



# **EL INTERÉS DEL MENOR EN LA GUARDA CONJUNTA, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA**

Doctorando: D. Ricardo Miguel ÁGUEDA RODRÍGUEZ

Directora de Tesis: Prof<sup>a</sup>. Dra. D<sup>a</sup>. Inmaculada VIVAS TESÓN

*Universidad de Sevilla, Curso 2015/2016*

## ÍNDICE

### CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

<b>INTRODUCCIÓN</b>	8
---------------------	---

### CAPÍTULO II CONCEPTO, TERMINOLOGÍA Y TIPOS DE GUARDA

<b>2.1.- CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA</b>	17
2.1.1.- Distinción entre patria potestad y guarda y custodia	17
2.1.2.- Inexistencia de un concepto legal de guarda y custodia	18
2.1.3.- El derecho-función de guarda	19
<b>2.2.- LA EVOLUCIÓN EN MATERIA DE GUARDA: LAS CUATRO GRANDES ETAPAS</b>	22
<b>2.3.- LA CONFUSA TERMINOLOGÍA LEGAL RELATIVA A LA GUARDA DE LOS HIJOS</b>	27
<b>2.4.- LAS CUATRO POSIBLES MODALIDADES DE GUARDA CON CABIDA EN EL CÓDIGO CIVIL</b>	33
2.4.1.- La guarda y custodia individual	34
2.4.2.- La guarda y custodia distributiva	38
2.4.3.- La guarda conjunta	40
2.4.3.1.- Submodelos	40
2.4.3.2.- Críticas al legislador de 2005	45
2.4.4.- La guarda atribuida a un tercero no progenitor	50
<b>2.5.- CONCLUSIONES</b>	51

### CAPÍTULO III LA PATRIA POTESTAD

<b>3.1.- CONCEPTO, CARACTERES Y CONTENIDO</b>	56
3.1.1.- Definición	56
3.1.2.- Titularidad y ejercicio	58
3.1.3.- Competencia para conocer de las controversias surgidas en su ejercicio	62
3.1.4.- Su contenido en caso de cese de la convivencia entre los progenitores	65
3.1.4.1.- La patria potestad residual	65
3.1.4.2.- Los derechos del progenitor titular de la patria potestad y no guardador	66
<b>3.2.- PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD</b>	82
3.2.1.- Causas y cauces civiles de privación	82
3.2.2.- Causas y cauces penales de privación	93
<b>3.3.- CONCLUSIONES</b>	98

**CAPÍTULO IV**  
**LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA**  
**EN EL CÓDIGO CIVIL**

<b>4.1.- LA GUARDA CONJUNTA “CONSENSUAL” Y “DISENSUAL”</b>	100
4.1.1.- Nota introductoria	100
4.1.2.- La guarda y custodia conjunta antes de la Ley 15/2005	101
4.1.3.- La guarda y custodia conjunta tras la Ley 15/2005	106
<b>4.2.- EL REQUISITO SUBJETIVO</b>	115
4.2.1.- La petición por parte de, al menos, uno de los progenitores	115
4.2.2.- La buena relación entre los progenitores	120
<b>4.3.- LA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN “EXCEPCIONALMENTE” DEL ART. 92.8º DEL CC</b>	123
<b>4.4.- LA COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE GUARDA CONJUNTA</b>	131
4.4.1.- La competencia judicial nacional sin “elemento” extranjero	132
4.4.2.- La competencia judicial nacional con “elemento” extranjero	137
4.4.2.1.- El concepto “residencia habitual”	146
4.4.2.2.- Las medidas provisionales y cautelares	153
4.4.2.3.- Competencia de los tribunales españoles en materia de crisis matrimonial	155
4.4.2.4.- Competencia de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental	158
<b>4.5.- LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS SUPUESTOS DE GUARDA Y CUSTODIA CONJUNTA</b>	165
<b>4.6.- CONCLUSIONES</b>	172

**CAPÍTULO V**  
**LA GUARDA COMPARTIDA**  
**EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS**

<b>5.1.- INTRODUCCIÓN</b>	176
<b>5.2.- ANÁLISIS DE LA LEYES AUTONÓMICAS QUE REGULAN LA FIGURA</b>	187
5.2.1.- Aragón	187
5.2.2.- Cataluña	193
5.2.3.- Navarra	197
5.2.4.- Valencia	202
5.2.5.- País Vasco	207
<b>5.3.- CONCLUSIONES</b>	211

**CAPÍTULO VI**  
**CONCEPTO “FAVOR FILII”. CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA DETERMINAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS SUPUESTOS DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA**

<b>6.1.- EL CONCEPTO “FAVOR FILII”</b>	214
--	-----

<b>6.2.- LOS CRITERIOS PARA LA CONCRECIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA</b>	218
<b>6.2.1.- LA EDAD DEL HIJO</b>	232
6.2.1.1.- La edad no es un criterio para determinar la conveniencia o no de la guarda y custodia compartida	232
6.2.1.2.- La edad y los sistemas de guarda compartida por días, semanas, meses, trimestres, cuatrimestres o cursos escolares	242
<b>6.2.2.- LA OPINIÓN O DESEOS DEL MENOR. LA EXPLORACIÓN DEL MENOR</b>	253
<b>6.2.3.- LOS INFORMES TÉCNICOS</b>	264
<b>6.2.4.- LA DEDICACIÓN PASADA A LA FAMILIA O PRÁCTICA FAMILIAR</b>	273
<b>6.2.5.- EL ARRAIGO DEL MENOR</b>	277
<b>6.2.6.- LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL DE LOS PROGENITORES</b>	281
<b>6.2.7.- LAS APTITUDES Y VOLUNTAD DE LOS PROGENITORES</b>	286
<b>6.2.8.- LA VINCULACIÓN AFECTIVA DEL MENOR</b>	290
<b>6.2.9.- LA ACTITUD DE COOPERACIÓN DE LOS PROGENITORES</b>	295
<b>6.2.10.- LOS ACUERDOS PREVIOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA</b>	306
<b>6.2.11.- LA SITUACIÓN DE DOMICILIOS Y LAS ACTIVIDADES DE LOS HIJOS</b>	309
<b>6.2.12.- OTRAS CIRCUNSTANCIAS</b>	311
<b>6.3.- CONCLUSIONES</b>	314

## **CAPÍTULO VII GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN SUPUESTO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y GÉNERO**

<b>7.1.- INTRODUCCIÓN</b>	317
<b>7.2.- EN CASOS DE VIOLENCIA NO PUEDE EXCLUIRSE AUTOMÁTICAMENTE LA ATRIBUCIÓN DE UN MODELO DE GUARDA DEL MENOR</b>	324
7.2.1.- La prohibición legal de guarda y custodia compartida conforme al actual art. 92.7º C.c.	324
7.2.2.- La prohibición de guarda individual o compartida en las legislaciones autonómicas	329
7.2.3.- Un detenido análisis de la propuesta del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en los supuestos de violencia	335
7.2.3.1.- El refuerzo de la idea de castigo al progenitor violento	336
7.2.3.2.- Las prohibiciones contempladas en el art. 92 bis: supuestos y consecuencias	341
7.2.3.2.1.- Supuesto de progenitor condenado penalmente por sentencia firme	342
7.2.3.2.2.- Supuesto de progenitor incurso en un proceso penal	348
7.2.3.2.3.- Supuesto de violencia recíproca entre ambos progenitores	352
<b>7.3.- LA DISCUTIBLE PROHIBICIÓN DE ACUDIR A LA MEDIACIÓN EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA</b>	355
<b>7.4.- CONCLUSIONES</b>	358

**CAPÍTULO VIII  
ALIMENTOS Y ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA  
EN LOS SUPUESTOS DE GUARDA COMPARTIDA**

<b>8.1.- INTRODUCCIÓN</b>	362
<b>8.2.- GUARDA COMPARTIDA Y ALIMENTOS</b>	363
<b>8.3.- GUARDA COMPARTIDA Y ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR</b>	371
<b>8.4.- CONCLUSIONES</b>	377
<b>CONCLUSIONES FINALES</b>	380
<b>BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA</b>	384
<b>SELECCIÓN JURISPRUDENCIAL</b>	392

## ABREVIATURAS

A	Auto
AAVV	Autores Varios
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AAPP	Audiencias Provinciales
ALECP	Anteproyecto de Ley del Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
apdo./apdos	Apartado/s
art./arts	artículo/s
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.c.	Código civil
Cap.	Capítulo
CCAA	Comunidades Autónomas
CCCat	Código Civil de Cataluña
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
CE-UE	Comunidad-Unión Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derecho Humanos
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CJI	Competencia Judicial Internacional
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DIP	Derecho Internacional Público
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
DT	Disposición Transitoria
EM	Exposición de Motivos
FD	Fundamento de Derecho
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
GC	Guarda y custodia
GCC	Guarda y custodia compartida
GCI	Guarda y custodia individual
INE	Instituto nacional de estadística
IPC	Índice de precios al consumo
ISM	Interés superior del menor
JPI	Juzgado de Primera Instancia
JF	Juzgado de Familia
JM	Juzgado de lo Mercantil
JVM	Juzgado de Violencia sobre la Mujer
LAIRF	Ley de Aragón de Igualdad de Relaciones Familiares
LEC-1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881
LEC-2000	Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000
LEOMF	Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

LNRC	Ley Foral de Navarra de Custodia en casos de Ruptura
LVRF	Ley Valenciana de Relaciones Familiares
LOMPIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección jurídica del menor de 1996
LPVRF	Ley del País Vasco de Relaciones Familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores
NdC	Norma de conflicto
pág./págs	Página/s
pfo	Párrafo
R.	Resolución
RAE	Real Academia de la Lengua Española
Reglamento	Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental («Reglamento Bruselas II bis»)
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
SAP/SSAP	Sentencia/s de la/s Audiencia/s Provincial/es
ss.	siguientes
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
SJPI	Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
STJCE	Sentencia del Tribunal Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea
TBC	Trabajos en Beneficio de la Comunidad
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vid	Véase

## CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

El presente trabajo gira en torno al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental (en adelante, ALECP), más conocido como “*Anteproyecto de Ley de custodia compartida*”, que, como texto inicial, fue aprobado a iniciativa del Ministerio de Justicia por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013<sup>1</sup> e informado por el Consejo Fiscal con fecha 13 de septiembre de 2013, mismo mes en el cual se dio a conocer el informe del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) el 19 de septiembre 2013. Asimismo, el Consejo de Estado emitió el correspondiente informe en sesión celebrada el 24 de julio 2014<sup>2</sup>. Actualmente, está pendiente de la presentación formal de la iniciativa o del Proyecto de Ley.

Esta X legislatura, durante la cual se ha elaborado el presente trabajo investigador, comenzó el 13 de diciembre de 2011 y ha venido marcada por el impulso del poder ejecutivo de importantes propuestas y modificaciones legislativas en materias que afectan al Derecho de familia, las cuales han sido analizadas con detenimiento en estas páginas<sup>3</sup>.

El ALECP, como eje central de este estudio, tiene como elemento esencial (para poder comprender su contenido y enfoque), la construcción eminentemente jurisprudencial de los temas en él abordados, dada la necesaria flexibilidad que requieren los conceptos jurídicos indeterminados existentes en la materia, los cuales han permitido a nuestros jueces y tribunales avanzar en el marco de la coyuntura social y legislativa de los años 2005 y siguientes, que han marcado, de manera decisiva, el desarrollo de las normas estudiadas en este trabajo de investigación<sup>4</sup>.

La promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil (en adelante, C.c.) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC-2000) en materia de separación y divorcio, provocó un cambio en la interpretación de conceptos básicos en Derecho de familia, como patria potestad y guarda y custodia.

Respecto a la patria potestad, ésta era conceptuada tradicionalmente como poder omnímodo del *pater familias* (como potestad o poder sobre sus hijos) y, a partir de 2005, “nace” la expresión “*corresponsabilidad parental*”, la cual acentúa la función del progenitor como actuación o titularidad, al servicio de los hijos, acorde con el mandato

---

<sup>1</sup> Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (Boletín oficial del Estado –en adelante, BOE- de 28 de noviembre de 1997), en cuyo artículo 22 se establece la facultad de la iniciativa legislativa del gobierno conforme a los arts. 87 y 88 de la Constitución Española (en adelante, CE).

<sup>2</sup> Publicado en BOE de 24 de julio de 2014. Además de estas entidades, también fue requerida su opinión, mediante informe, al: Consejo General de la Abogacía Española, Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, Asociación de Mujeres Juristas Themis, etc.

<sup>3</sup> Durante esta legislatura han entrado en vigor o están en proceso legislativo, entre otras normas: la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ; la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; ALECP en caso de nulidad, separación y divorcio y el Proyecto de Ley 121/000133, de 6 de marzo 2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>4</sup> Con fecha de 18 de noviembre de 2010, la Comisión de Doctorado de la Universidad de Sevilla aceptó la inscripción del proyecto de esta tesis doctoral.



constitucional de plena igualdad de ambos progenitores conforme a los artículos (en adelante, arts. o art. en singular) 1.1, 14, 32 y 39 de la CE, y como así recoge la Exposición de Motivos (en adelante, EM) de la Ley 15/2005: *“por último, 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 o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad”*.

Junto a esta “nueva visión” de la patria potestad, resultó decisivo el cambio en materia de guarda y custodia (en adelante, GC), la cual, tradicional y mayoritariamente, había sido atribuida de forma individual a la madre (no trabajadora fuera del hogar), con los efectos que ello comporta: atribución del domicilio familiar, pago y administración de la pensión de alimentos, atribución del uso y de otros bienes gananciales, etc.

La incorporación de la mujer al mundo laboral y las consecuencias perniciosas o negativas del sistema (padre pagador, visitador) terminaron afectando a las relaciones internas entre los progenitores y con sus hijos y al modelo de familia tras el cese de la convivencia tanto a nivel económico como personal, emocional e, incluso, afectivo. Ello fue lo que permitió avanzar en la idea de la igualdad de género parental o coparentalidad, representada por la guarda y custodia compartida (en adelante, GCC).

Éste, sin duda, es el punto de partida e inflexión que guió al legislador en su iniciativa del ALECP, en el cual se contiene una propuesta acorde con los principios de una sociedad avanzada y plural. Siendo consciente el legislador de la delicadeza y de la diversidad de modalidades de las situaciones familiares<sup>5</sup>, ha sido reacio a una minuciosa reglamentación positiva y *“se ha conformado”* con establecer una serie de criterios básicos o inspiradores o pautas, y un juego de principios y presunciones para la acomodación y aplicación, caso por caso, basado en el interés específico de cada menor, ya que dicho interés suele variar de uno a otro e, incluso, en el mismo menor, varía con la edad o las circunstancias de cada momento.

Como ya he apuntado, el enfoque legal y jurisprudencial del presente trabajo es a nivel nacional, habida cuenta de la diversidad de normas intra-nacionales (un auténtico “abanico legal”) que han supuesto las regulaciones de las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) en la materia, a la cual se ha incorporado recientemente la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco<sup>6</sup> (en adelante, LPVRF). Esta diversidad normativa en materia

---

<sup>5</sup> Conforme a la realidad social, en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 93/2013, de 23 de abril de 2013, en su FJ 7º dice: *“el sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por lo tanto, con la constrictión del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural”* (STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5). Y esa familia, distinta a la que se constituye mediante el matrimonio, concebida como realidad social a la que se extiende la protección constitucional, ha sido entendida por este Tribunal como *‘la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja’* (STC 47/1993, de 8 febrero, FJ 3) (...).

<sup>6</sup> BOE de 24 de julio 2015.

de GCC ha supuesto que el enfoque y análisis se ciña, exclusivamente, al detenido estudio de la variada realidad nacional existente en la actualidad.

Asimismo, ha de exponerse que, a la dificultad intrínseca que presenta cualquier trabajo de investigación, se une, en este caso, la carga ideológica y social que rodea a la materia objeto del mismo, la cual se traduce en la inclusión de cuestiones jurídicas y metajurídicas que afectan, de forma significativa, a toda modificación en Derecho de familia<sup>7</sup>, a lo que ha de sumarse la coyuntura de crisis económica, que, indudablemente, incide a las relaciones familiares, tanto en situaciones de “*paz familiar*”, como, muy especialmente, en los supuestos del cese de la convivencia y de conflicto parental por la guarda de los hijos.

En este trabajo cobra especial relevancia el concepto e interpretación del interés superior del menor (en adelante, ISM), concepto jurídico indeterminado e indefinible que ha sido matizado progresivamente por la jurisprudencia y el cual debe responder a los principios de prevalencia, no automaticidad y flexibilidad.

En este sentido, es reseñable la aportación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en cuya EM apartado II resalta la incorporación en su art. 2 de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (en adelante, TS) y de las organizaciones internacionales sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Y, así, expone el profuso y confuso art. 2, que el ISM tiene un triple contenido: sustantivo, interpretativo y procedimental, con el objetivo de asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor y su desarrollo integral. Literalmente, lo expresa en los siguientes términos: “*es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento*”.

Ha de tenerse en cuenta que el ISM debe acomodarse al respeto de la parentalidad de cada progenitor, pudiendo chocar con la postura o pretensión de alguno de los progenitores, siendo profusa y, a veces, contradictoria la jurisprudencia en la materia relativa a la búsqueda del mayor beneficio para los hijos en virtud del principio “*favor filii*”, cuya influencia permanente en los procesos de cese de la convivencia de las parejas o de matrimonios con hijos es obligada, como así lo recuerda el TS en sus sentencias de forma reiterativa (en adelante, STS o en plural SSTS) de 21 de julio de 1993<sup>8</sup> y 17 de julio de 1995<sup>9</sup>, o la más reciente y que será muy reiterada a lo largo del presente trabajo, la **STS**

---

<sup>7</sup> El “empuje” social en esta materia o la presión social sobre la guarda compartida de los hijos puede constatarse con la iniciativa popular de corresponsabilidad parental presentada en el País Vasco (por más de 85.000 firmas) que ha culminado con la promulgación de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (en adelante, LPVRF).

<sup>8</sup> RJ 1993, 6175.

<sup>9</sup> RJ 1995, 5591.

**de 29 de abril de 2013**, que sienta, como doctrina jurisprudencial, las pautas, criterios o circunstancias que han de ser valorados para justificar el ISM en los casos de GCC: *"la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea"*.

*Es decir, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de éstos con aquél"*.

Así las cosas, desde dicha óptica y en este contexto, resulta justificado, por cuanto antecede, el interés teórico y práctico del tema elegido, el cual goza aún de mayor relieve cuando el estudio se realiza desde la perspectiva de las últimas normas dictadas por el legislador nacional y autonómico con influencia decisiva en la materia objeto del trabajo, la GCC y el ISM, teniéndose en cuenta que dicho modelo de guarda fue introducido en nuestro Ordenamiento, de forma expresa, por la referida Ley 15/2005, que, dando nueva redacción al artículo 92 del C.c., permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5); b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8).

La investigación realizada por este doctorando se propuso, inicialmente, sobre la base de un estudio pormenorizado de las regulaciones autonómicas y mapeo o trabajo estadístico directamente con Sentencias de los Juzgados de Primera Instancia (en adelante, SJPI) y de Violencia sobre la Mujer (en adelante, JVM). Sin embargo, estos juzgados no están obligados a remitir sus sentencias al Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), como sí lo están las Audiencias Provinciales (en adelante, AAPP), y otros órganos judiciales de mayor rango. Es éste el motivo por cual no se ha podido acceder a un número mínimo de sentencias capaz de garantizar la representatividad de la muestra, si bien se aportan numerosos pronunciamientos judiciales que permiten conocer las posturas mayoritarias o más representativas de nuestros jueces y tribunales respecto a las cuestiones analizadas.

Junto a la doctrina jurisprudencial, ha sido estudiada pormenorizadamente la legislación aplicable a la materia, en concreto, los arts. 90, 92, 94, 96 y concordantes del C.c., las legislaciones autonómicas en materia de GCC y, con especial detenimiento, el citado

ALECP, teniéndose, en todo momento, presente las posturas doctrinales al respecto y, como cuestión de particular atención, se ha introducido la incidencia de los supuestos de violencia intrafamiliar en la adopción de una GCC, así como los supuestos de suspensión y privación de la patria potestad conforme al contenido del art. 92, apartados 3 y 7 del C.c. y de los arts. 65 y 66 de la Ley Integral de Violencia de Género 1/2004, de 28 de diciembre (en adelante, LOMPIVG), recientemente reformados<sup>10</sup>, cuyos rasgos generales fueron ya objeto del estudio en la monografía objeto de mi trabajo de investigación (más conocida como “tesina”) titulada *Aspectos civiles de la Ley de Violencia de Género*.

Como digo, el objeto de este estudio se centra en las consecuencias de la ruptura familiar (matrimonial o no) respecto de los hijos, la cual impide la convivencia simultánea de los progenitores con los hijos y conlleva, necesariamente, instaurar una serie de medidas que vienen expresamente determinadas por los arts. 90 y 92 del C.c., conforme a los acuerdos adoptados en convenio o, en su defecto, en sentencia, los cuales deben o “*deberían*” ajustarse como un guante a la mano, en función de las necesidades reales de los hijos y de los hábitos familiares previos a la ruptura.

Una vez elegida voluntaria o judicialmente la GC o GCC en cualquiera de sus modalidades, este sistema se enfrenta, inmediatamente, a la adopción de otras decisiones inherentes que variarán en función de la opción escogida, como son: las relaciones del progenitor-hijo y su periodicidad en las estancias con cada uno de ellos, la cuantía (en su caso) de la pensión alimenticia de los hijos en función de la capacidad y necesidades, la atribución o alternancia del uso del domicilio familiar de conformidad con el contenido del art. 96 del C.c., etc.

La modalidad de guarda, ya sea individual o GCC, así como el régimen de estancias, pensión de alimentos, asignación de uso de la vivienda, etc. ha sido y es objeto de una profusa y, a veces, contradictoria doctrina jurisprudencial en función del “*bien o mal entendido*” ISM y de la reciente jurisprudencia en materia de GCC, lo que ha generado multitud de procesos de modificación de medidas. Todo ello hace aún más atractivo, si cabe, la materia objeto del presente estudio, que hemos titulado: “*el interés del menor en los supuestos de guarda conjunta, con especial atención a los supuestos de violencia*”.

Estimo adecuado el título escogido, pues resume el contenido del tema elegido, y la perspectiva del análisis, que es analizada en concordancia con la actual coyuntura legislativa, jurisprudencial y social. Y, asimismo, considero justificado el método de trabajo seguido (el clásico previsto para la investigación jurídica) de lectura exhaustiva y análisis de la jurisprudencia y trabajos de la doctrina científica publicados en España sobre las materias expuestas, dando mayor preponderancia a lo más reciente sobre lo anterior publicado por razones obvias, realizando unas aportaciones o conclusiones finales, fruto de aquéllos y de mi propia experiencia profesional.

Las conclusiones alcanzadas han intentado acomodarse a los actuales modelos de familia en la sociedad española, que es plural y con hijos dependientes hasta los treinta y tantos, muchas veces en situación de desempleo o empleo precario y con acceso cada vez más limitado a la vivienda, y de equiparación real (hombre-mujer) respecto de hijos menores dependientes, violencia doméstica y de género, desamparo, reparto de tareas familiares,

---

<sup>10</sup> DF 3ª de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 23 de julio 2015).

etc. Esta variada situación se enfrenta a la profusa y, a veces, contradictoria legislación emanada a nivel nacional y autonómico.

Si bien la GCC era una modalidad posible antes y después de las reformas del Derecho de familia operada en los años 1981 y posteriores, la realidad de la práctica judicial pone de relieve las dificultades con las que han venido encontrándose jueces y tribunales para decretarla. Pese a ello, con el paso de los años, el reparto en los tiempos de estancia de los progenitores con los hijos y la alternancia en las facultades y deberes derivados del ejercicio de la patria potestad ha sido progresivamente cada vez mayor, lo que unido a los progresivos cambios legislativos fruto de las demandas sociales, han convertido a la GCC en un modelo frecuente y no excepcional.

La GCC, en nuestra práctica procesal, ha llegado a ser calificada por sectores jurisprudenciales como “*alegal*”, pasando por destacarse su excepcionalidad<sup>11</sup>, para luego ser el modelo promovido por el art. 92.8 del C.c. tras la Ley 15/2005, hasta alcanzar una progresiva normalización, como se refleja en el Anteproyecto de Ley del Gobierno sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio<sup>12</sup>.

Expuesta, sucintamente, la evolución así como la tendencia actual, el problema fundamental viene (sigue) determinado por el concepto jurídico indeterminado “*favor filii*”, que no debe ser perjudicado por la inestabilidad parental que puede conllevar la puesta en práctica de la GCC, como tampoco son ajenas al proceso las circunstancias personales y laborales de ambos progenitores que, sin duda, condicionan la efectividad de dicha medida. Son, por tanto, una vez más, las particularidades de cada caso (de ahí que se trate de una cláusula abierta, sin que pueda ser aplicada con automaticidad) las que determinen la solución más adecuada para el menor en concreto, prescindiéndose, definitivamente, de criterios tipo, ajenos a la realidad de cada modelo de familia. Desde ya, destaco que la normalización del modelo GCC no puede ni debe conllevar la equiparación cuantitativa con la guarda individual, sino, sencillamente, su normalización.

Acerca de ello, se pronuncia la **STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 8 de octubre de 2009**, en su **FD 5º**<sup>13</sup>, la cual afirma literalmente: “*es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que*

---

<sup>11</sup> La STS de 22 de julio de 2011 (RJ 2011, 5676) interpreta el significado del término “excepcional” en los siguientes términos: “*La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el artículo 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla ‘fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor’. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la ‘excepcionalidad’, a que se refiere el artículo 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla*”.

<sup>12</sup> El Informe del CGPJ, aprobado en reunión de 16 de septiembre de 2013 sobre el ALECP, ya criticó su denominación por las materias objeto de tratamiento (folio 6): “*Teniendo en cuenta la extensión de objetiva del Anteproyecto, su título ofrece una información inexacta sobre su contenido y, por ello, se estima conveniente su sustitución por una denominación más acorde con su objeto, a fin de dotarle de mayor precisión*”.

<sup>13</sup> RJ 2009, 4606.

*deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican.*

*Los sistemas de guarda compartida vigentes en Derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los arts. 76.1 b y 139 del Codi de Família de Catalunya)).*

*A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.*

*La sentencia recurrida hace alusión a una lista de criterios que la propia Sala había utilizado en una sentencia anterior, pero que no usó en la sentencia recurrida para revocar la de 1ª Instancia que sí acordó la guarda y custodia compartida. Por tanto, al no basar la argumentación en ningún criterio fiable, ni los propios, ni los que a título de ejemplo se han especificado en el párrafo anterior, debe concluirse que falta motivación, por lo que procede la anulación de la sentencia”.*

En este sentido, el legislador español, siguiendo la jurisprudencia más reciente, se decanta por:

1º.- establecer criterios o pautas que permitan al Juez determinar, en cada caso concreto, qué circunstancias han de valorarse o deben ser tenidas en cuenta para justificar la solución adoptada en interés del menor, conforme al contenido del ALECP (EM folio 9),

así como el plan de corresponsabilidad parental conforme a la nueva redacción del art. 90 C.c. y propuesta del ALECP.

2º.- contemplar la posibilidad, en el ALECP (EM folio 19), de establecer la guarda conjunta aun en supuestos en que existan discrepancias entre los progenitores, las cuales, sin embargo, no impiden tomar la decisión sobre la guarda conjunta, ni siquiera cuando ninguno de los progenitores hubiera interesado el ejercicio compartido de la custodia compartida, conforme a la nueva redacción del art. 92 bis C.c. propuesta en el citado Anteproyecto. Al respecto, (y por la novedad que supone) el informe del CGPJ al ALECP, ya criticó dicha última posibilidad (folios 14 y 15), “... pues el hecho de que ninguno de los progenitores interese el ejercicio compartido de la guarda y custodia deja entrever la falta de credibilidad de aquéllos, respecto de un modelo que exige un alto grado de cooperación para que resulte exitoso, toda vez que las decisiones relativas al cuidado de los menores y las pautas educativas a seguir necesariamente deberán ser consensuadas, so riesgo, en caso contrario, de revertir negativamente en el interés del menor”.

## **CAPÍTULO II**

### **CONCEPTO, TERMINOLOGÍA Y TIPOS DE GUARDA Y CUSTODIA**

#### **2.1.- CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA**

- 2.1.1.- Distinción entre patria potestad y guarda y custodia
- 2.1.2.- Inexistencia de un concepto legal de guarda y custodia
- 2.1.3.- El derecho-función de guarda

#### **2.2.- LA EVOLUCIÓN EN MATERIA DE GUARDA: LAS CUATRO GRANDES ETAPAS**

#### **2.3.- LA CONFUSA TERMINOLOGÍA LEGAL RELATIVA A LA GUARDA DE LOS HIJOS**

#### **2.4.- LAS CUATRO POSIBLES MODALIDADES DE GUARDA CON CABIDA EN EL CÓDIGO CIVIL**

- 2.4.1.- La guarda y custodia individual
- 2.4.2.- La guarda y custodia distributiva
- 2.4.3.- La guarda conjunta
  - 2.4.3.1.- Sub-modelos
  - 2.4.3.2.- Críticas al legislador de 2005
- 2.4.4.- La guarda atribuida a un tercero no progenitor

#### **2.5.- CONCLUSIONES**



## 2.1.- CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA

### 2.1.1.- Distinción entre patria potestad y guarda y custodia

Centrándose el presente Capítulo en el concepto, terminología y modalidades de guarda, debemos comenzar por señalar que nuestro C.c. regula separadamente la patria potestad (en el Título VII, arts. 154 y ss.) y la GC (en el Título IV, art. 92 C.c.).

Dado que en el Capítulo siguiente se aborda un detenido estudio de la patria potestad, pasamos a ocuparnos aquí de la GC, debiendo precisarse que la distinción de ambas figuras o su contenido separado no se aprecia en las situaciones de normalidad familiar o convivencia, al participar ambos progenitores<sup>14</sup>, de común acuerdo, en las decisiones que conciernen al hijo y que, sin embargo, sí emergen como figuras independientes en las situaciones de ruptura matrimonial o de la pareja, al desgajarse la GC de la patria potestad.

La GC del hijo menor no emancipado<sup>15</sup> no está definida legalmente. Es una figura ligada a la convivencia pero que va más allá de ésta<sup>16</sup>, constituyendo contenido indispensable en el convenio regulador, conforme a lo dispuesto por el art. 90.A) del C.c.: *“el convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: A) el cuidado de los hijos sujetos a patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no conviva habitualmente con ellos...”*.

Y, en concordancia con lo anterior, el art. 103 del C.c., en sede de medidas provisionales, dispone: *“admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 1ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges los sujetos a patria potestad y tomar las*

---

<sup>14</sup> Al referirme a “progenitores”, aludiré tanto a los heterosexuales como a los homosexuales, ya que tanto hombres como mujeres se pueden convertir en progenitores a través de la adopción, de la maternidad subrogada o de la inseminación artificial.

<sup>15</sup> Vid. SAP de Málaga (Sección 6ª) de 27 de marzo de 2014 (JUR 2014, 281718), FD 4º: *“ha de recordarse que la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos (artículo 315 CC), momento en que se produce la emancipación del hijo (artículo 314 CC) y la extinción de la patria potestad (artículo 169 CC), y dentro de ésta, el derecho de los padres a la guarda y tutela de los hijos. Esto hace, por una parte, que resulte inexplicable que en esta alzada se continúe interesando por el recurrente que se acuerde la guarda y custodia compartida de la hija Eva María, que alcanzó la mayoría de edad el NUM001 de 2012 (con anterioridad al dictado de la sentencia recurrida) y, por otra, que resulte errónea la conclusión del recurrente de que dicha sentencia estima en parte las pretensiones de la demanda porque deja sin efecto las medidas adoptadas en la anterior sentencia de divorcio sobre la guarda y custodia y régimen de visitas de los hijos, toda vez que, como la propia sentencia así razona, dichas medidas quedan sin efecto ope legis en el momento que los hijos cumplen los dieciocho años, siendo para ello innecesario un pronunciamiento judicial, de ahí que sea correcta la imposición de las costas causadas en la primera instancia al demandante al resultar de aplicación el artículo 394.1 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), según el cual las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, lo que así ha ocurrido respecto de las del demandante de reducir o extinguir las pensiones alimenticias fijadas con anterioridad a favor de los hijos, sin que concurra la única excepción que el mismo precepto establece a dicha norma general consistente en la existencia de graves dudas de hecho o de derecho”*.

<sup>16</sup> La GC está ligada a la convivencia, dada la necesaria inmediatez para su ejercicio al requerir la presencia física del progenitor con el hijo, entendiéndose, mayoritariamente, como asistencia al menor en su vida cotidiana, como más adelante expongo.

*disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia 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... ”.*

Ambos preceptos, redactados conforme a la Ley 15/2005, de 8 de julio, configuran la GC como un derecho-deber personalísimo del progenitor al servicio del hijo, de tal forma que uno de ellos ostenta la GC y el otro el derecho-deber de comunicación, visitas y estancias con el menor los días que le sean asignados, configurándose, así, dos conceptos temporales de la función “tener al menor en su compañía”, a las que se suman las propias o inherentes a la GC como velar por el menor, alimentarlo o dotarle de una formación integral (art. 154 del C.c.)<sup>17</sup>, las cuales siguen compartiendo ambos progenitores<sup>18</sup>.

### **2.1.2.- Inexistencia de un concepto legal de guarda y custodia**

Efectivamente, como ya he apuntado, carecemos de un concepto legal de GC.

El Informe del Consejo Fiscal al ALECP<sup>19</sup>, tras subrayar la inexistencia de un concepto legal de guarda y custodia, afirma que *“el TS la ha identificado con la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía (vid. STS 19 de octubre de 1983)”*.

En esta línea, nuestros tribunales la definen como el quehacer diario ligado a la convivencia, pues, difícilmente, podrá compartirse por quienes ya no viven juntos, como subraya la **Sentencia de la Audiencia Provincial** (en adelante, SAP) **de Valencia (Sección 10ª) de 15 de enero de 2007, FD 2º**<sup>20</sup>.

Otra definición de la GC (o, más bien, descripción pormenorizada de su contenido) es la ofrecida por Mercedes Caso Señal<sup>21</sup>, quien enumera las funciones o los deberes contenidos en la guarda y custodia en el contexto de ese quehacer cotidiano o doméstico definido por la jurisprudencia cuando los padres viven separados, en actuaciones concretas, desde la más elementales a las más complejas, tales como: *“proveer al hijo de una alimentación adecuada y saludable; garantizar su descanso; velar por su salud ante*

---

<sup>17</sup> Fabiola Lathrop Gómez (Profesora de Derecho Civil) en *Custodia compartida de los hijos*. Editorial La Ley. 2008. Páginas 58 y 59, distingue, en la GC, aquellas funciones de carácter personal y diarias propias de tener la compañía del menor de otras funciones como velar por el menor, procurarles alimentos, educación, formación integral, que también forman parte la GC, ya que ésta no se agota o es solamente cohabitación, como entendería un concepto restringido de la figura, sino que abarca otras funciones como las reseñadas.

<sup>18</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 11 de febrero de 2014 (JUR 2014, 60368), FD 4º, reproducida en el texto más adelante.

<sup>19</sup>[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/INFORME\\_CF\\_CUSTODIA\\_COMPARTIDA\\_DEFINITIVO.pdf?idFile=1907c598-d5c0-4480-b6f0-10ccbe0497d1](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_CF_CUSTODIA_COMPARTIDA_DEFINITIVO.pdf?idFile=1907c598-d5c0-4480-b6f0-10ccbe0497d1) (folio 4).

<sup>20</sup> JUR 2007, 235243.

<sup>21</sup> Mercedes Caso Señal (Magistrada) en el Memento Expertos *Crisis Matrimoniales*. Editorial Francis Lefebvre. 2012. Página 93.

*las enfermedades y dolencias de toda índole; acompañarle hacia sus obligaciones académicas escolares y extraescolares; participar en sus tareas; establecer normas y pautas de comportamiento –en la mesa, en la relación con terceros, en la relación con el medio ambiente, respecto a las nuevas tecnologías, respecto a su espiritualidad,....- y atenderle emocionalmente –en sus preocupaciones, frustraciones, pérdidas de control, expectativas vitales, etc. (AP Girona 10-6-11)”.*

Para Zarraluqui<sup>22</sup>, la GC, en contraposición a la patria potestad, queda definida como “*todo lo que integra el cuidado diario de los hijos*”.

En opinión de dicho autor<sup>23</sup>, “*como la Ley no ha hecho, ni siquiera de forma ligera, una concreción de qué facultades de las que se integran la patria potestad están comprendidas en el cuidado y la educación o en la guarda y custodia, y cuáles permanecen en la patria potestad, la primera cuestión a despejar es ésta*”.

Y afirma: “*la custodia queda ligada fundamentalmente a la convivencia y, en consecuencia a las decisiones diarias sobre la salud, la educación y la disciplina y el orden común y diario de la vida*”, pasando a enumerar funciones de la GC (a las que denomina “*de perfil ligero*”), en contraposición a las comprendidas en la patria potestad: “*no obstante, aquellas decisiones o prácticas de perfil ligero, como la toma de un analgésico o la cura de un arañazo, la dedicación a las tareas colegiales, el horario a respetar, la higiene diaria, la elección de alimentos o del reposo, o la del vestido o calzado, el entrenamiento en la casa o fuera de ella, la asistencia a celebraciones o actos sociales, etc. se integran en las funciones que se trasladan a la custodia*”<sup>24</sup>.

### **2.1.3.- El derecho-función de guarda**

Expuesto cuanto antecede, podemos definir la guarda y custodia como un conjunto de funciones o actuaciones que el progenitor debe realizar-prestar en favor de su hijo, como amalgama extensa de funciones al servicio del menor, y que conlleva encomendarle a uno de manera individual o a ambos de manera conjunta en los supuestos de GCC, la convivencia con el menor y las tareas o funciones que dicha cohabitación comporta.

Estas funciones perviven tras el cese de la convivencia cualquiera que sea la filiación del menor, y no podrán llevarse a efecto de forma compartida o simultánea por ambos progenitores<sup>25</sup> a causa de su separación física, siendo estos derechos y deberes (o

---

<sup>22</sup> Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga (Abogado) en *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Bosch. 2013. Página 587.

<sup>23</sup> Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Bosch. 2013. Página 531.

<sup>24</sup> Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Bosch. 2013. Página 587.

<sup>25</sup> Excepto en supuestos del cese de convivencia y división de vivienda de varias plantas o estancias y atribución de GCC de los hijos. Cuando la separación física se produce entre el menor y el progenitor, necesariamente, han de ser rotatorios o sucesivos los tiempos de la convivencia en diferentes espacios físicos.

“derecho-función”, como ha sido definido por la doctrina y la jurisprudencia) una prestación que debe seguir proporcionándose con el objetivo de completar todas las necesidades del menor (las cuales son de diversa índole: afectivas, emocionales, educativas, morales, asistenciales, etc.), de tal manera que el cese de la vida en común no puede conllevar el fin de estos “*servicios a favor del menor*” y de la relación entre el progenitor y el menor.

Así las cosas, como consecuencia del desdoblamiento o fragmentación de la patria potestad<sup>26</sup> por el cese de la vida en común de los progenitores, se entiende<sup>27</sup> que un progenitor ostentará la función o el derecho a “*tenerlo en su compañía*”<sup>28</sup> de forma continuada, mientras que el no guardador ostentará tal derecho-deber ciertos días, como también tienen o pueden tener otros parientes del menor, según contempla el art. 160 C.c.

Los progenitores siguen compartiendo, al 50%, el resto de los derechos-deberes que venían ejerciendo durante la convivencia, ya que la atribución de la guarda del menor a uno no otorga más derechos de los que tenga el que “sólo” ejerce las estancias o visitas, perviviendo, de este modo, la obligación de velar por el menor, la cual existe independientemente del ejercicio y aun de la titularidad de la patria potestad (arts. 110 y 111 C.c.) y que se concreta en el deber de vigilancia y control de las actuaciones del otro progenitor guardador como preocupación permanente por el menor, así como de procurarle alimentos, solicitando, en su caso, las medidas judiciales oportunas (arts. 103.1, 156.5, 158, 160.3, 163.3 y 167 C.c.)<sup>29</sup>. Se trata de derechos-deberes de corresponsabilidad<sup>30</sup> que siguen vigentes y deben ser ejercidos de forma compartida aunque la estancia del menor no sea al 50% de su tiempo con cada progenitor, en función de la modalidad de guarda establecida.

---

<sup>26</sup> Para Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Bosch. 2013. Página 587, a las facultades que restan a la patria potestad tras el desdoblamiento entre ésta y la GC las denomina “patria potestad residual”.

<sup>27</sup> Más adelante analizo los diferentes tipos o modelos de guarda, si bien, en la práctica, se parte del modelo de guarda materna, en atención a la redacción histórica del C.c. en esta materia, en sintonía con la realidad social y los datos estadísticos, como podrá comprobarse.

<sup>28</sup> Antonio Javier Pérez Martín considera que “*siguen inalterables todas las funciones a excepción de una de ellas, la de tener a los hijos en su compañía*”, en *Estudio y repercusión práctica de las distintas leyes de custodia compartida*, Ponencia en el Encuentro con la Abogacía especializada en Derecho de Familia, organizado por CGPJ en Madrid, 3 al 5 de octubre de 2011.

<sup>29</sup> AAVV. (Encarnación Roca I Trías, coord.): “*Derecho de Familia*”. Tirant Lo Blanch. 1997 (3ª Edición). Página 152: “*en todo caso, el cónyuge a quien no corresponda la guarda de los hijos sigue obligado a velar por ellos y tiene derecho a comunicar con los mismos y tenerlos en su compañía. El deber de velar por los hijos existe con independencia del ejercicio y aun de la titularidad de la patria potestad (arts. 110 y 111 CC.) y se concreta en el deber de vigilancia y control de las actuaciones del otro progenitor, y aun de otros familiares y allegados (artículo 160.2 C.C.) en relación con el hijo, solicitando, en su caso, las medidas judiciales oportunas (arts. 156.5, 158, 160.3, 163-3 y 167 C.C.). También el derecho a relacionarse con los hijos resulta independientemente del ejercicio de la patria potestad y no puede impedirse, sin justa causa, ni siquiera a otros parientes o allegados (artículo 160.1 y 2 del C.C.)*”.

<sup>30</sup> La acepción “corresponsabilidad parental”, fue empleada, por primera vez, a nivel nacional en la EM de la Ley 15/2005.

En este sentido, considero muy ilustrativa la **SAP de Madrid (Sección 22ª) de 11 de febrero de 2014, FD 4<sup>o31</sup>**: “*conviene precisar con carácter previo al examen de la problemática planteada a la Sala, que tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad que consiste en ‘tener a los hijos en su compañía’ (art. 154 CC, se desdobra en dos nuevas: la atribución de la custodia a un progenitor, y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro. Por tanto, los términos ‘guarda y custodia’ y ‘régimen de visitas y estancias’ no son sino dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía.*”

*De ello se desprende, según reciente jurisprudencia:*

*a) La convivencia de los hijos con los padres siempre es compartida, aunque no necesariamente al 50%.*

*b) En principio, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, después de la separación o el divorcio las funciones de velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes siguen siendo compartidas entre ambos.*

*c) El reparto del tiempo de convivencia que se hace tras una separación o divorcio no implica una separación o castigo para uno de los padres, las causas que provocaron la ruptura no deben mezclarse con el reparto del tiempo de convivencia, puesto que la legislación matrimonial española opta por el sistema de separación remedio.*

*El derecho de visitas, regulado en el artículo 94 en concordancia con el art. 161 del Código Civil, no es un propio derecho sino un complejo derecho-deber o derecho-función que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales, y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio procurando que a los niños no les afecte gravemente la separación.*

*Se trata de propiciar que el progenitor saliente del entorno familiar mantenga la comunicación y compañía con los hijos menores y que la relación sea lo más enriquecedora posible.*

*Nos encontramos en una materia en la que es criterio primordial el del ‘favor filii’ contenido en los artículos 92, 93 y 94 del Código Civil, que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, 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 en el futuro régimen de visitas del menor con su padre, que le permita ver constantemente a su padre y a su madre, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno sólo de los progenitores de la guarda y custodia.*

*De esta forma, el menor puede disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura matrimonial.*

*Dar prevalencia al interés del hijo, no es otra cosa que la completa comunicación con el padre, por encima de otros derechos que se ven relegados parcialmente. En ningún caso el derecho de visitas puede ser una excusa a través de la cual se proyecten las tensiones,*

---

<sup>31</sup> JUR 2014, 60368.

*enemistades y discrepancias entre los padres, puesto que su fin no es otro que facilitar de manera real y posible los contactos entre el progenitor no custodio y sus hijos”.*

## **2.2.- LA EVOLUCIÓN EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA: LAS CUATRO GRANDES ETAPAS**

Tras esta primera aproximación a la GC, debo, inexcusablemente, recurrir a su regulación histórica y a su progresiva transformación con el fin de comprender cómo el contexto social ha hecho evolucionar su concepto, su contenido, su marco legal<sup>32</sup> e, incluso, su denominación.

El ALECP, en su EM<sup>33</sup>, distingue cuatro grandes etapas en materia de guarda y custodia: una primera, antes de las reformas de 1981; otra segunda, posterior a la misma; la tercera, la vigente, y una cuarta, que es la pretendida con la citada propuesta:

*“La primera, anterior a las reformas de 1981, suponía para los supuestos de nulidad o separación (únicos legalmente posibles) que la obtención o pérdida de la guarda y custodia era un premio o castigo, según su inocencia o culpabilidad.*

*La segunda, derivada de las Leyes de 1981, que partían de un sistema de divorcio basado en una única causa, el cese efectivo de la convivencia conyugal, unido al transcurso de unos plazos; y de la definición de la patria potestad conjunta, ejercitada por ambos cónyuges”.*

Más adelante<sup>34</sup> indica: *“la tercera etapa es la vigente. Vino precedida por las Leyes citadas en el apartado I de esta Exposición y especialmente por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, que afectó a aquellos preceptos que subsistían y cuyo contenido era contrario a la plena efectividad del principio de igualdad entre las personas de distinto sexo”.*

Y continúa<sup>35</sup>: *“la doctrina más común y la jurisprudencia han venido limitando los supuestos de guarda y custodia compartida a los acordados por las partes con homologación judicial y al supuesto excepcional del artículo 92.8º del Código Civil. Sin embargo, a partir de la STS de 8 de octubre de 2009, se ha venido consolidando la jurisprudencia que defiende una interpretación extensiva de esta excepcionalidad y que fija los presupuestos que deben ser exigidos para la adopción del régimen de custodia*

---

<sup>32</sup> Tanto antes como después de la CE, han sido numerosas las regulaciones en la materia al tratar la institución matrimonial y la separación o divorcio, con la necesaria referencia a cargo de cuál de los progenitores quedan los hijos, al tratarse de un pilar básico en cualquier sociedad: Ley del Matrimonio Civil de 1870; redacción inicial del CC de 1889; Ley Republicana del Divorcio de 1932; Ley de 24 de abril de 1958; Ley 30/1981, de 7 de julio; Ley 11/1990, de 15 de octubre y Ley 15/2005, de 8 de julio.

<sup>33</sup> Folio 3.

<sup>34</sup> Folio 4.

<sup>35</sup> Folio 5.

*compartida, con referencias a algunos ejemplos del Derecho europeo y de las Comunidades de Aragón y Valencia.*

*La cuarta etapa es la que se pretende con esta reforma, en respuesta a determinadas disfunciones que el régimen vigente está provocando en la práctica y que han tenido notorio alcance social”.*

Atendiendo a este aspecto histórico, es de resaltar la Ley 15/2005, norma que deroga el modelo de divorcio hasta entonces vigente desde la Ley 30/1981 e introduce novedades muy importantes en el C.c. y en la LEC-2000, tanto a nivel sustantivo como procedimental, permitiendo la solicitud del divorcio a los tres meses de la celebración del matrimonio y sin tener que acordar previamente la separación, eliminándose la alegación de una causa de la ruptura matrimonial y, especialmente, por cuanto se refiere a la materia objeto de estudio, introduciendo, expresamente, en el art. 92, apartados 5º y 8º del C.c. la modalidad de GCC.

Con la cuarta etapa, el ALECP pretende dar respuesta, como en el mismo texto así se reconoce, a determinadas disfunciones que el vigente régimen de GCC presenta en la práctica. Si bien ha de señalarse que no se indican en la EM del ALECP cuáles son tales disfunciones, se entiende que algunas de ellas ya han sido resueltas por la interpretación que el TS ha realizado de la redacción inicial del art. 92.8 del C.c., que regula la modalidad de GCC disensual y que se centran, fundamentalmente, en la excepcionalidad de la GCC y la necesidad del informe (favorable) del Ministerio Fiscal, el cual, hasta hace bien poco, era requisito necesario<sup>36</sup>.

De una detenida lectura de la propuesta legislativa puede extraerse que la pretendida reforma del C.c. quiere dar respuesta a la demanda social<sup>37</sup>, y resolver, al mismo tiempo, la disparidad de criterios entre las diferentes CCAA que han regulado la GCC, regulaciones autonómicas que serán objeto de detallado análisis en el Capítulo correspondiente del presente trabajo. Recuérdese que, a día de hoy, el texto proyectado aún no ha sido aprobado y, por tanto, no es Derecho vigente.

En la breve evolución histórica de la guarda y custodia apenas reseñada con ayuda de la EM del ALECP, destaco el uso en el C.c. del término “*cuidado*” antes y después de las

---

<sup>36</sup> En este sentido, en el Preámbulo, apartado II *in fine*, de la Ley de igualdad en relaciones familiares ante ruptura de convivencia de padres de Aragón (en adelante, LAIRF), Ley 2/2010, de 26 mayo, sí se destacan, ante el creciente número de rupturas de convivencia familiar, varias disfunciones de la normativa: “*los supuestos de ruptura de la convivencia familiar han crecido notablemente en la última década, siendo uno de los asuntos más delicados a resolver el de la guarda y custodia de los hijos comunes. Esta cuestión se encuentra actualmente regulada por el artículo 92 del Código Civil español, reformado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que en defecto de acuerdo entre los padres configura la guarda y custodia compartida como excepcional, siendo necesario recabar asimismo informe favorable del Ministerio Fiscal. La aplicación de este precepto ha supuesto en la práctica el otorgamiento de la custodia individual de forma generalizada a la mujer. Sin embargo, la evolución de la sociedad exige dotar de una nueva regulación al régimen de guarda y custodia que favorezca el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores*”.

<sup>37</sup> En cuanto a la demanda social de GCC, resulta muy ilustrativa la profusa relación de entidades públicas y privadas que han sido oídas, según el Dictamen del Consejo de Estado al ALECP en su Antecedente 2º (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438>).

reformas legislativas del año 1981<sup>38</sup>, juntos a otros que, hoy día, podemos considerar adecuados y de empleo generalizado en la terminología forense: “padres guardadores”, “cuidador/es”, “custodia”, “guarda y custodia”, “guarda individual”, “guarda conjunta”, “custodia compartida”, etc. Me limito ahora a hacer un mero apunte, pues al análisis de esta terminología dedicaré el apartado siguiente.

Basta leer las distintas redacciones de los preceptos que han venido regulando esta materia (arts. 70<sup>39</sup>, 73<sup>40</sup> y 159<sup>41</sup> del C.c.) para comprender cómo ha evolucionado la GC, desde una postura inicial de “privilegio materno”, basado en la teoría de la mayor y mejor

---

<sup>38</sup> En concreto, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del C.c. en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y la Ley 30/1981, de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el C.c. y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

<sup>39</sup> Según el art. 70 C.c. vigente desde el 14 de agosto de 1889 hasta el 15 de mayo de 1958: “los hijos e hijas menores de tres años estarán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre a no ser que, por motivos especiales, dispusiere otra cosa la sentencia”.

Redacción de este precepto desde el 16 de mayo de 1958 hasta el 9 de agosto de 1981: “los hijos mayores de siete años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe.

*Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos.*

*Si la mala fe fuere de ambos el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo 73.*

*Los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre”.*

<sup>40</sup> El tenor literal del art. 73 C.c. en vigor desde el 14 de agosto de 1889 hasta el 25 de mayo de 1975 era el siguiente: “la sentencia de divorcio producirá los siguientes efectos:

*1º La separación de los cónyuges.*

*2º Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.*

*Si ambos fueren culpables, se proveerá de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de tres años.*

*A la muerte del cónyuge inocente, volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen al divorcio hubiese sido el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves. Si fue distinta, se nombrará tutor a los hijos. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos”.*

La redacción del citado precepto desde el 26 de mayo de 1975 hasta el 9 de agosto de 1981 era: “La ejecutoria de separación producirá los siguientes efectos:

*1º La separación de los cónyuges.*

*2º Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.*

*Si ambos fueren culpables, el Juez, discrecionalmente, podrá proveer de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de siete años.*

*A la muerte del cónyuge inocente, volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos. En otro caso se les proveerá de tutor. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos”.*

<sup>41</sup> La redacción del art. 159 C.c. vigente desde el 9 de junio de 1981 hasta el 7 de noviembre de 1990 era: “Designación por el juez de la guardia de los hijos

*Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo”.*



estabilidad del menor en manos del cuidador primario: la madre, hasta su configuración actual.

La identificación de la mujer como “*la mejor guardadora y cuidadora natural de la prole*”, frente a la peor posición y peores condiciones naturales del padre, que hacían desaconsejable a la sociedad, representada en sus jueces, de otorgarle la GC, vulnerando el vigente principio de igualdad del art. 14 CE, propugnó la modificación operada por la Ley 11/1990 cuando, en base al principio de no discriminación, se modifica el art. 159 del C.c.

Al respecto, resulta de interés la **STC (Sala Primera) de 14 de julio de 2003, FD 2º**<sup>42</sup>, que analiza la regulación introducida por la Ley 11/1990, haciendo desaparecer del art. 159 C.c. cualquier preferencia que, por razón de la edad de los hijos, pudiera corresponder a la madre: “*es pertinente recordar que, precisamente como consecuencia de dicha reforma legal, nuestro ATC 438/1990, de 18 de diciembre, declaró extinguida por desaparición sobrevenida de su objeto la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 159 CC en su redacción anterior por posible discriminación contraria al art. 14 CE. En el ATC 438/1990, F. 1, se razonó que «con la modificación operada por la Ley 11/1990, el legislador ha eliminado de la redacción del citado precepto aquello que el Juzgado consideró posiblemente inconstitucional, la preferencia en favor de la madre del cuidado de los hijos e hijas menores de siete años en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo entre los mismos, preferencia que ha sido suprimida en la nueva redacción que establece la Ley 11/1990, dictada, según su Preámbulo, con el fin de “eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad”, consagrado en el art. 14 de la norma fundamental»; razonamiento en el que se insiste en el ATC 203/1991, de 1 de julio, F. 3, al reiterar que el sentido introducido por la reforma operada por la Ley 11/1990 fue el de «eliminar todo atisbo de discriminación –que se podría materializar al atribuir a la madre la custodia hasta determinada edad– dejando al Juez que actúe en orden a decidir el cuidado y la guarda de los hijos con libertad de criterio y plena independencia, pero con sujeción al principio rector que es el derecho preferente del niño”.*

Por un lado, el legislador eliminó de la redacción del citado precepto aquello que consideró inconstitucional, la preferencia en favor de la madre<sup>43</sup> (y, con ello, cualquier atisbo de discriminación) en relación al cuidado de los hijos e hijas menores de siete años en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo entre los mismos, preferencia contraria a la igualdad hombre-mujer.

---

<sup>42</sup> RTC 2003, 144.

