata de manipular al hijo para que rechace al otro progenitor sin que haya ninguna causa que lo justifique.

Tal y como hemos dicho en anteriores apartados del trabajo, siempre se debe procurar que la ruptura de la pareja no comporte la ruptura de la familia, así como sus relaciones con los padres. Además, nuestro ordenamiento jurídico ostenta una serie de medidas que permiten el cumplimiento de este objetivo, puesto que

¹⁰¹ ROMERO COLOMA, Aurelia María, *“La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores”* en Actualidad Jurídica Aranzadi, Sección Comentario, Ed. Aranzadi, nº 825 (2011), p. 1.

¹⁰² ROMERO COLOMA, Aurelia María, *“Los inconvenientes para la concesión de la custodia compartida...”*, cit., p. 2

permite adaptar los derechos y deberes de los padres respecto a sus hijos.¹⁰³

Aun así, generalmente, las rupturas no suelen ser amistosas y los menores, en muchas ocasiones, son utilizados como arma de juego entre los padres. Normalmente se ignora el hecho de plantearse qué consecuencias pueden tener determinadas acciones en sus hijos, además de poder provocar un menoscabo en las relaciones afectivas del otro progenitor con el menor.¹⁰⁴ Todo ello comporta que haya problemas en el desarrollo del menor más allá del ámbito jurídico, así como en sus intereses.

La SAP fue definida por primera vez por el psiquiatra norteamericano Richard Gardner en 1985. Según éste es un desorden que surge en las disputas por la guarda y custodia de los hijos, pero más concretamente determina que consiste en un trastorno provocado por uno de los progenitores en hacer que el niño se “obsesione” en rechazar al otro de forma injustificada.

A partir de aquí, se ha convertido en un tema muy controvertido en el ámbito de divorcios conflictivos sobre la atribución de la custodia, ya que se usa con esta intención. Sin embargo, hay quien apoya la existencia de este trastorno y hay quienes ni siquiera lo consideran por carecer de validez científica y fiabilidad. De hecho, una de las principales críticas sobre esto es que no se encuentra recogido en la lista de enfermedades mentales, ni de la Organización Mundial de la Salud, ni de la Asociación Americana de Psiquiatría. Aun así, una buena parte de jueces de este país apoyan la idea de su existencia.

Los síntomas que se le han atribuido a la SAP son los siguientes¹⁰⁵:

- a) Rechazo injustificado: debe ser un deterioro de las relaciones entre los

¹⁰³ GARCÍA GARNICA, María del Carmen, “*Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor...*”, *cit.*, p. 45 y ss.

¹⁰⁴ España. Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Santander. Sentencia nº 435/2012 de 28 septiembre

¹⁰⁵ ALSACIO CARRASCO, Laura “El síndrome de alienación parental”, *Revista para el análisis del Derecho*, InDret, Barcelona, nº1 (2008), p. 5

hijos y uno de los progenitores de modo injustificado. Si el rechazo está originado de forma justificada como malos tratos, abusos... entonces no habrá SAP. Precisamente este trastorno se justifica porque el menor argumenta de forma absurda sus odios hacia el padre alienado.

- b) Campaña de denigración: el trabajo que realiza el progenitor alienante al hijo para fomentar la denigración del otro padre. No habrá SAP si el hijo no colabora en la campaña hacia dicho progenitor.
- c) Falta de ambivalencia: los niños serán incapaces de reconocer los aspectos positivos de su relación con el progenitor rechazado, centrándose sólo en los negativos. Ante el progenitor aceptado, mostrará su apoyo incondicional y siempre estará a su favor en casos de conflicto.
- d) El fenómeno “pensador independiente”: ocurre cuando el niño adopta todos los sentimientos de odio hacia el otro progenitor, cuando simplemente ésta imitando los del progenitor alienante.
- e) Falta de remordimientos por la crueldad hacia el progenitor alienado: los niños no tendrán remordimientos en sus manifestaciones de odio hacia su progenitor.
- f) Presencia de “situaciones prestadas”: el menor describe como si fueran suyas vivencias y situaciones, aun siendo impropias para su edad, y se intuye que han sido inculcadas por parte del otro progenitor.
- g) Extensión de la animadversión hacia la familia del progenitor alienado: el rechazo puede llegar a extenderse incluso a los familiares del progenitor rechazado, negándose a visitarlos.

Una vez vista su existencia, se deberá plantear a qué intensidad se da este trastorno, ya que hay diferentes niveles¹⁰⁶. Esto será necesario para poder determinar las medidas más adecuadas para poder eliminar dicho rechazo y recuperar las relaciones entre padres e hijos.

En primer lugar, encontramos el rechazo leve, el cual se caracteriza por algunos signos de desagrado ante su relación con el padre alienado, pero no habrá

¹⁰⁶ García Garnica, María del Carmen “Síndrome de Alienación Parental a la luz del interés superior del menor” en *Derecho Privado y Constitución*, nº 23 (2009), p. 215 y 216.

interrupción en la relación. En segundo lugar, el rechazo moderado, consistente en el deseo de no ver al padre o a la madre, a la vez de la obsesión en los aspectos negativos del progenitor para justificar el deseo de no verle y evitar este hecho. Aquí sí se interrumpirá la relación. Por último, el rechazo intenso que supone el afianzamiento de estos argumentos negativos, mostrando ansiedad en todas las ocasiones de contacto con el progenitor odiado. Por lo tanto, se mostrará una especie de fobia y mecanismo de evitación que pondrán en gran estado de nervios al menor.

7.3.2 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007

Esta sentencia es un claro ejemplo de la complejidad que supone la determinación del Síndrome de Alienación Parental en un proceso de divorcio para la atribución de la custodia.

Como antecedentes encontramos que las partes eran padres de una niña de 4 años. Decidieron separarse en 2004 y pactaron un régimen de visitas que convenía a ambos. Posteriormente, en una sentencia del 17 de junio de 2005 se puso de manifiesto la falta de contacto entre el padre y la hija, a pesar de los acuerdos fijados sobre las visitas. Así pues, se acreditó el incumplimiento de dicho régimen por parte de la madre.

En la posterior demanda de divorcio, el padre solicitó la custodia de la menor dada la dificultad de contacto que tenía con ella y, finalmente, la sentencia de 14 de junio de 2007 otorgó la custodia al padre, prohibiendo las comunicaciones con la madre y su familia. Dicha atribución se concedió en virtud del artículo 776.3 LEC¹⁰⁷ por el incumplimiento del régimen de visitas.

Durante el proceso se debieron consultar una serie de peritos, concretamente 6, y

¹⁰⁷ **Art. 776.3 LEC:** “El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas”.

todos ellos coincidieron que la niña rechazaba el contacto con su padre. La jueza tuvo que examinar las causas que le habían conducido a ello. Los peritos discreparon entre ellos, ya que no todos creían en la existencia del SAP. Tres de ellos, consideraron la idea de que el padre maltrataba a la menor, pero los otros tres se posicionaron ante un caso de SAP, argumento que la juez decidió acoger. Estos últimos consideraron que existía un rechazo y resentimiento creado por la madre y sus familiares frente al padre.

Ante esta situación, la jueza decidió adoptar una medida para solucionar dicho problema, consistente en la suspensión de las visitas con el padre hasta que desapareciese la fobia, tal y como sugirieron los peritos.

Además, la jueza se manifestó ante la consideración de qué es la SAP entendiendo que *“es el proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos con el objeto de destruir los vínculos con el otro progenitor”*.

8. Conclusiones

Una de las cuestiones que se deberán resolver, tras la separación de la pareja, es el establecimiento de la guarda y custodia que regirá a partir de ese momento. Para facilitar el proceso, siempre será más sencillo que sean las partes quienes lo determinen, aunque será imposible en aquellos casos en que la conflictividad entre progenitores y los continuos desacuerdos desencadenen en una difícil comunicación y entendimiento entre éstos.

Antes de entrar en el cuerpo del estudio, se ha hecho una gran diferenciación a modo de poder entender todos los conceptos. La diferencia entre patria potestad y guarda y custodia resulta fundamental, puesto que ayuda a entender qué funciones atribuye cada una de ellas y de qué modo deben ejercerse. Mientras que la patria potestad consiste en todos los derechos y deberes derivados de la paternidad y la maternidad, la guarda y custodia consiste en el ejercicio de esas funciones durante la convivencia con el hijo. Además, tanto jueces como la doctrina estudiada, son reticentes en remarcar la importancia de esta diferenciación.

Este trabajo podríamos diferenciarlo en dos partes. Por un lado, la primera, basada en toda la evolución, tanto normativa como jurisprudencial, que ha tenido la custodia a lo largo del tiempo. Por otro lado, la custodia compartida y todos los aspectos que la componen y que le dan sentido a ésta.