<sup>43</sup> STS de 22 de mayo de 1999 (Id Cendoj: 28079110011999102172), FD 3º: “*ciertamente los preceptos constitucionales, especialmente, el artículo 14, consagra el principio contrario a cualquier discriminación por razón de sexo, entre otras, el cual, parece haber sido acogido en el artículo 159 del Código Civil respecto a la decisión judicial de a qué progenitor se le encomendará el cuidado de los hijos menores de edad, estableciendo como única cortapisa a la decisión la relativa ‘al beneficio de los hijos’, siendo incuestionable que el Juzgador conserva una libertad de criterio a tal fin, con lo que el control en casación de una decisión de semejante naturaleza es difícil de entender, a no ser que el resultado de la prueba practicada viniera a aconsejar lo contrario a lo resuelto por el Juez”.*

Por otro lado, pasó a identificar la guarda y custodia como servicio conjunto que han de prestar los padres a los hijos así como la obligación (en igualdad) de velar por ellos y tenerlos en su compañía, y la constatación expresa de que la ley no establece preferencia a favor de ninguno de los progenitores en orden a atribuirle la guarda y custodia de los hijos menores, al gozar ambos de la misma capacidad y aptitud natural para asumir la guarda de éstos. Asimismo, en defecto de acuerdo de los padres, se prevé la decisión judicial como última solución, la cual trata de remediar la situación provocada por la falta de dicho consenso, estableciendo aquellas medidas (de mínimos) que exige la nueva situación derivada de la terminación de la vida en común de los progenitores, siempre en beneficio de los menores y procurando su protección integral conforme al contenido reiterado por la jurisprudencia desde la **STS (Sala de lo Civil) de 2 de mayo de 1983**, en su **CONSIDERANDO 2<sup>o</sup>**<sup>44</sup>, la cual, junto a otras, vino a marcar un “rumbo” en la legislación y jurisprudencia en relación a la pérdida de la patria potestad de la mujer por causa (adulterio vehemente y vida ignominiosa) entendida como peligro a la formación moral de sus hijos de dos y cinco años, conforme a la redacción de los arts. 68 y 73 del C.c. En el supuesto de hecho enjuiciado por la sentencia se analiza, en materia de separación y divorcio, el concepto sociológico “*ejemplo corruptor de la madre*”. Esta conducta es calificada como reprobable por la Sala, desde el punto de vista social, pero sin alcanzar trascendencia suficiente para determinar la privación del derecho a las visitas.

Este principio (idea o filosofía, como se prefiera) de coparentalidad, en el sentido de reparto equitativo e igualitario ante el menor entre hombre y mujer (actualmente denominada como “igualdad de género parental”) en todos los ámbitos, incluido a nivel familiar, es introducido en nuestra regulación por la Ley 15/2005, como así se destaca en su EM: “*consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad*”<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> RJ 1983, 2619. En el mismo sentido, la STS de 19 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5333) Considerando 2<sup>o</sup>: “*que, contrariamente, habrá de prosperar el tercer motivo, formulado al amparo del núm. 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ. por «violación del art. 171 (hoy 170) del C. Civ.»*, y en el que se denuncia la falta de concurrencia de circunstancias suficientes para acordar la suspensión de la guarda y custodia por parte de la madre demandada, ya que si bien es cierto que la apreciación de la concurrencia de los ejemplos corruptores en la madre es potestativo del Tribunal Sentenciador, ello no excluye, en modo alguno, su posibilidad de revisión casacional, en cuantos supuestos haya ido aquél más lejos de lo razonable, y es lo cierto que aun cuando la legislación actualmente vigente en materia de separación y divorcio no resulte aplicable al caso que nos ocupa, por haberse planteado la litis en tiempo inmediatamente anterior, una interpretación sociológica de la norma entonces vigente a la que nos llevará al mandato del art. 3.º del C. Civ., nos impedirá reputar ejemplo corruptor, con virtualidad suficiente para provocar de manera necesaria una medida de tanta trascendencia como es la privación del derecho a la guarda y tutela por parte de la madre de una hija menor, la convivencia de aquélla en estado de soltería, con un hombre casado y separado de su esposa, conducta ésta que, aun reprobable desde el punto de vista social, no alcanza, a falta de otras circunstancias específicamente corruptoras que no se ha acreditado que existan en el presente caso, trascendencia ética suficiente para determinar una mutación en el derecho a la guarda, derecho éste primordialmente orientado en favor de la menor, y que, en el supuesto de su variación podría, tal vez, actuar de manera negativa sobre la actual situación de la menor hija de los litigantes; razones todas ellas por la que procede estimar violado el citado art. 170 del C. Civ., y, en su consecuencia, debe procederse a la casación de la resolución recurrida”.

<sup>45</sup> Es preciso destacar, que, con posterioridad, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su art. 14.8 establece que, “*los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos: “8. El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del*

La norma suprime las causas de separación y divorcio e introduce el principio de corresponsabilidad, reconociendo a los progenitores autonomía y libertad en su toma de decisiones (“*los padres deberán decidir*”) pero sometidos al principio superior e informador de las decisiones paternas, “*en beneficio del menor*”, ya que el sistema de protección a la infancia está vigilante y presente en el proceso familiar (a través del MF<sup>46</sup> como parte procesal y del Juez como dirección del proceso con intervención probatoria<sup>47</sup>), de tal modo que no podrá adoptarse ninguna medida o decisión contraria a dicho ISM.

De este modo, se superan, en plena igualdad, los ámbitos que históricamente habían sido exclusivos de uno u otro, y “ahora” ambos deben asumir, de forma igualitaria y equitativa las cargas que supone la familia y, de manera conjunta, en cuanto a la toma de decisiones en beneficio del menor.

En resumen, y, terminando con la descripción de la breve evolución que de la GC realiza la EM del ALECP, dicho texto establece<sup>48</sup>: “*se desarrollaron temporalmente cuatro grandes debates: el de ‘los años tiernos’, con manifiesta preferencia por los cuidados de la madre; el mejor interés de los hijos; la custodia compartida; y finalmente, el dador de los cuidados básicos*”.

### **2.3.- LA CONFUSA TERMINOLOGÍA LEGAL RELATIVA A LA GUARDA DE LOS HIJOS**

Entrando ya en el contenido de la expresión de “*guarda y custodia*”, como tal, no se produce su incorporación o plasmación positiva en el C.c. hasta la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que, sin embargo, la emplea en unión de otras como “*guarda*”, “*custodia*”, “*guarda conjunta*”, “*cuidado de hijos*”.

Así, podemos encontrar en el C.c.: la palabra “*guarda*” en los arts. 22, 48, 75, 92 apartado 5º y 6º, 158, 172 a 174, 177, 215, 216, 229, 243, 303, 304, 306, 1459, 1811 y 1903; “*custodia*” en el art. 92, apartados 2º y 9º; “*guarda y custodia*” en los arts. 92, apartados 5º, 6º y 8º y 103.1 (así como en los arts. 748.4; 769.3 y 770.6 de la LEC-2000<sup>49</sup>), “*guarda conjunta*” en el art. 92, apartados 5º y 7º del C.c.; la expresión “*guarda y custodia*

---

*trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia*”.

Especial referencia se hará en el Capítulo de este trabajo dedicado a la competencia internacional al Reglamento 2201/2003 (art. 2) sobre la definición aportada a nivel europeo sobre la corresponsabilidad parental.

<sup>46</sup> Como ya hemos expuesto, representa la defensa de la legalidad y del interés público, garantizando la protección integral de los menores.

<sup>47</sup> En relación a las funciones tuitivas del Juez en el proceso de familia en favor del menor, *vid.* art. 752.1 *in fine* de la LEC-2000 sobre la iniciativa probatoria *ex officio* prácticamente ilimitada, que en esta materia está regulada en los arts. 770.4, 771.3, 774.2, 777.4 de la citada norma procesal.

<sup>48</sup> Folio 6.

<sup>49</sup> La LEC-2000 fue la primera norma en introducir la terminología de “*guarda y custodia*”, acuñada, luego, por el C.c. a través de la reforma de la Ley 15/2005, al dar nueva redacción al art. 92 del C.c.

*compartida*” en el art. 92, apartado 8º; la de “*cuidado de los hijos*” en el art. 90, apartado A); y “*al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad*” en el art. 159.

De lo expuesto se deduce, claramente, la extensa amalgama terminológica, así como la tendencia preferente (dada la reiteración) al uso de la palabra “*guarda*”.

Es a partir de la promulgación de la Ley 15/2005 cuando se pierde una primera oportunidad de definir y clarificar el confuso panorama terminológico, y, en su lugar, se aportan, sin proporcionar un concepto legal, las acepciones “*guarda y custodia*” y “*guarda conjunta o compartida*”.

El legislador del año 2005, como es sabido, incorpora el ejercicio compartido de la GC al art. 92 C.c., si bien, incluso antes de la citada reforma, aquélla ya constituía una figura jurídica posible pero “*alegal*”, ya que no se reconocía explícitamente la guarda y custodia conjunta o compartida pero tampoco resultaba prohibida, aunque la ausencia de regulación expresa de la citada modalidad de guarda de los hijos no la favorecía en la práctica jurisprudencial (cuestión ésta que será analizada más adelante), lo que, sin duda, condujo al legislador a su ulterior plasmación positiva.

La situación anterior y posterior a la reforma de la Ley 15/2005 de los arts. 90<sup>50</sup> y concordantes del C.c. deja (al igual que ahora) a la GC sin definición técnico-jurídica y con una profusión terminológica, a mi modo de ver, inadmisibles.

---

<sup>50</sup> El art. 90, en su redacción vigente desde el 10 de agosto de 1981 hasta el 22 de noviembre de 2003, presentaba el siguiente tenor literal: “*Contenido del convenio regulador*

*El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos a los siguientes extremos:*

A) *La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos”.*

La redacción del mentado precepto en vigor desde el 23 de noviembre de 2003 hasta el 9 de julio de 2005 era la siguiente: “*Contenido del convenio regulador*

*El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos a los siguientes extremos:*

A) *La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.*

B) *Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos”.*

Su tenor literal desde 10 de julio de 2005 a 22 de julio de 2015 es el que sigue: *Contenido del convenio regulador*

*El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:*

A) *El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.*

B) *Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos”.*

El ALECP, por su parte, intentando alejarse de los términos frecuentemente utilizados (“comunicación”, “visitas” y “estancias”)<sup>51</sup>, no erradica “visitas” pese a lo evidente de lo estigmatizado de la acepción al considerarse equivalente a “padre-visitador-pagador-proveedor”<sup>52</sup>, pero prescinde de él<sup>53</sup>, pretendiendo, en su lugar, fomentar otros como “estancias, comunicación y relación”, más adecuados con el espíritu normativo y social.

Con la inclusión de la modalidad de la GCC en el art. 92 del C.c. por obra de la Ley 15/2005 se pretende trasladar, a nuestro Ordenamiento jurídico, la regulación comunitaria en este aspecto, si bien se prescinde de una de las virtudes de las que goza la normativa europea, que sí define, con carácter previo<sup>54</sup>, aquellos términos o conceptos que van a ser, con posterioridad, objeto de regulación.

Así lo hace el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental<sup>55</sup> (en adelante, el Reglamento n° 2201/2003), en cuyo art. 2 podemos encontrar las definiciones de los distintos aspectos que la norma luego desarrolla:

---

<sup>51</sup> Roberto Llorente Pintos: “El régimen de visitas: la corta edad como impedimento para la pernocta”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 33, octubre-diciembre 2006, expone estas tres facetas o derechos del contacto entre el padre y el menor o su hijo.

<sup>52</sup> En este sentido, se pronuncia la SAP de Cantabria (Sección 2ª) de 16 de mayo de 2013 (JUR 2013, 353001), FD 2º: “...la igualdad de roles entre los titulares de la patria potestad exige que la figura paterna no pueda ni deba quedar involuntariamente relegada al simple papel de ‘proveedor’, pues se le negaría injustificadamente el derecho-deber de participación en las decisiones afectantes al proceso educativo y formativo de los hijos”.

<sup>53</sup> Así lo expone el Dictamen del Consejo de Estado, en Sesión celebrada el 24 de julio de 2014 al ALECP: “Los cambios introducidos por el Anteproyecto son los siguientes:

*Por una parte, el párrafo primero del nuevo artículo 92 bis.2 del CC prescinde del término “visitas”, utilizado por la regulación actual, que no es acorde -como se señala la Exposición de motivos- con la relevancia que el Anteproyecto pretende atribuir al ‘contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor’; en su lugar, se habla de estancia, comunicación y relación de los progenitores con los hijos menores, que -como bien dice el Consejo Fiscal- ‘parece más adecuado’ a la evolución lógica del sistema (pág. 37).*

*Asimismo, se aclara en el mismo párrafo primero que este derecho de estancia, relación y comunicación de los hijos menores existe ‘con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con cada uno’. Para mayor claridad debería añadirse detrás de la frase entrecomillada la expresión ‘... en caso de guarda compartida’.*

<sup>54</sup> Personalmente, considero más adecuado, a efectos sistemáticos, realizar las definiciones o, en su caso, aclaraciones en la EM o en los primeros preceptos del articulado, como así lo hace la normativa europea, y no, en cambio, la normativa nacional o autonómica, si bien, recientemente, dicha técnica legislativa ha sido utilizado por algunas normas como, por ejemplo, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social o, en la materia objeto de estudio, la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones familiares.

<sup>55</sup> Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE), de 23 de diciembre de 2003.

*“7) responsabilidad parental, los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita;*

*8) titular de la responsabilidad parental, cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor;*

*9) derechos de custodia, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia<sup>56</sup>;*

*10) derecho de visita, en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado”.*

La regulación en materia de GC, como vemos, tiene, hoy más que nunca, transcendencia nacional (y autonómica), pero también supranacional, dado el considerable incremento de parejas mixtas o de distinta nacionalidad por la libre circulación de personas en los países integrantes de la UE, que ha generado una creciente legislación a nivel de la UE en esta materia. La heterogeneidad normativa a todos los niveles hace, si cabe, más necesario definir, de manera precisa<sup>57</sup>, esta realidad familiar<sup>58</sup> desgraciadamente común (vida de pareja, y posterior ruptura y cese de la convivencia) y, a partir de ello, redefinir cómo se regulan de manera consensual o contenciosa las relaciones paterno-filiales.

Pero más allá de los aspectos terminológicos, de los que destaco su enorme importancia para la clarificación de la materia a todas las personas implicadas en ella, lo necesario (tanto antes como ahora) sigue siendo determinar qué efectos y qué derechos y deberes comprende la GC de los hijos, así como determinar, de forma clara y precisa, qué consecuencias implica la falta de convivencia de los progenitores para sus hijos y las corresponsabilidades parentales que sigue conllevando esta situación, ya sea de forma consensuada, ya, en caso contrario, por resolución del Juez en los supuestos no consensuados o no reconducidos de divorcio<sup>59</sup> o del cese de la pareja no casada.

---

<sup>56</sup> Este criterio sobre la decisión del lugar de residencia del menor por parte del progenitor custodio no es aplicable a España, siguiendo a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Bosch. 2013. Página 589, para quien *“la doctrina española viene considerando que la decisión de alterar el domicilio del menor o incapacitado se mantiene en la patria potestad residual y, por lo tanto, requiere la conformidad de ambos progenitores o, en caso de discrepancia, autorización judicial, dada su evidente importancia y las profundas consecuencias para el régimen de visitas, estancias y comunicaciones de los hijos con el progenitor no conviviente”.*

<sup>57</sup> El Reglamento nº 2201/2003 contempla el derecho de visita en su art. 41, en los siguientes términos: *“1. El derecho de visita contemplado en la letra a) del apartado 1 del artículo 40, concedido en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento si la resolución ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2”.*

<sup>58</sup> En España, no podemos hablar de familia, sino de familias. AAVV. (Encarnación Roca i Trías, coord.): *Derecho de Familia*. Tirant Lo Blanch. 1997 (3ª Edición). Páginas 15 y 16.

<sup>59</sup> A lo largo de este trabajo me referiré al divorcio dado el mayor porcentaje de divorcios respecto al de las separaciones, siendo la separación, a niveles estadísticos, residual.

El pre-legislador, con el ALECP, pretende dotar de una importancia decisiva a la terminología empleada<sup>60</sup>, si bien, no aprovecha debidamente esta oportunidad para definir y sistematizar los términos luego utilizados en la regulación propuesta, volviendo a emplear una sistemática confusa, si se tiene en cuenta la tendencia actual a nivel supranacional y la decisiva importancia de unificar conceptos y criterios para definir una misma realidad, siendo ésta una absoluta necesidad en una sociedad globalizada como la nuestra y de fuerte movimiento de personas en el territorio común de la UE y de inmigración<sup>61</sup>. Ello alcanza aún mayor relevancia cuando el significado y alcance de dichos términos atañen a normas jurídicas reguladoras de la institución familiar y, en particular, de los más necesitados de protección, los menores de edad.

La concreción técnico-jurídica se erige, así, como una necesidad, a fin de evitar supuestos de indefensión y/o confusión con figuras afines.

Prueba de ello es, como digo, el esfuerzo de la UE en el aspecto normativo, así como en la creación de herramientas, como el diccionario de términos jurídicos promovido por la UE “EuroVoc”, un tesoro multilingüe y multidisciplinar que abarca la terminología de diferentes ámbitos de actividad y disponible en 23 lenguas oficiales de la UE<sup>62</sup>.

A nivel autonómico, destaco, en este sentido, la acertada regulación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones familiares (en adelante, LVRF), al dedicar su art. 3 a las “definiciones”: “*a los efectos de lo previsto en esta ley, los siguientes conceptos quedan definidos como se indica:*

*a) 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.*

*b) Por régimen de convivencia individual debe entenderse una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso.*

*c) Por régimen de relaciones debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar el contacto, las estancias, visitas y comunicaciones entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, cuando no exista convivencia.*

---

<sup>60</sup> También el legislador autonómico, como puede comprobarse en la EM de la LVRF: “*en cuanto al concepto de custodia, es claro que este término se queda corto y obsoleto para las pretensiones de una ley que se propone subrayar la relevancia del contacto cotidiano y del roce frecuente entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor*”.

<sup>61</sup> Según la Secretaría General de Emigración e Inmigración del Gobierno de España, 4.905.495 de residentes extranjeros a 30 de junio de 2014 procedían de tres nacionalidades principales: la rumana (940.252), la marroquí (774.395) y la británica (269.756), que, conjuntamente, representan el 40,45% del total de extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor ([http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/concertificado/201406/Residentes\\_Principal\\_es\\_Resultados\\_30062014.pdf](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/concertificado/201406/Residentes_Principal_es_Resultados_30062014.pdf)).

<sup>62</sup> <http://eurovoc.europa.eu>.

*d) Por pacto de convivencia familiar debe entenderse el acuerdo, de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado entre ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en esta ley”.*

Incluso, el ALECP reconoce este problema y constata la diferencia terminológica en los países de nuestro entorno, si bien intenta señalar unos caracteres comunes<sup>63</sup>:

*“aunque la terminología y los sistemas legales no son homogéneos, podemos decir que de los Estados miembros de la Unión Europea, sólo seis hablan en sus leyes explícitamente de custodia compartida con estas palabras u otras equivalentes (Bélgica, España, Francia, Inglaterra y Gales, Italia y la República Checa) y con estos caracteres:*

*- Cabe por convenio de los padres, homologado judicialmente, si no vulnera el principio del “bonum filii”.*

*- Cabe la posibilidad de decretarla judicialmente (España y Francia).*

*- Tan solo Bélgica ha configurado de modo general una custodia por periodos alternos; cargando al cónyuge que se opone la prueba del perjuicio al hijo.*

*- La legislación más minuciosa a la hora de precisar los criterios para que el Juez la decrete es la de la República Checa”.*

Podemos estar conformes o disconformes con estos caracteres que señala el ALECP en materia de GCC, pero lo que es evidente es que la terminología o las definiciones legales nos permiten a todos los operadores jurídicos y a los afectados conocer el alcance y contenido de los convenios y de las resoluciones judiciales.

Una de las notas características del Derecho de familia español es la profusión innecesaria de términos jurídicos indeterminados, lo que unido al uso “*vulgar, no técnico*” y generalizado de alguno de ellos, han terminado, con el devenir de los años, generando una verdadera amalgama terminológica para identificar una única realidad, que hace, en ocasiones, muy difícil conocer o interpretar a los operadores jurídicos y a los afectados (padres, madres e hijos) qué alcance o a que se está refiriendo el legislador o el juez a la hora de regir sus relaciones de familia en un momento crucial de disparidad de criterios acerca del proceso disensual, o, incluso, consensual en la elaboración del convenio regulador.

En este sentido, los órganos judiciales se han visto obligados a ejercer una doble labor, la definitoria o terminológica previa (si bien, en ocasiones, han contribuido a una mayor confusión), y la que le es propia en las controversias familiares.

Ejemplo de la labor clarificadora de la terminología, cito, entre otras muchas, la **SAP de Girona (Sección 1ª) de 29 de junio de 2012, FD 2º**<sup>64</sup>: “*cuando a un progenitor se le atribuye la guarda y custodia de un hijo, se le da a entender que en la práctica dicho*

---

<sup>63</sup> Folio 6.

<sup>64</sup> AC 2012, 1356.



*progenitor está ejerciendo las funciones habituales de la patria potestad y el otro progenitor queda relegado a un simple padre que en determinadas ocasiones puede visitar a sus hijos y si acaso a decidir sobre cuestiones más trascendentes para el hijo, cuando ello en absoluto es así, pues cuando este padre tiene a su hijo lo que hace es ejercer la guarda y custodia del mismo, es decir, es el momento en el que lo tiene en su compañía, le indica las pautas educativas, lo alimenta de forma efectiva y le ayuda en todas sus actividades y necesidades, en definitiva, está ejerciendo plenamente la patria potestad. Ante ello, se aboga por la superación del concepto guarda y custodia, exclusiva o compartida, suprimiendo toda referencia a la guarda y custodia, para hablar de los periodos de permanencia o de guarda, distribución de estancias que deberán estar los hijos con un progenitor y con el otro. Pero, aunque la sustitución de la terminología es conveniente y necesaria, y debe utilizarse de una forma generalizada, pues salvo situaciones de estancias muy restringidas con un progenitor, aunque no exista una estancia igualitaria entre ambos progenitores, siempre podrá hablarse de guarda y custodia compartida, a fin de evitar la marginación de un progenitor frente al otro en las decisiones que afectan a los hijos. Y con ello también se evitarían las disputas durante el proceso sobre la atribución de la guarda y custodia, pues muchas veces la defensa del ejercicio exclusivo de la guarda y custodia sobre los hijos tienen como finalidad encubierta la de decidir el progenitor a la que se le atribuye de forma exclusiva sobre la vida de los hijos”.*

Tampoco las legislaciones autonómicas han incluido un concepto de GC, exceptuando el contenido ya mencionado del art. 3 relativo a “definiciones” de la LVRF.

Por su parte, y como ya he expuesto, las acepciones utilizadas por el ALECP amplían las hasta ahora expuestas “sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”<sup>65</sup>, aportando otras como “convivencia y régimen de estancias” y “relación o comunicación con el no conviviente”.

En realidad, el elemento distintivo entre las diferentes modalidades o posibilidades de guarda en favor de los hijos no se halla en la nomenclatura y sí, en cambio, en la duración del reparto de los tiempos de convivencia o de estancias de los progenitores con sus hijos, que se auto-asignan o reparten voluntariamente o por orden judicial, y sus efectos, pero, sobre todo, en la madurez de los progenitores al afrontar el cese efectivo de la convivencia y esta nueva etapa en la que la GC se independiza o desgaja de la patria potestad, a la que, a continuación, hago referencia, y, tras su correspondiente análisis, propongo definiciones o conceptos al final de este capítulo.

#### **2.4.- LAS CUATRO POSIBLES MODALIDADES DE GUARDA CON CABIDA EN EL CÓDIGO CIVIL**

Centrando, ahora, la exposición en las modalidades de guarda que tienen cabida en nuestro C.c., éste conoce, conforme a su configuración legal actual, cuatro posibles tipos o modelos de “guarda” o de “guarda y custodia”, términos que serán empleados indistintamente en lo sucesivo para referirnos a la misma realidad, pues los considero compatibles y adecuados, dado su uso generalizado en la práctica.

---

<sup>65</sup> EM, folios 9 y 10.

El modelo de guarda que bien las partes procesales (los progenitores) solicitan al Juez para su homologación o bien éste les impone por resolución, no es irrelevante, ya que la modalidad de guarda tiene una incidencia decisiva en las reglas jurídicas aplicables, incluso, en la existencia de prohibiciones, repercutiendo sobre la adjudicación de la vivienda familiar (ajuar familiar, trasteros, garajes, segunda residencias, vehículos, etc.), el pago de los alimentos ordinarios y extraordinarios, etc.

La falta de concreción legal en nuestro C.c. sobre la definición de la GC y su contenido, así como del específico reparto del tiempo de convivencia y de estancias entre el progenitor y el hijo impiden determinar cuándo estamos ante dicha modalidad<sup>66</sup>.

En la misma línea, el ALECP, si bien en su propuesta del art. 90.1.a) 3º alude a los “*los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente*”, no determina cuándo nos encontramos ante el régimen de guarda convencional y cuándo ante un sistema de GCC, pues la norma propuesta no cuantifica el reparto del tiempo para poder determinar cuándo nos hallamos ante una GCC y cuándo no.

Así las cosas, ni el vigente C.c. ni tampoco el ALECP determinan un tiempo mínimo, ni de distribución idéntica de los tiempos de convivencia con los hijos, ni de residencia alterna en periodos iguales, contemplando sólo un reparto idéntico de obligaciones para con la prole.

Esto dicho, en atención a quién ostenta la guarda de los hijos, podemos diferenciar: GC individual, GC distributiva, GC conjunta y GC atribuida a un tercero no progenitor<sup>67</sup>.

Las vemos a continuación.

#### **2.4.1.- La guarda y custodia individual**

La modalidad principal, mayoritaria y tradicional sobre la cual gira el texto o la regulación de nuestro C.c. es la GC simple, completa, unilateral, individual, monoparental o exclusiva (todos esos nombres recibe)<sup>68</sup>, configurada como la guarda y custodia otorgada

---

<sup>66</sup> En este sentido, destaco, entre otras, la STS de 16 de febrero de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100034), FD 2º: “*en el caso, y con independencia de que la sentencia recurrida poco diga de todo lo anteriormente expuesto, es lo cierto que ambos progenitores cuentan con capacidad suficiente para atender al hijo de manera adecuada y que la resolución que ahora se recurre impuso un régimen de visitas tan amplio a favor del esposo (el menor pernoctará, dependiendo del mes, no menos de diez noches en el domicilio del padre y éste le recogerá del colegio no menos de veinte días de un total de 24 posibles, como recuerda la recurrente) que sorprende que no se adoptara la custodia compartida puesto que el cambio para el menor sería mínimo y sin duda más beneficioso desde la idea, además, de que va a servir para normalizar sus relaciones con la hija de su padre, habida de una nueva relación sentimental*”.

<sup>67</sup> Estas cuatro modalidades se contienen también en AAVV.: *Los procesos de familia una visión judicial*, (Eduardo Hijas Fernández, coord.). Colex. 2009. Página 599.

<sup>68</sup> Esta enorme variedad terminológica ha sido creada por nuestro C.c. y por nuestros órganos judiciales, como, por ejemplo, la SJPI núm. 24 de Madrid de 10 de marzo de 2012 (JUR 2012, 86098), FD 4º, que se refiere a ella como “*guarda y custodia exclusiva de los menores*” o la SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 21 de diciembre de 2010 (JUR 2010, 84447), FD 2º, que alude a ella como “*custodia monoparental*”.

exclusivamente a favor de un progenitor (de forma estadísticamente mayoritaria, a la madre<sup>69</sup>), a quien corresponde el cuidado del menor y la decisión sobre su lugar de residencia<sup>70</sup>, gozando el otro progenitor (con frecuencia, el padre) de un régimen de estancias y comunicaciones.

Se constituye, así, esta modalidad de guarda como la opción más frecuente dentro de las posibilidades que ofrece el C.c., y cuyo signo distintivo es la evidente diferencia entre los periodos de tiempo de permanencia del hijo con cada progenitor<sup>71</sup>.

El art. 90.1 apartado A) del C.c. se refiere a la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos y del régimen de visitas correspondiente al otro progenitor<sup>72</sup> “que no viva con ellos” y el art. 94 C.c. contempla el “derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.

El art. 96.1 del C.c., en sede de atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y ajuar, también tiene presente este modelo de guarda al establecer que el uso de la vivienda familiar “corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”.

Asimismo, el art. 103.1ª del C.c. hace referencia, de forma evidente, a este modelo, al

---

<sup>69</sup> Si bien, más adelante, analizaré la evolución estadística de la atribución de guarda y custodia, es notorio que esta modalidad es la que viene aplicándose con mayor frecuencia por la práctica judicial, aplicando, de forma mayoritaria, el principio (no vigente) de la madre como mejor guardadora frente al padre. Como muestra de ello, cito la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 14 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1670), FD 1º: “el trabajo nocturno de la madre como causa no impeditiva del ejercicio de la función de guarda por la madre fue correctamente apreciada por el Tribunal (F.J. 3) de suerte que eliminada esa circunstancia resulta evidente, dada la edad de la menor, que la atribución a la madre de su guarda y cuidado está en la línea de una larga experiencia que encuentra en el diario contacto con la madre un elemento esencial en el desarrollo de la personalidad infantil”.

<sup>70</sup> Este derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor será debidamente matizado en el Capítulo relativo a la patria potestad. Éste es un dato que señala la regulación de la UE conforme ya he tenido oportunidad de exponer (definiciones de derecho de custodia) del art. 2 apartado ° del Reglamento 2201/2003.

<sup>71</sup> En el mismo sentido, se pronuncia Luis Zarraluqui Sánchez-Ezarrriaga: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Bosch. 2013. Página 671.

<sup>72</sup> Acerca de la extensión del derecho de relación se pronuncia la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3280), FD 7º: “queda por resolver la cuestión relativa a la extensión del derecho de relación, que en definitiva constituye el núcleo del litigio.

*Antes que nada debe señalarse que esta Sala opina que la expresión ‘derecho de visitas’ debe aplicarse solamente en las relaciones entre los progenitores y sus hijos. Para identificar el derecho del menor en casos como el presente, resulta más adecuado utilizar la expresión relaciones personales, terminología que utiliza el artículo 160.2 CC, que es el aplicable.*

*Es cierto que el artículo 160 CC no determina la extensión ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus allegados. Por tanto, se trata de una cuestión que debe ser decidida por el juez, quien deberá tener en cuenta: i) la situación personal del menor y de la persona con la desea relacionarse; ii) las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido; iii) la intensidad de las relaciones anteriores; iv) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia y, v) en general, todas aquéllas que sean convenientes para el menor”.*

señalar, en sede de medidas provisionales, que “admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 1ª. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar (...) y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia 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”.

De lo expuesto, se colige que este modelo supone la designación de un progenitor principal guardador al que corresponde el cuidado ordinario del hijo menor<sup>73</sup>, promoviéndose, de este modo, un mayor grado de afectividad y relación personal con él. Y, como consecuencia o indisolublemente unido a lo anterior, además del cuidado del hijo al dicho progenitor le será también atribuido el uso de la vivienda familiar, así como la administración y gestión de la pensión de alimentos<sup>74</sup>.

En definitiva, la guarda individual conlleva contacto permanente con uno de los progenitores y ocasional con el otro a través de las estancias (visitas).

El régimen ordinario o normalizado de estancias, considerado por los juzgados y tribunales como régimen “estándar”, comprende posibilidad libre y sin restricciones posibilidad comunicación padre-hijo por cualquier medio para ello (llamadas telefónicas, e-mails, whatsapp, etc.), respetándose los hábitos de conducta del menor y su interés (horarios de clase, estudio, sueño, etc.), así como visitas intersemanales de uno o dos días por la tarde (sin pernocta) y estancias de fines de semanas alternos (con pernocta), como también la mitad de todas las vacaciones escolares<sup>75</sup>. Las entregas y recogidas se realizan en el domicilio habitual del menor.

Este sistema o modalidad conlleva, en la práctica y desde el punto de vista numérico, que el menor pase aproximadamente 9 días al mes<sup>76</sup> con el progenitor no guardador y el resto, 21 días, con el progenitor guardador, que, en cómputo anual, supone 120 días a favor del progenitor no guardador distribuidos en 90 días en el régimen ordinario (semanal e inter semanal) y otros 30 en el periodo de vacaciones escolares, frente a 240 días del progenitor guardador (el doble), distribuidos en 210 días anuales en el régimen ordinario y otros 30 en el periodo de vacaciones escolares.

Esta modalidad estandarizada presenta, a veces, cierta flexibilidad, llegando a aproximarse, bajo el *nomen iuris* de guarda individual o exclusiva, a otras modalidades como la GCC mediante la instauración de un amplio régimen de visitas, como tienen ocasión de señalar, reiteradamente, nuestros órganos judiciales. Así lo hace la **SAP de**

---

<sup>73</sup> Utilizaré, en adelante, el singular, tomando como base para ello que tanto las parejas casadas o no casadas tienen un promedio de un hijo. El número medio de hijos por mujer disminuyó hasta 1,38 y la edad media a la maternidad repuntó hasta los 31,2 años, según datos del INE del año 2010 (de 7 de julio de 2011). <http://www.ine.es/prensa/np666.pdf>.

<sup>74</sup> A ambas cuestiones dedicamos un Capítulo específico en el presente trabajo.

<sup>75</sup> En AAVV.: *Derecho de Familia* (Gema Díez-Picazo Giménez, coord.). Cívitas. 2012. Páginas 1378 y ss., se expone el contenido del que se denomina “régimen habitual u ordinario” como aquél de fines de semana alternos (de viernes a las 17 horas hasta el domingo a las 20 horas) y de un día o dos por semana, así como la mitad de las vacaciones.

<sup>76</sup> Cómputo realizado sobre la base de cuatro miércoles al mes y dos fines de semana alternos o 2,5 días cada fin de semana, desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo.

**Vizcaya (Sección 4ª) de 17 de mayo de 2007, FD 3<sup>o77</sup>**: *“a lo anterior debemos añadir el hecho inconcuso de que a través del amplísimo régimen de visitas establecido y cumplido por los dos progenitores estamos en presencia de una guarda y custodia compartida, aunque no sea utilizando el nomen iuris. Invertir la situación actual, atribuyendo al padre la guarda y custodia y a la madre un régimen de visitas parejo al actual puede presentar un inconveniente, a saber, que la madre, por razones profesionales, no pueda el día de mañana mantener con sus hijos las visitas que se le señalen, alejándola de la esfera afectiva de los menores al no disponer del tiempo suficiente para adaptarse al régimen de visitas. Como el padre si está en condiciones de visitar a sus hijos en los términos señalados, y el régimen viene funcionando sin grandes problemas, entendemos que debemos mantenerlo en su integridad al haberse demostrado su perfecta viabilidad”*.

Acerca de la ampliación del régimen de visitas al progenitor no guardador hasta convertir la guarda individual, prácticamente, en una GCC se pronuncian, asimismo, la **SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 31 de marzo de 2009, FD 3<sup>o78</sup>**: *“ahora bien, no considera esta Sala que deba ampliarse la permanencia de los hijos comunes con su padre dos tardes intersemanales con pernocta, como solicita el recurrente, lo que equivaldría a una guarda y custodia compartida, que se ha denegado, considerando suficiente el régimen de estancias con el padre con una tarde intersemanal con pernocta, tal como ha acordado la Juzgadora ‘a quo’”* y la **SAP de Lleida (Sección 2ª) de 4 de septiembre de 2009, FD 2<sup>o79</sup>**: *“estableciendo un amplio régimen de visitas a favor del padre y que consistirá en la posibilidad de tenerlo en su compañía los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio y hasta el domingo a las 8 de la tarde así como los martes y jueves desde la salida del colegio y hasta las 8 de la tarde, debiendo el padre recogerlo al inicio y de las visitas y reintegrarlo al domicilio materno. No se considera adecuado habida cuenta la edad del menor, las pernoctas inter semanales, que, por lo demás, de ser acordadas, convertirían prácticamente el régimen en una custodia compartida. A ello hay que añadir la mitad de las vacaciones escolares debiendo elegir los periodos, los años pares la madre y los impares el padre”*.

En el mismo sentido, la **SJPI núm. 24 de Madrid de 10 de marzo de 2012, FD 4<sup>o80</sup>**: *“ha de resaltarse cómo, en el presente caso, no concurren los supuestos y requisitos necesarios para que proceda acordar, de conformidad con lo establecido en el artículo 92.5 del Cc., la guarda conjunta o alternada en favor de ambos progenitores. No obstante ello, la discusión sobre la alternativa custodia conjunta o exclusiva en el presente supuesto carece de trascendencia práctica en cuanto el régimen de visitas y estancias en su día pactado por ambos progenitores a favor de la madre es tan amplio que, por el reparto de tiempos de estancia de los menores con ambos progenitores, está más cerca de una guarda alternada que de una exclusiva, de modo que, al margen del ‘nomen iuris’ que se le otorgue, no existiendo entre las partes divergencia sobre la atribución del uso de la vivienda familiar a los menores y a su padre, aspecto sobre el que ambas coinciden, la única diferencia que separa a las partes es este extremo es la concreción del régimen*

---

<sup>77</sup> JUR 2007, 350161.

<sup>78</sup> SP/SENT/477410.

<sup>79</sup> SP/SENT/488992.

<sup>80</sup> JUR 2012, 86098.

*de estancias de los menores con el menor no custodio, con mayor o menor duración de las estancias de los menores con su madre”.*

Y también la **SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) de 20 de febrero de 2013, FD 1<sup>o</sup>81**: *“se indica en el motivo del recurso interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Alberto, que la sentencia de instancia, al otorgar la guarda y custodia del hijo menor a la madre, concediendo al propio tiempo el amplísimo régimen de visitas a favor del padre no custodio, no atiende a que, en rigor, se está en presencia de una guarda compartida, como la que se venía consintiendo tiempo atrás, de modo que se estaría en el caso de una situación ‘de facto’ consagrada por el tiempo y por la propia decisión judicial a la que, sin embargo, se resiste darle el ‘nomen iuris’ de guarda y custodia compartida, otorgándole la cualificación de guarda exclusiva, cuando, en la realidad, el reparto de tiempo de estancia del niño con ambos progenitores y de asunción de responsabilidades es equivalente”.*

#### **2.4.2.- La guarda y custodia distributiva**

La GCC partida o distributiva es la consistente en la separación de hermanos.

Esta modalidad de GC es, estadísticamente, poco habitual (ni consensual, ni disensual) y está limitada por el C.c., ya que el principio de unidad familiar limita y recomienda preservar la relación entre hermanos (en todos los supuestos) al ser la más duradera de las relaciones personales-familiares, frente a las relaciones de pareja o a las relaciones padre-hijo, además de que aquella no ha de resultar afectada por la ruptura sentimental de los progenitores, por lo que ha de procurarse, en beneficio de los menores, el equilibrio emocional de los hijos manteniéndolos unidos.

Por tanto, este modelo de guarda partida o distributiva no es, en principio, fomentado por el C.c., pero sí es posible y está contemplado en el art. 96.2 del C.c.: *“cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”*, pero el art. 92.5 del mismo Cuerpo legal muestra claramente su disfavor hacia ella al no recomendarla: *“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”*, siendo, pues, contraria al espíritu del C.c. y a los usos sociales.

Este rechazo hacia esta modalidad queda reflejado también en las normas de las CCAA que han tenido oportunidad de regular el particular, en concreto, en el art. 6.4 de la LAIRF, en el art. 233-11.2 del Código civil de Cataluña (en adelante, CCCat.) y en el art. 3.7 de la LNRC, si bien, al no ser un derecho absoluto, no se prohíbe la separación, sino que se recomienda procurar *“no separar a los hermanos”*, pudiendo ceder ante circunstancias muy excepcionales o especiales, como la dependencia de un hijo respecto

---

<sup>81</sup> JUR 2013, 136746.

a uno de sus progenitores<sup>82</sup> o cuando existe una importante diferencia de edad entre los hermanos. De este modo, los supuestos excepcionales de separación de hermanos pueden ser acogidos en ISM.

A dicha excepcionalidad apunta la **SAP de Sevilla (Sección 5ª) de 8 de mayo de 2007, FD 2º**<sup>83</sup>: “...se torna aconsejable mantenerle bajo la custodia del padre, ya que de la citada documentación se deduce, sin grandes esfuerzo, que es la mejor manera de contribuir a su adecuado desarrollo. Sin perjuicio del contacto del menor con su madre y su hermano que se produce mediante el régimen de visitas establecido.

*Con respecto al menor Juan Luis, en los informes de los servicios sociales de la localidad de Lanjarón, donde actualmente reside con su madre y su familia materna, se destaca su notable integración y adecuado desarrollo, lo cual es concluyente para determinar que ha de continuar bajo la custodia de la madre, sin perjuicio, al igual que con respecto al otro hijo, por alteración de las circunstancias, se puedan modificar las medidas adoptadas, desde luego, siempre en beneficio y atención del menor.*

*Como ya hemos señalado, es recomendable la convivencia entre los hermanos dado que favorece su desarrollo integral, sin embargo, en determinados supuestos, como el analizado, dadas las dificultades y obstáculos que representa el desarrollo del mayor de los hermanos se estima aconsejable esta separación, que puede permitir que, mediante esos contactos durante los periodos de visitas, se fortalezca y mejore”.*

En realidad, más que una GC partida, existen guardas individuales en las que cada progenitor es, simultáneamente, guardador y titular del derecho de estancias, si bien respecto de distintos hijos.

Son, por tanto, posibles las situaciones de separación de hermanos, si bien es sumamente importante que el C.c. reconozca explícitamente el derecho a la relación fraternal.

Al respecto, es curioso cómo el art. 160 C.c., durante muchos años, ha contemplado el derecho a relacionarse los padres con sus hijos menores aunque no ostenten la patria potestad, así como que no se impidan las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados, en tanto que el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, establece que “3. *Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses*”, de tal modo que nada se establece en cuanto a las relaciones entre los hermanos, cuya previsión es incluida en el art. 236-4 del CCCat.<sup>84</sup> y, recientemente, por la nueva redacción que el art. 160.2º C.c. ha recibido

---

<sup>82</sup> Así, la SAP de Sevilla (Sección 5ª) de 25 de febrero de 2002: “la dependencia que cada uno de los hijos ha desarrollado con el progenitor que convive” (Revista de Derecho de Familia, núm. 18, enero 2000. Páginas 167 y 168).

<sup>83</sup> JUR 2007, 42889.

<sup>84</sup> Art. 236-4. “Relaciones personales.

por parte de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: “2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

*En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.*

Considero muy conveniente y necesaria que dicha inclusión normativa se incluyera en el ALECP tanto en sede del convenio regulador como en sede de resolución judicial, posicionando la prevalencia jerárquica de la relación fraternal sobre el resto de allegados o familia extensa.

### **2.4.3.- La guarda conjunta**

#### **2.4.3.1.- Submodelos**

Como contrapunto u oposición a la guarda individual materna tradicional y mayoritaria, se abre paso la guarda conjunta que carece de modelo legal, sin que en el art. 92.5 del C.c. se establezcan requisitos estáticos ni taxativos<sup>85</sup>.

Inicialmente, este modelo de guarda se instaura de forma tímida (con el recelo u oposición de la mayoría de la jurisprudencia) y, con posterioridad, en tromba (si se me permite la expresión) tras la reforma de la Ley 15/2005 y las posteriores normativas autonómicas<sup>86</sup> que implantan el ejercicio compartido, conjunto, o guarda y custodia compartida o alternativa o alternante, la cual, a su vez, presenta varios sub-modelos<sup>87</sup>:

---

*2. Los hijos tienen derecho a relacionarse con los abuelos, hermanos y demás personas próximas, y todos éstos tienen también el derecho de relacionarse con los hijos. Los progenitores deben facilitar estas relaciones y solo pueden impedir las si existe una justa causa.*

*3. La pretensión para hacer efectivos los derechos a que se refiere el presente Artículo debe sustanciarse, siempre y cuando no proceda hacerlo en un procedimiento matrimonial, por los trámites del procedimiento especial sobre guarda de menores. La autoridad judicial puede adoptar, en todo caso, las medidas necesarias para garantizar la efectividad de estas relaciones personales”.*

<sup>85</sup> Fabiola Lathrop Gómez (Prof. de Derecho Civil) en *Custodia compartida de los hijos*. La Ley. 2008. Página 504.

<sup>86</sup> En materia de GCC, es preciso distinguir los procesos consensuados de los contenciosos. En los primeros, en la práctica totalidad, la GCC no se deniega, frente a los procesos contenciosos, donde sí se ha producido el señalado movimiento pendular, ya que nuestro sistema (en concreto, nuestro legislador y nuestros jueces) reaccionó tarde y de manera contradictoria a las nuevas realidades sociales, produciéndose desde un inicial rechazo frontal (como ocurrió con la jurisprudencia de los primeros años tras la inclusión expresa de la GCC en el C.c., esto es, la de los años 2006, 2007, 2008, así como la Instrucción de la FGE 1/2006, de 7 de marzo, sobre la guarda y custodia compartida en materia de empadronamiento de los hijos menores) hasta, en los últimos años, una avalancha legislativa favorable en la materia.

<sup>87</sup> Para Antonio Javier Pérez Martín: “Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida”, en *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, núm. 110, de 1



---

de marzo de 2011 (EDB 2011/7242), los posibles sistemas de custodia compartida podríamos agruparlos en cuatro categorías:

*“a) Custodia compartida simultánea.*

*Este supuesto únicamente es posible cuando, después de la separación o el divorcio, los progenitores continúan conviviendo en el mismo domicilio en unión de los hijos. Esta circunstancia puede darse cuando la vivienda familiar se divide en dos dependencias distintas, permitiendo que los hijos puedan indistintamente estar en una o en otra, o incluso compatibilizando algunos espacios.*

*b) Custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los hijos.*

*La situación sería la siguiente: Los hijos permanecen constantemente en el domicilio familiar, y son los progenitores los que durante cierto tiempo se trasladan a la vivienda familiar para convivir con ellos. Aunque en hipótesis pudiera ser admisible, la realidad es que en la práctica tiene poca viabilidad ya que sería foco de constantes controversias en cuanto al abandono de la vivienda por un progenitor para el regreso del otro, que a su vez podría venir acompañado de un tercera persona si ha iniciado una nueva unión sentimental. La ventaja para los hijos es que no cambian de entorno y mantienen su espacio vital propio. El inconveniente es de tipo económico, ya que obligaría a que cada progenitor tuviese su propio lugar de residencia y que al mismo tiempo existiese el domicilio familiar común. Claro, asumir esta situación no está al alcance de todos.*

*c) Custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los hijos.*

*El reparto de la convivencia al 50% entre los progenitores implicaría que los hijos tendrían que pernoctar con cada uno de los padres 182 días del año. No parece lógica la idea de que un día duerma en casa del padre y otro en casa de la madre, por ello, dicho reparto habría que hacerlo por periodos lógicos.*

*El reparto del tiempo de convivencia en periodos breves (semanas o meses), por razones obvias, no puede llevarse a efecto si los progenitores residen en distintas ciudades. Ahora bien, si residen en la misma ciudad ¿Qué reparto del tiempo de convivencia sería el ideal? Como podrá comprenderse, no estamos ante una cuestión estrictamente jurídica que pueda resolverse acudiendo al ordenamiento jurídico ni a la jurisprudencia, y tampoco podemos apoyarnos en estudios psicológicos objetivos. Algunas resoluciones judiciales consideran adecuado el reparto por semanas, lo cual evita que tenga que fijarse un régimen de visitas paralelo; en otros casos se ha fijado la estancia quincenal con cada uno de los progenitores con un régimen de visitas intermedio; otras veces el reparto ha sido mensual con régimen de visitas intersemanal y de fin de semana; también se ha acudido a repartos trimestrales respetando los periodos vacacionales para cuadrar la igualdad en la estancia; y en otros supuestos se ha entendido que el reparto por cursos escolares es el que mejor se adapta a las necesidades del menor.*

*Cualquiera de los repartos por el que se opte tiene sus ventajas e inconvenientes y habrá que analizar caso por caso, poniendo en la balanza los pro y los contra, y sobre todo escuchando la opinión de los hijos cuando tengan suficiente juicio, para decidir, como le gusta mencionar a nuestro legislador, lo más procedente.*

*d) Custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores.*

*Este último sistema, que puede situarse entre el régimen tradicional que impera en nuestros tribunales – custodia y régimen de visitas- y la custodia compartida entendida como reparto igualitario del tiempo de convivencia, tiene la peculiaridad de que el menor permanece más tiempo con uno de los progenitores, pero el otro no se limita a estar con él en un determinado periodo, sino que comparte sus tareas diarias. Por ejemplo, todos los días lo recoge por la mañana del domicilio familiar y lo lleva al colegio o lo recoge del colegio y después de hacer las tareas escolares lo lleva al domicilio familiar; se encarga de llevarlo al médico; se queda con él cuando el otro progenitor, por cualquier motivo, no puede estar con el menor; etc.*

*Se establece una diferencia entre la custodia legal conjunta que significa que los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño y suele acompañarse de un régimen amplio de convivencia, que varía según las circunstancias de cada caso; y la custodia física conjunta que implica que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, aunque los períodos de convivencia no tengan forzosamente la misma duración. En general, se considera el 35% del tiempo como umbral mínimo de convivencia del progenitor que menos tiempo pasa con el niño.*

El primer sub-modelo de GCC que expongo, es aquél en el cual todo el núcleo familiar mantiene el mismo domicilio (tal vez, con espacios separados), lo que permite a los progenitores compartir de forma igualitaria el cuidado y tareas cotidianas del menor. Es la denominada “GCC simultánea”.

El segundo sub-modelo, sería aquél de permanencia de los niños en el domicilio familiar, siendo los progenitores quienes han de salir y entrar del mismo, con lo que se evita el trasiego de menores y sus enseres personales, si bien dicha situación puede generar conflictos entre los progenitores. Es la denominada, “GCC casa nido”<sup>88</sup>.

Y el tercer sub-modelo, el mayoritario en la práctica, es aquél que se sustenta logísticamente con dos domicilios parentales próximos (bien en la misma localidad o bien en localidades próximas) en los que los menores residen periódicamente y a tiempo parcial con cada progenitor, la denominada, “GCC sucesiva o alterna o alternativa o periódicamente alternada”.

En cada sub-modelo de GCC es posible fijar, a su vez, diferentes sistemas de reparto de tareas y estancias, sin que sea absolutamente necesario un reparto igualitario del tiempo de convivencia, pues nuestro Ordenamiento, como principio general, es contrario a un sistema preestablecido y predeterminado de alternancia en la guarda conjunta en base a que cada niño es único y cada familia tiene unas concretas necesidades.

En relación a la “GCC simultánea”, esto es, con permanencia de los padres y de los hijos en el mismo domicilio, he de reconocer que dicho modelo resulta complejo y “rara avis” en la práctica, pues sólo puede producirse en aquellos supuestos en los cuales las condiciones logísticas así lo permitan (casas de varias plantas o de varias entradas, patios

---

*Hay que desterrar el mito de que la custodia compartida significa necesariamente un reparto al 50 por ciento de los períodos de convivencia del niño con cada uno de los padres. Más bien, convendría ser interpretada como un reparto de la coparentalidad, es decir, permitir ejercer de forma real como padres en condiciones de igualdad en derechos y obligaciones.*

*En principio, la fórmula de custodia compartida más idónea es la que permita al niño un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos padres, y ése debería ser el criterio judicial que, en último término, prevaleciese en caso de desacuerdo entre los padres. Pero es evidente que cada situación familiar es distinta y que los padres están en mejores condiciones que nadie para establecer el régimen de custodia que consideren más conveniente para sus hijos en función de sus respectivas circunstancias personales. Al tribunal corresponderá, en último término, ratificar o no el acuerdo establecido por los padres según lo considere o no idóneo para el bienestar del niño”.*

<sup>88</sup> Expresión o terminología empleada en la SAP de Murcia (Sección 4ª) de 16 de octubre de 2014 (JUR 2015, 3709), FD 3º: “ahora bien, en el caso examinado hay un dato que tiene especial relevancia, y es el del domicilio de los hijos. Se acuerda por la sentencia que la casa actúe como ‘nido’, lugar de residencia de los hijos, alternando los padres las entradas y salidas cada tres meses. Curiosamente todas las sentencias del TS mencionadas anteriormente, y la de 2 de julio de 2014, contemplan supuestos en los que los padres tienen sus propios domicilios y son los hijos los que cambian de casa periódicamente. Sobre cuál de los sistemas es el más adecuado, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha desaconsejado el ahora aprobado en este procedimiento al considerarlo una “fuente segura de conflictos” (STSJ, Civil sección 1 del 05 de septiembre del 2008 (ROJ: STSJ CAT 9511/2008) y STSJ, Civil Sección 1 del 03 de marzo del 2010 (ROJ: STSJ CAT 3128/2010). La propia propuesta que hace el ahora apelado para hacer frente a los gastos derivados del uso de la vivienda y las observaciones que a la misma hace la ahora apelante, son un reflejo de las importantes dificultades que conlleva este sistema, que haría prácticamente estar continuamente acudiendo al Juzgado para solventar los conflictos que se generarían”.

comunes, pisos contiguos o próximos, etc.) y, además, puedan conjugarse el resto de los elementos necesarios. Al no existir la separación de cuerpos, permite a los progenitores compartir las tareas cotidianas del menor o cuidado diario del hijo, situación idéntica a la convivencial.

Más común son aquellas GCC con permanencia de los niños en el domicilio familiar denominadas por algunas sentencias como “*casa nido*”. Se configura, así, la permanencia de los menores en el domicilio familiar como la opción preferida, al objeto de evitar un continuo peregrinaje de los menores de un domicilio a otro de los progenitores, siendo éstos los que cada periodo han de acudir al domicilio familiar y, de este modo, se evita a los menores cambiar de usos, costumbres de vida, horarios<sup>89</sup>, lo que les llevaría, sin duda, a un total desequilibrio en casa, colegio y relaciones con sus progenitores como titulares alternativos de ese derecho de naturaleza familiar, durante periodos (mensuales, trimestrales, cursos escolares, etc.) en los que ostentan la guarda del menor.

Dicho modelo conlleva, asimismo, la atribución del uso indistinto del domicilio familiar a los progenitores, quienes van alternándose la convivencia en dicha vivienda en cada período temporal que disfruten de la guarda, lo que no deja de ser una incomodidad para los padres y una fuente casi segura y adicional (en la mayoría de los supuestos) de conflictos que casa mal con la institución de la GC, salvo en situaciones de escrupuloso respeto mutuo y excelentes relaciones personales<sup>90</sup>.

Esta fórmula “*casa nido*” resulta, además, costosa económica, emocionalmente y organizativamente, afectando, incluso, a las nuevas parejas o a los nuevos hijos.