Sobre el primer bloque, cabe destacar la importancia y relevancia que ha tenido este proceso de cambio en dicha institución. Durante el estudio, se ha podido ver la contraposición de opiniones de jueces y tribunales, los cuales, incluso en el momento de modificación de la Ley para regular la custodia compartida, no eran uniformes en los criterios que seguían. Aun así, en una línea mayoritaria se apoyaba la custodia monoparental a la madre, pues se entendía que evitaba que los menores debieran de estar adaptándose constantemente a cambios. Pero, poco a poco, los jueces fueron valorando otros elementos que provocaron la decantación, en algunas ocasiones, hacia la custodia compartida. Se empezó a tener en cuenta la necesidad del menor de mantener la relación con ambos padres

o fomentar una educación completa y consensuada por ambos. Es decir, pretendían que primara siempre el interés del menor.

Una vez adoptada la custodia compartida, consistente en la adopción y ejercicio compartido de obligaciones, responsabilidades, derechos y deberes por ambos padres, se remarcó la idea de que no siempre debe adoptarse, a pesar de ser la regla general. Gran parte de la jurisprudencia estudiada considera que se deberá estudiar cada situación caso por caso, analizando todos los aspectos y el entorno del menor. La conflictividad de los padres o la lejanía de sus domicilios pueden ser cruciales para rechazar esta modalidad de custodia y otorgarla en exclusiva a un progenitor con régimen de visitas al otro.

Como podemos ver, hay una infinidad de aspectos que los jueces deberán estudiar para otorgar la guarda y custodia. Se deberá hacer de la forma más minuciosa posible, siempre tratando por iguales a ambos padres y favoreciendo al menor, aun pudiendo no beneficiar tanto a los cónyuges con esta decisión.

Este trabajo, a pesar de ser interesante y muy relacionado con la actualidad y situaciones diarias, ostenta una gran amplitud tanto normativa como jurisprudencial, hecho que podríamos considerar como la principal dificultad a la hora de llevarlo a cabo. La unificación de criterios, así como reunir conclusiones es complejo, ya que hay una gran disparidad de opiniones y críticas respecto a cualquier tema relacionado con la custodia compartida y sus cambios normativos.

A modo de conclusión final, siempre se deberán preservar los intereses y necesidades de los menores por encima de cualquier otro aspecto, pues siendo ellos ignorantes de lo que sucede a su alrededor, son siempre los principales afectados. Por este motivo, es tan importante ser conscientes de la importancia y de la afectación que tiene la ruptura en los hijos y de cómo, a pesar de todo, siempre se tiene que intentar facilitar su desarrollo personal y su estabilidad emocional.

9. Bibliografía

Libros

- ALASCIO CARRASCO, Laura, “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)”, *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, nº 2 (2011)
- ALASCIO CARRASCO, Laura y MARÍN GARCÍA Ignacio, “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 CC”, *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, nº 3 (2007)
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, “La Determinación en la Guarda y Custodia de los Menores en los Supuestos de Crisis Matrimonial o Convivencial de sus Progenitores. Especial Consideración de la Guarda y Custodia Compartida Tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en *Actualidad Civil*, Madrid, Ed. La Ley, Tomo 2, nº 15, (quincena del 1 al 15 Sep. 2007)
- DELGADO DEL RÍO, Gregorio, “*La custodia de los hijos, la guarda compartida: opción preferente*”. Navarra, Ed. Thomson rueters, civitas, 2010.
- ESPARZA OLCINA, Carlos, “*La Guarda Compartida*” en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón “*Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*”. 1ª Edición, Navarra, Ed. Aranzadi, 2006
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen, “*Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinar*”. 1ª Edición, Navarra, Ed. Aranzadi, 2008
- GARCÍA RIVAS, Francisco J., “Guarda y custodia compartida: la Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código Civil”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, nº 37 (2006)

- GODOY MORENO, Amparo, “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada”, en *Abogados de Familia*, número 16, Sección Doctrina, Primer Trimestre de 2000, Editorial La Ley.
- GUILLARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “Comentarios del Nuevo Artículo 92 del Código Civil” en GUILLARTE GUTIÉRRES, Vicente y otros: “Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio: Ley 15/2005, de 8 de Julio”, 1ª Edición, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2005.
- GUILLARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “Criterios de Atribución de la Custodia Compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, *Revista para el análisis del Derecho*, InDret, nº 3 (2010)
- HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, “Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: novedades en torno a la futura Ley de Corresponsabilidad Parental”, *Revista de Derecho UNED*, nº14 (2014)
- IVARS RUIZ, Joan, “Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia”. 2ª Edición, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2008
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, “Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil IV”. 5ª Edición, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2006
- LATHROP GOMEZ, Fabiola, “Aspectos generales de la guarda y custodia compartida”, *Custodia compartida de los hijos*. Madrid, Ed. La Ley, 2008
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola “Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ed. La Ley, nº 720629, junio de 2009
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco “Patria, potestad, filiación y adopción”. Madrid, Dykinson, 2010.