Respecto a ambos modelos, resulta de interés la **SAP de Castellón (Sección 2ª) de 23 de octubre de 2007**<sup>91</sup>, que reproduce el fallo del JPI: “2.- *Mientras los periodos de custodia*

---

<sup>89</sup> SAP Madrid (Sección 24ª) de 31 de enero de 2008 (JUR 2008, 98007), FD 3º: “*conocida ya la razón de ser de la presente alzada, con respecto al primer motivo relativo a la guarda y custodia, en primer lugar decir que la guarda y custodia compartida en puridad jurídica y terminológica es un contrasentido con la medida nuclear adoptada en el caso como es el divorcio que implica rompimiento del vínculo y separación física de cuerpos; es decir, ausencia de convivencia y de coexistencia en el mismo domicilio que fue el familiar o conyugal. Ahora bien, si con mayor acierto lo que se pretende es una guarda y custodia periódicamente alternativa, conviene recordar que la doctrina jurisprudencial existente, constante desde diciembre de 1985, la mira con disfavor pues de cambiar los hijos, como en el caso se establece, cada mes, es verles en continuo peregrinaje de un domicilio a otro de los progenitores; de ser éstos los que cada mes vinieren al domicilio familiar, los menores estarían, cada poco tiempo cambiando de estilos, formas, usos, costumbres de vida, horarios, estudios; etc.; lo que les llevaría, sin duda, a un total desequilibrio en casa, colegio y relaciones. Puestos a elegir con quién de los progenitores deben estar los menores, es lo más conveniente en el caso conceder la guarda y custodia de la hija llamada Sarah Isabel al padre para así no separarla de los menores acogidos Miguel y Elizabeth, que es lo que suplica el demandante don José Ramón en el punto 2 del folio 8; mientras que la Sra. Paula no lo pretende como es de ver al folio 78 punto 1. El padre está perfectamente capacitado como es de ver del informe psicosocial de los folios 210 y siguientes siendo que, se insiste, la guarda y custodia compartida o mejor periódicamente alternativa, en períodos cortos, no es aconsejable amén de no haberse pactado por las partes”.*

<sup>90</sup> Así lo expone la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 5 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 1449), FD 3º y la abogada Ana Martín Muñoz: “El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 44 julio-septiembre 2009. Página 68.

<sup>91</sup> JUR 2007, 228244.

*sean semanales, cada progenitor tendrá su propia residencia, trasladándose el hijo de una a otra, teniendo en ambas residencias todo lo necesario para desarrollar su vida normal (juguetes, ropa, aseo,...). En tal caso, será la esposa quien resida en el domicilio conyugal sito en la CALLE000 n° NUM000, NUM001 - NUM002 de Castellón.*

*Desde que los periodos de alternancia pasen a ser de cinco meses, el hijo vivirá siempre en el domicilio familiar con el progenitor en cuya compañía esté en cada momento, siendo los padres los que habrán de cambiar de domicilio cuando no les corresponda vivir con su hijo.*

*Cuando el hijo alcance su mayoría de edad y deje de estar bajo la patria potestad y custodia de sus padres, la posesión de la vivienda pasará a su propietario, el Sr. Cosme”.*

A favor de la “GCC casa nido” se pronuncia, recientemente, la **SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 26 septiembre de 2014**<sup>92</sup>: “*que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Dª. Gabriela contra la sentencia de fecha 16 de Diciembre de 2.013, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n° 3 de Tolosa , y estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Franco contra la misma sentencia, debemos revocar y revocamos parcialmente la mencionada resolución, en el sentido de señalar que procede acordar la atribución del domicilio familiar, situado en el DIRECCION000, n° NUM000, NUM001, de la localidad de Ibarra, así como los muebles y enseres que contiene la vivienda, al hijo menor Luis Andrés, quien permanecerá en ella en todo momento, y a ambos progenitores, alternativamente, y en función de las semanas y de los períodos vacacionales que les corresponda convivir con ese hijo menor en dicho domicilio familiar, siendo así que los gastos derivados tanto del uso como de la propiedad de la vivienda serán sufragados por mitades e iguales partes entre ambos progenitores”.*

He de señalar que la modalidad de GCC más frecuente es aquella planteada con dos domicilios próximos en la misma localidad o en localidades próximas con alternancia en guardas sucesivas en días, semanas, meses, etc. En mi opinión, considero más adecuado o me decanto por el reparto por semanas, lo cual evita fijar un régimen de visitas paralelo o intermedio, que, necesariamente, se plantea cuando el reparto es quincenal, mensual, trimestral, cursos escolares, etc.

Esta modalidad de GCC conlleva una alternancia en la convivencia con el menor, de modo que se ejercita por periodos de forma que el niño no note excesivamente la necesidad de cambiar del domicilio materno al paterno y viceversa. Para ello, resulta conveniente que el cambio del ejercicio de la GCC se lleve a cabo al finalizar cada periodo, fijando o estableciendo, en su caso, un régimen para el progenitor cuando no le corresponda ser guardador, que siempre ha de estar supeditado al interés del menor.

A ello apunta la antes citada **SAP de Toledo (Sección 1ª) de 16 de mayo de 2008**<sup>93</sup>: “*2. Se atribuye a Dª Antonieta el uso y disfrute del domicilio familiar sito en la C/ DIRECCION000, n° NUM000 y NUM001 de Talavera de la Reina. 3. Se atribuye a ambas partes procesales el ejercicio de la patria potestad sobre su hijo menor de edad que habrán de ejercer de forma conjunta. 4. Se acuerda el ejercicio compartido de la*

---

<sup>92</sup> JUR 2014, 298695.

<sup>93</sup> JUR 2008, 330924.

*guarda y custodia de menor Juan Ramón. Dicho régimen de guarda y custodia se establece de forma que haya una alternancia en la convivencia con el menor por periodos escolares completos. El cambio del ejercicio de la guarda y custodia compartida se llevará a efecto al final de cada año escolar. El progenitor que no conviva con el menor, en cada periodo fijado, tendrá derecho de visitas los fines de semanas alternos desde las 18 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo y dos días intersemanales, que se fijarán de mutuo acuerdo entre los progenitores y que, en defecto de acuerdo, serán los martes y jueves, desde las 18 horas a las 21 horas”.*

#### **2.4.3.2.- Críticas al legislador de 2005**

Una simple lectura del art. 92 del C.c. permite comprobar su escaso rigor técnico.

De un lado, no proporciona una definición legal de GCC<sup>94</sup>. Ante dicha omisión, ha sido la jurisprudencia la que la ha definido como aquella solución (que no es única o válida para todos los supuestos), en la que “ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos, y lógicamente pueden existir diversos supuestos”, como recoge la **SAP de León (Sección 1ª) de 22 de febrero de 2008, FD 3**<sup>95</sup>.

Además de lo anterior, resulta desafortunada la propia terminología utilizada por el legislador de 2005, “*guarda y custodia compartida*”<sup>96</sup>, pese a la cual y tras las críticas inicialmente recibidas<sup>97</sup>, ha sido la de uso generalizado en la práctica.

---

<sup>94</sup> Así lo hace ver la Magistrada de la AP de Barcelona (Sección 18ª), la Excm. Sra. Dª. Dolores Viñas Maestre: “Guarda y Custodia”, en *SEPÍN*, febrero 2008 (SEPÍN P/DOCT/3601): “*Lo primero que cabe destacar es la ausencia de definición de custodia compartida en el texto legal. Se hace referencia en la Exposición de Motivos a la idea de auto organización familiar y autonomía de la voluntad, aunque, no obstante, se contempla la custodia compartida con cierta cautela. Se ha definido por algún autor como ‘aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro’*”.

<sup>95</sup> SP/SENT/163632.

<sup>96</sup> Para nuestra Real Academia de la Lengua (RAE) “*compartir*” (Del lat. *compartīri*). 1. tr. Repartir, dividir, distribuir algo en partes. 2. tr. Participar en algo. Y “*guarda*” (Del germ. \*warda, acto de buscar con la vista, y este de \*wardôn, atender, prestar atención; cf. a. al. ant. warta). 1. com. Persona que tiene a su cargo la conservación de algo. U. m. c. s. m. 2. f. Acción de guardar (conservar o retener).

<sup>97</sup> Vid., entre otras, la SAP de Madrid (Sección 24ª) de 17 de enero de 2008 (JUR 2008, 99224), FD 3º: “...la guarda y custodia compartida en puridad jurídica y terminológica es un contrasentido con la medida nuclear de la separación matrimonial (antes), que conlleva la separación física de los cuerpos...” y la SAP de Córdoba (Sección 2ª) de 16 de mayo de 2009, FD 1º: “a partir de ahí, hemos de examinar la procedencia de la medida adoptada al acceder a la guarda y custodia compartida, expresión poco afortunada pues los padres no custodian ni guardan a sus hijos sino simplemente los tiene en su compañía. Tampoco es demasiado acertada la expresión ‘compartida’ que tiene un claro componente de simultaneidad y de ejercicio que evidentemente no se da pues los padres no conviven juntos. Por ello, la doctrina propone como más acertada la expresión ‘custodia alternativa o custodia sucesiva’”.

Si bien, como ya indiqué más arriba y en contraposición con la expresión “*guarda y custodia unilateral, individual, monoparental o exclusiva*”, con la Ley 15/2005 el legislador sí da nombre a este modelo de atribución del cuidado de los hijos, si bien no lo hace siempre con la misma terminología, pues, en un mismo precepto, el art. 92 del C.c., emplea, indistintamente, las siguientes expresiones: *ejercicio compartido de la guarda y custodia* (art. 92.5), *guarda conjunta* (art. 92.5, inciso segundo) y *guarda y custodia compartida* (art. 92.8)<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Para Dolores Viñas Maestre: “Guarda y Custodia”, en *SEPÍN*, febrero 2008 (SEPÍN P/DOCT/3601): “Los términos que se utilizan son los de ‘ejercicio compartido de la guarda y custodia’, ‘guarda conjunta’ y ‘guarda y custodia compartida’, pero no se le da contenido a dichos conceptos, ni la terminología utilizada resulta adecuada para aclarar el concepto.

*En las legislaciones americanas nos encontramos con la distinción entre custodia legal conjunta, que equivale en nuestro Ordenamiento a patria potestad, y potestad o responsabilidad parental y custodia física conjunta, que es lo mismo que reparto de tiempo de convivencia efectiva.*

*En la legislación italiana se distingue entre custodia exclusiva; custodia conjunta, definiéndose esta última como la asunción global y conjunta de todas las responsabilidades y facultades sobre el hijo y convivencia indistinta del menor con uno u otro progenitor, y la custodia alterna, que implica la custodia por períodos prefijados con cada progenitor.*

*En la legislación francesa, desde la Ley de 4 de marzo de 2002, se utiliza el concepto de residencia alternativa (en el mismo o en distinto domicilio).*

*También contemplan la custodia compartida Suecia, Noruega, Holanda, Dinamarca y Alemania. En los últimos cuatro países, sólo de mutuo acuerdo.*

*En la tramitación parlamentaria de la Ley, se propusieron diversas enmiendas con la finalidad de introducir una terminología más clara. Se proponía el término de guarda alternada, responsabilidad parental o guarda conjunta ejercida de forma alterna. La redacción de la Ley después de su paso por el Senado recogía el término de guarda y custodia compartida de forma alterna, pero dicha redacción no fue aprobada finalmente en el Congreso de los Diputados, quedando la ambigüedad terminológica antes apuntada, que ha sido objeto de críticas.*

*Ante tal indeterminación de términos y contenidos, debe predicarse la conveniencia de ajustar los términos de las legislaciones internas a los utilizados por los Reglamentos Europeos. El Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, define esta última como ‘los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular los derechos de custodia y visita’. El derecho de custodia es definido como los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia; y el derecho de visita, como el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado.*

*En el apdo. 3 de las conclusiones sobre Las reformas de Derecho de Familia del II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación de Abogados de Familia, celebradas en Madrid en noviembre de 2005 (SP/DOCT/2727), se especifica que ‘el término patria potestad debe ser sustituido por el de responsabilidad parental, atribuyéndole a la misma el contenido que recoge el Reglamento 2201/2003. Se estima conveniente, además que se proceda a definir legalmente el contenido del término ‘guarda y custodia’. Se recomienda igualmente que, tanto por los abogados, como por los jueces y magistrados se haga constar este nuevo término de responsabilidad parental entre paréntesis, junto al término patria potestad o el correspondiente nombre que se le da a la institución por los Derechos forales, en su caso, como autoridad familiar en Aragón o potestad en Cataluña’.*

*Al panorama descrito se une, para mayor complejidad, la utilización de otros términos en las legislaciones autonómicas distintos de la patria potestad, que no obstante la inclusión legal, no han desterrado el término de ‘patria potestad’.*

*En cualquier caso, hay un concepto genérico que comprende el conjunto de derechos y deberes de los padres respecto a sus hijos que siempre, salvo que se acuerde la suspensión o privación de los mismos, es conjunto y otro específico comprendido dentro del anterior que hace referencia a la convivencia y a los deberes que se derivan de la misma (deber de guarda, cuidado, vigilancia...).*

*El contenido concreto de la custodia compartida vendrá determinado por la práctica jurídica, en los convenios reguladores o en las sentencias dictadas en los procesos contenciosos, pero en definitiva, parece que nos estamos refiriendo a un sistema de alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con*

Ello ha provocado que nuestros jueces y tribunales, tras criticar la acepción “*guarda y custodia compartida*”, hayan venido realizando propuestas terminológicas, aportando otras acepciones, a su criterio, más acertadas.

De este modo, proponen la acepción de “*guarda periódicamente alternativa*”, la **SAP de Madrid (Sección 24ª) de 24 de enero de 2008, FD 2º<sup>99</sup>** y la **SAP de Málaga (Sección 6ª) de 13 de febrero de 2008, FD 1º<sup>100</sup>**; la de “*guarda y custodia compartida alternativa*” es empleada, entre otras, por la **SAP de Madrid (Sección 24ª) de 3 de abril de 2008, FD 2º<sup>101</sup>**; y la de “*guarda y custodia alternante*” por la **SAP de Madrid (Sección 22ª) de 14 de abril del mismo año, FD 2º<sup>102</sup>**.

Esta situación ha provocado que, incluso, en una misma Sentencia, podamos detectar el uso indistinto de varias expresiones para referirse a la GCC. Prueba de ello lo es, entre otras muchas, la **SAP de Salamanca (Sección 1ª), de 28 de enero de 2008, FD 2º<sup>103</sup>**: *“en efecto, pensándose en un régimen de alternancia en la convivencia con la niña, la institución en cuestión se torna únicamente posible en aquellos casos en que, tras la ruptura de la pareja, se mantiene por ellos el mismo domicilio y, en todo caso, la cordialidad en sus relaciones globales, o cuando menos, en los temas que atañen a la educación y cuidado de sus hijos, y en tanto por los hijos se asuma con cierta naturalidad referida situación sin, por otro lado, repercusión en su correcto desarrollo y evolución. El hecho de que se trate de una situación de futuro, y lo negativo de una vuelta atrás una vez establecido el régimen compartido, precisa considerar estrictamente la relación de presente entre los padres y las soluciones propuestas por éstos para el cumplimiento de todas aquellas medidas colaterales a la principal de guarda compartida: modo de repartir alimentos, pago, en su caso, del colegio, vestuario, régimen de visitas, casos de enfermedad, viajes, actividades escolares, etc. Pues bien, aplicando al caso examinado, lo dicho anteriormente, lo primero que se constata es que, desde luego, en este proceso no existe “acuerdo” de los progenitores para el ejercicio compartido de la guarda y custodia de la niña, Manuela; de ahí que tal y como parece desprenderse de la sentencia recurrida, referida guarda y custodia, solamente podrá -tal es el verbo que utiliza el art. 92 del Código Civil-, ser decidida en función del “interés superior del menor”, que ha de regir, de modo absolutamente preferente, cualquier decisión que afecte a personas menores de edad. Desde esta perspectiva, examinadas las razones aducidas por el juez “a quo” en orden a atribuir la guarda de la menor a su madre, -las cuales son plenamente asumibles también aquí-, y apreciadas, igualmente, la motivación al respecto, del recurso del padre, -no muy convencido-, se concluye en línea de mantener la medida de guarda y custodia de la menor en su día acordada por el Juez de instancia. El hecho de que uno*

---

*cada uno de sus padres. Cuando se decide sobre la custodia, lo que se está decidiendo es con qué progenitor vivirá el niño de forma mayoritaria, y desde esta perspectiva debería hablarse de custodia alterna. La alternancia puede ser semanal o inferior a la semanal, quincenal, mensual, trimestral o por curso escolar y, dentro de estas modalidades, con cambio de domicilio de los padres o del menor”.*

<sup>99</sup> JUR 2008, 98514.

<sup>100</sup> JUR 2008, 245469.

<sup>101</sup> JUR 2008, 150812.

<sup>102</sup> JUR 2008, 179947.

<sup>103</sup> JUR 2008, 235618.

*de los cónyuges deba de tener la guarda, no significa que el otro no esté capacitado para ello, sino que supone resolver una cuestión planteada por la propia separación de los padres, de tal modo que partiendo de la igualdad de condiciones de ambos progenitores para llevarla a adelante, la atribución a uno u otra se haya, no a tenor de las ocupaciones laborales del padre, sino del conjunto de circunstancias concurrentes en el caso, entre las que no son de excluir las atinentes a la edad de la niña y a la propia trayectoria habida hasta el momento presente en el ámbito familiar”* (el subrayado es mío).

Tampoco se pronuncia el art. 92 del C.c. acerca de la distribución de los tiempos de estancias, ni sobre la distribución de los gastos, ni sobre quién se adjudica, en tales supuestos, la vivienda familiar<sup>104</sup>.

Así las cosas, es, nuevamente, la jurisprudencia la que establece unos principios inspiradores en relación al modelo o periodicidad de estancias<sup>105</sup> acordes con la GCC, sobre la base de resultar el más conveniente para los menores (*"favor filii"*) al ser éste el interés más digno de protección frente a los que puedan presentar sus progenitores, de manera que si la finalidad de la GCC relativa al reparto efectivo entre ambos progenitores del deber de cuidado de los hijos no puede alcanzarse, ello conlleva la desestimación de dicha modalidad al no resultar adecuada, como expone la **SAP Guipúzcoa (Sección 3ª) de 8 abril de 2008, FD 1**<sup>106</sup>: *"no se estima adecuada la custodia compartida porque la verdadera esencia de esta figura radica en un reparto efectivo entre ambos progenitores del deber de cuidado del hijo, procurando con ello una mayor y mejor cobertura de sus necesidades en todos los aspectos, y es indispensable para ello que las circunstancias personales y materiales de los padres determinen la viabilidad de dicho fin, y ello en el presente caso no concurre por la ya expuesta disponibilidad temporal limitada de la madre.*

*Tanto si se concede la guarda a la madre como si se establece compartida, será el padre quién desarrolle principalmente las tareas de cuidado del niño que cuenta con siete años, y que no parece lo más adecuado sea entregado a la madre todos los días a las 11 de la noche, y la custodia compartida en estas condiciones no respondería a la finalidad para la que ha sido prevista”.*

Es evidente que la GCC en tiempo de alternancia iguales o superiores al mes (trimestres, cursos escolares, anuales, etc.) convierten a ésta en un régimen de guarda individuales sucesivas con alternancia padre-madre, lo que no permite el cumplimiento efectivo de los principios inspiradores de la GCC, impidiéndose el normal y periódico contacto, estancias, visitas del progenitor no custodio, propio del sistema de guarda individual, pero bajo el nombre de GCC, lo que ha motivado que en aquellos supuestos de revocación de la sentencia de la AAPP y otorgamiento de la GCC, el TS se pronuncie a favor del sistema

---

<sup>104</sup> Nuestro C.c., *"fiel"* a su modo de proceder, ni antes ni ahora al referirse al domicilio o vivienda familiar, define a qué hace mención al referirse a ésta (arts. 87, 90, 91, 96 y 103 del C.c.).

<sup>105</sup> Prefiero emplear el término *"estancias"* al de *"visitas"* (*"estar con"* frente a *"visitar a"*), pues a un hijo no lo vistamos, pero sí estamos con él, conforme a la línea mantenida por el ALECP.

<sup>106</sup> JUR 2008, 171463.



o modalidad de GCC con reparto semanal: **SSTS de 7 de julio de 2011**<sup>107</sup>, **18 de noviembre de 2014**<sup>108</sup>, **26 de junio de 2015**<sup>109</sup> y **15 de julio de 2015**<sup>110</sup>, entre otras.

Sin embargo, tampoco puede olvidarse que, como, con acierto, destaca la **SAP de Toledo (Sección 1ª) de 1 de julio de 2008**<sup>111</sup>, una custodia compartida *“no tiene por qué consistir necesariamente en un reparto por periodos de tiempo de la custodia exclusiva siendo preferible un reparto de responsabilidades. El padre en este caso asume la responsabilidad de cuidar de su hijo por las tardes, con todo lo que ello implica en un menor a punto de cumplir los 9 años, lo que significa encargarse en gran medida de ayudarle en sus estudios y deberes académicos, actividades extraescolares y en definitiva la gran mayoría de las cuestiones verdaderamente importantes y trascendentales que ocupan el tiempo de su hijo (...). En definitiva (...) está asumiendo unas obligaciones y un grado de responsabilidad en la educación y desarrollo de su hijo, mucho mayores incluso que las que han correspondido a la madre...”*.

Es discutible que este reparto de responsabilidades se pueda mantener y producir sin el contacto frecuente y constante del progenitor con su hijo, lo que conlleva, en ciertos casos, dificultades para implantar el modelo en determinadas familias, ya que no es un válido para todos los casos, como expone la **SAP de Toledo (Sección 1ª) de 16 mayo de 2008, FD 2º in fine**<sup>112</sup>: *“en resumen, las resoluciones expuestas ponen de manifiesto que el establecimiento del régimen de custodia compartida sigue siendo, por lo general, bastante complicado, al igual que sucediera con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación del art. 92 CC., llevada a cabo por la Ley 15/2005. En la práctica, se puede decir que la situación no ha experimentado una variación sustancial, dado que, tanto antes como ahora, se puede conceder la guarda y custodia compartida siempre y cuando el interés del menor así lo aconseje.*

*Y buen ejemplo de la concesión del régimen de custodia compartida lo hallamos en la S. AP. Barcelona, Sec. 18ª, de 20.2.2007, en la que se estimó el recurso de apelación promovido contra la sentencia dictada en autos de juicio sobre separación matrimonial, revocándola en cuanto a las medidas dimanantes de la declaración de separación conyugal, fijando como efectos de aquélla que la guarda y custodia sea compartida, debiendo cada progenitor soportar y sufragar los gastos de manutención de los hijos cuando estén con él, debiendo sufragarse los demás gastos por mitad entre ambos padres. También, en sentido favorable a la concesión de tal medida, se destaca la S. AP. Baleares, Sec. 5ª, de 28.11.2006, atribuyendo por semanas alternativas la custodia de los menores con cada uno de los progenitores, teniendo en cuenta la cercanía de los domicilios de los mismos y la buena relación que mantienen los menores con los mismos; y, finalmente, la S. AP. Madrid, Sec. 22ª, de 31.11.2006, mantiene la atribución de la custodia compartida*

---

<sup>107</sup> RJ 2011, 5008.

<sup>108</sup> RJ 2014, 5718.

<sup>109</sup> RJ 2015, 2658.

<sup>110</sup> RJ 2015, 3004.

<sup>111</sup> EDJ 2008, 188555.

<sup>112</sup> JUR 2008, 330924.

*del menor, por considerarlo más beneficioso para éste, ya que la oposición de una de las partes a dicha atribución no constituye un obstáculo insalvable para su sanción judicial, señalando la Sala que dicho régimen tampoco supone necesariamente una distribución absolutamente igualitaria del tiempo de permanencia del común descendiente con ambos progenitores, sino que ha de establecerse en función de los intereses del menor y disponibilidad de los padres, siendo esto lo que hace la Sala al fijar las estancias del menor con los litigantes, adaptándolas a las jornadas laborales”.*

#### **2.4.4.- La guarda atribuida a un tercero no progenitor**

Por último, en relación a la modalidad referida a la guarda atribuida a una tercera persona, esta posibilidad está contenida en el art. 103 del C.c.<sup>113</sup> y es extraordinaria ante la imposibilidad de atribuírsela a los progenitores, siendo habitual, en estos casos, que sea otorgada a los abuelos, ya que nada impide ni prohíbe que los hijos puedan ser encomendados a otra persona distinta de los progenitores si efectivamente concurren circunstancias excepcionales, cuyo análisis también habrá de hacerse caso por caso, siendo éstos de interpretación restrictiva.

Cuando la guarda se atribuye a un tercero, debe hacerse en beneficio al menor, teniendo lugar en supuestos como desamparo, abandono, maltrato, etc.

Resulta muy ilustrativa, al respecto, la **SAP de Granada (Sección 5ª) de 16 mayo de 2014, FD 2º**<sup>114</sup>: *“por tanto, la atribución de la guarda y custodia a una persona distinta de los padres ha de ser contemplada como una situación excepcional (en expresa dicción del art. 103 CC. citado) en la que tal separación es necesaria para el interés superior del niño como indica el art. 9 de la Convención, lo que a título ejemplificativo tal precepto refiere a supuestos de maltrato o descuido por parte de los padres. Tales criterios pueden ayudar a definir el criterio-guía de búsqueda del superior o preponderante interés del menor, que atendidas las circunstancias que concurran en el caso concreto debe llevar a atribuir la custodia y cuidado de un menor a una tercera persona sólo si su atribución a los padres, conjuntamente o por separado, es perjudicial para el menor o no le permita disponer del entorno personal y material imprescindible para su bienestar, contemplado en el más amplio sentido, que en cambio sí podría hallar bajo el cuidado de esta tercera persona. No se trata propiamente de comparar las posibilidades que al menor le pueden brindar su guarda por sus padres o por terceros, sino de comprobar si lo que los padres pueden ofrecerle es apto para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales y, en caso de que no sea así, analizar si otras posibles alternativas se lo brindan. De igual modo ha de recalarse que las decisiones han de alejarse de criterios retribucionistas de castigo o recompensa, pues lo fundamental es el bienestar del menor, siendo relevantes los comportamientos anteriores de los padres o terceros en la medida en que los mismos puedan hacer entender que la permanencia del menor con ellos sea beneficioso o perjudicial para sus intereses.*

---

<sup>113</sup> Ya se ha referido y expuesto la redacción del art. 73 del C.c. en su versión anterior a la reforma del año 1981.

<sup>114</sup> AC 2014, 1019.

*Este principio del interés prevalente de los niños o menores ya está consagrado en el art. 39 de nuestra Constitución e informa toda la regulación de las relaciones paterno filiales en nuestro derecho, siendo además proclamado en forma específica en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y en el apartado 2b).*

*No ha de olvidarse que la patria potestad, guarda y custodia y demás instituciones de protección de la infancia, son instituciones cuyo finalidad es cumplir adecuadamente la función social inherente a la patria potestad cual es la de asegurar una formación integral y una integración en un entorno familiar y social lo más normalizado posible que la posibilite, de ahí que cuando la misma no es ejercida adecuadamente por los padres se faculta los jueces a adoptar al inicio, en el curso o al finalizar cualquier procedimiento, las medidas más adecuadas para lograr esos derechos”.*

En este aspecto destacamos, por considerarlas ajustadas y correctas, las consideraciones del informe del CGPJ al art. 92 bis, apartado 6 ALECP<sup>115</sup>, que regula los supuestos de atribución de la GC de los hijos a los familiares o allegados más idóneos, y, en defecto de ellos, a las Entidades públicas: *“la indicación de los familiares y allegados enlaza con lo previsto en el artículo 172.2 del Código Civil, segundo párrafo, precepto que considera preferente, de manera implícita, la atribución de la guarda de los menores a los familiares, frente a las modalidades de acogimiento recogidas en el Código Civil. Por otra parte, el hecho de que en interés del menor se pueda acordar la guarda y custodia a favor de los progenitores también resulta razonable, máxime si se tiene en cuenta que el párrafo segundo del artículo 92 bis siete exhorta al juez a adoptar “(...) las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de éstos y del otro progenitor, debiendo realizar un seguimiento periódico de su evolución”. No obstante, se advierte de la necesidad de corregir la redacción pues no resulta fácil entender el sentido de la frase entrecomillada”.*

## **2.5.- CONCLUSIONES**

De lo expuesto, precedentemente, en relación a las modalidades de guarda, puede concluirse que debemos mantener una posición neutral, ya que ningún modelo de guarda debe ser priorizado o privilegiado frente a otro o bien rechazado de antemano, ya que el menor y su realidad son únicos, debiendo los progenitores y el juez identificar, caso por caso, cuál es el verdadero ISM, ya que dicho interés no ha sido definido ni determinado, debiendo indagarse sobre cuál es el modelo que más y mejor garantiza el bienestar de ese menor en concreto.

Así las cosas, la expresión *“bienestar del menor”* debe interpretarse sin generalizaciones ni automaticidades, arbitrando, en lo posible, las medidas más parecidas o próximas al modelo de convivencia existente antes del cese de la convivencia, con el fin de evitar que el menor sea objeto de “mercadeo” o el “perjudicado” por la decisión parental del cese de la convivencia.

---

<sup>115</sup> Folio 46.

Esto dicho, y por lo que se refiere al aspecto terminológico, considero que el ALECP debería emplear una técnica legislativa menos profusa y, por consiguiente, más adecuada.

La terminología utilizada por el texto proyectado no aclara tampoco los conceptos utilizados, siendo muy conveniente que incorporara un precepto o apartado, bajo el epígrafe “*definiciones*”, en el cual se incluyeran aquellos términos que va a emplear a lo largo su articulado, técnica ya seguida a nivel de la UE, o, dentro de nuestro país, por algunas normas, entre ellas, la LVRF, lo que sería muy útil no sólo como guía clarificadora, sino también como superación de acepciones anteriores que, con el tiempo, se ha comprobado que son desacertadas.

Esta técnica legislativa permitiría recoger la doctrina jurisprudencial de estos últimos años, implantando, por vía legislativa, los nuevos conceptos (más precisos o actualizados) que han de ser manejados, lo que, además, permitiría zanjar una amalgama terminológica innecesaria, dando a conocer a los operadores jurídicos y a los afectados, el alcance y significado de los pactos suscritos mediante el proceso mutuo acuerdo o por resolución judicial.

De entre las acepciones que considero más adecuadas, propongo las de “*guarda*” y/o “*guarda y custodia*”. En contraposición, considero que han de erradicarse, de forma definitiva, la de “*custodia*”, terminología más cercana al sentimiento de propiedad o posesión, conforme al contenido de los arts. 724, 729, 902, 1020 y 1221 del C.c.

Tampoco considero correcta la expresión “*cuidado de hijos*”, que ha venido acogiendo la regulación histórica en materia de guarda, puesto que la concepción actual de ésta tiene un mayor alcance que el sólo cuidado de los hijos y requiere, sin duda, un mayor grado de compromiso parental o corresponsabilidad que el mero hecho del cuidado.

La definición que propongo de “*guarda*” o “*guarda y custodia*”, conforme a la línea argumental que vengo sosteniendo en los supuestos de cese de la convivencia de los progenitores, podría expresarse en los siguientes términos: “*conjunto de funciones y decisiones del progenitor de carácter rutinario, básico y ordinario, propias de la convivencia, tanto en el aspecto de asistencial como de otra índole, en contraposición con aquellas otras funciones puntuales o extraordinarias de estas mismas, que quedan englobadas en la corresponsabilidad parental*”.

Pensemos en la función parental relativa a la formación del menor y las decisiones que aquélla conlleva, siendo las ordinarias aquéllas relativas a la organización logística del colegio (llevar y recoger al menor al centro), elección de ropa, realizar las tareas escolares, etc., siendo las extraordinarias la matriculación en un centro escolar, la elección de asignaturas optativas, la realización de actividades extraescolares, viajes o campamentos, etc.

Al igual, respecto de las actuaciones sanitarias, cuya actividad ordinaria es la ingesta de medicamentos de perfil leve, vacunas obligatorias, calmantes, etc., frente a las extraordinarias como la elección de facultativo, decisión sobre intervenciones quirúrgicas, vacunas no obligatorias, adscripción a un seguro privado, etc.

Esta definición requiere, como complemento, el concepto de “*estancias*”, que pueden definirse como “*tiempo de convivencia del menor con cualquiera de sus progenitores,*

*ostentando durante dicho tiempo el progenitor los derechos y deberes propios de la guarda”.*

Siendo el rasgo característico o definitorio de la GCC la semejante o igualitaria estancia o guarda de cada progenitor con su hijo, a diferencia de la guarda individual, en el que un progenitor tiene como beneficio un mayor espacio de tiempo de convivencia con el menor frente al otro progenitor, y con ello sus efectos aparejados, propongo, de manera simplificada, sólo dos modalidades: “*guarda individual*” y “*guarda conjunta*” o, si se prefiere, “*guarda y custodia individual*” y “*guarda y custodia compartida*”.

En relación a la primera, la “*individual*”, la considero más adecuada frente a los términos “*monoparental*” o “*exclusiva*”. Y ello porque, de un lado, nunca es monoparental, pues se ejerce de manera sucesiva por ambos progenitores aunque los periodos no sean iguales; y, de otro, nunca es exclusiva, por la misma razón, salvo en supuesto de privación. Tampoco es unilateral, en el sentido de que seguirán o deberían seguir siendo consensuadas (voluntariamente o bien por orden judicial) las decisiones relativas a la corresponsabilidad parental o patria potestad residual del menor, así como la labor de “*fiscalización o de policía*” que deberán seguir desarrollando conjuntamente ambos progenitores, al estar incluidos, de forma permanente, los derechos y deberes de velar y alimentar al menor.

Esta modalidad de guarda a secas o guarda individual puede ser ejercida por un progenitor o una tercera persona familiar o allegado del menor, por lo que propongo que se especifique expresamente en las resoluciones judiciales quién es el guardador: un progenitor o un tercero.

La segunda expresión “*guarda conjunta*” considero que es la más adecuada, si bien es evidente que se ha impuesto, a todos los niveles, la acepción “*guarda y custodia compartida*”<sup>116</sup>.

El carácter fundamental de la guarda conjunta es el reparto equitativo o proporcionado de estancias junto al plano de igualdad parental en las labores propias de la guarda, así como la conjunta supervisión y contacto continuado al menor por cada uno de ellos (a diferencia de la guarda individual, en el que el reparto de tiempos entre progenitores es desproporcionado, no igualitario), en la línea de la definición que ofrece el Informe del Consejo Fiscal al ALECP<sup>117</sup>: “*puede definirse la guarda y custodia compartida como el régimen de guarda en el que se establece un reparto equitativo de tiempos en la convivencia de los progenitores con sus hijos en los supuestos de crisis matrimonial o*

---

<sup>116</sup> Según el Informe del Consejo Fiscal al ALECP (folio 6): “*desde el punto de vista terminológico se ha impugnado su denominación, pues la expresión ‘custodia compartida’ parece apropiada en la medida en que se comparte la custodia cuando los cónyuges viven juntos. Tras la crisis conyugal se ha considerado preferible hablar de custodia alternativa o de custodia sucesiva.*

*Son numerosas las resoluciones que optan por la denominación custodia compartida alternativa (SSAP Madrid de 17 de enero de 2007, 13 de febrero de 2007, 21 de marzo de 2007, 14 de septiembre de 2007; 24 de octubre de 2007; SAP Valencia de 15 de enero de 2007). Debe, no obstante reconocerse que la denominación “guarda y custodia compartida” ha arraigado y, por tanto, entendemos que la opción del Anteproyecto (guarda compartida y guarda individual –artículo 92 bis apartados 1 y 5) es correcta”.*

<sup>117</sup> Folio 5.

*ruptura de parejas de hecho, bien a través de una alternancia en la convivencia, bien mediante una ampliación de los tiempos de estancia con uno y otro progenitor”<sup>118</sup>.*

Ambas modalidades, la primera menos dúctil, frente a la segunda que se caracteriza por todo lo contrario, con independencia de los matices terminológicos realizados, deben mantener una identidad en la filosofía o concepción social generalizada de coparentalidad, lo que conlleva, como elemento decisivo, la implicación igualitaria de ambos progenitores en la total realidad del menor y en interés del hijo común, en la línea marcada, de manera pacífica, por nuestra jurisprudencia.

Con o sin cese de la convivencia, tanto el padre como la madre están generalmente capacitados para establecer una relación viable entre ellos basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar al hijo la más frecuente y equitativa comunicación posible con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades del menor, permitiendo su adecuado desarrollo a todos los niveles. Yo añadiría que ello debe implantarse como una filosofía-educación del progenitor desde el mismo instante del nacimiento del menor, prologándose durante toda su vida, al margen de que acontezca o no una ruptura familiar.

Por último, me parece muy necesario contemplar, de modo explícito, el derecho del menor a mantener su relación fraternal independientemente del cese parental, así como con el resto de su familia y allegados, inclusión normativa que sería conveniente incluir en el ALECP tanto en sede del convenio regulador como en sede de resolución judicial, posicionando la prevalencia jerárquica de la relación fraternal sobre el resto de allegados o familia extensa. Así lo hace el CCCat. y un paso adelante ha dado, recientemente, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, incluyéndolo en la nueva redacción al art. 160.2º C.c.

---

<sup>118</sup> Y continúa afirmando: “el artículo 3 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana aporta otra definición: 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, o en su defecto por decisión judicial. Los estudios que se han realizado sobre esta modalidad de guarda han evolucionado desde una oposición frontal a su admisión condicionada a la concurrencia de unas condiciones familiares y materiales idóneas. Desde el punto de vista terminológico se ha impugnado su denominación, pues la expresión “custodia compartida” parece apropiada en la medida en que se comparte la custodia cuando los cónyuges viven juntos. Tras la crisis conyugal se ha considerado preferible hablar de custodia alternativa o de custodia sucesiva. Son numerosas las resoluciones que optan por la denominación custodia compartida alternativa (SSAP Madrid de 17 de Enero de 2007, 13 de Febrero de 2007, 21 de marzo de 2007, 14 de Septiembre de 2007; 24 de Octubre de 2007; SAP Valencia de 15 de Enero de 2007). Debe, no obstante reconocerse que la denominación “guarda y custodia compartida” ha arraigado y, por tanto, entendemos que la opción del Anteproyecto (guarda compartida y guarda individual –artículo 92 bis apartados 1 y 5) es correcta”.

## **CAPÍTULO III LA PATRIA POTESTAD**

### **3.1.- CONCEPTO, CARACTERES Y CONTENIDO**

3.1.1.- Definición

3.1.2.- Titularidad y ejercicio

3.1.3.- Competencia para conocer de las controversias surgidas en su ejercicio

3.1.4.- Su contenido en caso de cese de la convivencia entre los progenitores

3.1.4.1.- La patria potestad residual

3.1.4.2.- Los derechos del progenitor titular de la patria potestad y no guardador

### **3.2.- PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD**

3.2.1.- Causas y cauces civiles de privación

3.2.2.- Causas y cauces penales de privación

### **3.3.- CONCLUSIONES**

### 3.1.- CONCEPTO, CARACTERES Y CONTENIDO

#### 3.1.1.- Definición

El art. 154 del C.c., vigente desde la redacción de la Ley 11/1981 (y no modificado por la Ley 15/2005<sup>119</sup>), establece que *“los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres”*.

De este modo, los progenitores ejercen la patria potestad<sup>120</sup> sobre los menores no emancipados y sobre los mayores incapacitados judicialmente con patria potestad prorrogada o rehabilitada *ex art. 171 C.c.*<sup>121</sup>.

El mismo precepto dispone que *“la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.*

*Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:*

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

*2º Representarlos y administrar sus bienes”*.

Por su parte, el ya citado Reglamento nº 2201/2003 define la responsabilidad parental, en su art. 2, apartado 7º, del siguiente modo: *“los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”*.

El derecho de guarda, como ya he tenido ocasión de señalar, es parte integrante y derivada de la patria potestad, siendo considerada aquélla como una función, en concreto, la relativa a la esfera de atención diaria y personal, dentro de la patria potestad, definida por la **STS de 8 de abril de 1975**<sup>122</sup> como *“conjunto de derechos que la Ley concede a los*

---

<sup>119</sup> La modificación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, se reduce a introducir la palabra *“progenitores”* en lugar *“del padre y de la madre”*, sin especificar si están o no casados, lo que es irrelevante a efectos de la patria potestad.

<sup>120</sup> Sin entrar en cuestiones terminológicas en esta materia, sí señalo que la acepción *“patria potestad”* se identifica, actualmente, con *“corresponsabilidad parental”*, y en el Derecho civil aragonés existe, por asimilación a la patria potestad, la *“autoridad familiar”* (regulada en el Capítulo segundo de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, concretamente, en los arts. 60 a 80), en el CCCat. se regula la *“potestad parental”* (art. 236-1 a 236-36) y en la LVRF la *“autoridad parental”*.

<sup>121</sup> En este sentido, consideramos más afortunada, por su mayor claridad, la redacción del art. 236-1 del CCCat.: *“los progenitores, para cumplir las responsabilidades parentales, tienen la potestad respecto a los hijos menores no emancipados. La potestad parental puede extenderse a los hijos mayores de edad incapacitados prorrogándola o rehabilitándola”*.

<sup>122</sup> RJ 1975, 154.



*padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos en tanto son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre dichos padres; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos, no en interés del titular, sino en el del menor”.*

Posteriormente, nuestros tribunales han ido modificando, como era de esperar, la definición de la patria potestad tras la superación o configuración de la naturaleza subjetiva del *pater familias* con poder omnímodo sobre los hijos, hasta llegar a su configuración actual como institución de auténtico orden público consistente en un conglomerado de derechos y deberes<sup>123</sup> (con más deberes que derechos<sup>124</sup>), como destacan, entre otras, la **SAP de Murcia (Sección 1ª) de 27 febrero de 1996, FD 2º**<sup>125</sup> y

---

En el mismo sentido, la STS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 5905), FD 1: “*la patria potestad de la prole actúa como derecho inherente de la paternidad y maternidad y en nuestro ámbito tiene indudable carácter de función tutelar que la configura como institución en favor de los hijos, así lo dice el referido artículo 154, y lo tiene declarado la jurisprudencia desde antiguo (Sentencias de 28-10-1891, 25-6-1923, 3-3-1950, 18-2-1969 y 9-3-1984), así como las más recientes ( Sentencias de 23-7-1987 [RJ 1987, 5809] , 30-4-1991 [RJ 1991, 3108], 18-10-1996 [RJ 1996, 7507] y 5-3-1998 [RJ 1998, 1495])”.*

<sup>123</sup> Esta definición de la patria potestad como conglomerado de derechos y deberes podemos encontrarla en la SAP de Madrid (Sección 24ª) de 14 de septiembre de 2005 (JUR 2005, 234682), FD 2º: “*ha de señalarse para una correcta solución del conflicto, como reiteradamente se viene sosteniendo por esta Audiencia (sentencia de 27 de octubre de 1992, entre otras muchas), que la patria potestad viene a configurarse en nuestro ordenamiento jurídico artículo 154 y ss. del Código Civil, como un conglomerado de derechos y deberes de los padres respecto de la prole habida de su unión, en situación legal de dependencia, en aras precisamente de la función protectora y formativa que, por derecho natural, corresponde a quienes han asumido la decisión de procrear un hijo, y ello mientras éste no se encuentre en condiciones naturales y jurídicas de valerse por sí mismo; y tal importantísima función en orden al cuidado y formación del menor se confía, en situaciones normales de convivencia de los progenitores, a ambos conjuntamente (artículos 154 y 156), no tanto de cara a consagrar, en tal punto, principios de igualdad de derechos de los mismos, sino también, y fundamentalmente, con el fin de una mejor protección del preponderante interés del descendiente, en cuanto cualquier decisión de trascendencia para el mismo no podría ser adoptadas unilateral y caprichosamente por uno u otro de dichos ascendientes, debiendo, por el contrario, ser liberada, sopesada y resuelta por ambos conjuntamente y, en defecto de acuerdo, por el Juez (párrafo 2º del artículo 156), lo que configura la trascendencia que el interés del hijo cobra para nuestro legislador, por encima inclusive de los de sus padres que deben subordinarse a aquél; en base a lo cual la privación de la patria potestad o de su ejercicio respecto a uno u otro de los procreadores ha de estar, incluso en situaciones de ruptura convivencial, basada en causas excepcionales, bien por impedir, de hecho, tal ejercicio, bien por afectar de forma grave al menor (artículo 170), en cuanto perjudique seriamente su formación integral, con incumplimientos de entidad de los deberes que se entrelazan con los derechos definidores de la función regulada en el contexto de preceptos indicado”.*

<sup>124</sup> Para la fiscal Isabel Morán González: “Custodia compartida y protección de menores”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 2 del año 2009. Páginas 71-116, la patria potestad puede definirse genéricamente como “*un conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias en orden a su asistencia y formación, un derecho que se concede para el cumplimiento de una serie determinada de deberes, que pueden englobarse en dos: asistencia y formación integral en todos los aspectos de la vida”.*

En el ámbito de la UE, el concepto “*patria potestad*” viene definido como “*el conjunto de facultades y deberes que corresponden a los padres para el cumplimiento de la función de asistencia, educación y cuidado de los hijos menores*” (definición <http://eurovoc.europa.eu>).

<sup>125</sup> AC 1996, 358.

la **SAP de Madrid (Sección 24ª) de 5 de junio de 2012, FJ 3º**<sup>126</sup>: “la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos, queda definida como una función, en la que se integran un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados; en definitiva, lo que prima en tal institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece el artículo 154 del Código Civil y declara el Tribunal Supremo en Sentencias de 24 de abril de 1963, 8 de abril de 1975 y 5 de octubre de 1987, entre otras muchas. Y en tal concepción se insiste, con carácter genérico, a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, al proclamar la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (artículo 22), lo que se reitera en el artículo 11.2, en cuanto principio rector de la actuación de los poderes públicos”.

### **3.1.2.- Titularidad y ejercicio**

Reiterando, en parte, lo ya expuesto en materia de guarda, y como cuestión previa en el presente Capítulo, es preciso deslindar o distinguir entre las situaciones de convivencia familiar y del cese de la convivencia o ruptura, así como de titularidad y ejercicio de la patria potestad.

La regla general cuando no existe vida separada entre los progenitores es que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad respecto del menor son conjuntos, y la excepción es que el ejercicio sea individual<sup>127</sup> o exclusivo de uno sólo de los progenitores<sup>128</sup> (lo que

---

<sup>126</sup> JUR 2012, 231953.

<sup>127</sup> Los desacuerdos de los progenitores suelen ser escasos durante la convivencia y terminan siendo “solucionados” de forma amistosa, prueba de ello es la escasa o nula referencias jurisprudenciales en las AAPP en este aspecto.

El art. 236-9 CCCat.: “Ejercicio de la potestad parental con distribución de funciones o individual con consentimiento del otro progenitor.

1. Los progenitores pueden acordar que uno de ellos ejerza la potestad parental con el consentimiento del otro o que la ejerzan ambos con distribución de funciones.

2. Al efecto de lo establecido por el apartado 1, los progenitores pueden otorgarse poderes de carácter general o especial, revocables en todo momento. Los poderes de carácter general deben otorgarse en escritura pública y deben revocarse mediante notificación notarial”.

<sup>128</sup> Art. 236-8 CCCat.: “Ejercicio conjunto de la potestad parental

1. Los progenitores ejercen la potestad parental respecto a los hijos conjuntamente, salvo que acuerden otra modalidad de ejercicio o que las leyes o la autoridad judicial dispongan otra cosa”.

acontece, por ejemplo, “*en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres*” ex art. 156, párrafo 4º C.c.<sup>129</sup>).

De este modo, en los supuestos de ruptura o cese de la convivencia, la titularidad de la patria potestad sigue correspondiendo a ambos progenitores y es indisponible, siendo compartidas las decisiones que deben tomar conjuntamente en aquellos aspectos relevantes para la vida del menor<sup>130</sup>, lo que va más allá del contacto personal padre-hijo, en contraposición a la guarda, cuya modalidad más adecuada habrá de proponerse y probarse en el momento del cese de la convivencia en atención a la modalidad más acorde con el ISM.

El ejercicio de la patria potestad es contenido necesario del convenio regulador en los casos de cese de la convivencia (art. 90 C.c.), o en su caso, es fijado por resolución judicial cuando haya sido imposible el acuerdo entre los progenitores o éste sea perjudicial para los intereses del menor, en sintonía con la EM de la Ley 15/2005, que introduce como criterio inspirador de los procesos familiares la intervención judicial como última *ratio*: “*la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas*”.

Se caracteriza la patria potestad como un derecho-función irrenunciable e imprescriptible, el cual trasciende del ámbito privado, dada la finalidad social de la institución<sup>131</sup>, como señala la **STS (Sala de lo Civil) de 11 de octubre de 1991, FD 2º**<sup>132</sup>: “*fundado el recurso de casación en un motivo único, amparado en el ordinal 5.º del artículo 1692, por inaplicación del artículo 154 del Código Civil, en relación con el 158 del mismo Cuerpo Legal y del artículo 39 de la Constitución, un detenido examen del motivo nos lleva a su necesaria desestimación en atención a las siguientes razones:*

*Primera: Que el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular –como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos– sino en*

---

<sup>129</sup> Consideramos más preciso el tenor literal del art. 236-10 CCCat.: “*Ejercicio exclusivo de la potestad parental.*”

*La potestad parental es ejercida exclusivamente por uno de los progenitores en los casos de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro, salvo que la sentencia de incapacitación establezca otra cosa, y en el caso de que la autoridad judicial lo disponga en interés de los hijos*”.

<sup>130</sup> Ante la falta de concreción del C.c., se han considerado relevantes jurisprudencialmente para la vida de los hijos aquellos aspectos -no cotidianos- referidos a la su salud, educación, seguridad, residencia, valores religiosos, etc. conforme al contenido del art. 154 C.c.: “*esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: ...*”; que será objeto de análisis pormenorizado más adelante.

<sup>131</sup> El art. 236-2 del CCCat. se refiere a ella como “*una función inexcusable*”.

<sup>132</sup> RJ 1991, 7447.

*obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que el adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales –en este caso de interés familiar– que le hacen especialmentepreciado para el Ordenamiento jurídico. Corolario forzoso de ello es el carácter de irrenunciable que ostentan los derechos –como consecuencia de la forzosidad de su ejercicio por parte de su legítimo titular– que impide al mismo abandonar las finalidades que su cumplimiento persigue, así como su imprescriptibilidad, hasta el punto de que su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva del mismo, subsistiendo la posibilidad de su ejercicio, a no ser que, por alguna razón legal, y previa resolución judicial, se haya producido su extinción. Ésta parece ser la concepción sustentada por el Código Civil español que en el artículo 153 contempla de manera especial los intereses trascendentes que subyacen en la patria potestad –al decir que se ejercerá siempre un beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad– y resalta el carácter de derecho-función de la misma, proclamando que comprende derechos y deberes que se enumeran en el indicado precepto.*

*Segunda: La indisponibilidad del derecho a la patria potestad y a la guarda de los menores, que cristaliza en su ya aludida irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de transmisión a terceros, no impide que, en determinados supuestos, su falta de ejercicio temporal su ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que su institución comporta, puede acarrear la extinción del mismo, siempre que concurren los requisitos que la ley contempla, y aquélla sea acordada por un organismo judicial. Así resulta del tenor literal del artículo 158, según el cual, el Juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda, y del 170 del mismo Cuerpo legal, a cuyo tenor el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma”.*

Acorde con estos caracteres, el convenio regulador es el instrumento que tienen los progenitores para autorregular el modo de ejercer la patria potestad en las situaciones de ruptura familiar, siendo nulo cualquier pacto o convenio que prive a algunos de los progenitores de su titularidad, al quedar ello reservado exclusivamente a la autoridad judicial<sup>133</sup>.

Los Magistrados y Jueces de Familia, en su III Encuentro celebrado los días 28 a 30 de octubre del año 2008, acordaron la conveniencia de explicar en las resoluciones judiciales el contenido de la patria potestad, en el siguiente sentido:

*“ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 154 y 156 del CC. Por tanto, deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a su hijo adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario del hijo deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo.*

*Si no lo señalan la comunicación se hará... (debe concretarse el que mejor se acomode al caso concreto) y el otro progenitor deberá contestar.....Si no contesta podrá*

---

<sup>133</sup> En este sentido, AAVV.: *Derecho de Familia* (Gema Díez-Picazo Giménez, coord.). Cívitas. 2012. Página 1356.

*entenderse que presta su conformidad. Ambos padres participaran en las decisiones que con respeto al hijo tomen en el futuro siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en relación a la residencia del menor o las que afecten al ámbito escolar, o al sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas. Sobre esa base se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro.*

*Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos padres en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo sin que al respecto tenga prioridad el progenitor a quien corresponda el fin de semana correspondiente al día en que vaya a tener lugar los gastos.*

*Los dos padres deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a su hijo y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado.*

*De igual manera tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.*

*El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía del hijo podrá adoptar decisiones respecto al mismo sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con un menor puedan producirse” (el subrayado es mío)<sup>134</sup>.*

En este sentido, considero muy adecuada la técnica propuesta (la misma que formulo también para la concreción de la guarda), la cual, sin embargo, ha sido seguida, de manera minoritaria, por algunos juzgados, exponiendo y clarificando el contenido relativo a la patria potestad en sus sentencias de divorcio, como hacen la **SAP de Cantabria (Sección 2ª) de 16 de mayo de 2013, ANTECEDENTE DE HECHO 1<sup>o</sup>135** y la **SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) de 25 de junio de 2014, ANTECEDENTE DE HECHO 1<sup>o</sup>136**.

Así lo hace, asimismo, la **SAP de Castellón (Sección 2ª) de 17 de enero de 2014, ANTECEDENTE DE HECHO 1<sup>o</sup>137**: “1.- La patria potestad sobre la hija menor común, Tatiana, será compartida por ambos progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación de la menor. En particular, quedan sometidas a este régimen y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas a fijación

---

<sup>134</sup> Estas conclusiones-propuestas están disponibles en la página de la Asociación de Abogados de Familia: [www.aeafa.es/ficheros\\_propios/213164/pdf/TERCER\\_ENCUESTRO\\_JUECES\\_ABOGADOS\\_FAMILIA.pdf](http://www.aeafa.es/ficheros_propios/213164/pdf/TERCER_ENCUESTRO_JUECES_ABOGADOS_FAMILIA.pdf).

<sup>135</sup> JUR 2013, 353001.

<sup>136</sup> JUR 2014, 192528.

<sup>137</sup> JUR 2014, 119985.

*del lugar de residencia de la menor, y los posteriores traslados de domicilio de ésta que le aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, pública o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por la menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento de la menor, de menos de 16 años, a tratamientos o intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas a la menor y la realización por ésta de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y, en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores. Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión que uno de ellos pretenda adoptar en relación con la menor, recabando su consentimiento a la decisión proyectada, se entenderá tácitamente prestado el mismo, si, en el plazo de diez días naturales siguientes, aquel no lo deniega expresamente. En este supuesto será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia.*

*Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida de la menor distintas de las enunciadas, así como las de prestación de asistencia sanitaria en caso de urgente necesidad, corresponde adoptarlas al progenitor que tenga consigo a la menor, en el momento en que la cuestión se suscite”.*

### **3.1.3.- Competencia para conocer de las controversias surgidas en su ejercicio**

En materia de competencia para conocer de las controversias surgidas en materia de patria potestad, debe destacarse la reciente publicación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria<sup>138</sup> (en adelante, LJV), en cuya EM se destaca la “*intervención judicial en relación con la adopción de medidas específicas para el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad o para el caso de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor*”.

En cuanto a la legitimación para instar el proceso, incluso en situaciones en las que exista convivencia<sup>139</sup>, según el art. 86.3 de la LJV están legitimados para promover este expediente ambos progenitores, individual o conjuntamente). Precisa el citado precepto que “*si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, también estarán legitimados sus progenitores y, a falta de éstos, su tutor*”.

Es el Juez competente<sup>140</sup> quien debe intervenir en los casos de desacuerdo de los progenitores, al deberse adoptar la decisión de forma conjunta.

---

<sup>138</sup> BOE 3 de julio 2015.

<sup>139</sup> No existen muchas referencias jurisprudenciales, sobre discrepancias en situaciones de normalidad o convivencia.