- MACÍAS CASTILLO, Agustín, “Guarda y Custodia Compartida: <<Deslocalización>> de los Hijos Como Efecto Legal Inherente al Divorcio. Análisis de la STS de 11 de marzo de 2010”, *Revista Actualidad Civil*, nº 12 (quincena del 16-30 de junio de 2010)
- MONTERO AROCA, Juan, “*Guarda y custodia de los hijos (La aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*”. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001
- MONTERO AROCA, Juan, FLORS MATÍES, José, ARENAS GARCÍA, Rafael, “*Separación y Divorcio Tras la Ley 15/2005*”. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2006.
- NAVARRO FAJARDO, J., “*El derecho a la custodia de los hijos de los padres separados*”, BIMJ, año XXXIII, número 1189.
- Pérez Martín, Antonio Javier, “La crisis económica y la pensión alimenticia”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 57 (2012)
- PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita, “*Patria Potestad*” en GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y otros: “*Tratado de Derecho de Familia: Aspectos Sustantivos y Procesales*”. Madrid, Ed. Sepin, 2005
- PICONTO NOVALES, Teresa, “*La custodia compartida a debate*”. Madrid, Ed. Dykinson S.L., 2010.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal, “*La custodia compartida*”. Barcelona, Ed. Bosch, 2009.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, “*La guarda y custodia compartida, una medida familiar igualitaria*”. Madrid, Ed. Reus, 2011
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, “*La Guarda y Custodia Compartida como Medida Familiar Favorable a los Hijos*”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Sección Opinión, Pamplona, Ed. Aranzadi, nº 814 (2011)

- ROMERO COLOMA, Aurelia María, “*La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores*” en Actualidad Jurídica Aranzadi, Sección Comentario, Ed. Aranzadi, nº 825 (2011).
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, “*Los inconvenientes para la concesión de la custodia compartida*”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, Sección Comentario, Ed. Aranzadi, nº 873 (2013)
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, “El impago de pensiones alimenticias y sus consecuencias jurídicas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Sección Estudio, Ed. Aranzadi, nº 2 (2015)
- SARAIVA GONZÁLEZ, Ana María, “*Guarda y Custodia Compartida. Principales Novedades de la Ley 15/05 (Cuestiones Sustantivas)*” en “*La Jurisdicción de Familia: Especialización. Ejecución de Resoluciones y Custodia Compartida*”. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007
- TAMAYO HAYA, Silvia, “*Igualdad Parental y Principio de Corresponsabilidad tras La Separación o El Divorcio*”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María “*Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva*”. Barcelona, Ed. Atelier, 2009
- ZANÓN MASDEU, Luis, “*Guarda y custodia de los hijos*”. Barcelona, Ed. Bosch, 1996.
- ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, “La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”, *Revista Sepín Persona y Familia*, nº 45 (junio 2005)

Leyes

- Código Civil
- Código Penal
- 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, sobre la reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm.7 del 8 de enero de 2000)
- 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.
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunidad Valenciana
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Páginas web

- <https://www.boe.es/>
- <http://elabogadoencasa.com/fichanoticia/Régimendevisitas:Incumplimentoyconsecuencias/110>
- <http://www.indret.com>
- Para la consulta de leyes y de noticias jurídicas:
<http://noticias.juridicas.com/>
- <http://luisamaldonado.com/2015/09/07/consecuencias-del-incumplir-el-convenio-regulador/>
- <http://www.mundojuridico.info/incumplimiento-regimen-visitas/>

Sentencias

Juzgado Primera Instancia

- España. Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Valladolid. Sentencia nº 446/2011 de 5 de diciembre.
- España. Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid. Sentencia nº 574/2007 de 19 de julio.