<sup>140</sup> En los supuestos de discrepancias sin ruptura de la convivencia, es competente el Juez encargado del Juzgado de Primera Instancia del domicilio familiar o, en su defecto, de la residencia del hijo. Sin embargo, en los casos de discrepancias con resolución judicial que acuerde la patria potestad compartida, es competente para conocer del expediente de JV el JPI que hubiera dictado dicha resolución, conforme al contenido del art. 86.2 LJV.

Respecto al proceso previsto, preciso es resaltar que la LJV sigue siendo o pretende ser un mecanismo ágil y sencillo (no requiere la presencia o intervención de abogado y procurador<sup>141</sup>) y se configura como proceso en única instancia al Juez, al quedar excluida del sistema ordinario de recursos<sup>142</sup>.

Al respecto, destaco, por ilustrativos en esta materia competencial, el contenido del **AAP de A Coruña (Sección 4ª) de 9 de marzo de 2012, RJ 1<sup>o</sup>143**, así como el del **AAP de Barcelona (Sección 12ª) de 23 de enero de 2013, FD 1<sup>o</sup>144**, que pasamos a reproducir sobre cambio de colegio y residencia del menor (en concreto, de 14 años): *“el Auto apelado inadmite a trámite la solicitud deducida por el Sr. Juan Luis de jurisdicción voluntaria por desacuerdo en el ejercicio de la potestad parental razonando que éste no es el cauce adecuado y remitiendo al promovente a la ejecución de la sentencia consensuada de 9 de julio de 2009.*

*Tal razonamiento no puede ser compartido por este Tribunal al infringir la previsión legal contenida en el artículo 236-13 de la Llei 25/ 2010 de 22 de julio del Llibre II del Codi Civil de Catalunya (CCCat) en el que de forma clara y expresa se establece que en caso de desacuerdo ocasional en el ejercicio de la potestad parental, la autoridad judicial, a instancia de cualquiera de los progenitores ha de atribuir la facultad de decidir a uno de ellos.*

---

<sup>141</sup> Art. 85.3 LJV.

En AAVV.: *Los procesos de familia: una visión judicial*, (Eduardo Hijas Fernández, coord.). Colex. 2009. Página 767, se expone: *“-a mi juicio- que se plantease dentro de un procedimiento contencioso, en la medida en que de la resolución de esa discrepancia pueda depender uno de los pronunciamientos de la sentencia”.*

<sup>142</sup> Según lo dispuesto por el art. 156, párrafo 2º del C.c., *“en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir la total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”.*

Art. 86 de la LJV: *“1. Se aplicarán las disposiciones de esta sección cuando el Juez deba intervenir en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores. También serán de aplicación en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial cuando el titular de la patria potestad fuere un menor de edad no emancipado y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor. 2. Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado. 3. Están legitimados para promover este expediente ambos progenitores, individual o conjuntamente. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, también estarán legitimados sus progenitores y, a falta de éstos, su tutor.”.*

<sup>143</sup> JUR 2012, 137130.

Es competente el mismo juzgado que acordó por Sentencia o resolución el ejercicio conjunto de la patria potestad, lo que ahora resulta refrendado por el art. 86.2 LJV.

<sup>144</sup> JUR 2013, 70042.

*En este caso concreto, efectivamente la sentencia a la que alude el Auto apelado establece que la patria potestad sobre el hijo menor de edad, Marc, de 14 años en la actualidad, se ejercerá de forma conjunta, comprometiéndose ambos progenitores a tomar de común acuerdo aquellas decisiones importantes que puedan afectarle.*

*En la solicitud inadmitida las discrepancias versan sobre la elección de colegio y cambio de domicilio del hijo común menor de edad. Consecuentemente, no ha existido incumplimiento del convenio homologado judicialmente que pueda ser dirimido y resuelto en el marco de ejecución del título como el Auto apelado indica sino que estamos ante un supuesto de discrepancia entre los progenitores en el ejercicio concreto de la patria potestad. Y el procedimiento a seguir en situaciones de desacuerdo o controversia en el ejercicio de la patria potestad es precisamente y conforme a lo establecido en la Disposición Adicional 10ª de la Llei 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad, y régimen económico matrimonial es el de jurisdicción voluntaria en tanto en cuanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia. La citada disposición en su apartado segundo dispone que será el procedimiento de jurisdicción voluntaria el que deba seguirse para ‘resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente’”.*

La cuestión es, pues, competencia exclusiva del Juzgador *a quo*, quedando excluida, como ya se ha apuntado, del sistema ordinario de recursos. Así lo subraya el **AAP de Madrid (Sección 22ª) de 7 noviembre de 2007, FD 2º<sup>145</sup>**, acerca de un supuesto de discrepancias sobre la mejor forma de ir vestida e incidencias en relación a la salud de la menor: *“impugnando igualmente el Auto de fecha 6 de febrero del corriente año, que confirma el Decreto dictado en 29 de julio de 2005, solicita dicho litigante que se requiera a doña Juana para que mantenga a la hija debidamente vestida, de acuerdo con la temperatura ambiente y que, para cualquier incidencia que afecte a su salud, cuando dicha menor se encuentre en su compañía, se dirija a la pediatra de la misma, siguiendo los tratamientos prescritos y absteniéndose de administrar a aquella medicamentos no determinados por la referida doctora.*

*Pero sobre no haberse justificado debidamente las conductas imprudentes que se achacan a la Sra. Juana, en relación con el cuidado de la común descendiente, es lo cierto que, conforme correctamente se refiere en el escrito de interposición del recurso, nos encontramos ante una problemática concerniente al ejercicio cotidiano de la patria potestad, que encuentra su regulación legal en el artículo 156 del Código Civil.*

*Dicho precepto proclama la validez de los actos que, en el ejercicio de dicha función, realice uno solo de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias, o en situación de urgente necesidad, y añade que, en la hipótesis de discrepancia entre aquéllos, con sometimiento de la cuestión al Juez, la decisión de este último no será susceptible de recurso alguno.*

*Tal condicionante legal impide a la Sala pronunciarse sobre una cuestión atribuida a la competencia exclusiva del Juzgador *a quo*, al quedar excluida del sistema ordinario de recursos”.*

---

<sup>145</sup> JUR 2007, 61309.



### 3.1.4.- Su contenido en caso de cese de la convivencia entre los progenitores

#### 3.1.4.1.- La patria potestad residual

Teniendo clara la distinción entre titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores, aun cuando vivan separados<sup>146</sup>, en contraposición al ejercicio individual de la asistencia diaria (que corresponde a uno o a ambos en función de la concreta modalidad de guarda), es preciso reseñar que el ALECP, en su propuesta de reforma de los arts. 92.3 y 156 del C.c., sigue respondiendo a principios sustancialmente idénticos a los que inspiran la normativa actual, al establecer como norma que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, en caso de cese de la convivencia entre los progenitores, serán conjuntos<sup>147</sup>, si bien ha de tenerse en cuenta que uno de los efectos inexcusables que produce el cese de la convivencia es no poder tener al hijo en su compañía, al no convivir los progenitores en el mismo domicilio con el menor, de ello que sea preciso determinar qué decisiones se han de considerar incluidas en el ámbito de la patria potestad residual<sup>148</sup> y cuáles no pueden adoptarse de forma unilateralmente por un progenitor sin el concurso del otro.

Al respecto, en el IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados celebrado en Valencia del 26 al 28 de octubre del 2009 se concluyó lo siguiente: *“en particular, quedan sometidas a este régimen y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas a la fijación del lugar de residencia del menor, y los posteriores traslados de domicilio de éste que lo aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, pública o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento del menor, de menos de 16 años, a tratamientos o intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas al menor y la realización por éste de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y, en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores”*.

---

<sup>146</sup> Salvo en los supuestos de *“ausencia, falta de capacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro”* (art. 156 ALECP).

<sup>147</sup> Dictamen del Consejo de Estado al ALECP: *“la única diferencia respecto de la legislación anterior radica en que, de acuerdo con el Anteproyecto, la decisión de atribuir el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores no podrá ser adoptada por ellos de común acuerdo en el convenio regulador sino que corresponde en exclusiva al Juez, tal y como estaba previsto antes de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y parece coherente con el carácter irrenunciable de la patria potestad. En tales términos, el Anteproyecto sigue respondiendo a principios sustancialmente idénticos a los que inspiran la normativa actual”*.

El Informe del Consejo Fiscal al ALECP (folio 15) afirma al respecto: *“en la página 8 se puede leer ‘en cuanto a la patria potestad, se introduce como norma que el ejercicio de la patria potestad será conjunto’. La reiteración de un sustantivo en la misma frase es claramente desaconsejable, por lo que debiera sustituirse por ejemplo por ‘en cuanto a la patria potestad, se introduce como norma que el ejercicio de la misma será conjunto’”*.

<sup>148</sup> Expresión, recuérdese, utilizada por Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Bosch. 2013. Página 392.

Luis Zarraluqui<sup>149</sup> enumera y clasifica lo que denomina “*aquellas funciones de relevancia que permanecen en el ejercicio de la patria potestad residual*”, separadas, por tanto, de la guarda. Lo hace por ámbitos.

En el ámbito sanitario: “*intervenciones quirúrgicas, tratamientos psiquiátricos y de larga duración, terapias de riesgo, internamientos hospitalarios y similares, con la elección de facultativos y centros, así como instrumentos terapéuticos y farmacológicos*”.

En el ámbito de la educación y formación de los menores: “*la determinación de alternativas de estudio, selección de centros, escuelas, academias o colegios, clases o instrucción complementaria, actividades deportivas, etc.*”.

En relación al ámbito de la religión: “*la concreción de la formación a recibir instrucción, religión, credo o doctrina concreta, actos, ceremonias o cultos a compartir, asistir o practicar o similares*”.

Más adelante, expone: “*las funciones de representar a los menores o administrar sus bienes, por su propia naturaleza, quedaría en la potestad residual...*”.

De lo expuesto, se deduce que el contenido de la patria potestad, cuando se produce el cese de la convivencia entre los progenitores, ha de concretarse adecuadamente<sup>150</sup>, debiendo llevarse a efecto por el progenitor no guardador el deber de velar por el menor, así como una labor de control y seguimiento de su desarrollo (tanto como control a las “*actividades*” o “*incentivos*” del progenitor guardador, como del propio menor, teniendo siempre en cuenta su interés).

### **3.1.4.2.- Los derechos del progenitor titular de la patria potestad y no guardador**

Asimismo, y como concreción de lo expuesto, resulta muy conveniente la determinación explícita y pormenorizada de los derechos del progenitor no guardador, los cuales son reconocidos expresamente por la Ley del Estado de Tennessee, en la que se ejemplifican, de manera práctica, algunos de ellos, en los siguientes términos: “*a relacionarse al menos dos veces por semana en horas y tiempo razonable; derecho de enviar cartas por correo fax o e-mail al niño; derecho a recibir aviso y la información pertinente cuando se factible, pero dentro de las 24 horas siguientes, de cualquier evento médico u hospitalización por enfermedad, e incluso por muerte del niño; derecho del progenitor no custodio a recibir directamente del colegio del niño copia de los informes de los tutores, calificaciones, archivos de asistencia, o cualquier otra eventualidad escolar, siempre y cuando el progenitor esté dispuesto al pago del coste del envío de dicha información; derecho de recibir copias de los informes médicos, psicológicos, etc. del niño, así como a las prescripciones médicas, y de la identificación del lugar de la*

---

<sup>149</sup> Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Bosch. 2013. Página 392.

<sup>150</sup> Dicha concreción del contenido resulta necesaria en los convenios reguladores y en las resoluciones judiciales, tanto a efectos de su conocimiento como ante eventuales incumplimientos y reclamación en sede civil o penal conforme al contenido del art. 5, apartado 6 d) de la LPVRF o del art. 618.2 del CP.

*consulta, siempre que el progenitor acepte hacerse cargo de los gastos de la emisión duplicada de estos informes; derecho a comunicarse con sus hijos sin presencia de terceras personas*”<sup>151</sup>.

Los derechos del progenitor no guardador han sido concretados, de manera pacífica, por la jurisprudencia, dado que el legislador no ha especificado qué aspectos de la vida del menor requieren el consentimiento de ambos progenitores y cuáles otros pueden ser decididos por un progenitor sin el concurso del otro, de manera que han debido ser nuestros jueces y tribunales quienes han ido determinándolas en sus pronunciamientos judiciales<sup>152</sup>.

La falta de concreción de tales materias, tanto en los convenios reguladores como en las resoluciones judiciales, ha acarreado una gran litigiosidad por la vía del proceso de jurisdicción voluntaria, como ya he expuesto más arriba, ante las discrepancias surgidas entre los progenitores no en la titularidad, que es siempre o casi siempre compartida, sino en el ejercicio diario de la patria potestad por la decisiones que no puede adoptarse unilateralmente por un progenitor sin el concurso del otro.

En este sentido, considero necesaria y urgente una solución legal de esta cuestión y para ello, propongo las siguientes materias para su análisis y consideración, a la vista de los conflictos que estas disputas, de forma recurrente, vienen presentando en la práctica<sup>153</sup>. En primer lugar, es preciso reiterar que la titularidad y el ejercicio conjunto es o debe ser la regla general<sup>154</sup> y el ejercicio solidario debe ser la regla excepcional, de manera que, en caso de omisión de un pronunciamiento al respecto, ya sea en el convenio en la resolución judicial, ésta ha de resolverse a favor de la regla general, dejando el ejercicio solidario para las situaciones de urgencia en contraposición a las ordinarias, según los usos sociales y familiares.

Al respecto, el concepto jurídicamente indeterminado contenido en el art. 156, párrafo 1º, inciso 2º del C.c. sobre urgencia o “*urgente necesidad*” debe ser interpretado y aplicado restrictivamente y, por tanto, no debe aplicarse a cualquier situación que pueda surgir en la vida del menor.

---

<sup>151</sup> Son palabras de José Luis Sariego Morillo (Abogado): “Los olvidados derechos de los progenitores no custodios”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 19, 2013. Lex Nova. Páginas 289 a 298.

<sup>152</sup> Recuérdese que en las Conclusiones del III Encuentro celebrado los días 28 a 30 de octubre del año 2008, los Magistrados y Jueces de Familia acordaron la conveniencia de especificar en sus resoluciones judiciales el contenido de la patria potestad.

<sup>153</sup> Tales conflictos son enunciados, de forma repetida, por nuestra jurisprudencia, por ejemplo, la SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 21 de noviembre de 2006 (JUR 2006, 49021), Antecedente de Hecho 1º; el AAP de Madrid (Sección 22ª) de 17 de febrero de 2006 (JUR 2006, 119297) y la SJPI núm. 29 de Madrid de 17 de junio de 2011 (Id Cendoj 28079110012013100736), Antecedente de Hecho 1º.

A la vista de ello, se elaboran diversas recomendaciones que son publicadas por entidades públicas con competencias en “Orientaciones de actuación en casos de patria potestad compartida” publicado por la Comunidad de Madrid.

[http://www.madrid.org/dat\\_este/documentos/Orientaciones\\_padres\\_separados\\_divorciados.pdf](http://www.madrid.org/dat_este/documentos/Orientaciones_padres_separados_divorciados.pdf)

<sup>154</sup> Al respecto, el art. 8 de la LPVRF dispone: “*la patria potestad se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores...*”.

Dicho de otro modo, está ligado a la excepcionalidad y a la necesidad de adoptar una solución de forma inmediata por tratarse de un aspecto que requiere una decisión pronta, como en el caso (casi exclusivo) de las urgencias sanitarias<sup>155</sup>.

Por tanto, no debe identificarse con cualquier intervención médica<sup>156</sup>, sino sólo aquella no prevista que no admita demora, de modo que el progenitor que en dicho momento se encuentre en compañía del menor deberá, en favor de éste y conforme al criterio médico<sup>157</sup>, adoptar una decisión al respecto, sin la previa consulta al otro progenitor<sup>158</sup>, siempre que ello esté plenamente justificado conforme a una interpretación restrictiva de la expresión “*situaciones de urgente necesidad*”.

Los progenitores, en ciertas ocasiones, han intentado plantear ante el Juzgado situaciones de hecho revestidas de urgencia con el fin de decidir unilateralmente cuestiones menores, que no son objetivamente urgentes, como vacunas o gastos extraordinarios relacionados con tratamientos no inmediatos, que, en buena lógica, han sido rechazados, pues la regla general en estos supuestos es que la decisión sobre el gasto extraordinario requiere el acuerdo de ambos progenitores, ya que la decisión de realizar un gasto extraordinario respecto de un hijo es una facultad integrada en la patria potestad.

Ejemplo de ello lo es el **AAP de Salamanca (Sección 1ª) de 30 de octubre de 2007, FD 2º**<sup>159</sup>: “*la sentencia de divorcio mantuvo en ambos progenitores la patria potestad de los hijos, por lo que a falta de ninguna otra disposición expresa en dicha sentencia, regirá para ambos cónyuges lo dispuesto sobre el particular en el art. 156 CC que en el caso*

---

<sup>155</sup> En las cuestiones de salud del menor deben diferenciarse los actos médicos urgentes y no urgentes, así como aquéllos que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos, los cuales requieren autorización judicial, debiéndose distinguir, a su vez, los prescritos como necesarios de los voluntarios, la medicina privada de la pública.

En este sentido, destaco que ha sido regulado expresamente el derecho de los padres a expresar su conformidad con los tratamientos que se aplican al menor. *Vid.* Resolución A2-25/86, de 13 de mayo de 1986 del Parlamento Europeo sobre la Carta Europea de los Niños Hospitalizados, la cual contempla en su apartado H el “*derecho de los padres o de la persona que los sustituya a expresar su conformidad con los tratamientos que se aplican al niño*”.

[http://www.juntadeandalucia.es/salud/export/sites/cs salud/galerias/documentos/c\\_2\\_c\\_11\\_derechos\\_ninos\\_hospitalizados/carta\\_europea\\_ninos\\_hospitalizados.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/salud/export/sites/cs salud/galerias/documentos/c_2_c_11_derechos_ninos_hospitalizados/carta_europea_ninos_hospitalizados.pdf).

<sup>156</sup> Al respecto, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: “*cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.*

*Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.*

<sup>157</sup> *Vid.* SAP de Valencia (Sección 10ª) de 15 de julio de 2014 (JUR 2014, 252392).

<sup>158</sup> En tales situaciones, o bien no puede recabarse la opinión del otro progenitor o bien, pudiendo recabarse, es preciso actuar antes. En este sentido, *vid.* AAVV.: *Comentarios al Código civil* (Rodrigo Bercovitz, dir.), Tomo II. Bosch. 2013. Página 1593.

<sup>159</sup> JUR 2008, 85623.

*de autos no ha sido respetado para los gastos que nos ocupan, que, sin que conste su carácter urgente e inmediato, fueron realizados por la ejecutante sin contar con el consentimiento ni expreso, ni tácito del ejecutado, que el propio Auto recurrido consideraba procedente obtener con carácter previo, según el párrafo 5º del Fundamento de Derecho 3º. Tales gastos de ortodoncia y nuevas gafas deben, pues, excluirse de la presente ejecución, sin que las noticias que sobre estos temas contase el hijo menor al padre puedan servir a los efectos del art. 156 CC como notificación previa generadora de un consentimiento tácito del padre, pues, en último caso, lo que el legislador busca es que la decisión sobre el devengo del gasto sea compartida por ambos titulares de la patria potestad, lo que aquí no existe”.*

En el mismo sentido, sobre la realización de un gasto extraordinario respecto del menor, en el caso de autos, derivado de gastos de guardería, se pronuncia el **AAP de Toledo (Sección 1ª) de 27 de mayo de 2010, FD 2**<sup>160</sup>: *“de otro lado y en cuanto a la alegación del recurso de que no existe precepto legal que imponga la previa comunicación y consentimiento del otro progenitor, sólo cabe señalar que es criterio reiterado de esta Sala que la decisión de realizar un gasto extraordinario respecto de un hijo, como bien reseña la parte recurrente en el recurso, es una facultad integrada en la patria potestad y el art. 156 del C.Civil determina que esta patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por uno con consentimiento del otro y que en caso de desacuerdo el progenitor puede acudir al Juez que atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre y dicho precepto sólo excluye actos realizados por uno de ellos conforme al uso social o en las situaciones de urgente necesidad y éste es el régimen que aplica el Auto apelado determinando que, sin mutuo acuerdo ni autorización judicial, el gasto derivado de la guardería no es vinculante para el padre a los fines de tener que contribuir al mismo.*

*Es más, la falta de urgencia o necesidad inminente de que la menor fuera atendida en una guardería, determina que constando en principio, y sin más entrar en el fondo, como posible la razón de la oposición del demandado (el acudir a guardería gratuita y no generar el gasto) es claro que la situación dada respecto de la hija no era tan inaplazable como para que la ejecutante no tuviera tiempo de acudir a obtener plaza en los servicios públicos de guardería, sin haber demostrado siquiera que lo intentara antes de acudir sin más a la privada con desconocimiento o en contra del otro titular de la patria potestad”.*

Ha de destacarse que los actos que no entren dentro de los supuestos de actuación unilateral previstos en la guarda ni tampoco sean excepcionales por su carácter urgente y no sean confirmados por el otro progenitor, son susceptibles de impugnación, como es el caso de los expedientes sobre cambio de nombre ante el Registro civil. Acerca de ello tuvo ocasión de pronunciarse la DGRN en su **Resolución de 26 de diciembre de 2006**<sup>161</sup>, por la que se deniega el cambio de nombre del hijo matrimonial al no concurrir el consentimiento del padre sin que constara que estuviera privado de su patria potestad. En su **FD 2º** afirma: *“se pretende el cambio de nombre de un nacido el 6 de diciembre 2005, hijo matrimonial, que insta la madre sin que conste en el expediente que haya habido intervención alguna del padre. Por la Juez Encargada se dictó Auto denegando la*

---

<sup>160</sup> JUR 2010, 237597.

<sup>161</sup> BOE de 26 de enero de 2007.

*solicitud, basándose en la falta de habitualidad en el uso del nombre propuesto y, consecuentemente, en la ausencia de causa”.*

Y continúa en su **FD 3º**: *“Examinado el expediente y con independencia del criterio mantenido en el Auto impugnado, se advierte que, tratándose del cambio de nombre de un menor y sin haber constancia de que el padre se halle privado de la patria potestad (cfr. art. 154 Cc) no ha tenido intervención promotora en el expediente, pese a ser igualmente representante legal del menor (cfr. arts. 156 y 162 Cc), siendo así que, conforme al principio general sentado en el párrafo primero del art. 156 del Código Civil, la patria potestad se ha de ejercer conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro, sin perjuicio de la validez de los actos realizados por uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad, sin que se pueda interpretar que la promoción de un expediente registral de cambio de nombre propio integre uno de los actos que forman parte del contenido ordinario y habitual del ejercicio de la patria potestad, ni tampoco, dado la excepcionalidad impuesta por el principio de la estabilidad del nombre, una de las actuaciones que usualmente son realizadas por uno sólo de los cónyuges.*

*Los actos realizados por uno sólo de los padres sin el consentimiento del otro, fuera de los supuestos de actuación unilateral previstos por la Ley, no habiendo sido confirmados por el otro progenitor, son actos anulables y claudicantes en tanto no precluya la posibilidad de la impugnación (cfr. art. 1.301 Cc), por lo que tales actuaciones individuales en el ejercicio de la patria potestad no pueden obtener el reconocimiento que de su validez implica la inscripción en tanto no se acredite debidamente la causa que conforme a la ley permite prescindir de la intervención del otro progenitor”.*

En segundo lugar, como materia básica de la patria potestad que ha de ser reconocida explícitamente por el legislador, destaco el siempre olvidado en los convenios reguladores y resoluciones judiciales derecho elemental de ambos progenitores a comunicarse libremente o sin restricciones y por cualquier medio con su hijo, siempre que no perjudique el interés de éste o sus hábitos (estudio, descanso, ocio, socialización con su entorno, etc.). De este modo, el derecho a comunicarse libre y sin restricciones debe supeditarse al ISM<sup>162</sup>.

Como he apuntado, este derecho-deber de comunicación progenitor-hijo<sup>163</sup> es, en muchas ocasiones, el gran olvidado de las relaciones paterno-filiales en las resoluciones judiciales en materia de atribución de guarda, pues el juzgador parece pasar por alto que, además del contacto o comunicación entre ambos propio de la estancia, también debe fomentarse y favorecerse dicha comunicación durante el periodo intermedio, esto es, el contacto ha de ser constante, lo que parece ser considerado como una cuestión menor al atribuir a uno

---

<sup>162</sup> El art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE, establece: “3. *Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”.*

<sup>163</sup> Este derecho debe diferenciarse, con claridad, del control parental de las comunicaciones del menor, con suficiente madurez, con terceros. Una cuestión es la comunicación padre-hijo y otra bien distinta la del hijo con terceros. Para un estudio más detenido, *vid.* el interesante trabajo del Magistrado José Luis Rodríguez Lainz: “El secreto de las comunicaciones en el Derecho de Familia (control parental y valor probatorio de comunicaciones entre integrantes de un núcleo familiar”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 65, 4º trimestre 2014. Página 42.

la guarda y al otro el derecho de estancias, sin establecerse nada en cuanto a las comunicaciones permanentes con su hijo. Sin embargo, lo considero una pieza básica y necesaria de las relaciones padre-hijo, que, en ocasiones, por la edad del menor, requiere la colaboración del otro progenitor para su efectividad<sup>164</sup>.

El hecho de no quedar recogida esta obligación de contacto o la forma de llevarse a efecto en la sentencia que regule las relaciones patero-filiales puede ocasionar problemas en la fase de ejecución de sentencia por incumplimiento parental.

Al respecto, el régimen de comunicación es de obligado pronunciamiento judicial, conforme, acertadamente, contempla el art. 92 bis, apartado 2 del ALECP: *“el Juez, asimismo, deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con ellos, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio”*.

Como ejemplo de los problemas relacionados con las comunicaciones (en este caso concreto, telefónicas) progenitor-hijo y su frecuencia, nos parece interesante el **AAP de Madrid (Sección 22ª) de 17 de febrero de 2006, FD 2º in fine**<sup>165</sup>: *“se exponen en el recurso de apelación las dificultades que existen en la relación telefónica entre el demandante Don Imanol y su hijo motivadas por la actividad laboral de la madre como auxiliar en un gerontológico del Ayuntamiento de Zaragoza, debiendo señalarse a este respecto que las discrepancias entre los litigantes sobre la intensidad y frecuencia de las llamadas deben ser resueltas por el juzgador de instancia previa audiencia de los mismos”*.

Igualmente, se ha destacado el derecho a la información y seguimiento previos a intervención o tratamientos médicos como aspectos propios del ejercicio de la patria potestad. Al respecto, destaco el **AAP de Madrid (Sección 22ª) de 23 de marzo de 2012, FD 1º**<sup>166</sup>: *“en el escrito que encabeza las presentes actuaciones, el Sr. Casimiro, tras relatar la actitud que, adoptada respecto de la menor por la progenitora custodia, califica de manipuladora y obstaculizadora de las relaciones paterno-filiales, acaba por suplicar del Juzgado que, previos los trámites correspondientes, dicte resolución por la que ‘se mande ejecutar la Sentencia requiriendo a Doña Maribel para el cumplimiento íntegro de la misma, siendo requerida para el cese de su actividad de adoctrinamiento a la menor Paula, en contra de su padre, así como que sea requerida para permitir y facilitar el derecho de comunicación entre padre e hija, requerida igualmente a efectos de facilitar en todos los sentidos, incluido el de salud, tanto la información como el seguimiento e intervención de todos los tratamientos médicos de la menor previo su realización, debiendo facilitar el ejercicio de la patria potestad del padre de la menor’”*.

De este modo, se reconoce a ambos progenitores el derecho a obtener información, en cualquier ámbito de la vida de su hijo, como la marcha escolar del menor (a través de

---

<sup>164</sup> Me refiero a supuestos de menores con capacidades de interactuar y comunicarse de 3 a 8 años aprox., pero que no tienen los medios para hacerlo, de modo que el progenitor no guardador requiere la colaboración del teléfono fijo o móvil del guardador para llevar a efecto esta comunicación.

<sup>165</sup> JUR 2006, 119297.

<sup>166</sup> JUR 2012, 179560.

tutorías separadas o conjuntas) y a participar (y ser informado) de las actividades del centro; acerca de los tratamientos o prescripciones médicos del niño, cuya presunción de consentimiento otorgado y relaciones cordiales desaparece para los profesionales intervinientes con menores en situación de divorcio o cese de la convivencia, así como a la hora de solicitar y recibir copias de los informes médicos, psicológicos<sup>167</sup>, etc.

En este sentido, es preciso destacar que, en cuanto al derecho que se reconoce al progenitor a ser informado por el centro escolar sobre el proceso de aprendizaje e integración socioeducativa de su hijo, se plantea si es suficiente, para ello, que el colegio remita al tablón de anuncios o a la página 'web' corporativa. Sobre esta concreta cuestión se pronuncia la **SAP de Valencia (Sección 8ª) de 20 de enero de 2010, FD 1º y 2º**<sup>168</sup>, en la que el centro escolar fue demandado: *“la sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró la obligación de la demandada de informar al actor sobre el proceso de aprendizaje e integración socioeducativa de su hijo, de notificarle las faltas de asistencia y retrasos, y las medidas educativas y disciplinarias en las que pueda verse incurso, condenándola a estar y pasar por esta declaración, absolviendo a la demandada del resto de pedimentos de la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas, y contra dicha sentencia interpone recurso de apelación la parte demandada solicitando su revocación y, en su lugar, se desestime la demanda contra ella formulada imponiendo las costas al actor”*.

El Tribunal afirma en el **FD 2º** de su Sentencia: *“de conformidad con la anterior argumentación, debe coincidirse con la parte apelante que la acción ejercitada por el actor al solicitar se declare ese derecho a recibir esa información por parte del Colegio demandado resulta improcedente por cuanto el Colegio no ha discutido nunca que el actor tenga derecho a recibir esa información. El Colegio demandado reconoce, y nunca lo ha negado, que el demandante tiene el derecho a ser informado sobre el proceso de*

---

<sup>167</sup> Al respecto, la lógica y las normas deontológicas de los respectivos colegios profesionales vienen recogiendo las pautas en las intervenciones con menor en situaciones de ruptura familiar, como las psicológicas, las cuales requieren el consentimiento informado expreso o tácito de los progenitores: *“el día 28 de noviembre de 2009 tuvo lugar una reunión de la CDE (Comisión Deontológica Estatal) en Madrid donde se prestó especial atención al ‘consentimiento informado en la intervención con menores inmersos en conflictos de familia”, dado que en todos los COPs se había evidenciado el aumento considerable del número de denuncias contra psicólogos/as, siendo el motivo más frecuente de queja el hecho de no haber recogido el profesional el consentimiento informado de ambos progenitores previamente a su intervención con los menores en procesos judiciales de nulidad, separación o divorcio”*.

*“Pautas para el logro del consentimiento informado por ambos progenitores: - El consentimiento informado ha de conseguirse de forma explícita antes de iniciar la intervención con los menores, entendiendo por ‘intervención’, el hecho ya de la 1ª entrevista con dichos menores. Para ello: 1. Informar al progenitor solicitante de que es indispensable el consentimiento informado del otro progenitor, antes de iniciar la evaluación de los menores, por lo que le rogamos que se lo comunique para que se ponga en contacto con nosotros lo antes posible.*

*Si dijera que no puede, o que no quiere hacerlo, o que ya lo ha hecho y que ha aceptado o bien que no quiere venir ni saber nada de este asunto (...), le rogamos nos facilite su dirección con objeto de mandarle un burofax a dicho progenitor, para informarle de la solicitud de la intervención de su hijo/a, para ‘confirmar que no tiene ningún inconveniente sino que está de acuerdo con la intervención que se pretende realizar’ (es preciso, evidentemente, habilidades por parte del profesional)”*. Disponible en la página web: <http://www.copclm.com/deontologia/articulos-deontologica/item/385-intervenciones-psicol%C3%B3gicas-realizadas-a-menores>.

<sup>168</sup> JUR 2010, 159269.



*aprendizaje e integración socioeducativa de su hijo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 8/1.985 reguladora del derecho a la educación, habiendo quedado acreditado, como así se recoge en la sentencia recurrida, que ha dado toda la información al demandante cuando éste se lo ha pedido, además de esa información recibida por otros medios, como es el tablón de anuncios o por la página 'web'. Por ello no puede compartirse el argumento de la sentencia apelada de que la entidad demandada se debería haber allanado parcialmente a la demanda, por cuanto aun siendo indiscutible que el demandante tiene ese derecho a recibir información, el Colegio demandado nunca le ha discutido ni negado ese derecho, y por lo que respecta a esos 'duplicados' a los que hace referencia la sentencia apelada, en cuanto medio de información que debió aportar el Colegio, debe coincidir con la parte recurrente en que el demandante en ningún momento ha solicitado que se aportara información concreta a un hecho acontecido a su hijo en una fecha o curso determinado, ni el actor solicitó se aportara esa información en su escrito de demanda, ni lo solicitó al Colegio en los seis años de permanencia de su hijo en el Centro Escolar. Por tanto, no puede condenarse a la entidad demandada a facilitar esa información cuando toda por la que fue requerida le fue facilitada al actor”.*

Sin duda alguna, el aspecto que mayor casuística y litigiosidad presenta es el cambio de residencia del menor<sup>169</sup>, al tratarse de un hecho esencial para la adecuada relación paterno-filial, entendido como cambio de domicilio, cuando éste se produce fuera del municipio de residencia habitual y traslado a otro diferente o al extranjero, salvo viajes vacacionales<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> En materia de empadronamiento, destaco la Instrucción 1/2006, de 7 de marzo, sobre la guardia y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores:

*VI.- Es evidente que la aprobación de un convenio que incluya régimen de custodia compartida exige un grado de consenso, colaboración y cooperación cualificadamente intenso por parte de los progenitores, por lo que el acuerdo en una cuestión de segundo orden como la analizada no habrá de revestir mayores dificultades.*

*VII.- Pueden, por tanto, sentarse las siguientes conclusiones:*

*1.º Los hijos menores han de ser empadronados en un solo domicilio, también en los supuestos de guarda y custodia compartida.*

*2.º El domicilio preferente será el de aquel de los progenitores con el que en cómputo anual el menor pase la mayor parte del tiempo.*

*3.º En los supuestos en los que los períodos de convivencia estén equilibrados hasta el punto de que no pueda determinarse con cuál de los padres pasa el menor en cómputo anual la mayor parte del tiempo, deberán ser en principio los propios progenitores quienes de mutuo acuerdo, elijan de entre los dos domicilios en los que el menor vive, aquél en el que ha de ser empadronado el menor.*

*4.º A fin de coadyuvar a un pacífico disfrute por parte del menor de su derecho a estar correctamente empadronado, los señores Fiscales velarán por que en los convenios reguladores, o excepcionalmente a falta de ellos, en las resoluciones judiciales en que se opte por una guarda y custodia compartida con tiempos de permanencia equilibrados se determine cuál ha de entenderse como domicilio del menor a efectos de empadronamiento.*

*Por lo expuesto, los señores Fiscales en el ejercicio de sus funciones de salvaguarda del superior interés de los menores velarán por el cumplimiento de la presente Instrucción”.*

<sup>170</sup> Me refiero a decisiones post-proceso judicial de divorcio, o bien no previstas en convenio o resolución judicial, tratándose de circunstancias sobrevenidas o hechos nuevos, pues lo natural es fijar el domicilio del menor en sede de sentencia de divorcio o de medidas.

En este sentido, debe precisarse que dicho cambio requiere autorización previa, sin que esté condicionado o limitado a que tenga que ser ineludible, forzoso u obligado, sino que debe atenderse a que, a la vista de las circunstancias y el interés del menor, resulte razonable o sensato, descartando la arbitrariedad de la medida por el progenitor guardador que lo insta en perjuicio del otro. Por consiguiente, esta medida ha de estar debidamente justificada y acreditada, sobre todo, porque los cambios de residencia a otra ciudad o a otra CCAA o país pueden suponer un cambio de idioma, colegio, cultura, amigos, etc., para el menor, además de afectar al derecho de estancias del progenitor no guardador y a las relaciones personales entre ambos. Preciso es destacar que, debidamente justificado, se considera un cambio sobrevenido de circunstancias que no conlleva, inexorablemente, un cambio de custodia.

El cambio de residencia del menor enfrenta, así, dos derechos: de un lado, el de libre circulación y residencia del progenitor guardador (reconocido en el art. 19 CE); de otro, la patria potestad y el derecho de estancias del no guardador<sup>171</sup>.

Así las cosas, debe analizarse la petición de cambio de domicilio caso por caso, sin que pueda aislarse el ISM respecto del de sus progenitores, pues el de éstos influye también en el de aquél, siendo evidente que la vida laboral (cuya importancia es indudable, al suponer el sustento económico) debe necesariamente conciliarse con la dedicación a los hijos.

En este sentido, se pronuncia el **AAP de A Coruña (Sección 4ª) de 9 de marzo de 2012, RAZONAMIENTO JURÍDICO 1**<sup>172</sup>. En este caso, la Audiencia analiza un supuesto de divorcio en el cual se atribuía a la madre la guarda y custodia de los hijos menores exigiéndose, en caso de desacuerdo de ambos progenitores, autorización judicial para los cambios de residencia de los menores fuera del municipio.

La madre pidió autorización judicial para trasladarse con sus hijos a Madrid por motivos laborales, alegando otras vinculaciones familiares y relaciones, resultando igualmente beneficioso para los menores, los cuales tampoco habían arraigado en A Coruña por su corta edad y, por tanto, no habría problemas de adaptación.

El padre se opuso por no tratarse de un cambio laboral forzoso sino totalmente voluntario, que perjudicaría el amplio régimen de visitas acordado mutuamente, así como el alejamiento del resto de la familia paterna, y resultaría contrario al interés de los hijos, además de que implicaría la necesidad de una modificación de las medidas de la sentencia de divorcio.

El Ministerio Fiscal apoyó la petición, considerando la corta edad de los hijos y su falta de arraigo o trastorno por el cambio, de modo que el hecho de salir perjudicado el padre se estimaba menos relevante.

El JPI denegó la autorización, por cuanto si bien era lícita la mejora en el puesto de trabajo, el traslado afectaría las relaciones con su padre, viéndose muy reducidas las

---

<sup>171</sup> En este sentido, destaco el contenido de la Editorial titulada “Cambio de residencia del progenitor custodio en relación a la custodia de los hijos”, publicada en *Revista de Derecho de familia*, abril-junio 2007, núm. 35. Páginas 255 A 259.

<sup>172</sup> JUR 2012, 137130.

visitas paternas, lo que sería contrario al ISM, no apreciándose la necesidad del traslado a Madrid al venir motivado por la voluntad de mejorar.

El Ministerio Fiscal impugnó tal decisión basándose en que el traslado de residencia no supondría ningún perjuicio al interés de los menores sino al contrario, debiendo darse preferencia en el conflicto al progenitor custodio, pues los desplazamientos a Madrid del no custodio para las visitas era la solución menos perjudicial y traumática respecto a dicho interés.

Por su parte, el padre, en su recurso, reprocha a la ex esposa ir confeccionando una situación laboral artificiosa para conseguir su propósito, sin importarle las consecuencias perjudiciales para los hijos.

La Audiencia, en su resolución, autoriza el cambio de residencia de los menores, alegando en el **FD 2º** de su Auto: *“en el presente caso, la solicitante ha justificado suficientemente sus mayores vinculaciones con Madrid y la oferta de un puesto de mayor nivel en esta ciudad en las oficinas centrales de la empresa multinacional en la que trabaja. Aunque no se haya acreditado un mayor sueldo (aunque sí el pago por el traslado de casi 13 mil euros de una sola vez y una ayuda para vivienda de más de 900 euros mensuales durante 7 años), se trata de un puesto de mayor rango y es una evidente mejora laboral, como viene a reconocer el propio Auto apelado. No podemos aceptar por falta de demostración que la negativa de ella la aboque a un futuro despido, pero sí es presumible que le resulte perjudicial, ya difusamente ya porque no vuelvan sus superiores a ofrecerle otra mejora ni le confíen otros puestos. Y es difícil poder decidir por ella en el tema profesional o responderle judicialmente que tendría que renunciar a la custodia de los hijos si acepta el puesto, pues sería tanto como sancionarle por una decisión laboral que no es artificiosa ni banal. Una situación tal abocaría a un cambio de custodia a favor del padre, lo que también afectaría a los hijos, no porque éste no fuera capaz de cuidarles sino porque se daría el mismo escenario que el del Auto apelado pero a la inversa: padres divorciados que vivirían en ciudades distintas, siendo la madre y no el padre la que tendría que viajar para relacionarse y visitar a los hijos, tras el consecuente reajuste de los tiempos a dicha situación.*

*Así pues, contrariamente a lo alegado por parte del padre al oponerse al recurso, el Ministerio Fiscal no desenfocó el problema ni olvidó el principio del beneficio de los menores ("favor filii").*

*Por otro lado, los hijos son todavía muy niños y carecen del suficiente arraigo en Galicia para pensar en riesgo alguno de desadaptación a una nueva vida en otra ciudad del mismo país. La experiencia demuestra que muchísimos niños y familias se trasladan a vivir a otras ciudades y regiones de España sin problema.*

*Es cierto que con el traslado los tiempos de visita intersemanal asignados al padre seguramente se verán imposibilitados y que las de fin de semana no podrían realizarse en su vivienda. Pero las alternativas no son traumatizantes ni realmente implican perjuicio para los hijos, que no quedarían sin relacionarse con el padre y la familia paterna, además de poderse modificar en lo necesario el reparto de tiempos y en su caso otras medidas de la sentencia en compensación o en adecuación a las nuevas circunstancias, lo que es otra cuestión a plantear en su caso a través del procedimiento correspondiente”.*

El problema es determinar qué sucede cuando la decisión de cambiar la residencia del menor ha sido adoptada, unilateralmente, por el progenitor guardador en virtud de su derecho a fijar libremente su residencia, sin que ello haya sido previsto en la resolución judicial que otorga la GC y sin contar con el consentimiento del otro progenitor ni tampoco con autorización judicial.

La cuestión planteada y analizada por la **SAP de Murcia (Sección 4ª) de 16 de febrero de 2012**<sup>173</sup> versa sobre el criterio jurídico aplicable al cambio de residencia sobrevenido, decidido, de forma unilateral, por el progenitor custodio que se marcha a otro domicilio en compañía del hijo menor de edad a su cargo, cuando la resolución judicial no recoge previsión alguna sobre dicho particular. El Tribunal afirma en el **FD 3º** de su Sentencia: *“por lo tanto, si el cambio de domicilio no es en el mismo barrio de la propia población en la que se ha fijado en la sentencia, y no afecta a aspectos más trascendentes, como el cambio de colegio o a la dificultad para las relaciones sociales y familiares (sobre todo con el progenitor no custodio), necesariamente, se ha de obtener la autorización judicial prevista en la sentencia de primera instancia, no sólo para el cambio de residencia al extranjero, sino también en el resto del territorio nacional e, incluso de la Región de Murcia o dentro del propio término municipal, pues ha de tenerse en cuenta que la extensión de éste podría implicar una afectación al resto de situaciones que se vienen enumerando.*

*La citada solución es la más aceptada por los Tribunales del país, como las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Gerona, de 3-11-2005, Castellón, Sec. 2ª, de 14-10-2008, Granada, Sec. 5ª, de 20-3-2009 y Madrid, Sec. 22ª, de 15-1-2010. Esta última establece:*

*‘Ciertamente es, como se afirma en el escrito de formalización del recurso, que dicha unilateral decisión, y en lo que concierne exclusiva y personalmente a Dª Fátima, se encuentra perfectamente amparada por el artículo 19 de la Constitución; pero no acaece lo mismo en lo que afecta a la común descendiente, ya que la asignación a dicha progenitora de su guarda no implicaba, en modo alguno, la privación al otro progenitor de la titularidad o del ejercicio de la patria potestad, o de alguna de las facultades de la misma, pues, según se hizo constar en el referido convenio, ambos padres ostentarían de modo compartido la referida función’.*

Incluso tal doctrina ha tenido plasmación legislativa en el CCCat., en concreto, en su art. 139.4<sup>174</sup>, que sujeta específicamente a la determinación conjunta de los padres (autorización expresa o tácita) o, subsidiariamente, a la autorización judicial, *“para decidir el tipo de enseñanza”, “para disponer su patrimonio más allá de lo necesario para atender a sus necesidades ordinarias” o “para variar el domicilio del hijo o hija menor”, pero circunscribe este último caso, con acierto, a que sea “de forma que lo aparte de su entorno habitual”.*

Consciente el legislador de la litigiosidad que generan estas situaciones, ha propuesto la reforma del art. 96 del C.c. en el ALECP: *“el Juez podrá aprobar, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, las medidas que*

---

<sup>173</sup> JUR 2012, 90598.

<sup>174</sup> Hoy, el art. 236-11, apartado 6º del CCCat.

*pacten los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquéllas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda digna. Igualmente deberá determinarse un domicilio de los menores a efectos de empadronamiento”.*

Dada la trascendencia del cambio de residencia del menor y sus efectos inmediatos a todos los niveles, parece prudente establecer, expresamente, que el derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos ha de ser conjunto o, subsidiariamente, ha de contar con autorización judicial, como así expone el Dictamen del Consejo de Estado al ALECP:

*“No merece el mismo juicio favorable el nuevo inciso segundo que el Anteproyecto incorpora al párrafo primero del artículo 156 del CC, a cuyo tenor: ‘El derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad y el domicilio del empadronamiento corresponderá a los titulares de la patria potestad, con independencia de cuál sea el progenitor que ostenta la guarda y custodia de los mismos’. Esta previsión merece dos consideraciones:*

*- En primer lugar, cabe observar que, en una situación de nulidad, separación o divorcio, el derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos, como todas las facultades inherentes a la patria potestad, corresponde a quienes ejerzan ésta, que, en principio, serán los mismos progenitores que ostenten su titularidad, salvo que el Juez decida atribuir dicho ejercicio a uno de ellos, tal y como se prevé expresamente en el proyectado artículo 92.3 del CC. De este modo, es correcto desligar este derecho del ejercicio de la guarda y custodia, pero no lo es vincularlo a la titularidad de la patria potestad, dado que, en determinadas ocasiones, el ejercicio de ésta podría recaer total o parcialmente en uno sólo de los progenitores, que debe ser quien determine ese domicilio.*

*- En segundo término, no puede hablarse de un derecho a decidir el domicilio a efectos de empadronamiento, pues tal domicilio no depende ni puede depender de la voluntad de las partes sino que será el que resulte de la aplicación de las normas administrativas pertinentes a las que en un momento anterior ya se ha hecho referencia.*

*En definitiva, la determinación del lugar de ‘residencia habitual’ constituye una decisión que debe incardinarse dentro de la titularidad de la patria potestad, junto con la ‘educación’, la ‘salud’ y el ‘bienestar’ de los hijos, en los términos establecidos en el nuevo artículo 92.3 del CC, que no resultan coherentes con lo dispuesto en el inciso segundo del párrafo segundo del proyectado artículo 156 del CC. Este inciso debería ser suprimido, llevándose al artículo 92.3 del CC, con todo el detalle que se quiera o resulte pertinente, las cuestiones que forman parte del ejercicio de la patria potestad y no de la guarda y custodia de los hijos.*

*• En el supuesto de separación de hecho de los cónyuges, resultan actualmente de aplicación los vigentes artículos 156 (‘Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio’) y 159 (‘Si los padres vivieren separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al*

*cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años’) del CC.*

*La simple lectura de ambos preceptos pone de manifiesto la incongruencia entre sus respectivas formulaciones, que la doctrina científica ha intentado evitar interpretando que el artículo 156 del CC es aplicable a los padres casados que viven separadamente, mientras que el artículo 159 del CC lo es a quienes, sin convivir juntos, tienen un hijo no matrimonial. Con todo, la misma doctrina ha destacado que el establecimiento de soluciones diferentes en uno y otro precepto -fruto de la sucesión de reformas legislativas en este ámbito- carece de sentido.*

*Para remediarlo, el proyectado último párrafo del artículo 156 del CC dispone: ‘Aunque los progenitores vivan separados, la patria potestad se ejercerá por ambos, salvo que el Juez resolviera, en interés de los hijos, que aquélla sea ejercida total o parcialmente por aquél con quien los hijos convivan’. El Consejo General del Poder Judicial (pág. 72) y el Consejo Fiscal (pág. 46) han manifestado su conformidad con este criterio, previsto para la hipótesis de que los cónyuges -estén o no casados- vivan separados, por resultar coherente con el establecido en el artículo 92.3 del CC en caso de nulidad, separación o divorcio del matrimonio. El Consejo de Estado coincide asimismo con este parecer”.*

Recientemente, se ha pronunciado al respecto el TS sobre el cambio del domicilio de un menor de España a Brasil fijando doctrina al respecto. Se trata de la **STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 20 de octubre de 2014**, que en su **FD 2º**<sup>175</sup> afirma: “2. *Ocurre en este caso que hay un evidente desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hijo, razón por la que se ha acudido a la autoridad judicial, que lo ha resuelto manteniendo al hijo bajo la custodia de su padre en España; pronunciamiento que no responde al interés del menor afectado por una solución indudablemente conflictiva, pero ajustada a una realidad, cada vez más frecuente, que no es posible obviar, como es el de matrimonios mixtos. Y es que una cosa es que el padre tenga las habilidades necesarias para ostentar la custodia del niño, y que no se aprecie un rechazo hacia alguno de ellos, y otra distinta el contenido y alcance de esas habilidades respecto de un niño, de corta edad, que ha creado unos vínculos afectivos con su madre con la que ha permanecido bajo su cuidado desde su nacimiento hasta la fecha, incluido los dos años de separación de hecho en el que marchó de Tomelloso a Burgos, ciudad en la que fijó su residencia, con contactos mínimos y esporádicos a partir de entonces con su padre. El cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no sólo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de éste como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de este interés para impedir el traslado, como argumenta la sentencia, soslayando la valoración relativa a si el menor está mejor con su padre que con su madre, a la que tampoco concede la guarda ante la posible permanencia en España. La seguridad y estabilidad que proporciona el núcleo materno no se garantiza con la permanencia de la madre y el hijo*

---

<sup>175</sup> RJ 2014, 5376.

*en España. No es posible obligar a la madre a continuar en un país que no es el suyo y en un entorno familiar, que tampoco es el del niño, al haberlo abandonado durante más de dos años, para hacer posible sus expectativas familiares y laborales vinculadas al interés de su hijo, al que va asociado, y es que, el respeto a los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores.*

*3.- En consecuencia, se casa la sentencia y, asumiendo la instancia, se acepta la sentencia del juzgado en la que se valora la prueba que determina la autorización que niega la Audiencia previa valoración de las circunstancias concurrentes y se fijan alimentos a favor del hijo a cargo del padre. Las circunstancias que ha tenido en cuenta son estas: a) doña Candelaria tiene su familia directa en Brasil, no sólo a su padre y hermanos, sino también a otro hijo de 17 años; b) don Rómulo mantiene malas relaciones su familia por lo que el entorno familiar y de allegados resulta insuficiente para cuidar de su hijo si encontrara trabajo, y c) se protegen las comunicaciones del hijo con el padre mediante un justo y equilibrado reparto de gastos de desplazamiento Brasil-España-Brasil.*

*4.- Se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: el cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él”.*

Considero que dicha doctrina sentada por el TS debería incorporarse, literalmente, en el art. 156 C.c. propuesto por el ALECP.

Otro aspecto de la vida cotidiana del menor que constituye contenido de la patria potestad y que debe ser consensuado o decidido por el juez en caso de discrepancia entre los progenitores es el relativo a la elección inicial o cambio de centro escolar, bien en atención a la ubicación geográfica, bien a los principios morales-familiares sobre los modelos de enseñanza (colegios religiosos o laicos) o bien por sus consecuencias económicas (privados, concertados o públicos).

En el ámbito educativo, son igualmente válidas tanto la enseñanza privada como la pública, sin poder jerarquizar una sobre la otra, si bien el cambio de colegio del menor y las decisiones relativas a su educación y formación habrán de ser adoptadas por ambos progenitores, conforme a lo dispuesto por el art. 156 del C.c. En este sentido se pronuncia la **SAP de A Coruña (Sección 4ª) de 10 de septiembre de 2008, FD 3<sup>o</sup>176**: *“otra consideración previa a realizar es que los modelos de enseñanza tanto pública como privada son válidos y legítimos para abordar la educación de los menores, siendo decisión de sus progenitores optar por uno u otro sistema, sin que quepa atribuir mayor bondad a uno de ellos en detrimento del otro. Tal cuestión tampoco se plantea en tales términos por el recurrente. Lo importante, en definitiva, es que en el centro escolar el menor se encuentre integrado y con un aceptable rendimiento escolar.*

*Hallándose comprometido el interés y beneficio del menor, y gozando los padres de capacidad económica al respecto, sin perjuicio de los ajustes en las contribuciones alimenticias que, en su caso, procedieran, no es el criterio económico el conformador de un elemento de juicio decisivo para abordar la presente desavenencia en el ejercicio de la patria potestad, que no olvidemos es conjunta y que, por lo tanto, el cambio de colegio*

---

<sup>176</sup> AC 2008, 1725.

*del menor y las decisiones relativas a su educación y formación habrán de ser adoptadas por ambos litigantes, como reza la cláusula primera del convenio regulador antes transcrito e impone la legislación positiva (art. 156 del CC)*<sup>177</sup>.

Las discrepancias parentales en dicho ámbito podrían, en muchas ocasiones, ser evitadas si las Administraciones públicas implantaran en la escolarización del menor (tanto en centros públicos como privados) modelos normalizados que requirieran la firma de ambos progenitores para la aceptación de la matriculación, elección de asignaturas optativas y demás trámites escolares<sup>178</sup>.

Otra cuestión relacionada con la anterior es la decisión acerca de la realización por el menor de actividades extraescolares o complementarias, celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión o equivalentes en otras confesiones religiosas), importantes para la adecuada formación y desarrollo del menor.

En este sentido, a nivel religioso<sup>179</sup>, destaco la **STS (Sala de lo civil) de 27 de febrero de 1980**<sup>180</sup>: *“casados los litigantes civilmente, siendo en ese momento ambos pertenecientes a la secta religiosa Testigos de Jehová, la actora solicita la separación matrimonial por malos tratos de su esposo, en este momento converso a la Religión Católica.*

*...no deje de influir, circunstancialmente como uno de los factores a tener en cuenta, el que a la salud o incluso la vida de la menor, pueda estar afectada, de quedar al cuidado de la madre, de no poder ser objeto de una transfusión de sangre si ello fuera necesario, dadas las normas sobre ello de las creencias religiosas de ésta, lo que salva la recurrida sentencia, acordando que la custodia de la hija menor de dicho matrimonio quede encomendada al padre, resolviéndose sobre las medidas procedentes, en relación con esta patria potestad, en ejecución de sentencia, pues aunque es declarada inocente la madre lo es en relación a los malos tratos de palabra y de obra inferidos por el marido, pero cuya conducta en nada es contraria en cuanto pudiera afectar a la menor cuya custodia se le encomienda; por todo lo que el motivo ha de ser desestimado y con ello el propio recurso”.*

Más reciente es la **SAP de Castellón (Sección 2ª) de 23 de octubre de 2007, FD 4º**<sup>181</sup>: *“frente a la solicitud del padre, católico practicante, la madre, que en la comparecencia*

---

<sup>177</sup> En la misma línea, pero en relación a una menor en situación de desamparo, *vid.* el AAP de Madrid (Sección 24ª) de 12 de septiembre de 2012, FJ ÚNICO (JUR 2012, 382288), que considera que el centro tutelar donde la menor se encuentra acogida está obligado a pedir autorización judicial sobre la elección de centro educativo, por constituir dicha decisión una de las funciones propias de patria potestad contenida en el art. 156 del C.c.

<sup>178</sup> *Vid.* Modelos de renovación de matrícula, cambio de centro escolar, etc.  
<http://www.juntadeandalucia.es/educacion/webportal/web/portal-escolarizacion/infantil-0-3-anos/impresos>.

<sup>179</sup> En relación a las actividades o celebraciones relativas a creencias religiosas, es preciso diferenciar la vertiente interna y externa de la libertad religiosa. Para mayor estudio sobre la cuestión, *vid.* Aurelia María Romero Coloma: “Libertad religiosa del progenitor frente al beneficio del menor”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 33 octubre-diciembre 2006. Páginas 295 a 302.

<sup>180</sup> RJ 1980, 1012.

<sup>181</sup> JUR 2007, 228244.



*de medidas provisionales manifestó expresamente que no se oponía a esa pretensión de su esposo, en la vista principal se mostró en contra alegando que prefería que su hijo eligiera la religión que quisiera al alcanzar la mayoría de edad. Estas manifestaciones contradictorias de la madre parecen responder más a un fin de contrariar a su esposo en plena contienda judicial que a motivos de peso, pues parece incongruente que, habiendo celebrado su matrimonio los cónyuges en la forma católica, y habiendo bautizado al hijo, lo que supone una aceptación siquiera tácita de un modo de vivir y pensar determinado, se oponga ahora a seguir proporcionando al menor una formación que sigue la misma línea que la mantenida por los esposos hasta ahora. Además, la excusa de que prefiere que el hijo decida por sí mismo al alcanzar la mayoría de edad resulta inconsistente, por cuanto que, de todos modos, el hijo decidirá por sí mismo al ser mayor de edad, e incluso antes, pero mal podrá hacerlo durante sus años de formación no recibe ningún conocimiento de las enseñanzas religiosas. Resulta conceptualmente difícil, por no decir imposible, que alguien que nunca ha estado en contacto con el hecho religioso decida, por el mero hecho de alcanzar la mayoría de edad, hacerse cristiano, musulmán, budista o de cualquier otra religión. En principio, la formación religiosa (del tipo que sea) es una faceta más (y no la menos importante) de la formación integral de la persona, siempre que no sea una imposición y se desarrolle en el respeto a la libertad ideológica de todas las personas (en la que se incluye también el no profesar ninguna creencia religiosa). Por ello, se autoriza al padre a procurar una formación del hijo en la religión que profesa, sin que ello suponga en ningún caso una imposición".*

Y continúa, en su **FD 5º**, destacando que los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa, así como el papel fundamental que tienen los padres en la educación religiosa de los hijos, como formación integral de los mismos.

Tras ello, concluye en su **FD 6º**: *“por el contrario, el proyecto del Sr. Cosme está en sintonía con las creencias que la familia (incluida la apelante, cuanto menos en apariencia, en momentos importantes de la vida familiar) había venido profesando hasta ahora. El matrimonio se celebró en forma canónica; y el hijo habido en el matrimonio fue bautizado. Tampoco parece que se pueda decir que la apelante sea persona que en la madurez de su vida se haya desligado de las creencias religiosas, vista la alusión a ‘Dios’ que aquella realiza en la carta de 5-5/02 por ella escrita (y por ella aportada al proceso) obrante al folio 203. Y tal y como se indicó en la sentencia de primera instancia, ni siquiera consta que la apelante se opusiera frontalmente a la pretensión del padre. En el interrogatorio a que fue sometida en el Auto de la vista del proceso principal, no expresa su oposición terminante a ello, limitándose a manifestar preferencia de que su hijo vaya a un ‘colegio laico’. Ya hemos aludido a lo amplio y genérico que resulta el pronunciamiento entendido en la sentencia de la primera instancia (en la que nada se decide con respecto del tipo de colegio al que deba ir el niño); y es perfectamente compatible que el menor curse sus estudios en un ‘colegio laico’, con el hecho de que su padre le eduque en la ‘fe católica’.*

*Lo que será importante es que, teniendo las partes proyectos diferentes sobre la educación religiosa de su hijo (en general, siempre que se produce una discrepancia entre los progenitores con respecto a un asunto o cuestión atinente a sus hijos), la conducta de aquéllos venga presidida siempre por el buen sentido y por el designio de dispensar protección preferente del superior interés del menor. De ser así, no nos cabe duda que la pluralidad de educaciones religiosas, o de educaciones para acercar al*

*menor al hecho religioso, no puede dejar de ser beneficiosa y enriquecedora para el menor”.*

## **3.2.- PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD**

### **3.2.1.- Causas y cauces civiles de privación**

Para cerrar el presente Capítulo, es preciso hacer una breve exposición sobre la privación de la patria potestad o corresponsabilidad parental.

Entre los derechos y facultades propias de las relaciones paterno-filiales contemplados en el art. 154 del C.c. que corresponde a ambos progenitores de manera conjunta, pueden diferenciarse, en su contenido, de un lado, aquéllos aspectos personales: “*velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*”; y, de otro, los de índole patrimonial: “*representarlos y administrar sus bienes*”<sup>182</sup>.

Pues bien, si el citado precepto establece el contenido de la patria potestad, el art. 169 C.c. contempla las causas de su extinción, la cual se acaba por muerte de los progenitores o del hijo, por la emancipación o por la adopción de éste, mientras que el art. 170 del mismo Cuerpo legal establece cuando “*se podrá*” y qué requisitos han de concurrir para la privación (temporal, parcial o total) de la corresponsabilidad parental cuando el ejercicio de la misma pudiera resultar contrario a los intereses del menor.

En concreto, el art. 170 del C.c.<sup>183</sup> establece que se pueda privar total o parcialmente a los progenitores de su patria potestad mediante sentencia fundada en el incumplimiento probado de los deberes inherentes a la misma, inobservancia de los mismos que ha de ser constante, grave y peligrosa para el hijo. La privación es, pues, excepcional y drástica.

Es preciso advertir que la patria potestad puede ser recuperada cuando cese la causa que motivó su privación *ex art. 170.2 del C.c.*, de ahí que goce de una temporalidad, ya que

---

<sup>182</sup> En relación al contenido patrimonial (representar y administrar sus bienes) de la patria potestad, es preciso señalar que también puede presentarse un conflicto cuando los intereses de los titulares de aquella y los del hijo sean contrarios e incompatibles en un asunto determinado. *Vid.* STS de 5 de junio de 2012 (RJ 2012, 6700), FD 5º.

<sup>183</sup> En el mismo sentido está redactado el art. 170 del ALECP: “*cualquiera de los progenitores –en realidad, dice el padre o la madre- podrá ser privado total o parcialmente de la patria potestad -dice de su potestad- por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.*

*Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.*

el legislador la contempla como medida excepcional que, por derecho natural, debe tender a desaparecer cuando también desaparece la causa que motivo la privación<sup>184</sup>.

Estas causas pueden fundarse en un origen voluntario (en cuyo caso la privación tiene carácter de sanción ante la conducta inadecuada y perjudicial para el menor), frente a otras de origen involuntario, habiéndose considerado causas involuntarias aquellas originadas o que traen causa en el padecimiento de enfermedades graves e invalidantes para el normal desarrollo de la corresponsabilidad parental, ya sea por naturaleza física o bien psicológica que impiden el cumplimiento adecuado de las funciones esenciales o bien por repercutir negativamente dicha enfermedad en el menor.

Esta declaración del legislador sobre la privación es genérica y abierta, al no precisar el C.c. qué conductas o enfermedades concretamente considera determinantes y de tan grave sanción (en el caso de acciones voluntarias) o medida (en el supuesto de enfermedades), debiendo ser los Tribunales, los que decidan, caso por caso, qué incumplimientos son merecedores del reproche legalmente previsto, en función de su gravedad o reiteración.

Hemos de precisar que no es causa suficiente para privar a un progenitor de la patria potestad cualquier enfermedad mental, debiendo ser ésta grave e invalidante, adoptándose tan decisión como medida protectora del menor, como establece la **SAP de Alicante (Sección 4ª) de 4 de abril de 2014, FD 2º**<sup>185</sup>: *“conforme a lo expuesto, la privación de la patria potestad reviste un carácter excepcional, habiendo de basarse en circunstancias extremas, que determinen que la continuidad de las relaciones paterno filiales, ponga en peligro la educación o integridad del menor, no bastando la sola concurrencia de una circunstancia que, en principio, habilite dicha privación. Y así, aunque el artículo 170 del Código Civil habla de incumplimiento de los derechos inherentes a la patria potestad en cuanto causa de privación de la misma, no puede tener éste, el sólo significado y efecto de censura o sanción de una conducta omisiva, habiendo de valorarse la procedencia de esa privación en función del principio de ‘favor filii’, esto es, sólo cuando el interés del menor aconseje o imponga la adopción de tan drástica medida. Es cierto que consta acreditado en auto la enfermedad mental que padece la madre y sus consecuencias pero en el momento actual y como mantiene el Ministerio Fiscal, no existe*

---

<sup>184</sup> Cabe, por tanto, la rehabilitación cuando queda acreditado, mediante el juicio prospectivo, que ha cesado la circunstancia que motivó la privación de la patria potestad, siempre desde el prisma del interés del menor, como así destaca la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 6 de junio de 2014 (RJ 2014, 2844), FD 2º: *“es cierto que corresponde al juez analizar si se ha habido un cambio de circunstancias con posterioridad al momento en que se produjo esta declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. La sentencia recurrida lo hace de una forma meramente abstracta, anteponiendo el interés de los progenitores al del niño, sin valorar de forma concreta el interés del menor por estar otra vez bajo la potestad de sus padres biológicos. Se limita a señalar que los padres son personas normales y que en principio no hay ninguna circunstancia que les incapacite para ejercer sus funciones, pero prescinde de analizar si las circunstancias actuales son compatibles con un desarrollo integral, físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad y la incidencia que el posible cambio al reintegrarse a su familia biológica puede tener en todos estos aspectos, teniendo en cuenta su edad y el tiempo de convivencia con sus padres acogedores, con los que está perfectamente integrado, como sostiene el Ministerio Fiscal. Lo que es cierto es que difícilmente puede hablarse de normalidad con episodios tan graves para la salud y la integridad del menor, como los descritos en la sentencia del Juzgado en un periodo fundamental de su vida y en los que están directamente implicados”*.

<sup>185</sup> JUR 2014, 254363. En la misma línea, con anterioridad, la SAP de Madrid (Sección 24ª) de 5 de junio de 2012 (JUR 2012, 231953), FJ 3º.

*prueba alguna que justifique la medida solicitada por el padre, pues los hechos alegados, no son suficientes para privar a la madre del ejercicio de la patria potestad como interesa el apelante, por lo que debe desestimarse su pretensión”.*

Tampoco la drogadicción es determinante de la adopción de tan excepcional medida, aunque sí cuando aquélla lleva aparejada circunstancias relevantes para la vida del menor, como establece la **SAP de Madrid (Sección 22ª) de 15 de octubre de 2013**<sup>186</sup>. Considero que debe ser causa de privación cuando el consumo habitual de drogas evidencia un auténtico y total abandono de sus hijos, despreciando y desoyendo los deberes inherentes a su condición de madre, como pone de manifiesto la **SJPI núm. 5 de Tudela (Provincia de Navarra) de 12 de noviembre de 2013**<sup>187</sup>: *“asimismo, consta igualmente que Dña. S. L. V. arrastra un pasado de consumo habitual de drogas que no habría abandonado en la actualidad. Según se desprende de todo lo anterior se evidencia que Dña. S. L. V. ha abandonado no sólo físicamente el domicilio familiar, sino que ha llevado a cabo un auténtico y total abandono de sus hijos, despreciando y desoyendo los deberes inherentes a su condición de madre de dos niños de 6 y 2 años. Tal maniobra de la madre colocaría a los niños en una situación de total desprotección material y afectiva, ya que ella es la titular de la patria potestad y en consecuencia la persona obligada a proporcionarles el sustento y protección en las condiciones que anteriormente veíamos, máxime tratándose de unos niños tan especialmente vulnerables dada su escasa edad. La demandada, con la huida emprendida hace ya 10 meses, se ha desinteresado por completo de sus hijos, no ha velado por ellos, no los ha tenido en su compañía, no los ha alimentado ni educado, ni desde luego les ha proporcionado formación integral. En definitiva, Dña. S. L. V. ha incumplido voluntariamente los más elementales deberes de la patria potestad, referidos en este caso a la facultad de la guarda y custodia, que de facto no está ejerciendo. Sirva además como muestra la actitud mantenida ante este proceso judicial en el que se enjuicia su idoneidad para ejercer la guarda y custodia, en el que no se ha personado a pesar de haber sido legalmente citada”.*

Se ha considerado base de la privación (como sanción) la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, como destaca la **STS de 18 de octubre de 1996, FD 4**<sup>188</sup>: *“evidentemente, la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual, supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada, y a este respecto, los presupuestos establecidos en las sentencias recaídas en primera y segunda instancia fueron los siguientes: -no consta suficientemente probada una conducta agresiva del demandado hacia la hija, -en cuanto al aspecto económico se ha probado que el padre enviaba a la madre unas cantidades mínimas durante el año 1984, sin que conste si tales*

---

<sup>186</sup> JUR 2014, 5652.

<sup>187</sup> AC 2013, 1267.

<sup>188</sup> RJ 1996, 7507.

*entregas continuaron, -consta que la tenía incluida en la cartilla de Seguridad Social, - se ha seguido relacionando con la hija”.*

En este sentido, es opinión pacífica (sin perder de vista el criterio restrictivo a seguir a la hora de decidir la adopción o no de la medida) privar de la patria potestad cuando, de manera voluntaria y reiterada, se constata la desatención al desarrollo del menor, con el consiguiente abandono y desprotección total del hijo<sup>189</sup>.

En esta línea, destaco, entre otras, la **SAP de Madrid (Sección 22ª) de 25 de mayo de 2001, FD 4º**<sup>190</sup>: *“nada de ello sucedió de modo que durante el tiempo así transcurrido, el padre desatendió el crecimiento, alimentación, educación, la evolución y desarrollo vital, en definitiva, de Andrea de 13 años de edad en la actualidad, de la que no se ocupó y con la que no contactó durante tan largo tiempo y, quien acorde con todo ello, en la exploración judicial practicada en la inmediatez de la primera instancia manifestó ‘no querer estar con el padre’, porque ‘lleva mucho tiempo sin verle y sin que se preocupase de ella’”*; la **SAP de Córdoba (Sección 2ª) de 16 de octubre de 2002, FD 3º**<sup>191</sup>, la cual establece como causa de privación de la patria potestad la desatención de la menor, más reprochable en los primeros meses o años de vida: *“total omisión por el demandado de los deberes de asistencia material y moral respecto del hijo menor, desde los primeros meses de su vida, cuando la atención de ambos progenitores son absolutamente indispensables, por lo que la medida de privación de la patria potestad, aunque en extremo dura para el padre, resulta una medida indispensable de protección de los intereses superiores del menor –actualmente integrado en la familia materna– o mejor dicho, necesaria para la protección integral del menor conforme al mandato constitucional”*; la **STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 11 de octubre de 2004, FD 2º**<sup>192</sup>: *“cumplido cuanto se apunta con anterioridad, procede confirmar la sentencia del Juzgado de Familia, que privó de la patria potestad al padre, previa consignación de que desde el día en que nació la menor, los únicos deberes que ha probado haber cumplido el padre respecto a su hija son el pago de algunas mensualidades de pensión, y ello debido a que la madre tuvo que reclamarle judicialmente alimentos para su hija. La consideración del incumplimiento especificado como grave no impide el control previsto en el artículo 158 del Código Civil, reiterado en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero (protección jurídica del menor), ni el derecho del menor a ser oído, ni a su información adecuada, debiendo buscarse su desarrollo integral, de acuerdo con su personalidad, ni las prestaciones alimenticias*

---

<sup>189</sup> STS de 9 de julio de 2002 (Id Cendoj: 28079110012002102369), ANTECEDENTE DE HECHO 1º: *“en consecuencia, y habiéndose atribuido en la sentencia de instancia, el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre, en cumplimiento de lo al respecto prevenido en el último párrafo del artículo 156 del Código Civil, extremo éste que ambas partes asumen, no se aprecia sin embargo por la Sala circunstancias de especial gravedad que impongan o aconsejen el excluir al otro progenitor de la titularidad de tal potestad”*.

Y afirma en su FD 1º: *“la despreocupación y alejamiento temporal al menos externo y formal, sin perjuicio de la concurrencia de posibles desavenencias con la madre, no constituye causa suficiente para decretar privación de la patria potestad, ya que, tampoco estamos ante un supuesto de desamparo total al menor (Sentencias de 5-10-1987 y 11-10-1991), razones todas suficientes para el rechazo del motivo”*.

<sup>190</sup> AC 2001, 1505.

<sup>191</sup> JUR 2002, 274676.

<sup>192</sup> RJ 2004, 6642.

*impuestas al padre que contempla el artículo 110 del Código Civil, que trascienden a la patria potestad y función familiar, todo ello conforme a las previsiones contenidas en su artículo 39 de la Constitución Española, de manera que tampoco resultará inútil recordar la protección familiar contenida en los artículos 226 y 228 del Código Penal de 1995, nada de lo cual impedirá en el futuro que, en beneficio o interés de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieren cesado las causas que motivaron la privación (artículo 10-2 del Código Civil); y la **SAP de Palencia (Sección 1ª) de 20 de febrero de 2014, FD 2º**<sup>193</sup>, en la cual se acuerda la privación de la patria potestad por las ausencias del domicilio familiar de la madre por motivos laborales, teniendo que ocuparse del cuidado y atención de la menor los abuelos maternos y la tía de la niña: “*tampoco parece que su dedicación a su hija sea la correcta cuando no se ausenta del domicilio, pues su horario no lo compatibiliza con el de la niña, siendo sus abuelos o la tía quienes la mayoría de los días llevan a la menor al colegio y la recogen al finalizar el horario escolar. Constan sendos informes, uno de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León y otro del Área de Servicios Sociales de la Diputación de Palencia que vendrían a destacar por un lado la desatención por parte de la apelante respecto del cuidado de su hija, su actitud negligente, horarios diferentes, falta de colaboración, y por el contrario el buen hacer, cuidados y atención de los abuelos maternos evitando que su nieta se encuentre en estado de desprotección. A mayor abundamiento, el Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado Decano confirma las impresiones negativas respecto de la apelante en el sentido que ha delegado sus funciones de parentalidad en terceras personas, que ni colabora con los Servicios Sociales, ni asume su tanto de responsabilidad, y lo mismo puede decirse del historial que remite la Guardia Civil, puesto de Venta de Baños en relación con algunas diligencias en las que la apelante aparece bien como denunciante, bien como denunciada*”.*

Como he indicado, este abandono de las funciones tuitivas debe ser voluntario y continuado, tanto en lo relativo a la ausencia de relación personal del progenitor con el hijo como al período de tiempo, debiendo responder a causas únicamente imputables a la voluntad del progenitor<sup>194</sup>.

En este sentido, no procede la privación cuando la desatención es forzosa y temporal, como expone la **STS de 31 de diciembre de 2001, FD 2º**<sup>195</sup>: “*el único motivo del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación incorrecta del artículo 172.1 del Código Civil e inaplicación del apartado 2 de este*

---

<sup>193</sup> JUR 2014, 71798.

<sup>194</sup> Así lo expone Aurelia María Romero Coloma (abogada): “La falta de relación del progenitor con el hijo (o hijos) menor de edad como causa de privación de la patria potestad”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 36, julio-septiembre de 2007. Página 272: “*como regla general se observa, a lo largo de las Sentencias que he tenido ocasión de consultar y analizar, que no se priva al progenitor incumplidor de sus deberes de la patria potestad siempre que éste haya demostrado algún interés hacia el hijo menor, o haya hecho intentos, aunque sean frustrados, de comunicarse y tener relación con él, teniendo en cuenta un factor importante: siempre que el otro progenitor ponga obstáculos, trabas o impedimentos a su ex consorte en el sentido de no facilitar la comunicación o relación personal con el hijo menor, la Jurisprudencia va a ser reacia a privar, en estos casos, de la patria potestad, porque entiende que el progenitor incumplidor lo ha sido no por propia voluntad o libremente, sino debido a la coacción o presión del otro*”.

<sup>195</sup> Id Cendoj: 28079110012001101784.

*precepto, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta que la situación de desatención respecto a los hijos de la recurrente fue forzosa y temporal (apenas duró tres días), y se debió a problemas familiares graves, de manera que esta actitud no justificaba una constitución de tutela, sino sólo la de una mera guarda temporal- se desestima”.*

Asimismo, con base en lo dispuesto en el art. 111.2 del C.c., la determinación judicial de la filiación contra la total oposición del padre biológico del menor y absoluto desinterés del demandado a asumir su paternidad produce *ope legis* la exclusión (no privación) de la patria potestad, quedando a salvo las obligaciones de velar por el hijo y prestarle alimentos. Como regla general, la exclusión de la patria potestad conlleva también la de los apellidos.

En este sentido, se pronuncia la **SAP de Islas Baleares (Sección 3ª) de 24 de julio de 2013, FD 3º**<sup>196</sup>: *“junto a la privación de la patria potestad fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (artículo 170 del Código Civil), el artículo 111.2 de este texto legal excluye de la patria potestad al progenitor cuando la filiación ha sido judicialmente determinada contra su oposición, exclusión que, como dice la Sentencia de 2 de Febrero de 1999, se impone por Ministerio de la Ley, no por Sentencia, y que se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y, demandado, no se allana a la pretensión, aunque, como no podía ser de otro modo, acepte la decisión judicial tras seguir el proceso, matizando la STS de 10 de Julio de 2001 que ésta liberación así impuesta sólo puede darse cuando la determinación de la filiación se haya producido con oposición del progenitor, oposición que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundados seriamente. Además, como apunta la Sentencia antes citada de 2 de Febrero de 1999, basta ver el artículo 111 cuando concluye que sobre los poderes excluidos ‘quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos’ y, con el cumplimiento de tales deberes y el ejercicio materno de la patria potestad, queda cubierto el interés preponderante del menor. Respecto a dicho supuesto ha de tenerse presente que el precepto establece una exclusión – ‘restricciones’ le llama- - del ejercicio de la patria potestad y de la participación de derechos hasta que se ponga término a la medida a instancia del menor o de su representante y en la forma que el artículo establece además de conceder una liberación, respecto a la obligación legal de los apellidos, salvo petición contraria también, del hijo en ello interesado o de su representante legal. Pero esta liberación así impuesta solo puede darse, se reitera, cuando a la determinación de la filiación se haya producido oposición del progenitor, oposición que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ‘ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundamentados seriamente”.*

Más adelante concluye: *“En aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al caso hoy sometido a la decisión de este Tribunal, consideramos que concurren los requisitos derivados de lo previsto en el artículo 111.2 del Código Civil, dada la conducta, tal como ha quedado expuesta en el Fundamento de Derecho segundo de la presente resolución, de total oposición y desinterés del demandado a asumir su paternidad respecto del menor, sin que el hecho de que reconociera ser el padre en el acto de la vista, implique*

---

<sup>196</sup> JUR 2013, 277487.

*desvirtuar tal constatación ya que el demandado nunca dudó de tal hecho, lo que implica un plus de desidia y desinterés respecto de la filiación del menor. En consecuencia, se estima el motivo y se declara que el demandado Sr. Clemente queda excluido del ejercicio de la patria potestad y demás funciones tuitivas, a salvo de las obligaciones de velar por su hijo y prestarle alimentos”.*

El legislador ha previsto diferentes cauces procesales para alcanzar dicha resolución de privación de la responsabilidad parental en sede civil.

La primera posibilidad procesal es acudir al proceso específico, el ordinario civil previsto en la LEC-2000, cuyo único objetivo es determinar la privación, siendo competencia territorial del Juez del domicilio del menor por aplicación del art. 769.3 de la citada Ley Rituaria<sup>197</sup>.

La segunda posibilidad procesal es plantear dicha solicitud, paralelamente, a una demanda principal o reconventional, el seno de un proceso matrimonial o sobre medidas respecto del menor, siendo la privación de la patria potestad una medida que puede acordarse en dicho procedimiento<sup>198</sup>, conforme a lo dispuesto por el art. 92.3 C.c.: *“en la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello”*<sup>199</sup>.

Asimismo, se prevé que si conforme a lo establecido en el art. 170 del C.c. se tiene noticia o se revela en el seno del proceso matrimonial que existe causa de privación de la patria potestad y es suficientemente acreditada, el Juez podrá acordarla por sentencia, debiendo en ella determinar las funciones que resultan privadas. El progenitor afectado por la medida excepcional de privación (total o parcial) de la patria potestad, queda apartado, temporalmente, de los derechos y obligaciones que aquella comporta, lo cual debe ser debidamente concretado en la sentencia sobre la causa de la privación, ya que el principio que debe presidir estas decisiones es el de intervención mínima.

---

<sup>197</sup> En relación a la competencia territorial (el domicilio del menor conforme al art. 769.3 de la LEC) y el tipo de procedimiento civil sobre privación de la patria potestad (juicio ordinario), el expuesto es el criterio seguido mayoritariamente, frente al minoritario que lo considera incardinable en el proceso previsto en el art. 748.4 LEC-2000. A favor del criterio mayoritario, *vid.* el ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 14 de mayo de 2013 (RJ 2013, 4950), FD 7º: *“II. FUNDAMENTOS DE DERECHO. 1 Planteada la cuestión de competencia entre el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Medina del Campo y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Vera, en un juicio ordinario sobre privación de la patria potestad, procede atribuir la competencia al primero de ellos, en plena conformidad con el informe emitido por el Ministerio Público que atiende a que el domicilio de la menor se encuentra en la localidad de Medina del Campo. El criterio de aplicar a este tipo de juicios el fuero competencial previsto en el artículo 769.3 LEC, ha sido sostenido por esta Sala en sus recientes Autos de 13 de noviembre de 2012 y 2 de octubre de 2012 -conflictos números 200/2012 y 146/2012, respectivamente-”.*

<sup>198</sup> *Vid.* art. 236.6 del CCCat.

<sup>199</sup> Conforme al ALECP, el art. 92.3 del C.c. quedaría redactado como sigue: *“la patria potestad, como corresponsabilidad parental, será ejercida conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, salvo que en interés de los hijos se acuerde por el Juez que lo sea total o parcialmente por uno de ellos.*

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



Y la tercera vía procesal, ligada al proceso penal instruido y enjuiciado contra el progenitor, como pena accesoria a la condena por la comisión de ciertos delitos.

La adopción de la medida de privación produce, como efecto inmediato, que el progenitor no pueda participar o decidir sobre aquellas cuestiones propias de la titularidad de la patria potestad que ya han sido debidamente descritas, siendo el otro progenitor quien decida sobre aspectos como la elección del facultativo del menor, tratamientos médicos e intervenciones, el centro escolar donde cursar la formación o educación, actividades religiosas, etc. De otro modo, la privación de uno de los progenitores hace recaer la titularidad exclusiva en el otro. Si ambos progenitores resultaran privados de la patria potestad, habría que acudir a la institución de la adopción o tutela.

Dado que se trata de una medida drástica y que, como tal, debe ser apreciada restrictivamente, sin poder seguirse criterios generales sino decretándose de manera casuística<sup>200</sup>, es preciso insistir en que tanto la privación de la patria potestad como su recuperación están condicionadas al beneficio del menor.

Así lo destaca la **SAP de Girona (Sección 1ª) de 27 de noviembre de 2013, FD 2º**<sup>201</sup>: *“así lo establece el artículo 39.2 de la Constitución Española, en cuanto impone a los poderes públicos una actuación que asegure la protección integral de aquellos. Lo propio hacen los artículos del Código Civil 154, en cuanto exige un ejercicio de la patria potestad en interés de los mismos, y 170.2, que condiciona la recuperación de la patria potestad al beneficio de ellos. De otro lado, la privación de la patria potestad, total o parcial, no constituye una sanción perpetua, sino condicionada (tampoco necesariamente) a la persistencia de la causa que la motivó, como establece el artículo 170.2 del Código Civil al regular la recuperación de aquélla”*.

Y continúa en su **FD 3º**:

*“Esta misma Sección manifestaba en sus SS de 23.11.2011 (R 390/11) y 18.04.2012 (R 195/12) que, el Tribunal Supremo es claro cuando establece que la privación de la patria potestad no debe fundamentarse en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha institución, sino en el interés del hijo. Así, en Sentencia de 24 de abril del año 2000*

---

<sup>200</sup> De este modo, se decidió no decretar la privación de la patria potestad, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 de julio de 2004, FD 2º (RJ 2004, 4371): *“la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Bilbao, dictó sentencia con fecha 21 de enero de 1997, cuya parte dispositiva es como sigue: fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Eloy contra María del Pilar así como la reconvencción a contrario: 1 Debo declarar y declaro no haber lugar a la privación de la patria potestad de D. Eloy sobre su hijo menor Armando, acordando que la guarda y custodia del mismo corresponda a su madre Dª María del Pilar.– 2. Debo declarar y declaro el derecho del demandante a gozar de un régimen de visitas respecto a su hijo Armando, no señalando un régimen de visitas concreto sino oficiando, una vez firme esta resolución, al Equipo de Asesoramiento Técnico del Departament de Justicia de la Generalitat para que realice un programa de seguimiento, de obligado cumplimiento para las partes, en el marco del cual dicho equipo señalara las visitas que, en beneficio del menor, deban efectuarse en cada momento, informando cada seis meses a este Juzgado del resultado del citado programa así como de cualquier novedad relevante que afecte al menor.– 3. Que debo fijar como pensión alimenticia a favor del menor Armando, a cargo de su padre D. Eloy la suma de 35.000 ptas. mensuales, en la forma y condiciones señaladas en el tercer fundamento de esta resolución, que se da por reproducido.– todo ello sin hacer expresa condena en costas ni de la demanda ni de la reconvencción. La Audiencia Provincial, Sección Dieciocho de Barcelona, dictó sentencia en grado de apelación en fecha 21 de septiembre de 1999, en la que confirmó íntegramente la anterior”*.

<sup>201</sup> JUR 2014, 53692.

*dijo que ‘la patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro Derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (art. 2). Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses. Por ello, la propia Convención, en su art. 9.1 después de establecer que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño’ (en similar sentido, sentencia de 22-3- 1999)”.*

Esta privación deja al progenitor sin la posibilidad de participar en las decisiones de la vida del menor, pero no impide que siga ejercitando su labor de vigilancia y control (ésta es pública, en el sentido que atañe a toda la sociedad) conforme al contenido del art. 158 del C.c. (“*en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria*”), así como su derecho a relacionarse con él (arts. 94 y 160 del C.c.<sup>202</sup>), como también puede hacerlo cualquier pariente, salvo que se considere perjudicial dicho contacto para el menor y conste explícitamente en la resolución judicial de privación de patria potestad<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> Art. 94.1 C.c.: “*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.*”; en el mismo sentido, el art. 160.1 del mismo Cuerpo legal: “*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*”.

Así lo hizo la **SAP de Madrid (Sección 24ª) de 14 de septiembre de 2005 (JUR 2005, 234682), ANTECEDENTE DE HECHO 2º**: “*que en fecha de 2 de noviembre de 2004, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Móstoles, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador SR. BELTRÁN MARÍN en nombre y representación de Melisa contra Emilio debo declarar y declaro la separación de los citados cónyuges, decretándose las siguientes medidas.*

*PRIMERA- La patria potestad sobre los hijos menores Leticia y Jesús Carlos quedará a nombre de ambos progenitores, pero será ejercida de forma exclusiva por Melisa. Emilio no podrá ver a los menores ni comunicar con ellos (...)*”.

Y se adopta dicha medida porque, como establece en su **FD 3º**: “*...que concluye afirmando la existencia de un problema de pedofilia exclusiva y limitada a incesto, que le ha sido diagnosticada al recurrente, la que entraña riesgos para sus hijos, lo que justifica la confirmación íntegra de la sentencia disentida, con desestimación del recurso de apelación que nos ocupa, por concurrir una causa lo suficientemente grave como para determinarnos a mantener el ejercicio de la patria potestad por la madre en exclusiva, en el momento actual, y sin régimen de contactos ni visitas, al ser inviable un sistema normalizado, y por razón del perjuicio informado que a los menores ocasionaría el permanentemente vigilado al que pudiera acudir, por no permitir una evolución normal de las relaciones paterno filiales, que de hecho, en potencia, generaría en los niños desajustes importantes, y existiendo una situación real de riesgo que determina como la opción más adecuada para Leticia y Jesús Carlos, así como la más segura, no fijar régimen de visitas con su progenitor masculino*”.

Ahora bien, debo insistir en que la limitación o suspensión del derecho de los progenitores de visitar y relacionarse con un menor es competencia exclusiva de los órganos judiciales, que podrán adoptar dicha medida en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada, sin que esté prevista la suspensión de este derecho por decisión administrativa (salvo de forma cautelar, dando traslado para ratificación o modificación judicial), al tratarse de un derecho básico del menor<sup>204</sup>.

Acerca de ello se pronuncia la **STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 4 de noviembre de 2013, FD 2º**<sup>205</sup>: “*pues bien, la afirmación de la sentencia de que, acordada la suspensión de las visitas por el órgano administrativo, no es preceptivo dar cuenta a la autoridad judicial de tal medida, por lo que la medida cautelar, en sí misma, no es nula y lo que podía haberse atacado es la falta de notificación al tribunal, lo que no se hizo, no se corresponde ni con el artículo 161 ni con lo dispuesto en la Convención. Si conforme al artículo 160 del CC los progenitores tienen derecho a relacionarse con sus hijos, incluso si han perdido la patria potestad, con mayor razón ostentarán tal derecho si esa patria potestad se encuentra suspendida, como es el caso del acogimiento del menor, del artículo 172.1 CC. La medida de impedir la relación de la niña con su madre biológica*

---

<sup>204</sup> En este sentido, el contenido del art. 14 de la Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 y el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE.

<sup>205</sup> RJ 2013, 7074.

*es una medida importante en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia y sólo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada, lo que no ocurre en este caso, en el que no existiendo norma autonómica de cobertura, se otorga esta competencia a la Administración competente por extensión y sin fundamento, en vez de declarar su nulidad por no contar, para acordarla, con la debida autorización judicial”.*

Pese a la privación, seguirán siempre vigentes, en todo caso, respecto al progenitor privado de responsabilidad parental, aquellas obligaciones previstas por el art. 110 del C.c. (“*el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos*”), y ello porque tales deberes nacen por mandato constitucional.

En cuanto a la prestación de alimentos u obligación legal de prestar alimentos al hijo, ésta no deriva de lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes del C.c. (de los alimentos entre parientes), sino, reitero, directamente de la CE<sup>206</sup>, lo que conlleva que se configure como un deber exigible, incluso, en supuestos de privación de la patria potestad, tratándose, por tanto, de un deber de carácter imperativo e incondicional, al ser inherente a la filiación.

Al respecto, se pronuncia la **SAP de Madrid (Sección 22ª) de 25 mayo de 2001, FD 3º<sup>207</sup>**: “*en esta tesitura es claro que concurren los requisitos legales para la pretendida privación de la patria potestad, así solicitada y con lo que el padre –sin vinculación alguna su manifestación a los efectos de esta medida, por lo anteriormente señalado–, mostró su conformidad lo que así se acordará, y ello al margen, claro está, de la subsistencia de las obligaciones paternas, en cuanto a que los deberes de alimentos, educación, etc., de los padres respecto de los hijos deben ser observados por aquéllos, sea cual sea la situación conyugal y las medidas que se adopten en torno a la patria potestad, disponiendo al efecto, el art. 110 del CC que el ‘padre y la madre aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y prestarles alimentos’.*

*Por ello, y por cuanto los alimentos por su naturaleza y condición no pueden ser objeto de transacción o pacto (art. 1814 del CC, propios de los hijos, arts. 1810 y concordantes del mismo texto legal) ni cabe en torno a ellos renuncia o transmisión (art. 151 del CC) no procede sino mantener lo acordado en torno a la pensión alimenticia fijada en la sentencia de instancia, siendo inoperante a tales efectos, y por lo anteriormente expuesto, la expresa renuncia de la madre, y todo ello, sin perjuicio, claro está, de su efectiva reclamación en fase de ejecución de sentencia, razones todas por las que, con estimación del recurso planteado, procede revocar la sentencia apelada, acordando así la privación de la patria potestad de don José Luis J. P. respecto de su hija Andrea, en cuanto su efectiva y real falta de interés en el cumplimiento de la obligación legal de los deberes propios de la patria potestad para con su hija, aboca irremediabilmente a la inoperancia de su ejercicio –que no procede a mantener a título meramente formal, vacío del contenido– dadas las relaciones personales en las que aquélla asienta, y ello sin perjuicio, como es natural, de lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 170 del CC, en cuanto*

---

<sup>206</sup> El art. 39.3 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos: “*los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*”.

<sup>207</sup> AC 2001, 1505.

*a su eventual recuperación, cuando en interés de la menor, ello fuere procedente en los márgenes previstos en la Ley”.*

### **3.2.2.- Causas y cauces penales de privación**

Especial interés tiene, en esta materia, el tratamiento actual de la privación de la patria potestad en el CP, más aún si tenemos presente la escasa atención prestada a los malos tratos familiares en dicho Cuerpo legal hasta hace poco tiempo, por razones tradicionales, al considerarlos propios de la esfera privada.

En la actualidad, la privación de la patria potestad es extensamente recogida en el CP: art. 149.2 previsto para las mutilaciones genitales (*si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz*); art. 189, en supuestos de pornografía infantil<sup>208</sup> (*“7. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior”*); el art. 192.3, en relación a los autores o cómplices de los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, además de la pena prevista en el art. 192.2 como agravante de *“inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad”* por tiempo de 6 meses a 6 años, o bien la privación de la patria potestad; el 220.4 relativo a los supuestos de suposición y ocultación de parto, entregas a terceros, sustitución de niño por otro (*“podrá ser castigado con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad”*); el art. 221, previsto para los supuestos de entrega a otra persona un hijo mediando compensación económica (*“inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de 4 a 10 años”*); el 225 bis, para los supuestos de sustracción de menores<sup>209</sup> (*“inhabilitación especial para*

---

<sup>208</sup> Redactado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

<sup>209</sup> A los efectos del art. 225 bis del CP, se considera sustracción: *“1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.*

*3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.*

*4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.*

*Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.*

*Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.*

*el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de 4 a 10 años”); el 226.2 en relación a la dejación voluntaria del cumplimiento de los deberes comprendidos en el art. 154 C.c.; y el art. 233.1 previsto para los supuestos de abandono o práctica de la mendicidad (“inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda” de 4 a 10 años).*

También, como pena accesoria, se contempla en el art. 46 del CP, según la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 22 de junio, durante el tiempo de condena: *“la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.*

*A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas”.*

Y, finalmente, en los delitos de malos tratos, amenazas y coacciones contemplados en los arts. 153, 171, 172 y 173 del CP, según la redacción por la LOMPIVG<sup>210</sup>, se contempla hasta con cinco años de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, repitiéndose, en todos ellos, la misma redacción en cuanto a la necesidad de actuar en interés del menor: *“cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de ....”.*

Además, se configura como auténtica novedad la posibilidad de instaurar dicha medida de privación sometida al plazo que se disponga en la resolución, como consecuencia de la investigación judicial penal e, independientemente, del proceso civil, ya que la actual

---

*5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas”.*

<sup>210</sup> Las situaciones de violencia hacia los menores e integrantes del núcleo familiar es recogida por la EM de la LOMPIVG en el Exponendo II *in fine* en los siguientes términos: *“la situación de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia, la Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”.*

En los procesos de violencia de género (adscritos a los JVM), al igual que en el resto de procesos matrimoniales, ya sea mediante la adopción o denegación de las órdenes de protección, o ya sobre los procesos de separación y divorcio ante el JVM u ordinarios ante el Juez de Familia en los que existen hijos menores, se da la circunstancia de que las partes del proceso, víctima – denunciado / demandante – demandado, claramente enfrentadas entre sí, tienen, al mismo tiempo, la obligación de velar en el seno del procedimiento por los intereses superiores de sus hijos representándolos.

redacción del art. 65 de la LOMPIVG<sup>211</sup> permite, en sede de medidas cautelares, la suspensión temporal de la patria potestad, si bien ello ya estaba previsto en el art. 158 del C.c., así como en el art. 156, párrafo 2º del mismo Cuerpo legal, para los casos de desacuerdos reiterados entre los padres o de presencia de una causa que entorpezca gravemente su ejercicio, en cuyo caso el Juez puede atribuirle total o parcialmente a uno de los padres, siendo una medida cuyo plazo máximo de duración no puede exceder los dos años.

Esta medida habrá de acordarse respetando las garantías o principios de proporcionalidad y necesidad de la misma, conforme a lo previsto en el art. 68 de la LOMPIVG: *“las medidas restrictivas de derechos contenidas en este capítulo deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa”*.

La actual redacción del ya citado art. 65 de la LOMPIVG<sup>212</sup> incide en la “necesidad” de la suspensión, si bien expone que se podrá suspender para el inculcado por violencia de género, y, para el caso de no acordarse, el Juez deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores, adoptando las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución, lo cual constituye una novedad, aunque no aclara el legislador qué resortes o medios materiales son los idóneos para realizar dicho seguimiento y la periodicidad de los mismos.

La novedad de la LOMPIVG radica en que los JVM, en sede de medidas de protección previstas en los arts. 65 y 66<sup>213</sup> de la citada Ley, pueden adoptar, como medidas cautelares durante la sustanciación de la causa penal, medidas provisionales penales y civiles. Para ello, no resulta necesario que el menor sea la víctima del acto de violencia de género, y ello por cuanto la prohibición se acuerda respecto del *“inculcado por violencia de*

---

<sup>211</sup> Este precepto ha sido recientemente redactado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en cuya DF 3ª se lleva a cabo la modificación de la LOMPIVG, reformando sus arts. 1.2, 61, 65 y 66.

<sup>212</sup> Art. 65 de la LOMPIVG. *“De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores. El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependen de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”*.

<sup>213</sup> Art. 66 LOMPIVG: *“De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores. El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependen del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”*.

*género*”, de manera que el menor podrá o no ser el sujeto pasivo de la acción u omisión en que haya consistido dicha violencia<sup>214</sup>.

En este sentido, se pronuncia la FGE, en su Circular 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género: *“H.4.- Suspensión de la patria potestad o la custodia de menores. También resulta muy positiva la regulación explícita de la suspensión de la patria potestad o custodia como medida cautelar durante la sustanciación de la causa y resulta acorde con la introducción de la inhabilitación especial para el ejercicio de los mismos derechos como pena principal en los nuevos delitos de los artículos 153, 173.2 (redacción LO 11/2003) 171.4 y 5 y 172.2 (redacción LO 1/2004) en determinados supuestos. Esta medida resultará especialmente necesaria si las circunstancias que concurren son graves posibilitando su adopción e incluso su mantenimiento como tal medida cautelar hasta la sentencia firme sin necesidad de acudir al proceso civil. La regulación de esta medida debe ponerse en relación con el art. 46 CP, reformado por la LO 15/2003, regulador de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, donde se incluye como novedad que se pueda acordar respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado.*

*Ahora bien, dado el ámbito de aplicación previsto en la LOMPIVG, sólo será aplicable cuando la violencia sobre los menores guarde conexión con la situación de la mujer, quedando subsistente, por tanto, la necesidad de establecer su previsión específica como medida cautelar en el elenco de posibilidades que proporciona el art. 544 bis LECrim para abarcar los supuestos de conductas delictivas graves dirigidas contra los menores, etc., sin relación con situaciones de violencia de género, aunque conforme al art. 544 ter LECrim podrá ser adoptada como medida civil en la orden de protección si el hecho está relacionado con la violencia doméstica.*

*Conviene recordar, por último, que se trata de medidas de suspensión, por lo que la privación de tales derechos sólo cabe imponerla por sentencia y en relación con aquellos delitos que expresamente prevean la correspondiente inhabilitación especial como pena”.*

Para decretar la privación de patria potestad (en causa penal<sup>215</sup>) por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma no existen criterios generales (al igual que, hasta ahora, para determinar el interés del menor), de manera que la jurisprudencia ha sido contradictoria en cuanto a la determinación de qué supuestos de incapacidad del progenitor para cumplir tales deberes conllevan la privación de aquélla.

---

<sup>214</sup> Como ya he tenido oportunidad de exponer, la DF 3ª de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha modificado la LOMPIVG, ampliando el ámbito o sujetos pasivos (mujer e hijos menores), el cual pasa a ser el siguiente: *“2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”.*

<sup>215</sup> Las medidas se acuerdan en sede de un proceso urgente de orden de protección, ante el Juzgado de Instrucción especializado (JVG) y la sentencia será dictada por el Juzgado de lo penal, al resultar competente para enjuiciar delitos.



Así, para ofrecer una idea al lector, la comisión del delito de parricidio ha sido determinante para adoptar la medida de privación de la patria potestad, como aconteció en el caso enjuiciado por la **STS de 2 de octubre de 2003, FD 1º**<sup>216</sup>: “... sólido asiento en el citado artículo 170, pues difícilmente podría encontrarse en la práctica judicial un caso más claro que ampare la completa aplicación de las prescripciones del referido precepto, ya que repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues a pesar de su apego cariñoso hacia el hijo, cuestión que no se pone en duda, la proyección de tal sentimiento no ha llegado, como así debería haberlo sido, al sacrificio de sus propios impulsos, exacerbados a raíz de la crisis matrimonial, al acabar, en acción que ninguna justificación puede tener, por privar, de forma trágica, a quien, según se alega, constituye el objeto de sus desvelos, de la figura materna, cometiendo un delito de parricidio; por ello la medida adoptada, y que es objeto de impugnación, se funda en uno de los más graves incumplimientos que imaginarse pueda, respecto de la patria potestad, en flagrante transgresión de lo prevenido en el artículo 154, punto 1º del Código civil, lo que implica no ya la conveniencia, sino la auténtica necesidad, al menos en las actuales circunstancias, de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de su hijo, a quien, guiado de sus arrebatos y frustraciones, le ha cercenado uno de sus más trascendentales derechos, al romper definitivamente el marco natural, aún previa la ruptura convivencial de sus progenitores, en que se desenvolvía la vida cotidiana de aquel” (Sentencia de 31 de diciembre de 1996).

*Con todo lo cual se dan los supuestos establecidos en el artículo 170 del Código Civil, ya que en la conducta del padre se observa un absoluto incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad, lo que se infiere de la sentencia dictada en causa penal. Incumplimiento que además en el presente caso es negativo para la formación integral de los hijos, que es un elemento esencial”.*

Así las cosas, en materia de privación de la patria potestad, no considero determinante, por sí misma, la comisión de un delito u otro, pues lo fundamental es si tan excepcional medida es necesaria o conveniente para el ISM, debiéndose apartar al progenitor del menor.

En este sentido, considero suficiente la redacción actual del 55 del CP, que contempla la privación de la patria potestad como pena accesoria de inhabilitación (“la pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia”), la cual considero que es aplicable a cualquier delito con repercusión directa en la vida o en perjuicio del interés del menor.

---

<sup>216</sup> Id Cendoj: 28079110012003102703.

### 3.3.- CONCLUSIONES

A modo de conclusión, en relación a lo expuesto en las líneas precedentes, considero muy necesario explicitar adecuadamente en las resoluciones judiciales qué derechos y obligaciones son inherentes a la responsabilidad parental, y reconocer el derecho de cada progenitor a participar en igualdad de condiciones, en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, al ser este reconocimiento lo más beneficioso para ellos, debiendo concretarse debidamente qué obligaciones y derechos comporta para los progenitores (guardadores o no guardadores) la responsabilidad parental o patria potestad que siguen ostentando de forma conjunta tras el cese de la convivencia.

Resulta muy llamativo que en algunas resoluciones judiciales se exponga, pormenorizadamente una “larga” lista de gastos ordinarios y extraordinarios<sup>217</sup>, y, sin embargo, el contenido de la patria potestad quede relegada a una mera línea o renglón. La exposición pormenorizada del contenido de la patria potestad permitirá a los progenitores conocer el alcance de sus decisiones, cuáles requieren la autorización del otro progenitor y cuáles no, así como la línea roja de los acuerdos parentales respecto de su hijo y, con ello, los posibles incumplimientos. Al respecto, destaco la ya expuesta **SAP de Castellón (Sección 2ª) de 17 de enero de 2014, ANTECEDENTE DE HECHO 1º**<sup>218</sup>, cuyo contenido considero adecuado, si bien habría que añadir el derecho de comunicación progenitor-hijo, el cual queda expresamente regulado en el art. 92 bis 2 del ALECP.

Considero conveniente completar el art. 156 del ALECP con la doctrina del TS expuesta en materia de residencia del menor.

Las discrepancias parentales en los ámbitos educativo y sanitario podrían, en muchas ocasiones, ser evitadas si las Administraciones públicas implantaran la utilización de modelos normalizados en los cuales se requiriera la firma de ambos progenitores para cualquier acto o decisión englobado dentro de la patria potestad residual (matrículas escolares o extraescolares, elección de centro sanitario o facultativo, citas con psicólogos o psiquiatras, salidas del territorio nacional del menor, etc.). Resulta sorprendente cómo, en ciertos centros escolares, se solicita autorización parental para acudir a una actividad lectiva a celebrar fuera del colegio (excursiones) y no se requiera la autorización de ambos progenitores para otras de mayor transcendencia como la matriculación escolar o las salidas del territorio nacional.

En materia de privación de la patria potestad, no considero determinante, por sí misma, la comisión de un delito u otro, pues lo fundamental es si tan excepcional medida es necesaria o conveniente para el ISM. Dicho de otro modo, lo esencial de la privación de la patria potestad es valorar cuándo el menor puede verse afectado por la conducta del progenitor y, por consiguiente, éste debe ser apartado.

---

<sup>217</sup> Por mi experiencia profesional, he de poner de manifiesto que los Juzgados de Familia de Sevilla capital exponen, de manera muy detallada, qué gastos son considerados ordinarios y cuáles no, y, en cambio, en cuanto a la patria potestad, sólo es enunciada la atribución compartida sin especificarse nada más.

<sup>218</sup> JUR 2014, 119985.

**CAPÍTULO IV**  
**LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA**  
**EN EL CÓDIGO CIVIL**

**4.1.- LA GUARDA CONJUNTA “CONSENSUAL” Y “DISENSUAL”**

4.1.1.- Nota introductoria

4.1.2.- La guarda y custodia conjunta antes de la Ley 15/2005

4.1.3.- La guarda y custodia conjunta tras la Ley 15/2005

**4.2.- EL REQUISITO SUBJETIVO**

4.2.1.- La petición por parte de, al menos, uno de los progenitores

4.2.2.- La buena relación entre los progenitores

**4.3.- LA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN  
“EXCEPCIONALMENTE” DEL ART. 92.8º DEL CC**

4.4.- LA COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE GUARDA CONJUNTA

4.4.1.- La competencia judicial nacional sin “elemento” extranjero

4.4.2.- La competencia judicial nacional con “elemento” extranjero

4.4.2.1.- El concepto “residencia habitual”

4.4.2.2.- Las medidas provisionales y cautelares

4.4.2.3.- Competencia de los tribunales españoles en materia de crisis matrimonial

4.4.2.4.- Competencia de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental

**4.5.- LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS SUPUESTOS DE  
GUARDA Y CUSTODIA CONJUNTA**

**4.6.- CONCLUSIONES**

## 4.1.- LA GUARDA CONJUNTA “CONSENSUAL” Y “DISENSUAL”

### 4.1.1.- Nota introductoria

La GCC, en tanto en cuanto implica un contacto frecuente entre los progenitores y el hijo común, implica también una corresponsabilidad igualitaria entre los progenitores, quienes se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación del menor<sup>219</sup>.

La implantación de la GCC, entendida, insisto, como modelo de guarda que fomenta el respeto a los principios de corresponsabilidad parental, coparentalidad e igualdad hombre-mujer<sup>220</sup>, recibe apriorísticamente, como regla general,<sup>221</sup> una valoración positiva por parte de todos los operadores jurídicos, psicólogos infantiles y asociaciones de padres y madres.

Desde esta óptica, el legislador nacional ha iniciado la modificación de la regulación actual del C.c. en el ALECP, la cual ha sido propugnada por la jurisprudencia de nuestro TS y que ya ha sido plasmada en algunas regulaciones autonómicas con competencia en la materia conforme al contenido del art. 149 de la CE<sup>222</sup>.

Realizada esta breve aclaración o introducción inicial, procede precisar que no analizaré aquí las modalidades de GCC o la terminología empleada en el C.c., las cuales ya han sido tratadas en el Capítulo II del presente trabajo, al cual me remito.

Tampoco expondré las prohibiciones legalmente previstas respecto a la GCC (contenidas en el vigente art. 92, apartado 7º del C.c. y en el art. 92 bis, apartados 5º, 6º, 7º y 8º del ALECP) ni atenderé a los criterios que deben ser tenidos en cuenta para “*conocer o indagar*” sobre el ISM en los supuestos de GCC “disensual”<sup>223</sup> conforme a la jurisprudencia vigente y conforme a la propuesta de los mismos que realiza el ALECP, que serán objeto de detenido análisis en Capítulos aparte, dada la sustantividad propia y extensión de las materias señaladas.

---

<sup>219</sup> Esta definición de GCC la podemos encontrar, entre otras, en la SAP de León de 22 de febrero de 2008 (JUR 2008 166271), FD 3º: “*de la extensa redacción del artículo 92 C.c. destaca la regulación del régimen de guarda y custodia compartida o conjunta (que por igual se denomina), sin concretarse modalidad alguna. La custodia compartida es aquella en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos, y lógicamente pueden existir diversos supuestos*”.

<sup>220</sup> La LPVRF, en su EM, destaca la conjugación en dicha norma de cuatro principios o derechos básicos: el principio de corresponsabilidad parental (el cual define como aquél “*que garantiza que ambos miembros de la pareja participen de forma igualitaria en el cuidado y educación de sus hijos e hijas y en la toma de decisiones que afecten a los intereses de éstos*”); el derecho de todo progenitor a la GCC (“*derecho de las personas menores de edad a la custodia compartida. Derecho de las y los menores de edad a crecer y vivir con ambos progenitores tras la ruptura de la pareja, en un sistema de convivencia de custodia compartida lo más igualitaria posible, siempre que cualquiera de sus progenitores lo solicite y no sea contrario al interés del menor*”); el derecho a relacionarse o la denominada “coparentalidad” como mantenimiento de las relaciones afectivas paterno-filiales (“*derecho de la persona menor de edad a relacionarse de forma regular con el progenitor no custodio y con las familias extensas de ambos*”); y el de igualdad entre hombres y mujeres (“*que promueve que las relaciones entre hombres y mujeres en función de sus hijos e hijas, durante y después de la ruptura de pareja, se basen en el diálogo, el respeto y la igualdad*”).

<sup>221</sup> Toda regla general debe tener unos contornos precisos que nos permitan conocer sus límites y excepciones. En este sentido, éstos vienen marcados por el ISM en los supuestos de GCC, el cual será

Delimitado el objeto de estudio del presente Capítulo, en el mismo trataré el contenido del art. 92 del C.c., en su redacción anterior y posterior a la reiterada Ley 15/2005, abordando las siguientes cuatro cuestiones: el requisito subjetivo; la interpretación de la expresión “*excepcionalmente*” contenido en el apartado 8º del citado precepto; la competencia judicial en materia de GCC y la intervención del Ministerio Fiscal a la hora de decidir la adopción o no de dicho modelo de guarda, muy especialmente, cuando es disensual.