- España. Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Santander. Sentencia nº 435/2012 de 28 septiembre

Audiencia Provincial

- España. Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª). Sentencia nº 54/2007 de 24 de enero
- España. SAP de A Coruña (Sección 3a). Sentencia nº 11/2016 de 15 enero
- España. Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1ª). Sentencia nº 238/2003 de 1 de diciembre.
- España. Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1ª). Sentencia nº 25/2007 de 6 de marzo.
- España. Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1ª). Sentencia nº 317/2016 de 12 julio
- España. Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1ª). Sentencia nº 317/2016 de 12 julio
- España. Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª). Sentencia nº 237/2009 de 24 de abril
- España. Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4ª). Sentencia nº 183/2005 de 20 de mayo.
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia nº 102/2007 de 20 de febrero
- España. Audiencia Provincial Barcelona (Sección 12ª). Sentencia nº 127/2007 de 21 de febrero
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia nº 627/2007 de 16 de octubre.
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia nº 9/2007 de 8 de enero
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia nº 316/2008 de 15 de mayo
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia nº

638/2007 de 23 octubre.

- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia nº 577/ 2004 de 30 de septiembre.
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia nº 23/2006 de 12 de enero.
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia nº 303/2007) de 19 de junio
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia nº 481/2007 de 4 de julio
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18º). Sentencia nº 368/2008 de 29 mayo
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia nº 264/2014 de 9 abril
- España. Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 4ª). Sentencia nº 220/ 2007 de 20 de marzo
- España. Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2ª). Sentencia nº 51/2004 de 3 de mayo.
- España. Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª). Sentencia nº 521/2003 de 16 de diciembre.
- España. Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª). Sentencia nº 111/2004 de 13 de mayo
- España. Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª). Sentencia nº 45/2006 de 1 de marzo
- España. Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª). Sentencia nº 29/2004 de 27 de enero.
- España. Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª). Sentencia nº 108/2001 de 28 de febrero.
- España. Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª). Sentencia nº 352/2009 de 13 de octubre

- España. Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª). Sentencia nº 490/2000 de 30 de mayo.
- España. Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª). Sentencia nº 126/2002 de 9 de abril.
- España. Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1ª). Sentencia nº 52/2007 de 30 de marzo
- España. Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 5ª). Sentencia nº 90/2005 de 28 de febrero.
- España. Audiencia Provincial de Lugo (Sección 2ª). Sentencia nº 188/2005 de 26 de mayo.
- España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª). Sentencia nº 452/2004 de 9 de julio.
- España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª). Sentencia nº 1105/ 2006 de 25 de octubre.
- España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª). Sentencia nº 33/2003 de 22 de julio.
- España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª). Sentencia nº 1105/2006 de 25 de octubre.
- España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª). Sentencia nº 800/2005 de 12 de diciembre
- España. Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6º). Sentencia nº 200/2013 de 27 de marzo.
- España. Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) Sentencia nº 762/2015 de 2 diciembre
- España. Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª). Sentencia nº 46/2010 de 28 de enero
- España. Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4ª). Sentencia nº 211/2007 de 31 de mayo
- España. Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1ª). Sentencia nº 36/1999 de 10 de febrero.
- España. Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1ª). Sentencia nº 25/2007 de 9 de febrero.

- España. Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª). Sentencia nº 139/2016 de 1 diciembre
- España. Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª). Sentencia nº 28/2005 de 2 de febrero.
- España. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª). Sentencia nº 343/2005 de 7 de junio.
- España. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª). Sentencia nº 379/1999 de 22 de abril.
- España. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª). Sentencia nº 116/2000 de 2 de febrero.
- España. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª). Sentencia nº 156/2011 de 21 de febrero
- España. Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª). Sentencia nº 234/2004 de 13 de julio.
- España. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª). Sentencia nº 546/2016 de 30 septiembre
- España. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª). Sentencia nº180/2011 de 29 de marzo
- España. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª). Sentencia nº 169/2016 de 22 marzo

Tribunal Superior de Justicia

- España. Tribunal de Justicia de Cataluña (Sala 1ª de lo Civil y Penal). Sentencia nº 29/2008 de 31 de julio.

Tribunal Supremo

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº 720/2002 de 9 de julio.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº 471/1999 de 22 de mayo.

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 151/2000 de 23 de febrero.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 22ª). Sentencia nº 654/2006 de 31 de octubre
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº 623/2009, de 8 de octubre
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº 579/2011 de 22 julio
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº 641/2011 de 27 de septiembre
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº 257/2013 de 29 de abril.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº 275/2013 de 29 de abril

Tribunal Constitucional

- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 4/2001 de 15 enero