#### **4.1.2.- La guarda y custodia conjunta antes de la Ley 15/2005**

Como ya apunté, el régimen o modelo de GCC aparece regulado expresamente, por primera vez, a través de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en el art. 92 C.c.<sup>224</sup>, si bien dicha Ley no hizo sino reconocer, de manera explícita, lo que la

---

objeto de análisis detallado en un Capítulo específico, el cual se circunscribirá a la regulación nacional, si bien no podemos desconocer la existencia de diferentes regulaciones en otros países con otros principios o reglas generales, las cuales han sido examinadas por la STS (Sala 1ª) de 8 octubre de 2009 (RJ 2009, 4606), la cual, en su FD 5º, expone los diversos sistemas jurídicos de Derecho comparado relativos a la GCC en aquellos casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), frente a otros modelos que permiten otorgarla con la ausencia de acuerdo siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia).

<sup>222</sup> Como es sabido, el art. 149.1.8ª de la CE sobre competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, contempla la competencia de las CCAA con Derecho foral o especial para la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales (de Derecho sustantivo y no procesal *ex art. 149.1.6ª CE*) “*allí donde existan*”. Las normativas autonómicas que, hasta el momento, regulan la GCC serán analizadas, con detenimiento, en el Capítulo siguiente.

<sup>223</sup> Permítaseme la utilización del término “disensual” para aludir al supuesto de GCC sin acuerdo de los progenitores o disenso, por contraposición a la modalidad consensual, aun siendo consciente que la inexistencia de dicha palabra en el Diccionario de la RAE.

<sup>224</sup> Reseñando, sucintamente, la evolución legislativa en materia de el Derecho de Familia español, paso a reseñar los que, a mi entender, son los tres importantes más hitos en la línea legislativa aperturista: el primero, con la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, conocida como “Ley del divorcio”, que, en su momento, fue una reforma esencial y progresista; el segundo, con la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación entre sexos, en cuyo Preámbulo señala: “*la presente Ley pretende eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad*”; y, por último, la reseñada Ley 15/2005, en cuya EM se resaltan los nuevos plazos para poder solicitar el divorcio y la voluntad del legislador de que los cónyuges alcancen un consenso en las medidas a adoptar tras cesar la convivencia: “*así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales. Para la interposición de la demanda, en este caso, sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación. Se pretende, así, que el demandado no sólo conteste a las medidas solicitadas por el demandante, sino que también tenga la oportunidad de proponer las que considere más convenientes, y que, en definitiva, el Juez pueda propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto de todas o el mayor número de ellas*”.

Estas etapas legislativas tienen un claro reflejo en el progresivo aperturismo jurisprudencial en relación al modelo de guarda de los hijos, desde la marcada preferencia materna sometido al tópico social que sólo la madre ofrece cariño y cuidados al menor, hasta la actual concepción, fruto de los cambios sociales hacia la guarda compartida. Así se detecta, con suma facilidad, en la interpretación que del art. 92

jurisprudencia ya venía posibilitando, tal y como se reconoce en el Informe emitido por el Consejo Fiscal al ALECP<sup>225</sup>, en el cual se afirma: “*la posibilidad de atribución de la custodia compartida no ha sido expresamente prevista hasta la reforma de 2005, si bien con anterioridad tampoco estaba prohibida, y de hecho en ocasiones -contadas- nuestros tribunales establecieron este régimen*”<sup>226</sup>.

Así lo expresa, también, la jurisprudencia menor, como la **SAP de Valencia (Sección 10ª) de 26 de febrero de 2008**, en su **FD 2º**<sup>227</sup>: “*por lo que respecta a la custodia compartida debe decirse que la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, que aparece publicada en el BOE núm. 163, de 9 de julio, contiene novedades sustanciales, algunas de ellas controvertidas, en materia de Derecho de Familia, entre las que se encuentra la posibilidad de acordar la custodia compartida, bien los propios cónyuges en el convenio regulador de los efectos de su ruptura, lo cual no es una novedad en absoluto, bien el Juez al tener que resolver en caso de desacuerdo de los cónyuges siempre que sea solicitado por uno de éstos, lo cual tampoco constituye una novedad, pues en efecto ha debido resolver siempre que se le ha solicitado, otra cosa distinta es el contenido de su resolución, que en efecto y en caso de desacuerdo de los cónyuges ha sido siempre desfavorable a su establecimiento, por lo menos por lo que a esta Sala se refiere. En consecuencia, no constituye, pues, novedad real, pero sí lo constituye el que se regule legalmente como forma alternativa*

---

CC. han venido haciendo los tribunales, desde la excepcionalidad de la GCC hasta concretarse, hoy, como un modelo preferencial o deseable (*vid.* la ya citada STS 29 de abril de 2013) y que, actualmente, se propugna por el ALECP como modelo cuya implantación puede, incluso, adoptarse de oficio.

Como ya tuve ocasión de exponer en el Capítulo II “*Concepto, terminología y tipos de guarda y custodia*”, el modelo de GC no ha sido siempre entendido, de forma unívoca, por la sociedad, el legislador y la doctrina, de ahí que tanto el C.c. como la jurisprudencia lo hayan regulado e interpretado, respectivamente, de forma distinta, atendiendo a la coyuntura o realidad social y a la determinación del interés de los hijos.

<sup>225</sup> Folio 26.

<sup>226</sup> En el mismo sentido, Fátima Domínguez Castellano: “La guarda y custodia compartida. Situación anterior y actual tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio”, en *Revista Sepín*, Mayo de 2006, núm. 55 (SP/DOCT/2836), quien destaca como razones jurídicas que permitían el establecimiento de la GCC el principio constitucional de no discriminación y la ausencia de prohibición de dicho régimen de guarda en el C.c.: “*en principio, conviene reseñar que ningún precepto de la normativa vigente antes de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en vigor desde el 10 de julio de 2005, contemplaba de modo expreso la posibilidad de una custodia compartida en los pleitos matrimoniales, pero tampoco la excluía.*

*Las razones jurídicas que se aducían para la determinación de un régimen de guarda y custodia compartida de la descendencia común eran básicamente dos: de una parte, el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo (que llevó a la eliminación del antiguo artículo 159 CC) y de otra parte, la ausencia como hemos dicho de una expresa prohibición de ese régimen de custodia en el CC. Sin embargo, tales razones jurídicas no eran suficientes para la determinación del indicado régimen de custodia como el apriorístico y objetivamente más adecuado en todos y cada uno de los supuestos de ruptura o crisis matrimonial y ello porque el principio rector de las medidas atinentes a los hijos menores es la protección de su interés por encima de cualquier otro, incluido desde luego el de sus propios progenitores y además, porque en la resolución de los procedimientos de familia no sólo se toman en consideración razonamientos jurídicos sino también lógicamente, argumentos de carácter psicológico y personal, laboral, económico, etc. para la oportuna adopción de cada pronunciamiento”.*

<sup>227</sup> JUR 2008, 191617.

*de custodia, pues lo cierto es que el Código Civil hasta la fecha sólo conocía de la custodia otorgada de forma exclusiva a uno de los progenitores por lo que esta nueva forma de custodia ha sido creada jurisprudencial y doctrinalmente a partir de las concretas solicitudes de las partes”.*

Reconoce, igualmente, la aplicación jurisprudencial de la GCC, pese a su alegalidad pero sólo *“en caso de existencia de acuerdo entre las partes”*, la **SAP de Navarra (Sección 2ª) de 28 de febrero de 2008**<sup>228</sup>, en su **FD 2º**: *“por lo que se refiere a la custodia compartida, se trata de una modalidad de guarda y custodia reconocida expresamente por nuestro Código civil a partir de la reforma de la Ley 15/2005, aunque ya venían concediéndola los Juzgados con anterioridad en caso de existencia de acuerdo entre las partes”*.

El C.c., hasta 2005, sólo regulaba expresamente la guarda otorgada, de forma individual, a uno sólo de los progenitores, apreciándose que la solución de la GCC, dentro del Derecho de familia español de aquellos años previos a dicha fecha, era excepcional y sólo en supuestos de existencia de acuerdo entre las partes.

El legislador, sin prohibir expresamente la GCC, sólo había contemplado la posibilidad de guarda individual al padre o a la madre, ya que el art. 92, párrafo 3º del C.c. aludía a la decisión que debía el Juez *“acerca de cuál de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores”*, sin que ello fuera óbice para que el ejercicio de la patria potestad fuera compartida y consensual en orden a la toma de decisiones de cierta transcendencia que, afectando al hijo, debieran adoptarse de común acuerdo, sin que el progenitor que no conviviera habitualmente con el hijo se viera privado del conocimiento de aquéllas, cuyas opiniones debían valorarse en igual medida que las del progenitor que tuviera al menor en su compañía<sup>229</sup>.

Como ejemplo de sentencias que reconocían la GCC en aquellos supuestos de solicitud de ambos progenitores de forma consensuada<sup>230</sup>, pese a la alegalidad de dicho modelo de

---

<sup>228</sup> JUR 2008, 288341.

<sup>229</sup> Así lo expone, con carácter previo a la publicación de la Ley 15/2005, Antonio Pérez Ureña: “El interés del menor y la custodia compartida”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 26, enero-marzo de 2005. Página 277: *“Actualmente, la solución de guarda compartida es una medida que dentro del Derecho de Familia español podría calificarse de excepcional; tanto es así que el propio legislador, sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad”*.

En el mismo sentido se pronuncia varios años más tarde, y tras la publicación de la Ley 15/2005, José Domínguez Monforte: “Custodia compartida disensual: ‘Rara avis’”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 37, octubre-diciembre de 2007. Página 283: *“la introducción de esta variante en el régimen custodio, que no es una novedad real pero sí jurídica, pues lo cierto es que el Código Civil hasta la fecha sólo conocía de la custodia otorgada de forma exclusiva a uno de los progenitores por lo que esta nueva forma de custodia fue creada jurisprudencial y doctrinalmente a partir de las concretas solicitudes de las partes alcanzando hoy regulación legal”*.

<sup>230</sup> Entre los pronunciamientos de aquellos años previos a la regulación expresa de la GCC, podemos encontrar alguna decisión judicial en la que sin ser solicitada la GCC por ninguna de las partes, el Tribunal la establece de oficio en base a los principios de rogación y congruencia. Así, entre otras, podemos citar la SAP de Valencia (Sección 6ª) de 22 abril de 1999 (AC 1999, 4941), FD 6º:

*“La regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia sólo al padre o sólo a la madre, no a ambos conjuntamente.*

guarda, cito la **SAP de Madrid (Sección 22ª) de 25 de octubre de 2002**<sup>231</sup>,

---

Así: *El artículo 90 A) del Código Civil se refiere a «la determinación de la persona (en singular) a cuyo cuidado deban quedar los hijos».*

*El artículo 92, párrafo cuarto, establece que «podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos,...que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro (cónyuge)».*

*El artículo 94 regula el derecho de visitas, comunicación y compañía del «progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados».*

*El artículo 96 atribuye el uso de la vivienda familiar «a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden», sin prever alternativa alguna.*

*Sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos (artículo 92, párrafo segundo), deberán los Tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. 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 planteársela 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”.*

<sup>231</sup> JUR 2003, 29800. Con fecha 7 de abril de 1998 por el JPI nº 2 de Majadahonda se dictó sentencia cuya parte dispositiva es que los hijos quedarán bajo la guarda y custodia de ambos progenitores, por periodos de tres meses de forma compartida, del tenor literal siguiente: “*FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por Dª Carmen B. C. contra D. Francisco A. H. y en parte la formulada por éste ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Majadahonda, acumulados a los presentes, debo acordar y acuerdo la separación matrimonial de los expresados, con todos los efectos legales, y en especial los siguientes:*

*1- La separación de los litigantes, pudiendo señalar libremente su domicilio.*

*2- Los hijos menores de edad quedarán bajo la guarda y custodia de ambos progenitores, por periodos de 3 meses para cada uno de ellos, de forma compartida, manteniéndose las visitas de fines de semana alternos con el progenitor que en ese momento no tenga la custodia así como un día entre semana de la que no le corresponda visitas que en defecto de acuerdo, será el miércoles desde la salida del colegio hasta las 20 horas; la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, eligiendo los periodos en los años pares la madre y en los impares el padre.*

*3- Nada se establece respecto a la vivienda con las salvedades en cuanto a comunicación de los cambios de residencia que se fijaba en el Auto de medidas provisionales.*

*4- Cada uno de los progenitores correrá con todos los gastos correspondientes a los hijos durante el trimestre que ostente la guarda y custodia, sin que ninguno debe satisfacer al otro pensión alimenticia.*

*5- Se acuerda la disolución del régimen económico matrimonial y de la sociedad de gananciales, cuya liquidación podrá llevarse a cabo en ejecución de Sentencia, si así lo solicita alguna de las partes; quedando suspendida la sociedad de gananciales hasta que se produzca la firmeza de esta Sentencia o se liquide voluntariamente por las partes.*

*6- No se hace expreso pronunciamiento en costas.*

Contra esta sentencia ambas partes interpusieron sendos recursos de apelación: por la representación de la madre interesó que se mantuviera el sistema de guarda y custodia compartida, mientras que la parte contraria se mostró disconforme con dicho sistema al considerar que la situación familiar estaba deteriorada y que los hijos la habían asumido a la fuerza, reclamando que fuera atribuida a uno de los progenitores.

En su FD 2º *in fine* afirma: “*por otra parte conviene recordar que el Auto de medidas provisionálsimas de 14 de Agosto de 1996 otorgó la guarda y custodia al padre, mientras que el Auto de medidas provisionales de 4 de Abril de 1997 estableció la guarda y custodia compartida por periodos de tres meses y dicho sistema es el que ha venido rigiendo hasta ahora, con una interrupción motivada por la sentencia de esta Sección de 5 de Noviembre de 1999, anulada por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Marzo de 2002, que revocó la sentencia de primera instancia de 7 de Abril de 1998 que mantenía el criterio del auto de medidas provisionales en materia de guarda y custodia, dicha interrupción se extendió en el periodo comprendido desde Marzo de 2000 hasta Enero de 2001.*



pronunciamiento que concluye, tras informe pericial psicológico al efecto, que el sistema de GCC es adecuado para la formación integral de los menores.

He de resaltar que, con anterioridad a 2005, nuestros jueces y tribunales parecen contemplar la posibilidad de adoptar la “rara” (por aquel entonces) modalidad de la GCC cuando existía, como ya he señalado, el mutuo acuerdo de los progenitores y como medida paliativa, pero no como auténtica “solución” para atender al menor en su desarrollo integral.

Pacto y buen entendimiento o “buenísima” relación entre los progenitores, debidamente acreditados, se convertían en premisas esenciales para decretar dicho modelo de guarda.

De este modo, no acreditadas ambas circunstancias, no se resolvía a favor de la GCC, como así expone la **SAP de Toledo (Sección 2ª) de 25 mayo de 2005**<sup>232</sup> en su **FD 1º**: *“aunque, de lege ferenda, la custodia compartida pueda ser en breve una realidad, y aunque de hecho exista y se mencione en algunas resoluciones judiciales, ha sido siempre sobre la base del común acuerdo entre los progenitores, porque en caso de desacuerdo, el art. 90 determina una sola persona (deberá indicarse la persona a cuyo cargo deben quedar los hijos). Es, por tanto, innegable que el compartimiento es algo excepcional, cuando las circunstancias lo demanden (económicas fundamentalmente) o cuando los padres así lo pacten, ya que la experiencia enseña, dice la SAP Las Palmas de 15 de abril de 2004, que la medida sólo es buena en la medida en que sea buena la relación entre los cónyuges, que es lo que permite la observancia del régimen entre quienes son capaces de postergar sus desencuentros personales en beneficio del hijo común. En el presente caso eso no se acredita”*.

La GCC era, por consiguiente, un posible modelo de guarda de los hijos, si bien requería, necesariamente, el buen entendimiento y acuerdo de ambos progenitores<sup>233</sup>, no

---

Y continúa en el FD 3º: *“ambos progenitores reúnen condiciones para asumir la guarda y custodia tal como se desprende del informe pericial psicológico del 30 de Julio de 2000, ratificado el 9 de Septiembre de 2002, en el que se señala (folio 26) que ambos progenitores pueden brindar a los menores en un medio organizado y establece cuidados, afecto y atención, y en relación con el padre se indica (folio 16) que está preocupado por el bienestar de su hijos y desea que finalice la conflictividad.*

*No obstante lo expuesto del estudio pormenorizado de dicho informe pericial en el que se manifiesta (folio 28) “en la alternancia de convivencia actual, vivencias satisfactorias en los menores en torno a la disminución de tensión entre los progenitores no deseando se rompa el equilibrio alcanzado, dicha opción les facilita y mantiene el contacto y relación personal con ambos, atemperando demandas de elección, exclusividad o pérdida lo que es vivido por los niños de forma positiva, actitudes de oposición y rechazo a un cambio, vivencia de grandes dificultades en los padres para llegar a mínimos acuerdos” y también que “a tenor de lo contemplado en circunstancias y personas, atendiendo de forma prioritaria a las necesidades de los menores analizadas es nuestra orientación en su edad y vínculos establecidos se mantenga la actual situación de convivencia con guarda y custodia compartida”, hay que concluir que el sistema de guarda y custodia compartido es adecuado para la formación integral de los menores.*

*Por otra parte hay que destacar que los menores han estado, como ya se dijo en el párrafo último del fundamento de Derecho anterior, en un prolongado espacio de tiempo con el sistema de guarda y custodia compartido sin que se aprecie que ello haya repercutido negativamente en su evolución psíquica y ambos tienen (folios 23 y 25 del informe) una valoración positiva del régimen de convivencia que se mantiene con uno u otro progenitor y consideran no discrepantes los estilos educativos.*

*Procediendo por todo ello la desestimación del recurso de apelación presentado por la parte demandada”*.

<sup>232</sup> JUR 2005, 155403.

<sup>233</sup> Como antecedente claro de los factores o criterios para acordar la GCC, Fátima Domínguez Castellano: “La guarda y custodia compartida. Situación anterior y actual tras la reforma operada por la Ley 15/2005,

pudiéndose adoptar la GCC, en ningún caso, en supuestos disensuales.

#### 4.1.3.- La guarda y custodia conjunta tras la Ley 15/2005

En la redacción actual del extenso art. 92 del C.c. por obra de la Ley 15/2005, es preciso diferenciar: el régimen ordinario de guarda de los menores (mayoritario en la práctica) de atribución a uno sólo de los progenitores, no de forma conjunta; la GCC consensuada por los progenitores; y la GCC disensual, prevista en la cláusula de cierre del apartado 8º del citado precepto.

La GCC disensual o contenciosa en el C.c., como modalidad de guarda, ha sido mirada y, consiguientemente, regulada de forma secundaria, a causa del recelo del legislador<sup>234</sup>, recogiendo su construcción legal lo que la jurisprudencia ya venía acordando *de facto*, siendo varios los motivos que han llevado a la inicial posición de desconfianza del legislador español.

Un primer motivo, basado en la concepción (y regulación) histórica del C.c. en materia de GC que, como ya he expuesto en líneas anteriores, contemplaban a la mujer como el progenitor preferente a la hora de atribuir la guarda de los hijos, en la consideración de la madre como mejor guardadora y cuidadora en los años tiernos de la prole.

Estos elementos históricos excluían la GCC, ya que el C.c. sólo preveía un guardador, no dos. Así, en su art. 90 apartado a), se refería a *“la determinación de la persona a cuyo cuidado deban quedar los hijos”*; y en su art. 92, párrafo cuarto, establecía que *“podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, ... que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro (cónyuge)”*.

Con la reforma del art. 92 del C.c. se instaura un modelo de GCC consensual que parece

---

de 8 de julio, en materia de separación y divorcio”, en *Revista Sepín*, 2006, núm. 55 (SP/DOCT/2836) señala: *“aunque, como hemos dicho, hay que estar al supuesto concreto para decidir qué custodia es acorde al interés del menor, de la práctica diaria se venían extrayendo una serie de circunstancias que favorecen, en principio, la posibilidad de la adopción de una custodia rotativa o compartida y sobre cuya base los Tribunales se han venido apoyando para su concesión:*

- *La plena capacidad de ambos progenitores para ejercer la custodia.*
  - *La cercanía de los domicilios de los progenitores y la disposición en ambas viviendas de un lugar adecuado para el menor y para evitar el desarraigo del menor por el cambio de barrio, amigos o incluso del centro educativo si se cambia de ciudad.*
  - *El cuidado del menor o menores con anterioridad al cese de la convivencia.*
  - *Los horarios laborales de cada progenitor, que les permitan el cuidado de sus hijos.*
  - *La madurez del hijo. Se solía desaconsejar en menores de corta edad por afectar a la estabilidad del niño necesaria para su desarrollo y formación integral.*
  - *La predisposición del hijo a la custodia compartida.*
  - *La fluidez en la relación entre los progenitores y la existencia de criterios de actuación coherentes. La ausencia de comunicación entre los padres puede dar lugar a pautas dispares en la educación y crianza de los hijos, que podría afectar a su estabilidad de vida y emocional y a su familia.*
- De cualquier forma, su fijación debía venir avalada por diversos factores en la que el Ministerio Fiscal actuaba con el máximo celo al informar sobre tal medida en base a tales parámetros”*.

<sup>234</sup> Esta ubicación sistemática, junto al resto de requisito “especiales” que recogía el apartado 8º del precepto, resulta suficientemente ilustrativa de las intenciones del legislador sobre la GCC disensual.

obligatorio. Así, en tanto su apartado 5º C.c., relativo a la GCC consensuada por los cónyuges, dice “*se acordará*”, el 6º dispone “*en todo caso...*”.

De este modo, de una primera lectura del precepto se deduce la obligación del Juez de acordar la GCC en aquellos casos de petición conjunta de los progenitores, si bien ésta requiere fundamentar la decisión, tras oír al MF y a los menores capacitados para comparecer<sup>235</sup>.

En la EM de la Ley 15/2005, se afirma: “*...los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad*”.

Así las cosas, hemos de interpretar que el Juez podrá denegar esta decisión de los progenitores cuando motive que existen razones perjudiciales al ISM, tras oír la opinión del MF y, en su caso, de los hijos. En esta línea, la **SAP de Navarra (Sección 2ª) de 28 febrero de 2008**<sup>236</sup>, en su **FD 2º** afirma: “*por lo que se refiere a la custodia compartida, se trata de una modalidad de guarda y custodia reconocida expresamente por nuestro Código civil a partir de la reforma de la Ley 15/2005, aunque ya venían concediéndola los Juzgados con anterioridad en caso de existencia de acuerdo entre las partes. Pese a este reconocimiento legal, la Ley rodea de toda una serie de garantías y formalidades la concesión de esta medida, lo cual pone de manifiesto que en esta materia debe operarse con una gran cautela. En particular, la guarda y custodia procede cuando la solicitan ambos cónyuges, pero no basta con dicho consentimiento, sino que aun en tal caso el Juzgador debe oír al Ministerio Fiscal y explorar a los menores para apreciar si es lo mejor para ellos*”.

En relación a la GCC, la consensuada es propiciada por el legislador (art. 92.5º C.c.) y prevista para aquellos casos en que exista acuerdo entre los cónyuges bien plasmado en el convenio regulador (art. 90 C.c.<sup>237</sup>) o bien en uno posterior en el transcurso del proceso judicial, en sede de medias previas o definitivas (art. 92.5º C.c.).

Frente a este sistema, también se permite otorgarla con la falta de acuerdo u oposición a la GCC por uno de los progenitores, esto es, en su modalidad disensual (art. 92.8º C.c.).

De este modo, la inicial redacción recelosa hacia el modelo disensual de GCC ha sufrido una transformación total hasta alcanzar la actual interpretación que considera normalizado e, incluso, deseable este modelo de guarda<sup>238</sup>, , si bien es preciso destacar

---

<sup>235</sup> Preciso es destacar que, en la práctica, no se procede a la audiencia al menor en los juzgados de familia en tales supuestos, a pesar de la claridad expositiva del C.c. y la legislación complementaria en la materia. Sin duda, una de los grandes fallos legales en la regulación del proceso de divorcio consensuado es la posibilidad de adoptarse una GCC sin la participación o audiencia al menor, como luego hago referencia.

<sup>236</sup> JUR 2008, 288341.

<sup>237</sup> Vid. nueva regulación del contenido del convenio regulador según redacción dada por la DF 1ª apartado 23º de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

<sup>238</sup> STS de 29 de abril de 2013.

que, en la práctica, su adopción sigue enfrentándose con auténticos obstáculos logísticos (cambios de domicilio de los menores) o de carácter personal de los progenitores (falta de concienciación), como expone el Informe del CGPJ al ALECP<sup>239</sup>: *“ahora bien, tampoco deben pasar inadvertidos los inconvenientes que dicha modalidad comporta, entre ellos los derivados de los continuos cambios de domicilio que, para el hijo, supone el hecho de residir alternativamente con uno y otro progenitor -salvo que sean los padres quienes pasen a convivir en el domicilio del menor por periodos alternos- así como las disfunciones que puedan llegar a producirse en el ejercicio de las facultades tuitivas, cuando el grado de cooperación de los cónyuges sea escaso o las pautas educativas seguidas por estos últimos sean divergentes”*.

Así las cosas, los supuestos consensuados de GCC no han sufrido objeción u oposición alguna por parte de los tribunales, ni antes, ni después de la regulación de la Ley 15/2005, siempre que el ejercicio compartido de la GC fuera solicitado por los progenitores.

La expresión empleada por el art. 92.5 del C.c., *“se acordará”*, evidentemente ha de ponerse en relación con el contenido mínimo necesario del convenio regulador (art. 90 C.c.)<sup>240</sup> y con el ISM, pero ello no es objeto de prueba en el proceso (exceptuando el acto de ratificación de los cónyuges), ni tampoco se procede a oír al menor independientemente de la edad de éste, lo que, sin duda, es una importante falla o quiebra del sistema español que “sólo” descubrirá la falta de entendimiento o el fracaso de la GCC consensual a través de la interposición de la demanda de modificación de medidas<sup>241</sup>.

De este modo, el acuerdo de los progenitores en favor de la GCC es resuelto favorablemente por el Juez, independientemente de la cuasi-nula o nula carga probatoria para la homologación del convenio regulador. Únicamente se practica una mínima carga probatoria en la comparecencia o ratificación de los progenitores del convenio regulador y en el contenido necesario del mismo, que, por otra parte, siempre es insuficiente y muchas veces parco en relación a los datos fácticos que permitan conocer la total realidad

---

<sup>239</sup> Folio 13.

<sup>240</sup> El acuerdo o convenio regulador que, junto con la demanda, se presente al Juez, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, es un contrato de Derecho de familia mixto al intervenir (oír) el MF y la autoridad judicial, finalmente, para su aprobación. En este sentido, se pronuncian, entre otras, la STS (Sala 1ª) de 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8648), en su FD 1: *“la naturaleza de los convenios reguladores viene representada por constituir un efectivo negocio de naturaleza mixta, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial que no elimina ni desplaza su naturaleza esencial de tipo contractual privada, ya que su elaboración dimana de la voluntad de los otorgantes que se expresa en el acto material de llevar a cabo la división y adjudicación del haber ganancial”*. En la misma línea, la reciente STS (Sala 1ª) de 6 de marzo de 2015 (SP/SENT/804215).

*Vid.* nueva regulación del contenido del convenio regulador según redacción dada por la DF 1ª, apartado 23º, de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

<sup>241</sup> A lo largo de mi experiencia profesional (de más de 15 años), en alguna ocasión, he rechazado la propuesta de los cónyuges sobre GCC, al entender que la propuesta no era beneficiosa ni para los progenitores ni para los hijos, cuestión que fue resuelta, de forma inmediata, encontrando los progenitores otro letrado que sí presentó el convenio regulador, el cual fue aprobado por el juez.

Las regulaciones autonómicas no han reforzado este aspecto de control de la solicitud de GCC consensual (*vid.* artículo 3.5 de la LAIRF sobre el pacto de relaciones familiares; artículo 233-9 del CCCat. sobre el plan de parentalidad; artículo 4 y 5 de la LVRF propuesta de pacto de convivencia, si bien en su artículo 5.5 contempla la posibilidad de que la autoridad judicial establezca un control periódico de la situación familiar).

del menor y si los pactos alcanzados son beneficiosos para él y para su nueva vida.

De este modo, el legislador de 2005 parte de la idea inicial de otorgar la guarda individual o compartida cuando los dos progenitores de mutuo acuerdo así lo soliciten, al entender que son ellos los mejor capacitados para interpretar cuál es el bienestar de su hijo<sup>242</sup>.

El modelo de guarda solicitado por los progenitores es homologado por el juez, de forma inmediata, al proceder de una petición ya previamente consensuada por las partes, lo que representa un indicio de la idoneidad de aquél,<sup>243</sup> quedando relegada a un plano secundario la labor o potestad tuitiva familiar que corresponde al Estado como garante prevista en el art. 39 CE.

Entre las ventajas del modelo se señala<sup>244</sup> que es el que más se aproxima a la igualdad y a la coparentalidad<sup>245</sup>, ya que permite que las relaciones afectivas permanezcan inalterables pese al cese de la convivencia, consintiendo al menor mantener el vínculo afectivo con el progenitor y a éste ejercer el “*derecho de asistir y participar en el desarrollo físico y psíquico de sus hijos*” y, con ello, la supresión de la conflictividad. Como inconvenientes, puede detectarse “*cierta inestabilidad emocional y trastornos en la vida de los menores*”, concluyéndose que la GCC debe ser abordada con “*máximas cautelas*” y sin que “*ninguna opción deberá ser descartada de antemano*”.

Asimismo, se ha destacado<sup>246</sup>: “*en favor de la custodia compartida también se ha alegado que da continuidad a la maternidad y a la paternidad responsable y tutela el derecho del menor a seguir contando de forma real y efectiva con un padre y una madre.*”

---

<sup>242</sup> Ello responde al principio de intervención mínima que preside cualquier intervención externa en la familia, incluso, en situaciones de riesgo para el menor, como puede comprobarse, por ejemplo, en el art. 36 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja: “*Principios de intervención mínima y proporcionalidad: 1. En las situaciones de desprotección social de los menores, la actuación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja estará guiada por el principio de intervención mínima, conforme al cual se otorgará siempre prioridad a la actuación en el entorno familiar del menor, para evitar, siempre que sea posible, que sea separado del mismo. 2. La Administración, en la aplicación, modificación y cese de las medidas de protección, actuará con la máxima flexibilidad y regida por el principio de proporcionalidad, para garantizar en todo momento la adecuación de las medidas a la situación concreta del menor. Para ello, además de la documentación de todo procedimiento, arbitrará un sistema eficaz de seguimiento*”.

<sup>243</sup> En este sentido, Eduardo Hijas Fernández: *Los procesos de familia: una visión judicial*. Colex. 2009. Página 808, expone supuestos prácticos de GCC solicitadas de forma consensual por los progenitores sin fijar domicilio del menor, régimen de visitas, condicionando el modelo a la adquisición de vivienda, etc.

<sup>244</sup> Francisco Javier Pastor Vita: “*Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio*”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 28, julio-septiembre de 2005. Páginas 44-45.

<sup>245</sup> Antes y ahora los principios inspiradores o sobre los que descansa la GCC han sido siempre, sustancialmente, los mismos. En este sentido, *vid.* Fabiola Lathrop Gómez: *Custodia compartida de los hijos*. La Ley. 2008. Página 347; la EM de la LPVRF; y el art. 5.2, apartado a), de la LAIRF, que destaca este principio o derecho de coparentalidad: “*garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas*”.

<sup>246</sup> Fátima Domínguez Castellano: “*La guarda y custodia compartida. Situación anterior y actual tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio*”, en *Revista Sepín*, 2006, núm. 55 (SP/DOCT/2836).

*En cambio, en la doctrina anterior a la Ley 15/2005, existen amplios sectores a favor de la custodia compartida: Navarro Fajardo, Rivero Hernández, López Alarcón, Alonso Pérez y Rocas Trías.*

*En lo que ya coincidían la doctrina y la jurisprudencia es en que nuestro Ordenamiento jurídico, si bien no preveía de forma expresa este régimen de guarda compartida, tampoco lo prohíbe. Los arts. 90, 91 y 94 CC no hablan de exclusividad, es más, el art. 94, que no ha sido modificado, establece que "el Juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el menor se comunicará con el progenitor con el que no conviva", decisión que debe adoptarse siempre en interés del menor, tal y como establecen los arts. 92 y 159 CC y el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, entre otros.*

*En el Derecho Europeo existen básicamente dos sistemas: aquellos en que prácticamente se asimilan las figuras de la patria potestad y guarda y custodia, como ocurre en Alemania y Bélgica y otros como España, en los que la patria potestad es una facultad más amplia que, por regla general en situaciones de crisis matrimonial, se mantiene compartida y la guarda es una de las facultades o derechos que componen aquélla. Guarda y custodia que sólo implican el poder tomar decisiones de la vida cotidiana, de poca trascendencia... ”.*

Conforme a estos principios inspiradores, la GCC está regulada, de manera más extensa y detallada que en el art. 90 del C.c., en la propuesta de redacción del citado precepto por parte del ALECP sobre el contenido del convenio regulador, el cual denomina “*plan de ejercicio de la patria potestad conjunta*” como puede, fácilmente, comprobarse a continuación:

Art. 90 del ALECP:	Art. 90 del C.c. <sup>247</sup> :
<p><i>El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 deberá contener, al menos, los siguientes extremos:</i></p> <p><i>a) El plan de ejercicio de la patria potestad conjunta, como corresponsabilidad parental, respecto de los hijos, si los hubiera, con inclusión de los pactos sobre:</i></p> <p><i>1º. La forma de compartir todas las decisiones que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.</i></p> <p><i>2º. El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos.</i></p> <p><i>3º. Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente.</i></p> <p><i>4º. El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento.</i></p>	<p>1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:</p> <p>a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.</p> <p>b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.</p> <p>c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.</p> <p>d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.</p> <p>e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.</p>

<sup>247</sup> Debe distinguirse, de un lado, la redacción de este precepto desde el 10 de julio de 2005 hasta el 22 de julio de 2015, y, de otro, desde el 23 de julio de 2015. En cursiva señalo las incorporaciones introducidas por la Ley 15/2015 en el art. 90 del C.c.

<p>5°. <i>Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos.</i></p> <p>b) <i>Si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.</i></p> <p>c) <i>La contribución, si procediera, a las cargas familiares y alimentos, tanto respecto a las necesidades ordinarias como extraordinarias, así como su periodicidad, forma de pago, bases de actualización, extinción y garantías en su caso, con especial atención a las necesidades de los menores, al tiempo de permanencia de éstos con cada uno de los padres, a la capacidad económica de los últimos, a la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, a la contribución a las cargas familiares, en su caso, y al lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes.</i></p> <p>d) <i>La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener, en su caso, sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico.</i></p> <p>e) <i>La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.</i></p> <p>f) <i>El inventario y liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera.</i></p> <p>g) <i>La prevención, si así lo acordaren, de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de su aplicación, o para modificar algunos de los pactos para adaptarlos a las nuevas necesidades de los hijos o al cambio de las circunstancias de los padres.</i></p> <p>2. <i>Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de relación y comunicación de los hijos con los hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los interesados en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.</i></p> <p>3. <i>Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los padres.</i></p>	<p>f) <i>La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.</i></p> <p>2. <i>Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.</i></p> <p><i>Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede.</i></p> <p><i>Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.</i></p> <p><i>Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio.</i></p> <p>3. <i>Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.</i></p> <p>4. <i>El Juez o las partes podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.</i></p>
---	--

4. El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.	
--	--

La propuesta del ALECP contempla, en el apartado a), 1º del precepto, establecer en el convenio regulador cómo se decidirán o compartirán las decisiones propias del ejercicio conjunto o compartido de la patria potestad sobre las que denomina “*cuestiones relevantes*”, identificándolas con la “*educación, salud, bienestar, residencia habitual*”; cómo se ejercerá la guarda cotidiana en cuanto al cumplimiento de los “*deberes referentes al cuidado, la educación y el ocio*”; los “*periodos de convivencia*”; el lugar de residencia del menor (apartado 4º, a efectos del empadronamiento), y las reglas de estancias, relación, comunicación y de recogida y entrega del menor (apartado 5º).

Con ello, se establece, de forma adecuada, la manera de compartir y reglar todas aquellas cuestiones relevantes (patria potestad compartida) y ordinarias (guarda) concernientes a la “nueva rutina” del menor.

El art. 90.2 del ALECP, por su parte, se ocupa de la aprobación del plan de corresponsabilidad parental: “*2. Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de relación y comunicación de los hijos con los hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los interesados en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio*”.

Y, a continuación, en su número 3, dispone: “*3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los padres*”.

Ni en el ALECP, ni en el C.c. se establece la necesidad, que considero esencial, de oír y escuchar al menor, aun en los supuestos de mutuo acuerdo o consensuados, si bien, personalmente estimo, que ello es un deber del Juez, ya que el proceso está iniciado por los progenitores, pero pensado o dirigido a la estabilidad del menor, en favor del ISM, cuya averiguación corresponde indagar al MF y al Juez, también en los supuestos de mutuo acuerdo de los cónyuges, ya que el interés de los progenitores no tiene que coincidir necesariamente con el del menor, que debe ser escuchado y oído en todos los procesos (consensuales o disensuales) que le afecten, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 9 de la LOPJM y por el art. 156 del C.c.<sup>248</sup>.

En la práctica, existe la guarda consensuada de los progenitores sin escuchar al menor y, por tanto, dejándolo al margen y en indefensión, al desconocer tanto el MF como el Juez su opinión al respecto, si los progenitores han consensuado la medida de forma conjunta con el menor, o si, por el contrario, de un día para otro, el menor verá modificado su modo de vida y sus obligaciones por voluntad de los progenitores y en atención a sus

---

<sup>248</sup> Según redacción Ley 8/2015 y Ley 26/2015, respectivamente.



necesidades y preferencias personales o laborales y no, como debiera ser, las del menor (convertido en un “niño maleta”).

Sí considero muy acertada la proyectada medida de la audiencia necesaria a parientes o allegados (abuelos<sup>249</sup>, hermanos, tíos, etc.) afectados o con implicación en la propuesta realizada por los progenitores: “*si las partes proponen un régimen de relación y comunicación de los hijos con los hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los interesados en la que éstos presten su consentimiento*”.

La adopción de la GCC si oír al menor también es posible ante el tenor literal del art. 3.4º LAIRF: “*el pacto de relaciones familiares y sus modificaciones producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo anterior*”. Y en su apartado 5º dispone: “*5º. El Juez aprobará el pacto de relaciones familiares, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos e hijas. Si el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente*”.

En el art. 3.6º de la LAIRF está prevista la audiencia a hermanos, abuelos, parientes, etc., a los que se deriven derechos y obligaciones del plan propuesto, pero no al menor: “*6º. Cuando del régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas se deriven derechos y obligaciones para éstos, el Juez deberá darles audiencia antes de su aprobación*”.

Por su parte, el CCCat., en su art. 233-3, sigue la misma línea de aprobación u homologación judicial del convenio regulador ya descrita, precisando la legitimación de las personas incluidas en el régimen de relaciones personales para reclamar la ejecución de las cuestiones pactadas que les afecten. Así, el art. 233-12 dispone: “*Relaciones personales con los abuelos y los hermanos. 1. Si los cónyuges proponen un régimen de*

---

<sup>249</sup> Recuerdo, aquí, la importancia de mantener la relación entre abuelos y nietos, lo que constituye una necesidad para ambas partes y conforme a los usos y realidad social el “papel” que éstos viene realizando en el cuidado y atención ordinarios de los nietos.

Respecto al importante papel de ciertos parientes, destacamos lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas:

Art. 86. “*Autoridad familiar de los abuelos 1. Fallecidos los padres, si no se hace aplicación de lo previsto en el artículo anterior, o cuando de hecho aquéllos no atiendan a sus hijos menores, los abuelos podrán tenerlos consigo para criarlos y educarlos, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar. 2. Tendrán preferencia los abuelos de la rama con los que mejor relación tenga el nieto. Cuando los abuelos de la misma rama vivan separados, la preferencia corresponderá al que de ellos más se ocupe del nieto y, en última instancia, al de menor edad*”.

Art. 87. “*Autoridad familiar de los hermanos mayores 1. En los mismos supuestos del artículo anterior, a falta de abuelos que se hagan cargo de la crianza y educación de los nietos, podrá hacerlo uno de sus hermanos mayor de edad, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar. 2. Tendrá preferencia el hermano que mejor relación tenga con el menor y, en última instancia, el de mayor edad*”.

*relaciones personales de sus hijos con los abuelos y con los hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo hogar, la autoridad judicial puede aprobarlo, previa audiencia de los interesados y siempre y cuando éstos den su consentimiento. 2. Las personas a quienes se haya concedido el régimen de relaciones personales están legitimadas para reclamar su ejecución”.*

La LVRF, en su art. 4.4., se expresa con la misma parquedad del C.c., en los siguientes términos: *“el pacto de convivencia familiar, sus modificaciones y extinción, producirán efectos una vez aprobados por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal”.*

La LPVRF constituye una excepción a lo expuesto, vista la forma en la que se expresa su art. 5, apartado 7º, al contemplar la audiencia el mejor en esta fase consensual: *“el convenio regulador, sus modificaciones y extinción producirá efectos cuando sean aprobados judicialmente, oído el Ministerio Fiscal y, en su caso, los hijos e hijas menores”.*

Así las cosas, a modo de conclusión, considero que es una necesidad incrementar los sistemas de control, tanto en el C.c. como en la LEC-2000, sobre las solicitudes conjuntas de los progenitores, debiendo acogerse como muy favorable la audiencia o participación de los parientes y allegados del menor afectados en relación con las medidas propuestas en el convenio o plan de parentalidad.

Quisiera destacar, especialmente, mi crítica personal hacia la falta de referencia legal a la audiencia al menor, al considerarla muy necesaria también en los supuestos de GCC consensuados, ya que toda medida deberá ser adoptada respetando el derecho de ser oído y escuchado<sup>250</sup> cuando se trate de menor con suficiente madurez<sup>251</sup>, cuya opinión debe ser tenida en cuenta en todos los procesos que le afecten conforme al contenido del art. 2.5 de la LOPJM<sup>252</sup>: *“5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:*  
*a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente”.*

En relación al contenido del convenio regulador propuesto por el art. 90 del ALECP, ha de interpretarse como contenido necesario y mínimo, cuya ampliación, respecto a la regulación actual del C.c., ha de ser acogida de forma positiva.

En relación a la GCC, hay que precisar que su etapa inicial de alejamiento anterior a la Ley 15/2005 dificultaba, sobremanera, su aplicación práctica. Desde el reconocimiento expreso de dicho modelo de guarda por la Ley 15/2015 hasta la configuración actual del mismo, diez años después de la citada norma, hemos asistido, en esta materia, y, en

---

<sup>250</sup> La norma resalta la acción de escuchar, no sólo oír al menor, al emplear de forma conjunta ambas acepciones como esfuerzo adicional que hay que realizar.

<sup>251</sup> Al respecto, la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia resalta en su EM II: *“se sustituye el término juicio por el de madurez, tanto en la presente ley orgánica como en la ley ordinaria de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense...”*.

<sup>252</sup> Redacción conforme a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

concreto, respecto de la modalidad disensual, a un movimiento pendular desde el rechazo frontal o escepticismo y máximas cautelas a la regulación e interpretación vigente, la cual dista diametralmente de la precedente.

Se observa, pues, una clara evolución en esta materia: desde una posición inicial de rígidos requisitos, hasta la situación actual claramente proclive al modelo de GCC, el cual, incluso, es considerado preferente por algunas legislaciones autonómicas como la LARIF y LVRF, y también por el ALECP (con la pretendida instauración del modelo GCC, incluso, de oficio).

Desde mi opinión, debe estudiarse o analizarse la cuestión ahondando en la normalidad de la GCC<sup>253</sup>, sin regularse modelos ordinarios o secundarios o preferentes, puesto que no existen menores de primer o segundo grado, existiendo, tan sólo, un ISM, que debe prevalecer sobre el de los progenitores y que debe ser concretado caso por caso. En definitiva, el modelo de GCC debe pretenderse pero no imponerse, instaurándose en aquellas familias con hijos menores cuya concreta realidad y circunstancias (personales, familiares, materiales, sociales, culturales, logísticas, de concienciación, etc.) lo permitan, ya que en Derecho de familia no existen dos casos iguales.

Así lo expone la **STS de 29 de abril de 2013**<sup>254</sup>, en su **FD 3º**: *“la primacía debe ser de aquel régimen que se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda”* y, en el mismo sentido, la **STS de 15 de octubre de 2014**<sup>255</sup>, en su **FD 5º in fine**, en un supuesto de denegación de la GCC.

## **4.2.- EL REQUISITO SUBJETIVO**

### **4.2.1.- La petición por parte de, al menos, uno de los progenitores**

La Ley 15/2005 precisa el contorno de la GCC y, frente al modelo alegal y difuso anterior<sup>256</sup>, ahora se requieren, para su establecimiento, ciertos requisitos aún más rígidos que los previstos antes de su reconocimiento legal.

En cuanto al requisito subjetivo, destaca la incorporación de la necesaria solicitud de, al

---

<sup>253</sup> STS de 15 de julio de 2015, FD 6º (RJ 2015, 3004): *“a la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal”*.

<sup>254</sup> Roj. 2246/2013.

<sup>255</sup> Roj. 3900/2014.

<sup>256</sup> Este modelo alegal y difuso permitía una gran discrecionalidad al Juez, quien ahora se ve limitado por la regulación legal actual.

menos, uno de los progenitores, lo que impide la adopción de oficio de la GCC por el Juez, la cual, sin la regulación expresa, sí era posible, como expone la **SAP de Valencia (Sección 6ª) de 22 de abril de 1999**<sup>257</sup>, en su **FD 6º**: *“sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos (art. 92, párrafo segundo), deberán los Tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. 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”*.

En este mismo sentido, destacando el disfavor agravado que supuso la regulación del año 2005, se pronuncia la **SAP de las Islas Baleares (Sección 4ª) de 12 de marzo de 2008**<sup>258</sup>, en su **FD 2º in fine**: *“existe, pues, en la actualidad regulación específica de la guarda y custodia compartida, conjunta o alternativa. Mas el disfavor sigue latente en la normativa, si no es que se ha agravado. Si antes resultaba defendible doctrinal y jurisprudencialmente, como se acaba de exponer, que la mencionada medida podía ser adoptada de oficio por el Juez, en mayor beneficio del menor afectado, dicha solución ha de ser hoy descartada. Tal como actualmente está diseñada o debe ser solicitada por ambas partes o, “excepcionalmente”, puede acordarla el juzgador a instancia de una sola de las partes, siempre que se obtenga informe favorable del Ministerio Fiscal y sea la “única” forma de proteger adecuadamente el interés del menor”*.

Estas dos sentencias pre-reforma y post-reforma del año 2005, describen el panorama jurisprudencial en la materia y el necesario requisito subjetivo, acerca del cual se pronuncia nuestro TS en su **Sentencia de 29 de abril de 2013, FD 2º**<sup>259</sup>, la cual viene a concretar, de manera esquemática, la situación normativa actual: *“pues bien, el artículo 92 CC -STS 19 de abril de 2012- establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite ‘excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco’, acordar este tipo de guarda ‘a instancia de una de las partes’, con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión ‘excepcionalmente’, véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno sólo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta*

---

<sup>257</sup> AC 1999, 4941.

<sup>258</sup> JUR 2008, 332730.

<sup>259</sup> Roj. 2246/2013 (Id Cendoj: 28079110012013100242). En esta importantísima Sentencia del TS se establecen, como doctrina jurisprudencial, las pautas para acordar la GCC, que, en el caso enjuiciado, no es acordada, ya que ni en la demanda (escrito inicial) ni en el recurso de apelación posterior, ni el padre ni la madre interesaron dicho modelo de guarda, sino la GC individual, de manera que la prueba esencial del equipo psicosocial estuvo dirigida a este tipo de guarda exclusiva al que aspiraba cada parte.

*conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de, al menos, uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse”.*

Con esta resolución judicial del Alto tribunal, hemos de concluir, en cuanto al sistema actual previsto en nuestro C.c., que debe concurrir petición expresa de GCC por alguno de los progenitores, ya sea de manera principal o ya accesoria<sup>260</sup>, requisito que no puede ser suplido ni por el MF, ni por el Juez actuando de oficio, debiéndose tener en cuenta que, en esta materia, no resulta de aplicación el principio general de que quien puede lo más, puede lo menos o “*qui potest plus, potest minus*”, puesto que quien pide lo más (guarda individual para sí) no pide lo menos (guarda compartida), al regir principios o pautas distintas, aportándose y practicándose pruebas diferentes en uno y otro supuesto<sup>261</sup>.

El presupuesto subjetivo es contemplado, de forma diferente, por parte de la regulación valenciana, en su art. 5 de la LVRF: “*Medidas judiciales 1. A falta de pacto entre los progenitores, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos enumerados en el apartado 2 del artículo 4 de esta ley. 2. Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos*”<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> Entiendo que esta petición a favor de la GCC, de manera principal o accesoria, puede realizarse en el escrito inicial (demanda o contestación a la demanda o reconvenición) pero también durante la tramitación del proceso (acto de la vista, conclusiones, etc.) conforme a los principios que rigen el proceso de familia.

<sup>261</sup> En sentido contrario se pronuncia Encarnación Roca Trías: Memento Experto “*Crisis Matrimonial*”, Ediciones Francis Lefebvre, 2012. Página 100: “*toda petición de custodia exclusiva encierra una petición de custodia compartida pues, esencialmente, la diferencia entre las dos figuras se centra en el tiempo de estancia de los menores en cada uno de los domicilios y en las consecuencias vinculadas a dicha determinación*”.

<sup>262</sup> Obsérvese, al respecto, lo que establece la STS de 19 de abril de 2012 (RL 2012 5909), en su FD 5º: “*el artículo 92 CC establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite ‘excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco’, acordar este tipo de guarda ‘a instancia de una de las partes’, con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión ‘excepcionalmente’, véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno sólo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.*

*No obsta a lo anterior lo dicho en nuestra Sentencia 614/2009, de 28 septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 91 CC, el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición. Este sistema está también recogido en el artículo 80 del Código del Derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo). Ciertamente existen otras soluciones legales, como la contemplada en el artículo 5.1 y 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero no es precisamente lo que determina el Código civil.*

*En consecuencia, dado que ninguno de los progenitores ha pedido la guarda y custodia compartida, como pone de relieve la propia sentencia recurrida en su FJ 2, mal puede haberse infringido el artículo 92.5 y 8 CC.”.*

La solución propuesta en el ALECP, a saber, la posibilidad de acordar la GCC de oficio, ha sido ampliamente criticada por el CGPJ en su Informe al mismo de 16 de septiembre de 2013: *“ciertamente, el modelo seguido por el Anteproyecto incorpora una novedad relevante, pues para que pueda adoptarse la fórmula compartida de guarda ya no será necesario que, al menos, uno de los progenitores así lo interese. Tal cambio contradice la doctrina jurisprudencial imperante, que considera improcedente la adopción de ese modelo cuando ninguno de los padres lo solicite. Sin perjuicio del análisis más detallado que se verificará al tratar el contenido del texto articulado, por ahora cumple decir que la opción seguida debería ser repensada, pues el hecho de que ninguno de los progenitores interese el ejercicio compartido de la guarda y custodia deja entrever la falta de credibilidad de aquéllos, respecto de un modelo que exige un alto grado de cooperación para que resulte exitoso, toda vez que las decisiones relativas al cuidado de los menores y las pautas educativas a seguir necesariamente deberán ser consensuadas, so riesgo, en caso contrario, de revertir negativamente en el interés del menor”*<sup>263</sup>.

En sentido contrario, se pronuncia el Informe del Consejo Fiscal al ALECP: *“el apartado 8 del vigente art. 92 condiciona la constitución excepcional de la guarda y custodia compartida sin acuerdo a la petición por una de las partes. El Proyecto -acertadamente- no exige esta petición. Entendemos que es acertado no condicionar la posibilidad de adoptar el régimen de custodia compartida a la petición de una de las partes, en un ámbito en el que lo decisivo es el interés del menor y teniendo presente que quien pide lo más -custodia individual- puede llegar a entenderse que pide lo menos -custodia compartida-”*<sup>264</sup> <sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> Folios 14 y 15.

<sup>264</sup> Folios 29 y 30.

<sup>265</sup> En este mismo sentido se pronuncia Juan Pablo González Del Pozo: “Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental”, en *Revista de Familia*, 1 de abril de 2014: *“no comparto plenamente las apreciaciones del Consejo sobre la inviabilidad de un sistema de custodia compartida establecida por el Juez a falta de petición de ambas partes, y ello por varios motivos.*

*En primer lugar, la hipótesis que plantea el CGPJ (que ninguno de los progenitores solicite la custodia compartida) difícilmente se dará en la práctica, porque, como es fácilmente previsible, si el texto de la Ley quedare redactado en los términos que propone el Anteproyecto, la inmensa mayoría, por no decir la totalidad, de los progenitores que solicitaren la custodia individual de los hijos, demandarían simultáneamente, de forma alternativa o subsidiaria, la custodia compartida para evitar que, desestimándose su pretensión principal de custodia individual, se tuviese que atribuir necesariamente la custodia individual a la contraparte.*

*En segundo lugar, como se ha dicho, no parece discutible que quien pide lo más (custodia exclusiva para sí) se conformará con lo menos (custodia compartida) antes que con la total desestimación de su pretensión (custodia exclusiva para la parte contraria) y, en tal sentido, no puede afirmarse con rotundidad que si ambos progenitores solicitan la custodia para sí, sin solicitar expresamente la custodia compartida, se opongán expresamente a ésta, pues, en buena lógica, partiendo de que ambos solicitarán que el ejercicio de la patria potestad o responsabilidad parental sea conjunto con independencia del sistema de custodia que se establezca, la discrepancia central se centrará en el reparto de los tiempos de convivencia de los hijos con cada uno de los progenitores. Y siendo esto así, habida cuenta de que la custodia compartida no exige un reparto igualitario ni equitativo de los tiempos de convivencia de los hijos con los padres y que no está legalmente establecida la distinción entre un régimen de custodia compartida y otro de custodia exclusiva implementado con un amplio y extenso régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con el progenitor no custodio, parece claro que, en muchas ocasiones, la dicotomía custodia compartida/custodia individual será una mera formalidad o discrepancia de nomen iuris, intrascendente para la resolución de fondo de la cuestión.*

Sobre el particular, considero acertada la posición del CGPJ y del Dictamen del Consejo de Estado al ALECP: *“realizadas estas consideraciones, el Consejo de Estado quiere señalar que, siendo la guarda y custodia compartida una modalidad ordinaria cuando uno de los progenitores lo solicite, la apertura de este esquema para el caso de que ninguno de ellos lo haya solicitado constituye una medida legislativa sobre cuyas consecuencias debe reflexionarse seriamente y que, en todo caso, debe contemplarse con un carácter excepcional y con las cautelas que se han señalado”*<sup>266</sup>.

Estimo que *“malamente”* (si se me permite la expresión) podrá el juez de oficio implantar un modelo de GCC, el cual, siendo el mejor modelo desde mi punto de vista<sup>267</sup>, también es el más exigente para con los progenitores y con los hijos, al requerir una mínima concienciación o voluntad de, al menos, uno de los progenitores.

No hay nada mejor para el hijo que poder conseguir que ambos progenitores, en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, una vez superados los problemas logísticos y de toda índole, puedan compartir las tareas ordinarias de crianza y educación sobre la base del convencimiento de las bondades del sistema de GCC, el cual no puede ser impuesto (o *“de obligado cumplimiento”*) si no ha nacido de la profunda convicción (de, al menos, uno de los progenitores) como mejor modelo a seguir para la educación y crianza del hijo, no pudiendo instaurarse obligatoriamente, a no ser que no quede otra

---

*Por último, es indiscutible que la opción de custodia compartida puede ser la más beneficiosa para el menor, aunque se opongan expresamente a ella ambos progenitores por considerarla inadecuada, si concurren en el caso factores o elementos favorables a su establecimiento. Por todo ello, entiendo que se debe habilitar una fórmula legal que permita al Juez establecer un régimen de custodia compartida aunque ambos progenitores soliciten la custodia exclusiva para sí, condicionando la adopción de este régimen de custodia a la inexistencia de obstáculos o factores que impidan el normal desarrollo de la guarda y custodia conjunta, como la inexistencia de relación personal alguna entre los progenitores (no las malas relaciones entre ellos), la existencia de criterios antitéticos de los progenitores sobre valores, formación o estilo educativo de los menores, o, finalmente, los horarios laborales, apoyos familiares y la ubicación de los domicilios de los padres si imposibilitan, por la distancia excesiva entre ellos, la efectividad del régimen de custodia conjunta por conllevar los cambios de domicilio de los menores grave riesgo de desarraigo social y escolar y subsiguiente inestabilidad de los mismos”*.

<sup>266</sup> Esta postura ha sido mantenida por la LPVRF en su art. 9.3, según el cual *“el juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de las y los menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias...”*.

<sup>267</sup> Siguiendo la línea jurisprudencial mayoritaria al fomentar la autorregulación como participación y corresponsabilidad efectiva de ambos progenitores en la toma de decisiones contenida, destaco, entre otras muchas, la SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 11 de marzo de 2008 (JUR 2008, 142751), que en su FD 2º reconoce: *“no será esta Sala quien discuta o cuestione siquiera que, efectivamente, nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos, pues a fin de cuentas ésta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar, minimizándose así los efectos más negativos de la ruptura de la unidad familiar en la medida en que los hijos se pueden sentir más seguros arropados por ambos progenitores.*

*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. En suma, poco más puede añadirse si la más reciente reforma de nuestros legisladores va encaminada en este sentido”*.

alternativa (sólo en supuestos muy excepcionales o de laboratorio).

#### 4.2.2.- La buena relación entre los progenitores

Una vez examinado el aspecto subjetivo en cuanto a la necesaria petición de, al menos, uno de los cónyuges, han de valorarse, a efectos de la adopción o no de la GCC disensual, las relaciones personales entre los progenitores las cuales, tradicionalmente, han sido el otro obstáculo insalvable para otorgarla<sup>268</sup>, con base en la influencia decisiva que pudiera representar para el menor el desacuerdo de los progenitores y/o su grado de conflictividad, descartándose, por consiguiente, el establecimiento de la GCC disensual.

Así lo pone de relieve la Instrucción 1/2006 del Ministerio Fiscal, de 7 de marzo, sobre la GCC y el empadronamiento de los hijos menores: *“en todo caso, ha de partirse que para admitir la guarda y custodia compartida debe valorarse especialmente la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común (vid. SAP Las Palmas 327/2004, de 15 de abril, SAP Barcelona 140/2004, de 3 de marzo). La posibilidad de instaurar este sistema se excluye en supuestos de violencia doméstica (art. 92 apartado 8º)”* (IV).

Además de los pronunciamientos judiciales citados en la mentada Instrucción, podemos añadir los siguientes, sobre la singular valoración respecto a la existencia de una buena relación entre los progenitores: la **SAP de Castellón (Sección 2ª) de 21 de enero de 2008**<sup>269</sup>, en su **FD 1º**, que cita la SAP de Vizcaya de 20 de marzo de 2007 y otra jurisprudencia menor: *“en relación a la guarda y custodia compartida de los hijos menores, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2006 pone ya de relieve que la posibilidad de establecer dicho sistema regimental se fue abriendo camino en los últimos años en la jurisprudencia menor, si bien con reticencias y dificultades motivadas en parte por la falta de previsión expresa, pasando a adquirir rango legal al introducirse en el C. Civil tras la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. La mayoría de la doctrina jurisprudencial exige, en cualquier caso, antes y ahora, un presupuesto de singular valoración para la admisión de la guarda y custodia compartida, que es la existencia de 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, que conforman el punto referencial más vulnerable (en tal sentido, sentencias A.P. Palencia, de fecha 10-2-1999; A. P. Barcelona, de fecha 3-3-2004; A. P. Las Palmas, de fecha 15-4-2004; A. P. Málaga, de fecha 7-9-2005; A. P. Castellón, de fecha 15-11-2005”*; por su parte, la **SAP de Jaén (Sección 3ª) de 26 de febrero de 2008**<sup>270</sup>, en su **FD 2º**: *“pues bien, desde esta perspectiva, la mayoría de la doctrina jurisprudencial exige, en cualquier caso, para la admisión de la guarda y custodia compartida, la existencia de una buena*

---

<sup>268</sup> Hoy en día, en cambio, algunas regulaciones autonómicas han incorporado estas dos circunstancias, “oposición de uno de los progenitores” o “malas relaciones entre ambos”, como elementos que no podrán ser obstáculo para no acordar la GCC disensual. Vid. art. 5.2 LVRF y art. 9.2 LPVRF.

<sup>269</sup> JUR 2008, 156176.

<sup>270</sup> JUR 2008, 235196.



*relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo o hijos comunes, ya que en caso contrario dicha medida puede convertirse en el germen de un espacio de inestabilidad y conflictividad en el que naufraguen emocionalmente, que conforman el punto referencial más vulnerable, y esa buena relación entre los progenitores, como señala el juzgador 'a quo', no se da en el caso de autos"; en el mismo sentido, la **SAP de Navarra (Sección 2ª) de 28 de febrero de 2008**<sup>271</sup>, en su **FD 2º**: “como ha señalado la jurisprudencia, y como se deriva igualmente del precepto transcrito, la custodia compartida sólo procede si existe un alto grado de consenso y buen entendimiento entre los progenitores, y además una forma parecida de ejercer la patria potestad y aplicar unas normas de orden y convivencia para con los menores. En este sentido expresa la SAP Alicante, Secc. 6ª, 28 abril 2005, que «las condiciones que se requieren para una exitosa custodia compartida son: muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores; buena comunicación y cooperación entre ellos; residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles, estilos educativos de los progenitores similares o compatibles; edad de los menores y número de hermanos que permitan su adaptación; cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas; respeto mutuo por ambos progenitores; que no haya excesiva judicialización de la separación; existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padre y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres» (en igual sentido SAP Barcelona, Secc. 12ª, 12 enero 2007)”; y, en la misma línea, la **SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) de 12 marzo de 2008**<sup>272</sup>, en su **FD 2º**: “conforme indicó esta Sala en sentencia de fecha 11 de diciembre de 2007 (nº 527/07), es cierto que el sistema de guarda y custodia compartida ha sido mirado, de antaño, con cierto disfavor por doctrina y jurisprudencia y que, tal vez, precisa de una especial colaboración de los progenitores, no en orden a resolver sus conflictos interpersonales, sino en su relación con los hijos”.*

Esta interpretación inicial respecto a la valoración de la buena relación entre los progenitores ha ido progresivamente desapareciendo o matizándose, ya que tanto la jurisprudencia como la legislación nacional y autonómica<sup>273</sup>, han intentado instaurar la GCC disensual, separando, de un lado, la relación entre los progenitores de dicho modelo de guarda, considerándose que es imposible o muy difícil mantener buenas relaciones en situaciones de procesos contenciosos sobre la guarda del hijo.

Como consta en la propuesta de redacción del art. 92 bis, apartado 3º del C.c. contenida en el ALECP, así como en el art. 5.2 de la LVRF, la tendencia actual es valorar dicha circunstancia, la buena o mala relación que los padres mantengan entre sí, como criterio o factor, junto a otros, para identificar el interés del menor y tomar la decisión sobre el régimen de GCC.

No obstante, como expondré más adelante, en mi opinión, la relación entre los

---

<sup>271</sup> JUR 2008, 288341.

<sup>272</sup> JUR 2008, 332730.

<sup>273</sup> Vid. art. 9.2 de la LPVRF: “2. La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor”.

progenitores más que un criterio debiera ser analizado como un presupuesto previo para acordar una modalidad u otra de GCC, como establecen, con acierto, nuestros órganos judiciales. En este sentido, se pronuncia, entre otras, la **SAP de Madrid (Sección 22ª) de 11 de abril de 2008**<sup>274</sup>: “*conviene recordar, según la doctrina de esta propia Sala (Sentencia de 14 de mayo de 2008) que aunque la oposición de uno de las partes a la distribución de la función que se debate no constituye un obstáculo insalvable para su sanción judicial, conforme así lo previene el artículo 92 del Código Civil, no es posible olvidar que la posibilidad legal contemplada en dicho precepto, con los requisitos y presupuestos señalados en el mismo, sólo es posible bajo la inspiración del principio del beneficio del interés del menor que, por el rango de las normas en que aparece consagrado (artículos 39 de la Constitución y 2 y 112 de la Ley Orgánica 1/1996), debe prevalecer sobre cualquier otro condicionante sustantivo o procesal.*”

*En definitiva, es necesario demostrar una cercanía en la relación personal entre ambos progenitores, compartiendo ambos un proyecto común de vida para los hijos, en todos los órdenes, educativo, de descanso, de ocio, etcétera, al tiempo que se exige una especial predisposición de los mismos menores en orden a asumir sin trauma personal alguno la convivencia periódicas y alterna, en plazos determinados, de meses o de días, acreditándose, en fin, la posibilidad del diálogo entre dichos progenitores en orden a conseguir, de manera permanente y periódica, una fluida relación en torno a los acuerdos y decisiones a adoptar en relación al desarrollo integral y a la educación de los hijos” (FD 2º).*

Acerca de la relación entre los cónyuges, nuestro Tribunal Supremo, en su **S. (Sala 1ª) de 9 de marzo de 2012** en su **FD 4º**<sup>275</sup>, citando una sentencia suya anterior, afirma: “*en relación a la conflictividad entre los cónyuges, la Sentencia de 22 de julio de 2011, dictada en el RC núm. 813/2009 declaró que ‘las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor’”.*

También abordan la cuestión de las buenas o malas relaciones entre los progenitores las **SSTS de 16 de febrero de 2014**<sup>276</sup> y de idéntica fecha de **2015**<sup>277</sup>, destacando, ambas, los beneficios de la GCC. **FD 6º**: “*a la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:*

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.*
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.*

---

<sup>274</sup> JUR 2008, 179947.

<sup>275</sup> Id Cendoj: 28079110012012100175.

<sup>276</sup> Roj. 4240/2014. La Sentencia expone que la tensa relación entre los progenitores no queda acreditada que sea de un nivel superior al propio de una crisis conyugal.

<sup>277</sup> Roj. 615/2015. En la Sentencia el TS analiza la situación de conflicto (condena por coacciones por cambio de cerradura, así como discrepancias sobre el colegio o el tipo de educación del menor) de dos profesores universitarios con igual disponibilidad e ingresos, con divergencias que califica el juzgador de “razonables”.

c) *No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.*

d) *Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”.*

En definitiva, los desencuentros personales de los progenitores no pueden ser atendibles para “vetar” la modalidad GCC disensual, cuya normalización (no excepcionalidad) debe lograrse<sup>278</sup>, debiendo aquéllos ser tenidos en cuenta conjuntamente con el resto de las circunstancias o factores que afectan al menor, que serán objeto de análisis detallado en el Capítulo VI del presente trabajo.

#### **4.3.- LA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN “EXCEPCIONALMENTE” DEL ART. 92.8° DEL C.C.**

A continuación, abordaré la interpretación del término “*excepcionalmente*” utilizado en el vigente art. 92.8° del C.c. en relación a la adopción de la GCC, respecto del cual se ha experimentado un cambio sustancial de visión, de configurarse como una medida extraordinaria a considerarla el modelo normal y deseable, como apunta, reiterativamente, nuestro TS, por ejemplo, en su reciente **STS de 17 de julio de 2015 FD 2º**<sup>279</sup>: “*se ha de partir (STS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013 (RJ 2015, 553)) de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable, señalando la Sala (SSTS 29 de abril de 2013 (RJ 2013, 3269), 25 de abril de 2014 (RJ 2014, 2651), 22 de octubre de 2014, Rc. 164/2014 (RJ 2014, 5023)) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea.*

*Ha supuesto un cambio sustancial de visión sobre la guarda y custodia compartida la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que la Sala se hace eco en las sentencias citadas (STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185))”.*

En este aspecto, como ya he tenido oportunidad de señalar, la gran novedad de la Ley 15/2005 fue añadir al texto legal la modalidad de GC, que, hasta entonces, siendo una modalidad de guarda posible pero alegal, la práctica judicial sólo en contadas ocasiones y con el acuerdo de ambos progenitores la decretaba.

La Ley 15/2005, sin embargo, se conformó con mantener el criterio de normalidad de la guarda unilateral, limitándose a posibilitar la GCC cuando ambos padres la solicitaran de forma consensuada (art. 92.5° C.c.), estableciendo un supuesto especial o excepcional de GCC disensual o sin acuerdo, pero ubicándolo sistemáticamente al final como cierre y con máximas cautelas en el art. 92.8° C.c.

---

<sup>278</sup> Permítaseme insistir en que la normalización del modelo GCC debe estar presidida por la igualdad que ostentan ambos progenitores en las relaciones y cuidado del hijo común, por la ductilidad de esta figura al adaptarse a cada familia y a cada menor, y, por último, por su adecuada regulación, que debe estar presidida por el ISM.

<sup>279</sup> RJ 2015, 2784.

Se trata de cautelas en un triple sentido<sup>280</sup>: el primero, gramatical o sistemáticamente colocando el adverbio “*excepcionalmente*”<sup>281</sup> al inicio del apartado 8º, debiendo interpretarse como tal “*que se aparta de lo ordinario o que ocurre rara vez*”; con previo informe favorable del MF, y, en tercer lugar, fundamentando que sólo de esta forma se protege al adecuado ISM<sup>282</sup>.

---

<sup>280</sup> En este sentido, destaco la interpretación contraria a la GCC disensual del legislador, “*estableciendo tres cautelas*”, como el Abogado del Estado personado en la cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006 relativo al inciso favorable del art. 92.8 del CC. expuso al realizar en sus alegaciones para la desestimación de la cuestión: “*el legislador extremó la prudencia estableciendo tres cautelas, la de constituir la como una medida excepcional, la de fundar su imposición «en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés del menor», es decir, que esta solución sea la única satisfactoria para el objetivo protector de los hijos y, por último, que se emita informe favorable por el Ministerio Fiscal. La Ley ha querido que intervenga el Ministerio público investido de un papel institucional tanto en la acción tuitiva de los menores, como en la tutela de derechos fundamentales de las partes en el proceso*” (STS de 17 de octubre de 2012, Antecedente 8).

<sup>281</sup> La RAE define el adjetivo “*excepcional*” con dos acepciones. 1. adj. *Que constituye excepción de la regla común.* 2. adj. *Que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez.*

<sup>282</sup> Destaco, al respecto, algunos pronunciamientos de nuestras AAPP: la SAP de Valencia (Sección 10ª) de 8 de enero de 2008 (JUR 2008, 80306), FD 2º: “*en consecuencia, no constituye, pues, novedad real, pero sí lo constituye el que se regule legalmente como forma alternativa de custodia, pues lo cierto es que el Código Civil hasta la fecha sólo conocía de la custodia otorgada de forma exclusiva a uno de los progenitores por lo que esta nueva forma de custodia ha sido creada jurisprudencial y doctrinalmente a partir de las concretas solicitudes de las partes. En todo caso la nueva ley establece la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida sobre los hijos, siempre que se den una serie de requisitos que varían según ésta venga solicitada de común acuerdo por ambos cónyuges o sólo a instancia de uno de ellos. En este sentido, mientras el número 5 del artículo 92 establece el que el Juez deberá acordarla cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento, en su número 8 establece el que aun sin acuerdo, el Juez podrá acordarla a instancia de una de las partes, con carácter excepcional y siempre que se den las siguientes circunstancias: 1.- Que exista previo informe favorable del Ministerio Fiscal; 2.- Que la resolución se fundamente en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, 3.-De la misma forma que cuando es solicita por ambos cónyuges el Juez antes de acordarla, de oficio o a instancia de parte podrá recabar el dictamen de especialistas acerca de la idoneidad de la medida (artículo 92.9)”; en el mismo sentido, la SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 24 de enero de 2008 (JUR 2008, 174867), FD 2º: “*en relación a la guarda y custodia compartida de los hijos menores, en el momento actual, tras la reforma del Código Civil en esta materia por Ley 15/2005, de 8 de julio, el artículo 92 prevé la custodia compartida bajo unos requisitos que cuando no tienen como soporte la común voluntad de los progenitores (apartado 5 del artículo 92), se contempla como excepcional, siempre bajo el prisma del interés del menor, y con informe favorable del Ministerio Fiscal (apartado 8 del precepto)...*”; la SAP de León (Sección 1ª) de 22 de febrero de 2008 (JUR 2008, 166271), FD 3º: “... 3º. *Es realmente interesante la cláusula de cierre que el legislador ha previsto para el sistema de régimen de guarda y custodia conjunta, al prever en su apdo. 8 que: “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”, supuesto que pone de manifiesto el carácter de orden público que tiene el régimen de guarda y custodia de los menores y como el Juzgador tiene que obrar no a instancia de parte, sino de oficio.**

*De lo expuesto que se pueda afirmar que el “interés del menor” constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia y de su propia operatividad y eficacia.*

*Además, como se puede comprobar en la nueva redacción dada al artículo 92 C.c. por la Ley 15/2005, el interés del menor no siempre tiene que coincidir con lo que los padres consideren que es mejor para ellos, correspondiendo en último término al Juez, tenidos en cuenta todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones, determinar cuál es la mejor manera de satisfacer y proteger dicho interés”.*

Acerca de la excepcionalidad de la GCC se pronuncia el **AAP de Tarragona (Sección 3ª) de 10 diciembre de 2004**<sup>283</sup>, en su **FD 4º**: *“la fórmula de la custodia compartida está actualmente controvertida en nuestra jurisprudencia, aunque escorada hacia su excepcionalidad (así lo ponen de relieve la SAP Córdoba 16-12-2003 ‘por lo excepcional que ha de ser la atribución de esa guarda y custodia compartida, que representaría una situación irregular y que tendría un difícil encaje, pues supondría algo así como que la niña no tendría un domicilio estable, sino dos, y una regularidad en su vida, hábitos y costumbres, que es absolutamente esencial, y más aún con la escasa edad de aquélla’. Además, la SAP Tarragona 22-6-2000 ha señalado, en esta misma Sección, que ‘el hecho de atribuir la guarda y custodia a uno de los padres, no supone que el otro no esté capacitado para ello, sino que debe tenerse en cuenta la prioridad del menor para su desarrollo no sólo a nivel familiar, sino de amistades y desarrollarse dentro del ambiente en que tenga su habitación y medios más usuales, de tal modo que no tenga que ir alternando cada año su habitación y lugar donde se desenvuelve’. La parte recurrente alude a cierta jurisprudencia de los Tribunales Valencianos, pero ellos mismos califican la admisión de la custodia compartida ‘en casos puntuales’ (SAP Valencia 31-3-2004) y la deniegan en la mayoría de casos (SAP Valencia 4-12-2003: ‘Consideramos, pues, haciendo nuestro todo lo anteriormente expuesto que, salvo casos especiales en los que, además de circunstancias excepcionales, ambos cónyuges estén de acuerdo, no es aconsejable la guarda y custodia compartida’)*”.

Para comprender, adecuadamente, el texto (y la interpretación que del mismo ha de realizarse) del art. 92.8 del C.c., debe realizarse una detenida lectura de cómo fue la tramitación parlamentaria del extenso precepto y, muy especialmente, del enfrentamiento

---

En la misma línea, la SAP de Granada (Sección 5ª) de 22 de febrero de 2008 (JUR 2008, 332930), FD 1º: *“exponía esta Sala en Sentencias de 28 de Septiembre y 7 de Diciembre de 2007 que la custodia compartida, introducida legalmente por la Ley 15/2005 de 8 de Julio que modificó el artículo 92 del Código sustantivo, es una posibilidad más del ejercicio de una de las facultades de la patria potestad por los progenitores, pero su regulación evidencia, no sólo que no es la situación normal de ejercicio de la guarda y custodia, sino que se sujeta a unos condicionantes de cierta relevancia, presididos por el interés de los propios menores, justificado por unas circunstancias de normalidad en las relaciones entre los progenitores y entre estos con sus hijos y ratificado por los oportunos informes tanto del Ministerio Fiscal como de los equipos técnicos judiciales, garantizado además por unas pautas armoniosas de comportamiento y relación entre los padres, apartada de conductas, hábitos o prácticas que pudieran revelar indicios fundados de violencia doméstica”*; y la SAP de Navarra (Sección 2ª) de 28 de febrero de 2008 (JUR 2008\288341), FD 2º: *“por lo que se refiere a la custodia compartida, se trata de una modalidad de guarda y custodia reconocida expresamente por nuestro Código civil a partir de la reforma de la Ley 15/2005, aunque ya venían concediéndola los Juzgados con anterioridad en caso de existencia de acuerdo entre las partes. Pese a este reconocimiento legal, la Ley rodea de toda una serie de garantías y formalidades la concesión de esta medida, lo cual pone de manifiesto que en esta materia debe operarse con una gran cautela. En particular, la guarda y custodia procede cuando la solicitan ambos cónyuges, pero no basta con dicho consentimiento, sino que aun en tal caso el Juzgador debe oír al Ministerio Fiscal y explorar a los menores para apreciar si es lo mejor para ellos. La norma también permite adoptar la medida si lo solicita uno sólo de los progenitores, pero exige en tal caso además informe favorable del Ministerio Fiscal”*.

<sup>283</sup> JUR 2005, 29452. En esta Sentencia, en su FD 3º, se alega por el recurrente (el padre) la vulneración del art. 14 de la CE en relación a la discriminación por sexo, ya que la mayoría de las decisiones judiciales sobre guarda la otorgan, ante la crisis de los progenitores, a la madre. De este modo “vence” el principio de protección de la prole que consagra el art. 39 de CE sobre el 14 de la Norma Suprema, en armonía con el art. 92 C.c.

de posturas entre los representantes políticos sobre la conveniencia o no de vincular la GCC al mutuo acuerdo<sup>284</sup>.

En este sentido, resultan muy clarificadoras las palabras de Dolores Viñas Maestre<sup>285</sup>: “la excepcionalidad con que el legislador ha contemplado la custodia compartida se desprende de la propia tramitación parlamentaria de la Ley.

*El Proyecto de Ley presentado inicialmente en el Congreso no hacía referencia a esta posibilidad. Su incorporación al texto tuvo lugar vía enmienda en el Congreso de los Diputados. Concretamente, la enmienda n.º 48 del Grupo Socialista. En el texto aprobado inicialmente en el Congreso, se exigía para acordar la custodia compartida en los procesos contenciosos el informe favorable del Ministerio Fiscal. En el Senado se propusieron varias enmiendas, de cuyo contenido puede extraerse que se contempla la institución de la custodia compartida cuando no hay acuerdo como excepcional. El texto aprobado en el Senado el 29 de junio de 2005 vino a variar la exigencia inicial del informe favorable del Ministerio Fiscal. Se exigía el informe preceptivo del Ministerio Fiscal, pero su contenido no resultaba vinculante y se hacía una específica referencia a la ubicación del domicilio. Se exigía que el Juez se asegurase ‘que por la ubicación de los domicilios de los padres, el menor gozará de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de su personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones personales’. También se exigía el dictamen de especialistas con carácter preceptivo, cuando se trate de otorgar el régimen de custodia compartida de forma alterna. El texto definitivo aprobado por el Congreso el 8 de julio de 2005 no aprobó finalmente la enmienda introducida en el Senado, quedando la redacción como actualmente la conocemos. El carácter vinculante del informe del Ministerio Fiscal se contempla en la tramitación parlamentaria como una garantía más establecida en beneficio e interés del niño.*

*La Ley trata de fomentar y primar la autorregulación de la custodia por parte de los progenitores y parte de la necesidad de entendimiento entre los mismos para que resulte eficaz y beneficiosa para el menor la custodia compartida. Ello no puede calificarse de extraño o negativo. El Derecho nunca ha ido por delante de los cambios sociales y*

---

<sup>284</sup> Preciso es señalar que se presentaron 89 enmiendas en 53 folios al texto inicialmente propuesto. Vid. Enmiendas al 121/000016 por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, número 16-8, de 15 de marzo de 2005).

En concreto, destacamos la intervención de la Señora Uría, en su turno para defender las enmiendas del Grupo Parlamentario Vasco (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, número 16-1, de 1 de diciembre de 2004 en la sesión celebrada el 21 de abril de 2005, p. 4101): “nuestra pretensión era motivar que reflexionáramos sobre la conveniencia o no de que la posibilidad de custodia compartida estuviese siempre vinculada al mutuo acuerdo. El texto que se pactó por todas las formaciones políticas nos parecía que dejaba un resquicio en su párrafo séptimo cuando permite que en casos excepcionales y con requisitos excepcionales también, y en atención al supremo interés del menor, a instancias solo de uno de los progenitores pueda ser adoptada la guarda compartida. Examinado con detenimiento nos parece que es correcta esta fórmula, que el campo que deja a la posibilidad de solicitud por sólo una de las partes — fórmula que nos parece siempre abocada al fracaso— está bien plasmado en el texto del artículo 92 y, por tanto, anuncio en este momento que mi formación política va a votar el voto particular que ha sido presentado por el Grupo Socialista entendiendo que lo que no es posible mantener es el tenor actual del artículo 92, que encierra en sí mismo una contradicción muy poco conveniente en regulación de cualquier materia pero sobre todo en éstas, siempre necesitadas de la mayor claridad posible, como son las relaciones de familia”.

<sup>285</sup> Dolores Viñas Maestre: *La custodia compartida*, Sepín, 2008 (SP/DOCT/3601).

*tampoco los ha provocado. Es la sociedad la que evoluciona y es la dinámica de dichos cambios la que provoca peticiones de los ciudadanos que la Ley debe atender. Una vez constatada la necesidad de regular un cambio o actitud social, nace la ley destinada a regularlo, y esto es lo que está pasando con la custodia o guarda compartida”.*

Este posicionamiento e interpretación de la excepcionalidad de la GCC disensual, no ha permanecido invariable, pudiendo afirmarse que la interpretación del texto inicialmente aprobado ha sufrido, como ya he señalado, un movimiento pendular.

Opuesta a la regulación del C.c. es la postura de las normativas autonómicas, pudiendo destacarse la aragonesa, la valenciana y la vasca.

Así, el art. 6.2 de la LAIRF, establece el criterio de la adopción preferente de la custodia compartida en los siguientes términos: *“el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores...”*

En este sentido, de interés resulta la **STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 4 de marzo de 2014**<sup>286</sup>. En el caso enjuiciado, se estima inicialmente por el JPI el divorcio de los cónyuges y se atribuye a ambos litigantes la autoridad familiar compartida del hijo, estableciéndose un sistema de custodia compartida por semanas alternas, el cual es posteriormente revocado por la AP, atribuyendo a la madre la guarda y custodia individual del hijo menor, con autoridad familiar compartida.

La mentada sentencia analiza la preferencia legal prevista, pero estudia los factores concurrentes para desestimar el modelo de GCC, basando dicha desestimación en la corta edad del menor, un elemento a considerar para que se mantenga bajo el cuidado de su madre, así como en la existencia de una total ausencia de cooperación y comunicación entre los progenitores que, en este caso, constituye una causa que dificulta la guarda conjunta: *“partiendo de tales hechos, no puede estimarse el primer motivo de recurso, ya que la Audiencia Provincial no ignora el criterio de adopción preferente de la custodia compartida establecido en el art. 80.2 del CDFa sino que, en ejercicio del margen de discrecionalidad que el legislador atribuye a los tribunales de instancia, ha decidido fundadamente que en el caso de autos la custodia individual a favor de la madre satisface el interés superior del menor, con mayor efectividad que el de custodia compartida propugnado por el recurrente.*

*Debe significarse, además, que la muy joven edad de Baltasar constituye un elemento a considerar para que se mantenga bajo el cuidado de su madre y que la existencia de una total ausencia de cooperación y comunicación entre los progenitores constituye, en este caso, una causa que dificulta la custodia compartida por tiempos alternados, al no existir en el momento en que se adoptó la decisión un ámbito de relación fuera del familiar en el que el menor se encontrase y pudiera propiciar la comunicación respecto de hábitos de conducta, alimentación y sanidad, como sería en caso de estar ya escolarizado. La custodia que previene el legislador es alterna en el tiempo pero compartida en el ejercicio, lo que exige un mínimo de cooperación y comunicación entre el padre y la madre, no siendo equiparable a ella una custodia repartida con ausencia total de*

---

<sup>286</sup> RJ 2014, 1824.

*comunicación de decisiones que afecten al desarrollo del menor” (FD 6°).*

El legislador valenciano propone una regulación diametralmente opuesta a la prevista en el art. 92.8 C.c., en su art. 5 de la LVRF, en cuyo apartado 2º establece la regla general<sup>287</sup>: *“como regla general se atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”*, para, en su apartado 4º, contemplar la excepción: *“la autoridad judicial podrá otorgar a uno sólo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan”*.

En este sentido, destaco la **STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 6 de septiembre de 2013**<sup>288</sup>, en la cual se analizan dos cuestiones: la primera, la incidencia de la entrada en vigor de la nueva regulación LVRF (conforme a su DT 1ª<sup>289</sup>), la cual altera las circunstancias bajo las cuales se adoptaron las medidas definitivas y, por tanto, consiente la revisión de las mismas con arreglo al nuevo régimen jurídico, en particular, el carácter de regla general de la convivencia compartida y la excepcionalidad del régimen de convivencia individual; la segunda, que el establecimiento o, en su caso, el mantenimiento del régimen de custodia individual requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, éstas siempre vinculadas al superior interés del menor.

Por su parte, el art. 10.3 LPVRF se decanta por la GCC con carácter general, siempre que no sea perjudicial para el menor y a petición de parte, atendándose a la valoración de circunstancias concretas, por consiguiente, se inclina por la automaticidad en la adopción del modelo de guarda: *“el juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias”*.

---

<sup>287</sup> Mediante escrito presentado en el Registro General del TC el día 4 de julio de 2011, el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la LVRF al entender contraria a la CE la custodia compartida como criterio prevalente, cuestión que fue resuelta negativamente al entender el TC que la prevalencia no significa o conlleva aplicación automática al tener la autoridad judicial otros factores en el momento de adoptar su decisión. *Vid.* Pleno del TC mediante Auto de 22 de noviembre de 2011 (RTC 2011, 161), apartado 3º: *“desde esa misma perspectiva general el Director General de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana ha solicitado el levantamiento de la suspensión señalando la ausencia de perjuicio irreparable alguno vinculado a la vigencia y aplicación de la Ley. Así, estima que la Ley 5/2011 dispone pero en ningún caso impone la custodia compartida ya que, en todo caso, la autoridad judicial ha de decidir en función del interés del menor pudiendo modificar en cualquier momento su inicial decisión. En un sentido similar se ha manifestado el Letrado de las Cortes Valencianas que ha señalado la inexistencia de perjuicios de imposible o difícil reparación derivados de la aplicación de la Ley 5/2011 dado que la custodia compartida es un criterio prevalente pero de ello no se deriva su aplicación automática sino que la Ley 5/2011 permite a la autoridad judicial que tome en cuenta otros factores en el momento de adoptar su decisión”*.

<sup>288</sup> RJ 2013, 6660.

<sup>289</sup> D T. 1ª: *“a través del procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma”*.



Contrasta con estos tres posicionamientos el criterio seguido por el art. 3.2. de la LNRC, el cual establece: “*en caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos*”. Y, en su art. 3.3 dispone: “*el Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores...*”.

El legislador navarro, como puede comprobarse, ha adoptado una solución más neutra, al igual que el catalán, que se expresa, en términos parecidos, en el art. 233-10.2 del CCCat.: “*la autoridad judicial, si no existe acuerdo o si éste no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo*”.

El TS, con el fin de clarificar el panorama y explicitar cómo debe interpretarse la excepcionalidad a la que hace referencia el art. 92.8º del C.c.<sup>290</sup> en su **Sentencia de 22 de julio de 2011**<sup>291</sup>, a la cual hace remisión en sus ulteriores pronunciamientos<sup>292</sup>,

---

<sup>290</sup> El desacuerdo existente entre los progenitores, unido a la excepcionalidad y a la ausencia de previsión legal de la GCC han sido circunstancias suficientes para hacer fracasar la propuesta, como expone la SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 30 de abril de 2003 (JUR 2003, 254337), en su FD 1º: “*por otro lado, el sistema adoptado por la Sentencia permite a los menores mantener un punto de referencia claro en cuanto a cuál es su vivienda, lo que les otorga una mayor seguridad y estabilidad, sin perjuicio de mantener el deseable contacto fluido con su otro progenitor, sobradamente garantizado en la resolución impugnada como este mismo viene a reconocer al solicitar unas estancias idénticas a las visitas establecidas, lo que denota, por lo demás, que ni este último ni los menores están sufriendo perjuicio alguno en su recíproca relación. Hay que concluir, en definitiva, que el desacuerdo existente entre los progenitores, unido a la excepcionalidad y ausencia de previsión legal de la guarda y custodia compartida, así como elementales criterios organizativos aconsejan mantener las medidas acordadas en los ordinales primero y segundo del fallo de la Sentencia de instancia en aras del interés superior de los menores, por lo que este primer motivo de apelación debe decaer*”.

<sup>291</sup> RJ 2011, 5676. Esta sentencia, cuyo ponente es Encarnación Roca Trías, no acuerda la GCC. El supuesto enjuiciado proviene de la Sentencia dictada por el JPI nº 4 de Ourense de fecha 20 de mayo de 2008, que decretó el divorcio de los cónyuges y la atribución de la guardia y custodia de los hijos menores a su madre, confirmada parcialmente por la Audiencia (acuerda como único extremo sustituir el régimen de visitas estableciendo a favor del padre los martes y jueves, de modo que éste pueda comunicar con sus hijos y tenerlos en su compañía los mismos días desde la salida del colegio hasta la 20 horas en que los ha de reintegrar al domicilio materno).

Como dice en el FD 5º *in fine*: “*en este caso, la decisión de la Audiencia Provincial es correcta: ha examinado si el problema del desacuerdo afecta a los menores. Ha valorado las pruebas aportadas de una forma adecuada y ha concluido que la actual situación no permite acordar la guarda y custodia compartida, porque los niños están inadaptados con la guarda acordada y el derecho de visitas amplio de que gozan. En definitiva, que no conviene al interés primordial de los menores que se tome la medida de acordar la guarda y custodia compartida (SSTS de 1 octubre 2010 (RJ 2010, 7302), 11 febrero (RJ 2011, 2311) y 12 mayo 2011 (RJ 2011, 4161))*”.

<sup>292</sup> Entre otros, STS (Sección 1ª) de 3 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7381), FD 5º: “*2ª Esta Sala ha dictado ya diversas sentencias, estableciendo los criterios que deben regir la decisión judicial en la atribución de la guarda y custodia compartida, sobre la interpretación de la expresión ‘excepcionalmente’, utilizada en el artículo 92.8 CC, concretamente la STS 579/2011, de 22 julio (RJ 2011, 5676), cuyo contenido se incorpora por remisión*” y STS de 25 de abril de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100184), FD 4º: “*(ii) En segundo lugar, la STS 579/2011, de 22 julio, ha interpretado la expresión ‘excepcional’, contenida en el artículo 92.8 CC en el sentido que la excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe*

considera que la acepción "excepcional" contenida en el art. 92.8º C.c. no debe analizarse literalmente, sino en relación al párrafo 5º: *"la excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la 'excepcionalidad', a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.*

*Las situaciones que prevé el art. 92 CC son:*

*1º Acuerdo de los padres: art. 92.5 CC, aunque en este caso la guarda y custodia compartida tampoco es automática, puesto que el Juez debe actuar conforme se establece en el art. 92.6 CC.*

*2º Falta de acuerdo de los padres en la guarda compartida: se puede reconocer este tipo de guarda siempre que con esta atribución se proteja el interés del menor, según el art. 92.8 CC y ello con las garantías que se establecen en el propio art. 92 CC para proteger dicho interés" (FD 3º).*

Y continúa en su **FD 4º**: *"en cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (Ver SSTs, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011) 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, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.*

*De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor".*

Esta Sentencia viene a iniciar la configuración del actual modelo de GCC como un sistema de guarda normal, independientemente de si la solicitud es conjunta o en proceso contencioso, siendo la GCC una modalidad ordinaria más de las previstas en la legislación cuando uno de los progenitores así lo solicite, de modo que es requisito necesario la petición de la misma.

La excepcionalidad numérica, según las estadísticas, en la adopción de GCC se enfrenta al objetivo propuesto de modelo normalizado y deseable al que hace referencia la, ya citada en varias ocasiones, **STS de 29 de abril de 2013**, la cual, en su **FD 4º** afirma: *"el interés casacional que ha permitido la formulación de este recurso exige casar la sentencia de la Audiencia provincial, en cuanto desestima la demanda en contra de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, pese a mantener la medida*

---

*interpretarse, pues, en relación con el párrafo 5 del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro".*

*acordada, y sentar como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.*

Esta situación ha generado una interpretación jurisprudencial progresiva que ha culminado con la regulación propuesta por el ALECP, la cual propugna la normalidad de la GCC o el plano de igualdad entre la guarda ejercida por uno o por ambos progenitores, suprimiendo, de forma definitiva, la acepción “*excepcional*” y primando la prevalencia del ISM:

#### art. 92 bis ALECP

El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida.

Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.

#### art. 92.8º C.c.

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.

## 4.4.- LA COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE GUARDA CONJUNTA

Analizo, a continuación, los criterios para la determinación del juez ordinario o natural competente en materia de GCC a nivel estatal o interno<sup>293</sup>, sin la concurrencia de violencia familiar<sup>294</sup>, ya que estos supuestos serán tratados en otro Capítulo del presente trabajo.

---

<sup>293</sup> Según Alfonso-Luis Calvo Caravaca, y Javier Carrascosa González: *Derecho Internacional Privado*. Volumen I. Comares. 2014. Página. 114: “*la competencia interna es la atribución del conocimiento de un asunto concreto a un determinado órgano jurisdiccional, en virtud de la competencia objetiva, territorial y funcional previstos en las leyes procesales de cada Estado*”.

<sup>294</sup> El art. 49 bis 1 de la LEC-2000 señala como límite temporal para el deber de inhibición del Juez civil a favor del Juzgado de Violencia sobre la mujer “*que se haya iniciado la fase del juicio oral, referida entendemos al juicio civil*”. Tras la reforma operada por la LOPIVG, se resuelve interpretando que la limitación temporal para la inhibición del Juez civil, cuando se haya iniciado la fase del juicio oral, debe

Sobre la determinación del juez competente para conocer de un determinado litigio, podemos distinguir: competencia objetiva, competencia funcional y competencia territorial<sup>295</sup>.

#### 4.4.1.- La competencia judicial nacional sin “elemento” extranjero

Sin realizar un análisis exhaustivo, puede concretarse que la competencia objetiva, viene atribuida de forma genérica a los JPI o bien a los JF como órganos especializados allí donde se hayan creado, conforme a los arts. 45, 46 y 769.1 de la LEC-2000, así como la competencia funcional<sup>296</sup> (art. 61 de la LEC-2000) y la competencia territorial judicial nacional<sup>297</sup>.

---

entenderse referida al juicio civil, esto es, a la vista del art. 443 LEC-2000 (Circular de la FGE 4/05, de 18 de Julio de 2005).

<sup>295</sup> Para M<sup>a</sup> Elisa Escolà i Besora (Profesora de Derecho Procesal y Abogado): “Competencia objetiva y funcional”, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Alonso-Cuevillas Sayrol (coord.), Volumen I, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2001. Páginas 293-306: “la competencia objetiva, la funcional y la territorial constituyen los criterios de determinación del juez competente para conocer de un concreto litigio. La objetiva precisa el órgano judicial jerárquicamente competente en razón de la materia y de la cuantía, mientras que la territorial establece qué juez o tribunal es el más competente entre los órganos del mismo rango distribuidos por todo el territorio del Estado. Por último, la competencia funcional determina el órgano a quien corresponde conocer los actos procesales, fases, instancias e incidencias de un proceso en curso”.

<http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro204/lib204-10.pdf>:

<sup>296</sup> Art. 769.3 de la LEC-2000 (en relación al art. 411 del mismo Texto legal sobre la perpetuación de la jurisdicción). Al respecto, *vid.* SAP de Valencia (Sección 10<sup>a</sup>) de 5 de junio de 2012 (AC 2012, 1076), FD 2º: “estas reglas son aplicables para el caso de demanda de modificación de medidas, habiéndose acordado en la Reunión del Pleno TS Sala Primera para unificación de criterios y coordinación de prácticas procesales (artículo 264 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) ) de 16.12.2008 que “Las cuestiones suscitadas en relación a la modificación de medidas acordadas en Sentencia de separación o divorcio se resuelven en favor del fuero del domicilio del demandado o el de residencia del menor, a elección del demandante, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 769.3 LEC”.

*Por otra parte, el artículo 411 LEC establece la perpetuación de la jurisdicción, disponiendo que “Las alternaciones que, una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes ... no modificarán la jurisdicción la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia”.*

Sobre la incorrecta acumulación de acciones (art. 73.1 de la LEC-2000) y sobre la competencia de la demanda ejecutiva (art. 545.1 de la LEC-2000), *vid.* SAP de Málaga (Sección 6<sup>a</sup>) de 10 de septiembre de 2010 (JUR 2010, 95356), FD 2º: “muy por el contrario, la pretensión demandante se ciñe, pura y simplemente, a reclamar en concepto de atrasos una determinada cantidad impagada por el concepto de alimentos a favor de las hijas, para lo cual el artículo 776 de la comentada Ley Procesal en su primer inciso previene que “los pronunciamientos sobre medidas se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el Libro III de esta Ley ...”.

<sup>297</sup> Me remito al Capítulo siguiente en el cual se aborda la aplicación de las regulaciones de las CCAA con competencia legislativa en la materia, conforme al criterio de vecindad civil.

Hemos de exponer en primer lugar, el carácter legal de dicho foro, y, por tanto, su indisponibilidad conforme al contenido del art. 769 de la LEC-2000 en su apartado 4º, al tratarse de una materia de orden público procesal: *“el tribunal examinará de oficio su competencia.*

*Son nulos los acuerdos de las partes que se opongan a lo dispuesto en este artículo”.*

Se trata de foros legales imperativos y controlables de oficio y también a instancia de parte, conforme al contenido de la acción declinatoria prevista en los arts. 63, 64 y 65 de la LEC-2000<sup>298</sup>.

Del contenido del art. 769 de la LEC-2000<sup>299</sup> puede extraerse, realizando un breve análisis del mismo, que para la atribución de la competencia territorial para conocer de los procesos a que se refiere el Capítulo IV del Título Primero del Libro Cuarto de aquella norma, se establecen criterios diferentes según el objeto del proceso.

En este sentido, pueden diferenciarse aquellos procesos cuyo objeto es decretar medidas previas a la interposición de la demanda; bien aquellos derivados de situaciones de ruptura del vínculo matrimonial o de la crisis matrimonial (contenciosa o de mutuo acuerdo), regulados en el art. 769.1º y 2º de la LEC-2000; o bien los que versen, exclusivamente,

---

<sup>298</sup> En cuanto a la apreciación de oficio de la competencia objetiva (art. 48 de la LEC-2000), funcional (art. 62 LEC-2000) y territorial (art. 58 de la LEC-2000): *“cuando la competencia territorial venga fijada por reglas imperativas, el tribunal examinará de oficio su competencia territorial inmediatamente después de presentada la demanda y, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, si entiende que carece de competencia territorial para conocer del asunto, lo declarará así mediante auto, remitiendo las actuaciones al tribunal que considere territorialmente competente. Si fuesen de aplicación fueros electivos, el tribunal estará a lo que manifieste el demandante, tras el requerimiento que se le dirigirá a tales efectos”.*

El art. 51 de la LOPJ dispone que las cuestiones de competencia entre Juzgados y Tribunales de un mismo orden jurisdiccional se resolverán por el órgano inmediato superior común, conforme a las normas establecidas en las leyes procesales.

Según el art. 73.2.c) de la LOPJ, la decisión de las cuestiones de competencia entre los órganos judiciales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma y que no tengan otro superior común le corresponde a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

A su vez, el art. 60 de la LEC-2000, para supuesto de conflicto negativo de competencia territorial, prescribe que, cuando la decisión de inhibición se haya tomado en virtud de declinatoria o con audiencia de todas las partes, el tribunal al que se remitan las actuaciones estará a lo acordado y no podrá declarar de oficio su propia incompetencia.

<sup>299</sup> Art. 769 de la LEC-2000, cuyos apartados 1º y 2º han recibido, recientemente, nueva redacción por la LJV: *“1. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, será tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. Los que no tuvieren domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante y, si tampoco pudiese determinarse así la competencia, corresponderá ésta al tribunal del domicilio del actor.*

*2. En el procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo a que se refiere el artículo 777, será competente el Juzgado del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes”.*

sobre la guarda y custodia relativos a hijos menores (art. 769.3º de la LEC-2000).

En el supuesto de solicitud, por alguno de los progenitores, de medidas provisionales como cautelares previas a la interposición de la demanda (contenidas en los arts. 102 y 103 del C.c. y arts. 771 y 772 de la LEC-2000), la competencia territorial corresponde al JPI del domicilio del cónyuge que insta la demanda, conforme expone el art. 771.1º de la LEC-2000: *“el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil ante el tribunal de su domicilio”*.

Cabe destacar su carácter urgente, no siendo necesario, para el escrito inicial, ni la asistencia letrada ni la representación procesal, conforme al art. 771.1 *in fine* de la LEC-2000: *“para formular esta solicitud no será precisa la intervención de procurador y abogado, pero sí será necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior”*.

La urgencia deriva de la ausencia de medidas respecto al menor, y la situación de inestabilidad que aquélla provoca, conforme al contenido del art. 771.2 de la LEC-2000: *“a la vista de la solicitud, el Secretario judicial citará a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia en la que se intentará un acuerdo de las partes, que señalará el Secretario judicial y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su procurador.*

*De esta resolución dará cuenta en el mismo día al Tribunal para que pueda acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares. Contra esta resolución no se dará recurso alguno”*.

Y, en cuanto proceso especial y urgente, no tiene posibilidad de recurso, conforme al art. 771.4º LEC-2000: *“finalizada la comparecencia o, en su caso, terminado el acto que se hubiere señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido producirse en aquélla, el tribunal resolverá, en el plazo de tres días, mediante auto, contra el que no se dará recurso alguno”*.

Por último, es preciso indicar el requisito de instar la demanda principal en los 30 días siguientes (han de entenderse, procesales) para que subsistan las medidas acordadas, art. 771.5 LEC-2000: *“los efectos y medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio”*.

Frente al contenido de lo ya expuesto, es reseñable el distinto Juez territorial competente en los procesos cuyo objeto es una crisis matrimonial<sup>300</sup> (proceso contencioso) como en aquellos relativos a la guarda y custodia relativos a hijos menores, siendo competente el JPI del último domicilio conyugal o común del matrimonio o de la pareja (foro general).

En algunos supuestos puede ser discutible la determinación del órgano competente en

---

<sup>300</sup> También para las medidas coetáneas o simultáneas a la demanda (art. 773 de la LEC-2000).

función de conceptos jurídicos indeterminados como son el domicilio y la residencia habitual<sup>301</sup>, pudiendo servir como referencia, a estos efectos, criterios tales como la localización de la finca cuya atribución se pretende como domicilio conyugal<sup>302</sup>, la adscripción a un médico de cabecera o médico de familia, la sede de las facturas de suministros, el lugar de inscripción laboral o al servicio de empleo, el centro escolar del menor, etc.

En los casos de crisis matrimonial seguidos por el proceso contencioso, al residir los cónyuges en distintos domicilios desde el cese de la convivencia, como fueros subsidiarios concurrentes electivos la LEC-2000 establece: *"el último domicilio del matrimonio o el de la residencia del demandado"*, debiendo acreditarse éstos, y en su defecto *"los que no tuvieren domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen"* o bien en *"su última residencia"*; y, en último lugar como competencia residual, si no pudiera determinarse por las reglas expuestas, será competencia el tribunal del *"domicilio del actor"* (art. 769.1 *in fine* LEC-2000, modificado por la reciente LJV).

Cuando el proceso es iniciado por mutuo acuerdo o bien por uno con el consentimiento del otro (art. 777 de la LEC-2000) el foro es electivo. El art. 769.2 de la LEC-2000 previsto para tales supuestos, permite elegir, de forma facultativa, al promotor del expediente judicial el juzgado competente entre cualquiera de los tres previstos: el último domicilio común o el domicilio de cualquiera de los solicitantes.

En relación a los procesos que versen, exclusivamente, sobre guarda y custodia previstos en el art. 769.3 de la LEC-2000, el legislador ha empleado como fuero principal el último domicilio común de la pareja o de los progenitores, y, subsidiariamente o alternativamente, a elección del demandante (fuero electivo en manos del actor), para el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente el domicilio del demandado o el de la residencia del menor, entendida ésta como el lugar donde se encuentra el menor en el momento de interposición de la demanda (*"residencia"* a los efectos de la LEC-2000).

Sin embargo, en relación a dicho fuero electivo, cuando es precisa la intervención del menor (ser oído o examinado por el equipo psicosocial) el sentido común aconseja dar prevalencia al fuero territorial de la *"residencia del menor"*, en coherencia con el ISM y el contenido del art. 2 de la LOPJM, como exponen, entre otros, los **AATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 5 de febrero de 2013**<sup>303</sup>, **ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 9 de julio de 2013**<sup>304</sup>, así como el **ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 9 de octubre de 2012, FD 1º**<sup>305</sup>: *"se plantea en la presente cuestión negativa de competencia si debe de*

---

<sup>301</sup> Art. 40 del C.c.: *"...el domicilio de las personas naturales es el de su residencia habitual..."*.

<sup>302</sup> Vid. Eduardo Hijas Fernández (Magistrado AP de Madrid): *"Los procesos de familia una visión judicial"*. Colex 2009. Página 200.

<sup>303</sup> JUR 2013, 119019.

<sup>304</sup> RJ 2013, 5196.

<sup>305</sup> RJ 2012, 10108 y, en el mismo sentido, el ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 de diciembre de 2013 (JUR 2013, 382197), FD 1º.

*prevalecer el domicilio de la demandada o el del lugar donde se encuentra la menor en el momento de interponer la demanda.*

*Hay que manifestar, en primer lugar, que el artículo 769.3 de la LEC) habla de ‘residencia del menor’ frente al concepto de ‘domicilio del demandado’, por lo que parece claro que el legislador no ha querido otorgar al concepto ‘residencia’ el carácter de permanencia que otorga a aquel, de tal manera que en una interpretación extensiva del precepto ha de concluirse que el lugar donde se encuentra el menor en el momento de interposición de la demanda puede ser considerado como su ‘residencia’ a los efectos de la LEC.*

*Sentada esta premisa, es cierto que el artículo 769.3 establece un fuero electivo y esta elección queda en manos del actor, y también es cierto que en el caso que nos ocupa la intención del actor fue la de entablar la demanda en el lugar del domicilio de la demandada (aunque lo hizo incorrectamente en Santiago de Compostela, cuando debería de haberlo hecho en Negreira). Sin embargo, en casos como el planteado en el que muy posiblemente sea necesaria la intervención de la menor en el procedimiento (bien para su examen por el equipo psicosocial, bien para su declaración ex regla 4ª del artículo 770 de la LEC) el sentido común aconseja dar mayor prioridad al fuero territorial de la ‘residencia del menor’ y que en la actualidad no es otro que el domicilio del progenitor en Fuengirola, equiparando la situación planteada a la resuelta por esta Sala con relación a los procedimientos de incapacitación, en la que se determina que la localidad de la nueva residencia del incapaz será la que determine la competencia del Tribunal.*

*De este modo se da cumplimiento a la máxima del mayor interés del menor proclamada con carácter general por el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor, reconocida y aplicada de forma unánime por la doctrina de esta Sala.*

*Además de todo lo dicho, tal y como está planteado el presente conflicto ante esta Sala, entre el Juzgado de Santiago de Compostela y el Juzgado de Fuengirola, el único que podría ser competente es este último de acuerdo con lo establecido en el artículo 769.3 de la LEC, por lo que así procede acordarlo”.*

Por último, quisiera precisar, en relación al proceso sobre modificación de medidas posterior a la firmeza de la sentencia (arts. 91 del C.c. y 775.1º de la LEC-2000), con base en la variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se adoptaron (art. 91 C.c. *in fine*), que puede instarse de mutuo acuerdo, conforme al contenido del art. 777.9 de la LEC-2000<sup>306</sup> (“la modificación del convenio regulador o de las medidas acordadas por el tribunal en los procedimientos a que se refiere este artículo se

---

<sup>306</sup> Los apartados 4º y 10º del art. 777 LEC-2000 han recibido nueva redacción por la LJV: “4. Ratificada por ambos cónyuges la solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, el Juez o el Secretario judicial que fuere competente concederá a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador.

10. Si la competencia fuera del Secretario judicial por no existir hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges ante el Secretario judicial, este dictará decreto pronunciándose, sobre el convenio regulador”.



sustanciará conforme a lo dispuesto en el mismo cuando se solicite por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y con propuesta de nuevo convenio regulador. En otro caso, se estará a lo dispuesto en el artículo 775”), o bien en forma contenciosa, en cuyo caso resulta de aplicación el art. 775 de la Ley Rituaria (“el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. 2. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777”).

#### 4.4.2.- La competencia judicial nacional con “elemento” extranjero

Ante la creciente concurrencia en los procesos sobre menores de “elementos extranjeros”<sup>307</sup> a causa de la libre circulación de personas en el denominado “espacio Schengen”<sup>308</sup>, surgen diversas cuestiones jurídicas atendiendo a la Ley personal aplicable en cada caso, al Juez territorial competente, a la posible litispendencia, a la necesaria cooperación internacional, a la eficacia de las resoluciones a nivel supranacional, etc., las cuales han tenido que ser resueltas por la UE.

Este fenómeno, poco relevante hace unas décadas, ha generado una abundancia de normas de conflicto (en adelante, NdC).

Estas situaciones litigiosas<sup>309</sup> en los supuestos de cese de la convivencia o crisis parental con “participación de elemento extranjero” (tal y como es denominado) han supuesto la

---

<sup>307</sup> La intervención o participación de padres e hijos de distinta nacionalidad como consecuencia de la facilidad en la utilización de los medios de transporte y, por consiguiente, de desplazamientos, han producido los “agilidad” en los cambios de residencia de los menores, así como el nacimiento de hijos fruto de la unión de padres de distinta nacionalidad, lo que ha sido denominado, a nivel europeo, como “divorcios transfronterizos” o “parejas internacionales”, que ha conllevado una internacionalización de los juzgados y la “abundancia” normativa, que sigue progresivamente incrementada, generando una enorme amalgama normativa, incluso a dentro de nuestro Estado, como tengo oportunidad de exponer en el capítulo correspondiente sobre las diferentes regulaciones autonómicas en materia de GCC (aspecto intra-territorial frente al internacional).

“La creciente movilidad de los ciudadanos en la Unión Europea ha dado lugar a un aumento del número de matrimonios ‘internacionales’ en que los cónyuges tienen distinta nacionalidad, o viven en Estados miembros diferentes, o viven en un Estado miembro del que no son nacionales. Teniendo en cuenta el alto índice de divorcios en la Unión Europea, la ley y la competencia aplicables en los asuntos matrimoniales afectan anualmente a un número significativo de ciudadanos. La sección 3 de la evaluación de impacto adjunta contiene estadísticas sobre el número de matrimonios y divorcios internacionales en la Unión Europea”. Fuente: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2006/ES/1-2006-399-ES-F1-1.Pdf>.

<sup>309</sup> En relación al número de divorcios: “cada año en torno a un millón de parejas inicia los trámites de divorcio en la UE, y el caso es que no siempre está claro qué legislación hay que aplicar. Así ocurre, por ejemplo, cuando los cónyuges proceden de distintos países o cuando, procediendo del mismo, viven en el extranjero o en países diferentes, en cuyo caso las complicaciones pueden ser grandes.

necesaria averiguación de la competencia judicial internacional y, con ello, el reforzamiento de la cooperación y eficacia de las resoluciones, lo que implica, en gran medida, conocer el organigrama u organización judicial en cada país<sup>310</sup>, y el consiguiente conflicto de tribunales y de leyes entre Estados<sup>311</sup>, incluso, dentro del mismo Estado, como ocurre, en nuestro territorio.

El art. 66 del Reglamento nº 2201/2003 hace referencia a la posibilidad de un Estado miembro con dos o más Ordenamientos jurídicos internos (como es nuestro caso), y cómo debe interpretarse el concepto “residencia habitual”<sup>312</sup>, “nacionalidad”, “autoridad del Estado” y “normas”:

*“Por lo que se refiere a un Estado miembro en el que se apliquen en entidades territoriales diferentes dos o más ordenamientos jurídicos o conjuntos de normas relativos a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento:*

*a) toda referencia a la residencia habitual en ese Estado miembro se entenderá como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial;*

*b) toda referencia a la nacionalidad, o en el caso del Reino Unido al «domicile», se entenderá como una referencia a la unidad territorial designada por la legislación de ese Estado;*

*c) toda referencia a la autoridad de un Estado miembro se entenderá como una referencia a la autoridad de la unidad territorial en cuestión de ese Estado;*

*d) toda referencia a las normas del Estado miembro requerido se entenderá como una referencia a las normas de la unidad territorial en la que se pretende la competencia, el reconocimiento o la ejecución”.*

---

*Las llamadas ‘parejas internacionales’ representan el 13% de los divorcios –y también de los matrimonios– en la UE. A lo doloroso y enrevesado que es de por sí disolver una unión se añaden en su caso las diferencias que a menudo existen entre las normativas nacionales. Nada tiene de sorprendente tratándose de 27 países, cada uno con su historia y su cultura propias”.*

[ec.europa.eu/news/justice/100324\\_es.htm](http://ec.europa.eu/news/justice/100324_es.htm)

<sup>310</sup> Vid. Órganos jurisdiccionales de los estados miembros UE, competentes en Derecho civil-  
[http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/cc\\_information\\_es.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/cc_information_es.htm)

<sup>311</sup> Con el objeto de evitar el denominado “forum shopping” y asegurar la seguridad jurídica de la ley aplicable, vid. el Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial: “(9) El presente Reglamento debe crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes, garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad, e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses”.

<http://www.boe.es/doue/2010/343/L00010-00016.pdf>.

<sup>312</sup> La sujeción al Derecho civil común o foral se determina por la vecindad civil (art. 14 del C.c.) y respecto del extranjero que se establece en nuestro país éste deberá optar, al inscribir su nacionalidad como española, por cualquiera de las vecindades (art. 15 del C.c.).

Las NdC<sup>313</sup> son de aplicación imperativa y apreciables de oficio, deben respetar, en todo caso, el orden público<sup>314</sup>, y sin fraude de ley (art. 12 del C.c.)<sup>315</sup>, de manera que pueda conocerse, con claridad, la norma a aplicar conforme a unas coordenadas, las cuales atienden: en primer lugar, al supuesto de hecho que es objeto del litigio o proceso (por ejemplo, un divorcio o una nulidad matrimonial); en segundo lugar, el criterio de conexión, atendiendo al lugar donde se contrajo el matrimonio o *lex matrimonii* o la vecindad civil o la residencia habitual familiar o del menor; y, en tercer lugar, las consecuencias jurídicas o aplicación de la ley a la que nos remite la norma de conflicto, *lex causae*, ley competente para regir la cuestión, en contraposición con la ley del juez que está conociendo del litigio o *lex fori*<sup>316</sup>.

Descendiendo a la materia de la GCC, ha de analizarse cuándo concurre un elemento extranjero (nacionalidad extranjera de uno de los justiciables o litigantes) o la concurrencia de la residencia habitual fuera de España de alguno de los miembros de la familia, y cómo ha de resolverse la cuestión litigiosa atendiendo a ciertos aspectos como

---

<sup>313</sup> Entre las NdC cabe destacar el art. 107 del C.c., que establece la Ley aplicable a la nulidad, separación y divorcio: “1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.  
2. La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”, apartado que ha sido modificado recientemente por la LJV.

<sup>314</sup> El orden público formal hace referencia al orden general de la sociedad como límite a la voluntad de los particulares en los art. 6.2 (en materia de exclusión voluntaria de la Ley), 12.3 (en materia de NdC) y 1255 (en materia contractual), todos del C.c.

<sup>315</sup> Art. 12 C.c.: “1. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española.  
2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.  
3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.  
4. Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.  
5. Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado.  
6. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español”.

Esta norma ha sido recientemente modificada por el art. 22 octies de la LOPJ (modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio) que establece al respecto: “1. No serán competentes los Tribunales españoles en aquellos casos en que los fueros de competencia previstos en las leyes españolas no contemplen dicha competencia.

2. Los Tribunales españoles apreciarán, de oficio o a instancia de parte, su competencia de conformidad con las normas vigentes y las circunstancias concurrentes en el momento de presentación de la demanda, y el proceso se sustanciará hasta su conclusión aunque dichas normas o circunstancias hayan sido modificadas con posterioridad, salvo que expresamente se determine lo contrario.

3. Los Tribunales españoles se declararán incompetentes si su competencia no estuviera fundada en las disposiciones de las leyes españolas, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales.

Los Tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia. Tampoco lo podrán hacer cuando se trate del reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados por los Tribunales extranjeros”.

<sup>316</sup> Francisco J. Garcimartín Alférez. “La norma de conflicto: tipología y problemas de aplicación”. Tratados y Manuales (Civitas). Derecho Internacional Privado. BIB 2014\1. BIB 2014\5019. Aranzadi, enero de 2014.

la vecindad civil, residencia habitual familiar o del menor, nacionalidad, etc. para conocer el órgano o Tribunal competente, la legislación aplicable, etc., cuestiones, todas ellas, que suponen un antejuicio de Derecho Internacional Privado (en adelante, DIP), debiéndose respetar el derecho de todo menor a mantener relaciones igualitarias con sus progenitores, cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o residencia habitual<sup>317</sup> o filiación (matrimonial o extramatrimonial), en cumplimiento del principio universal rector del ISM.

Cuando la familia con algún elemento extranjero mediante mutuo acuerdo o bien individualmente un ciudadano extranjero pretende acceder a los tribunales de justicia españoles, hay que estar a lo dispuesto por el art. 36.1º de la LEC-2000 acerca de la extensión y límites de los Tribunales civiles<sup>318</sup>, que se remite a lo establecido en la LOPJ.

El art. 21 de la LOPJ<sup>319</sup> establece que los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español (independientemente de la nacionalidad de las partes) con arreglo a lo establecido en dicha Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte: *“los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.*

*No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución de conformidad con las normas del Derecho Internacional Público”.*

---

<sup>317</sup> Andrés Rodríguez Benot (Catedrático de Derecho Internacional Privado: “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”. *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 2, Nº. 1, 2010. Páginas 186-202, analiza los periodos históricos y la primacía de unos conceptos sobre otros en cada etapa, hasta alcanzar primacía el concepto residencia habitual para determinar la ley personal: *“en lo que atañe a la concreción del criterio de conexión consagrado en las normas de conflicto de los distintos sistemas de Derecho internacional privado para determinar la Ley personal, un recorrido histórico sobre la cuestión pone de manifiesto la utilización, en distintos periodos y ámbitos, de al menos tres criterios para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal en los supuestos de tráfico jurídico externo: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual”.*

<sup>318</sup> SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 1 de abril de 2003 (AC 2003, 1120), FD 2º: *“comprobado el objeto de pronunciamiento sometido en esta alzada debemos destacar como, en la actualidad el artículo 36 de la LECiv determina la extensión y límites de la jurisdicción de los Tribunales españoles de acuerdo con lo dispuesto en la LOPJ así como por los tratados y convenios internacionales en los que España es parte señalando la obligada abstención de los tribunales españoles cuando la causa afecte a ciudadanos o bienes con inmunidad declarada por las normas de Derecho Internacional Público, cuando en virtud de tratado se atribuya el conocimiento del asunto a la jurisdicción de otro Estado, cuando no comparezca el demandado si sólo correspondiera la jurisdicción a los tribunales españoles por la sumisión tácita de las partes. En los arts. 37 y 38 de la nueva Norma Procesal se regula tanto la apreciación de oficio de ésta como el modo, a través de declinatoria, en el que el demandado podrá denunciar esta ausencia de competencia internacional o falta de jurisdicción para conocer de este asunto”.*

<sup>319</sup> Nueva redacción conforme a la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ. Según la DT 1ª sobre normativa aplicable a los procedimientos judiciales ya iniciados establece la no retroactividad de la norma: *“los procedimientos que se rijan por normas de competencia judicial internacional en el orden civil iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán sustanciándose conforme a las normas que regían a la fecha de su incoación”.*

Además, establece en su art. 22 de la LOPJ, apartado quáter<sup>320</sup>, los correspondientes puntos de conexión a la materia de matrimonio (relaciones personales y patrimoniales y separación, nulidad y divorcio) y relaciones paterno filiales.

El sistema español de competencia judicial conforme a la LOPJ del año 1985 ha sido por la normativa comunitaria prevista en el Reglamento nº 2201/2003, en virtud del cual hemos necesariamente de distinguir, para establecer la competencia, entre procesos urgentes (sobre medidas cautelares y provisionales); procesos sobre crisis del matrimonio; y procesos que versan sobre protección de menores o de relaciones parentales<sup>321</sup>.

Resulta, asimismo, destacable en el Reglamento, la necesidad o requisito en esta materia de la cooperación, que necesariamente ha de alcanzarse para facilitar la solución amistosa de conflictos familiares en el ámbito de la responsabilidad parental, recomendándose participar en la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil creada por la Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (Considerando 25).

La Ley Orgánica 7/2015 también ha modificado y reforzado los arts. 276 a 278 de la LOPJ sobre la cooperación internacional<sup>322</sup>, sobre procedimientos de reconocimiento y ejecución, y unificación de la tramitación conforme a las normas internacionales:

El art. 276 LOPJ queda redactado en los siguientes términos: “*Las peticiones de cooperación internacional se (rán elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia, el cual las hará llegar a las Autoridades competentes del Estado requerido, bien por la vía consular o diplomática o bien directamente si así lo prevén los Tratados internacionales)*<sup>323</sup> *tramitarán de conformidad con lo previsto en los tratados internacionales, las normas de la Unión Europea y las leyes españolas que resulten de aplicación*”.

---

<sup>320</sup> Redacción por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

<sup>321</sup> En sentido negativo, el art. 1.3 del Reglamento establece que no se aplica a: la determinación e impugnación de la filiación; las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción; al nombre y apellidos del menor; emancipación; obligaciones de alimentos; fideicomisos y las sucesiones; a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores.

<sup>322</sup> “*El principal instrumento en este ámbito es el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil («Reglamento Bruselas I»).* Este Reglamento tiene como objetivo armonizar las normas sobre conflictos de jurisdicción en los Estados miembros, además de simplificar y acelerar el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia civil y mercantil. El dispositivo del Reglamento Bruselas I se complementa con el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental («Reglamento Bruselas II bis»)”.

En este ámbito (Derecho de familia) el Parlamento de la UE -el Consejo- decide por unanimidad.

[http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_5.12.5.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.5.html)

<sup>323</sup> Desaparece el texto entre paréntesis, no cursiva.

Y el art. 277 LOPJ establece al respecto: “los Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, las normas de la Unión Europea y las leyes españolas sobre esta materia”.

Por su parte, el art. 278 LOPJ establece los supuestos de denegación:

1.º Cuando el objeto o finalidad de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público.

2.º Cuando el proceso de que dimana la solicitud de cooperación sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española.

3.º Cuando el contenido del acto a realizar no corresponda a las atribuciones propias de la autoridad judicial española requerida. En tal caso, ésta remitirá la solicitud a la autoridad judicial competente, informando de ello a la autoridad judicial requirente.

4.º Cuando la solicitud de cooperación internacional no reúna el contenido y requisitos mínimos exigidos por las leyes para su tramitación”.

Además de ésta, y como primera cuestión general, he de resaltar, en relación a la competencia judicial en materia de relaciones paterno filiales, corresponsabilidad parental o de derechos de guarda, la indisponibilidad de las normas relativas a la competencia judicial internacional (en adelante, CJI), al tratarse de una materia de orden público procesal, de ello que sean imperativas y apreciables de oficio conforme al contenido del art. 22 octies de la LOPJ, redactado en el mismo sentido que el art. 17 del Reglamento: “el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento<sup>324</sup> respecto del cual el presente Reglamento no establezca su competencia y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente”<sup>325</sup>.

---

<sup>324</sup> Debe precisarse que el Reglamento considera iniciado un proceso con la presentación del escrito de demanda debiendo realizar todo lo necesario para notificarla a la parte contraria conforme al contenido del art. 16: a) desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para que la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado, o bien

b) si dicho escrito o documento ha de ser objeto de notificación o traslado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación o traslado, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la presentación del documento al órgano jurisdiccional”.

<sup>325</sup> Art. 18. Comprobación de la admisibilidad: “1. Cuando una parte demandada con residencia habitual en un Estado distinto del Estado miembro en el que se hubiera presentado la demanda no compareciere, el órgano jurisdiccional competente suspenderá el procedimiento hasta que se tenga constancia de que dicha parte demandada ha estado en condiciones de recibir, con suficiente antelación para defenderse, el escrito de demanda o documento equivalente o de que se han practicado todas las diligencias a tal fin.

2. Se aplicará el artículo 19 del Reglamento (CE) n.º1348/2000 en lugar del apartado 1 del presente artículo, si el escrito de demanda o documento equivalente hubiera de transmitirse de un Estado miembro a otro de acuerdo con dicho Reglamento.

3. Cuando no sean aplicables las disposiciones del Reglamento (CE) n.º 1348/2000, se aplicará el artículo 15 del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, si el escrito de demanda o documento equivalente hubiera de transmitirse al extranjero de acuerdo con dicho Convenio”.

En relación a la declinatoria, al declarar el art. 6 del Reglamento los fueros obligatorios, si cualquier de los es competente no cabe la declinatoria ni la estimación de oficio de la falta de competencia según el art. 17, que exige que la declinación de competencia se base en la exclusión de la propia y la constatación de la del otro Estado miembro de la UE.

El art. 24 del Reglamento regula la prohibición del control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen: *“no podrá procederse al control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. El criterio de orden público a que se refieren la letra a) del artículo 22 y la letra a) del artículo 23 no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los artículos 3 a 14”*.

Cuando los tribunales de ambos Estados son competentes, no cabe la declinación de competencia, salvo el supuesto del art. 15 (órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto), siendo posible la sumisión, expresa o tácita.

Por su parte el art. 38 de la LEC-2000 permite a las partes denunciar tanto la falta de competencia internacional como la de jurisdicción: *“la abstención a que se refieren los dos artículos precedentes se acordará de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional”*, en relación al contenido del art. 36 de la LEC-2000 y de los arts. 9, 21, 22 y 51 de la LOPJ.

Así las cosas, ha de averiguarse si concurren alguno de los supuestos o criterios de atribución de competencia (objetivos, alternativos y excluyentes) para conocer de la demanda instada<sup>326</sup> ante los juzgados y tribunales españoles, debiendo cerciorarse el juzgador si el demandante, el demandado o el menor tienen residencia en nuestro territorio o son de nacionalidad española para determinar la aplicación de las normas señaladas en cuanto a la atribución de competencia.

Una vez acreditada la competencia y dictada la correspondiente resolución, ésta tiene eficacia o reconocimiento automático entre las autoridades de otro Estado miembro<sup>327</sup>, como señala el **AAP de Barcelona de 20 de febrero de 2015, FD 1<sup>o</sup>**<sup>328</sup>: *“el Reglamento 2201/2003 contempla el reconocimiento casi automático de las resoluciones dictadas por las autoridades de otro Estado miembro en materia de responsabilidad parental. En el*

---

<sup>326</sup> Existen formularias al efecto en la página web de la UE.

[https://e-justice.europa.eu/content\\_matrimonial\\_matters\\_and\\_matters\\_of\\_parental\\_responsibility\\_forms-271-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_matrimonial_matters_and_matters_of_parental_responsibility_forms-271-es.do)

<sup>327</sup> Vid. Art. 21. Reconocimiento de una resolución: *“1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno”*.

Las resoluciones no se reconocerán en los supuestos previstos en los arts. 22 (*Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial*) y 23 (*Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental*) del Reglamento, cuando: fuesen contrarias al orden público del Estado miembro requerido, se hubieran dictado en rebeldía sin notificación del escrito de demanda o indefensión o audiencia; la resolución fuera inconciliable con otra dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido o con otra dictada con anterioridad en otro Estado; en caso de responsabilidad parental, que no se hubiera dado audiencia al menor o no se haya respetado el procedimiento previsto en el art. 56.

<sup>328</sup> Id Cendoj: 08019370182015200004.

*considerando (21) se establece que ‘El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario’. El artículo 21 dispone que ‘1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno.....3. Sin perjuicio de la sección 4, cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con los procedimientos previstos en la sección 2, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución y 4. Cuando el reconocimiento de una resolución se plantee de forma incidental ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional podrá pronunciarse al respecto’.*

*Aunque en casos limitados se prevé la posibilidad de denegar el reconocimiento de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro. Las causas de no reconocimiento se recogen en el art. 22 del Reglamento y como hemos señalado el art. 21, apartado 4º permite el reconocimiento incidental. En la contestación a la declinatoria por la parte actora ya se puso de manifiesto que no recibió la citación del Tribunal Italiano entregada a la empleada de hogar para comparecer en dicho procedimiento y ello encaja en una de las causas de no reconocimiento establecidas en el art. 23. Dicho precepto establece que "Las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán: c) si, habiéndose dictado en rebeldía de la persona en cuestión, no se hubiere notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución". Según se desprende del contenido de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 septiembre 2012, asunto C-619/10 (aunque en aplicación del Reglamento 44/2001) lo esencial para otorgar o denegar el reconocimiento no es la constatación de irregularidades en la notificación del proceso, sino la comprobación de que el demandado no tuvo conocimiento de la demanda que le permitiera ejercitar sus derechos de defensa”.*

Es preciso resaltar que una cosa es el Tribunal competente y otra la ley personal aplicable, y el respeto al sistema procesal de cada Estado<sup>329</sup>, de sus NdC, en nuestro caso, contenidas en el Título Preliminar del C.c. (arts. 9, 13 y 107) y de los Tratados internacionales que sean de aplicación.

En nuestro caso, las relaciones paterno-filiales se regirán por la Ley personal del hijo y, si ésta no pudiera determinarse, se estará a la de su residencia habitual, conforme al art. 9.4 del C.c.: *“el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo”.*

Y respecto a los progenitores sometidos al régimen matrimonial por su nacionalidad o ley personal común (arts. 9.1 y 107 C.c.), se establece como supletorio el criterio de la ley de

---

<sup>329</sup> Art. 30 del Reglamento: *“1. Las modalidades de presentación de la solicitud se determinarán con arreglo a la legislación del Estado miembro requerido”.*

Art. 47 del Reglamento: *“1. El procedimiento de ejecución se regirá por la ley del Estado miembro de ejecución”.*



la residencia habitual a falta de nacionalidad común o en los casos en los que las leyes nacionales aplicables no reconocieran la separación o el divorcio, fuesen discriminatorias o contrarias al orden público.

Acerca de ello se pronuncia las **SSAP de Barcelona de 30 de diciembre de 2014**<sup>330</sup> y de **15 de julio de 2014, FD 2**<sup>331</sup>: *“por lo que se refiere a la ley aplicable al divorcio debe aclararse que el criterio de la sentencia de primera instancia no es compartido por este tribunal puesto que en el caso de autos es aplicable la ley marroquí, nacionalidad común de los esposos, en virtud de lo que dispone el artículo 107 del Código Civil que remite a la nacionalidad común de los esposos, quedando reservada la ley de la residencia habitual a los casos en los que no exista nacionalidad común o a los casos en los que las leyes nacionales aplicables no reconocieran la separación o el divorcio, fuesen discriminatorias o contrarias al orden público, lo que no concurre en el caso de autos respecto a la Moudawana marroquí en los aspectos a los que se refiere este litigio, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia.*

*Por lo que respecta a la prueba de la ley material aplicable el artículo 281.2 de LEC recoge el principio establecido en el derogado segundo párrafo del artículo 12.6 del Código Civil, que obliga a probar el derecho extranjero a la parte que lo invoca, por lo que es la representación procesal y técnica de la actora quién debió aportar al Tribunal la certificación consular del texto vigente, sin perjuicio de la facultad del juez de valerse de los medios de averiguación que estime convenientes, sin que pueda denegar el dictado de la resolución por ésta causa, como expresa la STC nº 10/2000, de 17 de enero, máxime cuando se trata de una norma de notorio conocimiento en la jurisdicción española, publicada y plenamente accesible en el portal del CGPJ donde consta analizada de forma exhaustiva por la doctrina. El artículo 98 de la Moudawana marroquí establece el divorcio, a instancias de la esposa, por incumplimientos graves del marido respecto de determinadas obligaciones, como la del mantenimiento y la de la ausencia del domicilio familiar”.*

Otro aspecto general reseñable en esta materia es la frecuente interposición de demandas o procesos cruzados en diferentes países, cuya regulación esta prevista art. 19 del Reglamento relativo a la litispendencia y acciones dependientes: *“1: Cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.*

*2. Cuando se presentaren demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.*

---

<sup>330</sup> AC 2015, 49, en su FD 3º.

<sup>331</sup> Id Cendoj: 08019370122014100517.

3. Cuando se establezca que es competente el primer órgano jurisdiccional, el segundo se inhibirá en favor de aquél.

*En este caso, la parte actora ante el segundo órgano jurisdiccional podrá presentar la acción ante el primero”.*

El art. 22 nonies de la LOPJ ha quedado recientemente redactado en los siguientes términos: “*las excepciones de litispendencia y de conexidad internacionales se alegarán y tramitarán con arreglo a las normas generales que regulen las leyes procesales*”.

El criterio legal es la interposición de la demanda<sup>332</sup>.

Interesante resulta, al respecto, la **SAP de Barcelona de 30 de diciembre de 2014, FD 3º**<sup>333</sup>: “*obtenida la sentencia de divorcio en los Tribunales civiles de Marruecos, resultaría en principio de aplicación la previsión contenida en el artículo 23 del Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997, para procurar su reconocimiento y en su caso ejecución en España, dado que no es posible conceder un efecto automático a la resolución judicial marroquí, con efectos de cosa juzgada, sin la previa observancia del procedimiento de reconocimiento ante los tribunales del Estado español y bajo los condicionantes del artículo 23 del citado Convenio.*

*Esta facultad legal puede ser ejercitada conforme a lo dispuesto en el precepto antes citado siempre y cuando en España no se encontrase pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto antes de iniciarse la acción ante el Tribunal marroquí. Y en este supuesto y como se ha indicado la demanda de divorcio planteada en España lo fue con anterioridad a deducirse la acción de divorcio ante el Tribunal marroquí por lo que el requisito previsto en el artículo 23.5 del Convenio resulta, en este caso, de imposible cumplimiento lo que determina la imposibilidad de obtener su reconocimiento a través del procedimiento previsto en el Convenio”.*

#### **4.4.2.1.- El concepto “residencia habitual”**

---

<sup>332</sup> Únicamente se considerará iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional cuando se presente el escrito de demanda o documento equivalente ante dicho órgano. *Vid.* STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-497/10 PPU: “43 *En virtud del artículo 16 del Reglamento, únicamente se considerará iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional cuando se presente el escrito de demanda o documento equivalente ante dicho órgano. Como se ha señalado en el apartado 24 de la presente sentencia, el 9 de octubre de 2009 el Sr. Chaffe ejerció, únicamente por teléfono, una acción de la que conoció el Juez Holman, Duty High Court Judge. A reserva de la comprobación por el tribunal remitente de que el demandante no ha dejado de realizar lo necesario para la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado como se ha precisado en el apartado 26 de la presente sentencia, no puede considerarse que se haya iniciado el procedimiento ante la High Court of Justice (England & Wales) hasta el 12 de octubre de 2009. En esa fecha, Chloé, que llegó a la isla de Reunión el 8 de octubre de 2009, se encontraba en ese departamento francés desde cuatro días antes”.*

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=residencia%2Bhabitual&docid=79204&pageInd ex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=147766#ctx1>

<sup>333</sup> AC 2015, 49.

Los arts. 3 y 8 del Reglamento establecen la competencia judicial general de un Estado miembro atendiendo al criterio de la residencia habitual en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial (sección 1ª del capítulo II relativo a la competencia); así como en materia de responsabilidad parental (sección 2ª del capítulo II relativo a la competencia).

En ambos casos, se establece su aplicación a todos los residentes dentro del territorio o espacio de la UE (excepto Dinamarca<sup>334</sup>), criterio<sup>335</sup> que se configura como básico o esencial para la determinar la competencia de un Estado miembro, independientemente de la nacionalidad<sup>336</sup> comunitaria o extracomunitaria, cuando se pretende ejercitar las acciones propias de la crisis matrimonial y las aparejadas de guarda, así como los derechos de estancias y modificación de medidas.

Las citadas reglas competenciales del Reglamento se aplican con independencia del domicilio o nacionalidad cuando ambos progenitores residen en España. De este modo, como expone Eduardo Hijas Fernández<sup>337</sup>, “no se debe excluir su aplicación cuando se

---

<sup>334</sup> Apartado 31º: “de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, este país no participa en la adopción del presente Reglamento, que por consiguiente no le vincula ni le es aplicable”.

Apartado 30º: “el Reino Unido e Irlanda han manifestado, con arreglo al artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento”.

<sup>335</sup> El Reglamento no define el concepto “residencia habitual”, pero emplea dicho término, de forma repetitiva, en los arts.: 2.11a, 3.1a, 6a, 7.2, 8.1, 9, 10, 12, 13, 18, 23, 29, etc. En el mismo sentido, el art. 22 bis, ter, quáter de la LOPJ.

<sup>336</sup> Frente a la nacionalidad y su posible dualidad (doble nacionalidad) o cambios, la residencia habitual ofrece como ventaja el ser única.

<sup>337</sup> Vid. Eduardo Hijas Fernández (Magistrado AP de Madrid): “Los procesos de familia una visión judicial” Colex 2009. Páginas 155 y 156.

Al respecto, vid. SAP Barcelona (Sección 12ª) de 8 de enero de 2015 (SP/SENT/803035), FD 2º: “teniendo en cuenta que las partes implicadas en este procedimiento son de nacionalidad china, y también por el hecho de que uno de los hijos del matrimonio reside en aquel país, es preciso referirse, en primer lugar, a la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de las materias que se han planteado en este procedimiento.

Así se establece en el artículo 36 de la LEC, que regula la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles y establece que la misma se determinará conforme a lo dispuesto en la LOPJ y los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, debiendo abstenerse de conocer en el supuesto de que no concurra la necesaria competencia internacional, decisión que se adoptará de oficio, con audiencia de las partes y del ministerio fiscal (artículo 38 LEC).

Por el hecho de tener ambas partes su residencia habitual en Barcelona la competencia para la declaración de divorcio corresponde a los tribunales españoles, y concretamente a los tribunales de Barcelona, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1 a) del R.2201/2003 y 769 LEC. La ley aplicable al divorcio es la española, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, por tener ambos cónyuges su lugar de residencia en Barcelona y no haber elegido otra ley aplicable conforme a la posibilidad que ofrece el artículo 5 del mismo texto.

Los tribunales españoles también son competentes para dirimir las medidas personales, derivadas de la responsabilidad parental, referidas a los hijos menores de edad. En primer lugar, en relación con los tres

*trata de determinar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el divorcio de dos nacionales de Estados no miembros que residen en España, como ecuatorianos o marroquíes, por poner un ejemplo de los más habituales en la práctica. En este caso, bastaría con la residencia habitual, que sería suficiente para atribuir competencia a los Tribunales españoles, y ello con independencia (es importante no confundir los conceptos) de cuál sea la ley aplicable, para lo que debemos acudir al art. 107 del Código Civil”.*

En este contexto, hay que destacar la primacía de la regulación comunitaria frente a las diferentes regulaciones nacionales de los Estados miembros, y la progresiva internacionalización de las relaciones personales, como ha destacado la reciente Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, en su EM, apartado VI: *“resulta conveniente mencionar en la Ley la vinculación de los Jueces y Tribunales españoles al Derecho de la Unión, en la interpretación que hace del mismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En paralelo, y como corolario del sistema, se determina la forma en la que en nuestro ordenamiento ha de plantearse procesalmente el principal cauce de diálogo entre el Juez español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la cuestión prejudicial. Con ello, se profundiza en la búsqueda de mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos”.*

La citada norma ha venido a dar nueva redacción al art. 22 de la LOPJ, en sintonía con los artículos del Reglamento ya citados, pudiendo destacarse el contenido del art. 22 ter (sobre el concepto domiciliación de una persona física en España), art. 22 quáter (sobre la competencia en materia de nulidad, separación, divorcio y sus modificaciones) y el art. 22 sexies (sobre la competencia en materia de medidas provisionálsimas).

El art. 22 sexies de la LOPJ establece la competencia de los tribunales españoles en materia de medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes, precepto al cual haremos referencia más adelante.

Por su parte, el art. 22 quáter apartado c) de la LOPJ establece la competencia de los Tribunales españoles, en defecto de los criterios anteriores<sup>338</sup>, para conocer las materias relacionadas (foro especial por razón de la materia) con atención a la nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero

---

*menores que residen en Barcelona, la competencia de los tribunales españoles se deriva de lo dispuesto en el artículo 8 del R. 2291/2003. La competencia de los tribunales españoles en relación con el menor que actualmente se encuentra residiendo en China con sus abuelos maternos se desprende de lo dispuesto en el artículo 12.1, del mismo texto legal, por el hecho de que a pesar de que el menor no reside en Barcelona, sino en China al cuidado de los abuelos maternos, puede considerarse que en este caso ambos progenitores continúan ejerciendo la responsabilidad parental respecto del mismo, adoptando las decisiones inherentes a la misma y con la previsión de que en un futuro pueda trasladarse a Barcelona. No se ha cuestionado por parte de los progenitores la competencia de los tribunales españoles para la adopción de todas las medidas referidas a todos los hijos, y la adopción de estas medidas responde al interés del menor, como se concluye de la aplicación de la presunción establecida en el mismo artículo 12.4 del Reglamento 2201/2003”.*

<sup>338</sup> Destaca del art. 22 ter LOPJ el domicilio del demandado en España como foro general, reglas respecto a la pluralidad de demandados, y las de acuerdo de sumisión o elección de Tribunal extranjero; los arts. 22 quater y 22 quinques los foros especiales por razón de la materia personal y patrimonial respectivamente; por su parte, los arts. 22 septies, octies y nonies son de remisión a otras leyes, ya de forma explícita o tácita.

tenga competencia, atendiendo al ya mencionado criterio de residencia habitual o proximidad razonable entre el Tribunal y el litigio, pudiendo destacarse cuatro supuestos:

1º.- Cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España, al tiempo de la interposición de la demanda.

2º.- Por ser la última residencia habitual familiar, y además uno de ellos todavía resida allí.

3º.- Cuando España se la residencia habitual del demandado.

4º.- Y en aquellos supuestos de mutuo acuerdo: *“cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española”*.

La citada norma, el art. 22 quáter, en su apartado d), establece también la competencia de los Tribunales españoles en los supuestos de relaciones paterno-filiales<sup>339</sup>, protección de menores y de responsabilidad parental atendiendo a la residencia habitual del menor (al tiempo de la interposición de la demanda) o en aquellos supuestos cuando el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda.

El art. 22 ter, apartado 2º dispone: *“se entenderá, a los efectos de este artículo, que una persona física está domiciliada en España cuando tenga en ella su residencia habitual”*.

De lo ya expuesto, se deduce que la “clave de bóveda” en esta materia de CJI es la acepción jurídica indeterminada *“residencia habitual”* que no ha sido objeto de definición en el art. 2 Reglamento, ni tampoco por el art. 22 ter de la LOPJ, y que la jurisprudencia del TJUE<sup>340</sup> viene asemejando residencia con el lugar de la integración o entorno social y familiar, e identificando habitualidad con permanencia o intención de permanecer, pero que, en cualquier caso, requiere averiguación de elementos retrospectivos y prospectivos en cada caso, siendo competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso.

En este sentido, resulta interesante la **STJCE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009, Asunto C-523/07**<sup>341</sup>: *“el concepto de «residencia habitual», a tenor del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003, debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración*

---

<sup>339</sup> El art. 22 quáter apartado f) establece, en materia de alimentos, la competencia de los Tribunales españoles: *“cuando el acreedor o el demandado de los mismos tenga su residencia habitual en España o, si la pretensión de alimentos se formula como accesoria a una cuestión sobre el estado civil o de una acción de responsabilidad parental, cuando los Tribunales españoles fuesen competentes para conocer de esta última acción”*.

<sup>340</sup> Esta interpretación del concepto de residencia habitual ha de realizarse siguiendo la jurisprudencia europea en la materia y no la de cada Estado.

<sup>341</sup> Publicada en DOUE 20.6.2009

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:141:0014:0015:ES:PDF>

*en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso”.*

Esta cuestión se dificulta en los supuestos de menores de corta edad o lactantes, en cuyo caso debe considerarse la regularidad, condiciones y razones de la estancia, así como los orígenes geográficos y familiares de la madre y las relaciones sociales y familiares que éstos mantienen. Así lo determina la **STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-497/10 PPU**<sup>342</sup>, en cuyo Fallo dice: *“el concepto de "residencia habitual" a efectos de los artículos 8 y 10 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que esa residencia corresponde al lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar. A tal fin, y cuando se trata de la situación de un lactante que se encuentra con su madre tan sólo desde algunos días antes en un Estado miembro, distinto del Estado de su residencia habitual, al que ha sido trasladado, deben considerarse en especial la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso”.*

Sobre el carácter más fáctico que jurídico del concepto “residencia habitual” se pronuncia la **SAP de Tarragona de 10 de abril de 2015, FD 2**<sup>343</sup>: *“por residencia habitual debe entenderse el lugar en que la persona ha fijado con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses, siendo este un criterio autónomo del Reglamento que no coincide necesariamente con el concepto de residencia legal, bastando la simple permanencia en el territorio en que se encuentran los Tribunales cuya competencia internacional se cuestiona. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado en diversas ocasiones una definición de residencia habitual en el sentido de que es el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses y que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos. En general puede decirse que la mayoría de la doctrina científica mantiene que el concepto de residencia habitual es un concepto más fáctico que jurídico.*

*En el caso de autos consta que la residencia habitual de los cónyuges era Tortosa, lugar en el que contrajeron matrimonio en 2005 y en el que demandante asegura residir,*

---

<sup>342</sup><http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=residencia%2Bhabitual&docid=79204&pageI ndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=147766#ctx1>.

<sup>343</sup> Id Cendoj: 43148370012015100171.

*constando el emplazamiento del demandado en la Prisión de Castellón nº 1 el 20/12/2013, lugar en el que se volvió a notificar una resolución del Juzgado el 6/3/2014 y la sentencia de instancia el 22/9/2014, de lo que se deriva la competencia del Juzgado de instancia para conocer del presente litigio con independencia de la falta de asistencia de la demandante al juicio y de la rebeldía del demandado, situaciones procesales susceptibles de producir las consecuencias legalmente previstas pero que resultan inocuas respecto de la determinación de la competencia del órgano judicial en orden a conocer y resolver el presente divorcio”.*

Muy interesante resulta la **SAP de Murcia (Sección 1ª) de 12 de mayo de 2003, FD 2º<sup>344</sup>**: *“en el presente caso, uno de los hijos vive con la madre en España, por lo que respecto al mismo no hay ningún problema en aceptar la competencia de los Tribunales españoles para conocer de la atribución de su guarda y custodia o el régimen de visitas para el progenitor no custodio. Respecto del otro hijo menor, ambos padres reconocen que vive en Marruecos, en compañía de la madre de la mujer, pero se trata de una situación transitoria, derivada de las circunstancias creadas por el marido cuando dejó en dicho país a su esposa e hijos y se desplazó solo a España, privándoles de la correspondiente documentación, sin cumplir con sus obligaciones de asistencia respecto de su cónyuge e hijos, por lo que no puede tenerse en cuenta tal situación de hecho, creada por el comportamiento antijurídico del padre, aparte de tratarse de una situación transitoria, ocasional, que no priva a la menor de su residencia, pues la misma nació en España y en ella vivió habitualmente hasta que se generó este conflicto, pero la madre ha reiterado su intención de tenerla consigo tan pronto como se normalice su situación personal. Por todo ello debe admitirse la competencia de los Tribunales de España, pues hay que entender que la hija menor, aun hallándose temporalmente en Marruecos, tiene su residencia habitual en España, conclusión a la que habría de llegarse, incluso, si se aceptara que la residencia habitual de tal menor era la de Marruecos, en este caso aplicando la competencia de los Tribunales españoles como foro de necesidad, pues el interés preferente de la menor y la imposibilidad de que la madre pueda acudir a Marruecos a entablar este procedimiento, ante las consecuencias que tal visita podría acarrearle, hace necesario admitir la competencia de nuestros Tribunales para poder dar solución al conflicto jurisdiccional planteado por las partes”.*

El art. 9.1º del Reglamento viene a perpetuar la competencia durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro: *“cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor.*

2. El apartado 1 no se aplicará si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1 ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado

---

<sup>344</sup> AC 2003, 1676.

*miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia”.*

En este aspecto, resulta destacable la vocación de permanencia que precisa, en los supuestos mutuo acuerdo, el art. 22 quáter apartado c) *in fine* de la LOPJ: “*o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española*”.

También serán competentes los tribunales españoles en los supuestos de modificación de medidas de una resolución dictada por otro Tribunal comunitario, cuando tanto el reclamante como su ex-esposa e hija a quienes afecta la medida residen en España. Así lo establece la **SAP de Toledo (Sección 1ª) de 21 de febrero de 2011, FD 1**<sup>345</sup>: “*examinadas las actuaciones, la legislación nacional y comunitaria aplicable, esta Sala se declara competente para conocer del presente procedimiento, en el que por un súbdito rumano, se pretende la modificación de medidas de una sentencia de divorcio, dictada por un Tribunal de Rumanía, cuando tanto el reclamante como su ex-esposa e hija a que afecta la medida residen en España. Al respecto, se señala como aplicable el Reglamento CE. 2201/2003, cuya Exposición de Motivos indica que ‘...con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial’, no vinculando previamente a este Tribunal que exista o no un procedimiento previo de nulidad separación o divorcio, y por tanto que esté o no reconocida la eficacia de la sentencia extranjera cuando de lo que se trata es de adoptar medidas en relación con los hijos. Tal competencia la determina el art. 9 del Reglamento, en tanto que si de un lado solo prolonga su competencia a los tres meses siguientes al cambio de residencia, siempre que el menor no hubiere cambiado de residencia y el reclamante continuara residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor; de otro tal excepción no es de aplicación si el titular del derecho ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia; por lo que si se ha superado ese plazo habrá de estarse a los dispuesto en los arts. 8 y 12; y como quiera que no nos encontramos antes supuestos de nulidad separación o divorcio, en los que se conserva la competencia del Estado miembro, primará el factor residencia y de que solo se está ejercitando acción que afecta a la responsabilidad parental, estando residiendo todos los implicados en el Estado español, al tiempo que no se han opuesto a la competencia del mismo.-”.*

Una vez se dicte resolución en un Estado miembro, su eficacia es reconocida en los demás Estados miembros sin necesidad de aplicar ningún procedimiento especial (salvo en los supuestos de denegación establecidos en los arts. 22 y 23 del Reglamento) como ya ha sido expuesto, conforme al contenido del art. 21.1º del Reglamento sobre el reconocimiento de una resolución: “*1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno*”.

---

<sup>345</sup> AC 2011, 438.



#### 4.4.2.2.- Las medidas provisionales y cautelares

Como ya he tenido oportunidad de exponer, la finalidad de la normativa nacional y europea en materia de medidas provisionales es la protección del ISM.

El art. 22 sexies de la LOPJ establece la competencia de los tribunales españoles en materia de medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes en dos supuestos: el primero, cuando se hallen en territorio español y el segundo, cuando estando fuera de España tengan competencia sobre el fondo del litigio: *“los Tribunales españoles serán competentes cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España. Serán también competentes para adoptar estas medidas si lo son para conocer del asunto principal”*.

Consciente de la importancia decisiva de adoptar medidas de protección de menores en estos supuestos urgentes y con el carácter de provisionales el Reglamento establece en su Considerando 16: *“En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales, incluidas las protectoras, por lo que se refiere a las personas o a los bienes que se encuentren en ese Estado”*.

Este supuesto es completado por la regulación contenida en el art. 20 del Reglamento, siendo los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro los competentes para adoptar estas medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación, aun cuando, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo del asunto, medidas que dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud de dicho Reglamento para conocer del fondo del asunto haya adoptado las medidas que considere apropiadas (ratificación o modificación).

En cambio, una resolución que no esté incluida en el ámbito del art. 20 del Reglamento no puede prevalecer sobre tal decisión anterior:

*“1. En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo.*

*2. Las medidas tomadas en virtud del apartado 1 dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud del presente Reglamento para conocer del fondo del asunto haya adoptado las medidas que considere apropiadas”*.

El art. 23 b del Reglamento precisa que las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán *“si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido”*.

Estas medidas, como ha precisado el TJUE, sólo están autorizadas cuando se cumplan tres requisitos acumulativos: que se trate de medidas urgentes; adopción frente a personas o bienes presentes en el Estado miembro en el que ejerzan su competencia dichos órganos jurisdiccionales, y su provisionalidad, como establece en su **S. (Sala Segunda) de 15 de**

**julio de 2010, caso Bianca Purrucker contra Guillermo Vallés Pérez**<sup>346</sup>: “77 Efectivamente, el artículo 20 del Reglamento núm. 2201/2003, 4396) prevé el cumplimiento de varios requisitos. Como ha precisado el Tribunal de Justicia, los órganos jurisdiccionales contemplados en el artículo 20, apartado 1, de dicho Reglamento sólo están autorizados a adoptar medidas provisionales y cautelares cuando éstas cumplan tres requisitos acumulativos, a saber:

- las medidas de que se trata deben ser urgentes;
- deben adoptarse frente a personas o bienes presentes en el Estado miembro en el que ejerzan su competencia dichos órganos jurisdiccionales, y
- deben tener carácter provisional (sentencias A, antes citada, apartado 47, y de 23 de diciembre de 2009, *Detiček*, C-403/09 PPU, Rec. p. I-0000, apartado 39).

78 De ello se deduce que toda resolución judicial de la que no se desprenda que ha sido adoptada por un órgano jurisdiccional competente o supuestamente competente sobre el fondo no está comprendida necesariamente en el artículo 20 del Reglamento núm. 2201/2003, sino que estará incluida en el ámbito de esta disposición únicamente si cumple los requisitos en ella previstos.

79 Respecto a los efectos de una medida que entraba dentro del ámbito de aplicación del artículo 20 de dicho Reglamento, el Tribunal de Justicia declaró que, dado que esta medida había sido adoptada sobre la base de las disposiciones del Derecho nacional, su carácter vinculante debía resultar de la legislación nacional de que se trata (sentencia A, antes citada, apartado 52).

80 El artículo 20, apartado 2, del Reglamento núm. 2201/2003 precisa, por otra parte, que las medidas tomadas en virtud del artículo 20, apartado 1, de este Reglamento dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud de dicho Reglamento para conocer del fondo del asunto haya adoptado las medidas que considere apropiadas.

81 Del carácter obligatorio y directamente aplicable del Reglamento núm. 2201/2003 y del tenor literal de su artículo 20 se deriva que una medida comprendida en el ámbito de aplicación de esta disposición puede oponerse, en el Estado miembro del órgano jurisdiccional que ha adoptado la resolución, a una resolución anterior adoptada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro competente sobre el fondo del asunto. En cambio, una resolución que no esté incluida en el ámbito del artículo 20 de dicho Reglamento porque no cumpla los requisitos previstos por esta norma no puede prevalecer sobre tal decisión anterior (véase la situación contemplada en la sentencia *Detiček*, antes citada, en particular el apartado 49).

82 Por lo que respecta al efecto de una resolución judicial incluida en el ámbito de aplicación del artículo 20 del Reglamento núm. 2201/2003 en los Estados miembros distintos de aquél del órgano jurisdiccional que la ha adoptado, la Comisión y varios Estados miembros han sostenido que las medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 20 deberían poder acogerse al sistema de reconocimiento y ejecución previsto por dicho Reglamento. Mencionaron la hipótesis de un desplazamiento de personas o de bienes después de que el órgano jurisdiccional se haya pronunciado, o la de un accidente o una enfermedad del menor que necesite una autorización de una persona que se encuentra en otro Estado miembro”.

---

<sup>346</sup> TJCE 2010, 232.

#### 4.4.2.3.- Competencia de los tribunales españoles en materia de crisis matrimonial

La normativa nacional, el art. 22 quáter en su apartado c), reproduce el contenido del Reglamento que, sistemáticamente, regula, en primer lugar, su competencia en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial (arts. 3 a 7) de aplicación material a estos procesos<sup>347</sup> (art. 1.1a), así como a los procesos de conversión de la separación judicial en divorcio conforme al contenido del art. 5: “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una resolución sobre la separación judicial será asimismo competente para la conversión de dicha resolución en divorcio, si la ley de dicho Estado miembro lo prevé*”.

Así mismo, el Reglamento resulta aplicable a las cuestiones aparejadas (prórroga de la competencia) a los procesos en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda, según recoge en su Considerando 5º: “*con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial*” y en su art. 12:

*“1. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 en una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda:*

*a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor,*

*y*

*b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.*

*2. La competencia ejercida en virtud del apartado 1 cesará:*

*a) en cuanto sea firme la resolución estimatoria o desestimatoria de la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, o*

*b) en cuanto sea firme una resolución sobre responsabilidad parental, en aquellos casos en que en el momento indicado en la letra a) aún estén en curso procedimientos relativos a la responsabilidad parental, o*

*c) en los casos considerados en las letras a) y b), en cuanto hayan concluido los procedimientos por otras razones”.*

Del art. 1 se desprende que quedan excluidos de dicho Reglamento los matrimonios celebrados en forma religiosa sin efectos civiles, así como las uniones de hecho (inscritas y no inscritas en el registro correspondiente) con o sin regulación en los Estados miembros, por cuanto el citado precepto de la norma comunitaria utiliza la palabra

---

<sup>347</sup> Expone en el art. 2.4: “*independientemente de cómo se denomine dicha resolución, incluidos los términos de sentencia o auto*”.

Esta competencia objetiva alcanza a las medidas previas y provisionales, no a otras como el derecho de visitas de los abuelos. *Vid.* Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González: *Derecho internacional Privado*. Volumen II. Comares 2014. Página 192.

“matrimonio”<sup>348</sup> y su vinculación a los supuestos de crisis matrimonial: “*divorcio, separación judicial y nulidad*”. Respecto a los derechos de guarda (individual y/o compartida)<sup>349</sup>, el artículo 1.2 del Reglamento dice: “*Las materias consideradas en la letra b) del apartado 1 se refieren en particular: “a) al derecho de custodia y al derecho de visita;”*”.

El art. 3 del Reglamento establece la competencia general en la materia, siendo el criterio principal el de la residencia habitual, precisando la necesidad de considerarse coetánea al ejercicio de la acción<sup>350</sup> y el de la nacionalidad<sup>351</sup>, que sólo opera cuando ambos cónyuges son de nacionalidad común; los foros residenciales son alternativos y no existe jerarquía entre ellos, operando de forma flexible pero cerrada y alternativa<sup>352</sup>: *a) en cuyo territorio se encuentre:*

- *la residencia habitual de los cónyuges, o*
- *el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o*
- *la residencia habitual del demandado, o*
- *en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o*
- *la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o*
- *la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su "domicile".*

---

<sup>348</sup> Óscar Daniel Ludeña Benítez (Secretario Judicial): “El Derecho de familia de la Unión Europea: Cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los estados miembros”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número 32. Enero de 2014. Página 14: “...el Reglamento 2201/2003 se aplica: A) A los procedimientos relativos al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial. En este caso se contempla cualquier clase de matrimonio que haya producido efectos civiles, por lo que puede ser civil o religioso, siempre que este último produzca efectos civiles, como en el caso de España. Quedan, por tanto, excluidos de su aplicación los matrimonios religiosos que no tienen efectos civiles y las uniones de hecho, estén o no reguladas en los Estados miembros, por cuanto el artículo 1 de la norma comunitaria utiliza la palabra matrimonio”.

<sup>349</sup> El art. 2 apartado 7) define la responsabilidad parental como: “*los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita*”.

<sup>350</sup> Esta residencia habitual debe ser coetánea a la demanda, lo determinante para la competencia es la residencia coetánea al ejercicio de la acción de disolución y no una anterior. Así lo expresa el AAP de Madrid (Sección 22ª) de 31 de enero de 2012 (JUR 2012, 106052), FD 2º: “*en España estuvo la última residencia de los cónyuges, pero al momento de interponerse la demanda no era la residencia del demandante D. Carlos José, ni de la demandada Doña Begoña, lo que determina que no concurra alguno de los supuestos previstos en el artículo 3-1 a) del Reglamento (CE) nº 22.011 2.003 del Consejo para que los órganos jurisdiccionales españoles tengan competencia para conocer de la demanda de divorcio aludida. En la demanda se reconoce que Don Carlos José "por motivos estrictamente laborales desde el pasado verano reside en la ciudad de Luxemburgo" (hecho previo) y también que la demandada "se ha trasladado a residir a Phoenix, Arizona (EEUU) en compañía del hijo común ya que acaba de adquirir una vivienda en la citada localidad (hecho sexto y en términos similares en el hecho cuarto)*”.

<sup>351</sup> Las normas de cada Estado decidirán, conforme a su Derecho, si goza de nacionalidad y las consecuencias de la doble nacionalidad.

<sup>352</sup> SAP de Tarragona de 10 de abril de 2015, FD 2 (Id Cendoj: 43148370012015100171).

El art. 7 del Reglamento establece la competencia residual: “1. Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

2. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su «domicile» en el territorio de uno de estos dos Estados” y el art. 22 de LOPJ establece que sólo podrán aplicarse cuando ningún Estado miembro sea competente (foro residual).

En este aspecto, destaca el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la Aplicación del Reglamento (CE) N° 2201/2003 de fecha 15 de abril de 2014<sup>353</sup>: “como consecuencia de la ausencia de normas específicas y precisas sobre la competencia residual en materia matrimonial y de responsabilidad parental, los ciudadanos de la Unión tienen un acceso desigual a la justicia. Por supuesto, las normas de competencia de los Estados miembros se basan en criterios diferentes y no siempre garantizan el acceso efectivo a los tribunales, a pesar de la estrecha relación del demandante o del acusado con un Estado miembro. Esto puede originar situaciones en las que ni un Estado miembro ni un tercer país son competentes en la materia y dificultades prácticas derivadas de la ausencia de normas comunes sobre los efectos de las resoluciones judiciales de terceros países en la Unión.

Además, al contrario de lo que sucede con los últimos instrumentos legislativos, tales como el Reglamento de Alimentación o el Reglamento de Sucesiones, el Reglamento no contiene un *forum necessitatis*. Tal regulación de competencia fue reclamada por el Parlamento Europeo en su resolución legislativa de 15 de diciembre de 2010 sobre la propuesta del Reglamento Roma III”.

Como expresa la **SAP de Girona de 22 de abril de 2015, FD 2º**<sup>354</sup>: “en suma, en esta materia, de nulidad, separación y divorcio, el juego de ambas normas lleva a la conclusión de que únicamente queda vetado al conocimiento de los Tribunales españoles los supuestos en que ninguno de los cónyuges sea nacional y además no residan en España, y aquellos otros en los que el demandante tenga la residencia en España por un período inferior a 6 meses o un año, dependiendo de que sea español o no, y siempre y cuando no se quieran someter ambos a la jurisdicción española”.

También a nivel extracomunitario debemos atender a los convenios bilaterales suscritos por España y, en defecto de normas, a los arts. 21 y 22 de la LOPJ.

El art. 9.1 de la LOPJ dispone que “los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley”.

---

<sup>353</sup> [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/matrimonial\\_act\\_part1\\_v3\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/matrimonial_act_part1_v3_es.pdf).

<sup>354</sup> Id Cendoj: 17079370012015100074.

La SAP de La Rioja (Sección 1ª) de 9 de marzo de 2012, FD 2º<sup>355</sup> establece: “el art. 22 de la misma LOPJ establece las reglas que determinan la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles, con carácter imperativo y no dispositivo, por lo que su observancia ha de ser apreciada de oficio por el Juzgador, sin que la autonomía de la voluntad de las partes pueda alterar su aplicación de no existir sumisión. En lo que a este procedimiento interesa, dicho artículo 22 de la LOPJ establece la competencia en el orden civil de los Juzgados y Tribunales españoles, con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España. En su defecto, el precepto fija otros criterios de conexión con los tribunales españoles: en materia de filiación y de relaciones paternofiliales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España; y en materia de alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español.

4. En lo que a las acciones ejercitadas en el procedimiento que nos ocupa interesa, el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000; de aplicación conforme dispone el artículo 1, a las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, en particular al derecho de custodia y al derecho de visita; y no aplicable a las obligaciones de alimentos; dispone en su artículo 8 la siguiente regla competencial: " 1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional". Y como regla de competencia especial, el artículo 12 dice que 3. "Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán igualmente competencia en materia de responsabilidad parental cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro".

#### **4.4.2.4.- Competencia de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental**

El Reglamento regula los aspectos relativos a la responsabilidad parental en los arts. 8 a 15.

En el art. 2.7º define la responsabilidad parental como “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”, precisando en el art. 2.8º como titular de la responsabilidad parental “cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor”.

---

<sup>355</sup> JUR 2012, 163092.

En el art. 2 apartado 11º en relación a la GCC, la define en función de la potestad sobre el cambio de residencia: *“se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”*.

El art. 48 precisa la competencia de los diferentes Estados para la determinación o modalidades prácticas para organizar el ejercicio del derecho de visita: *“1. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución podrán adoptar las modalidades prácticas para organizar el ejercicio del derecho de visita si la resolución dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto no hubiera establecido las modalidades necesarias, o lo hubiera hecho de manera suficiente, y siempre y cuando se respeten los elementos esenciales de dicha resolución.*

*2. Las modalidades prácticas adoptadas de conformidad con el apartado 1 dejarán de ser aplicables una vez haya recaído una resolución posterior dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competentes para conocer del fondo”*.

El considerando 5 del Reglamento, por su parte, afirma que, como ya he tenido oportunidad de exponer más arriba, con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial.

El Reglamento, por tanto, resulta de aplicación a todo menor, independientemente de su nacimiento o filiación, y, en consecuencia, sin necesidad de vincular estas adopción de medidas a un proceso matrimonial: *“el Reglamento se aplica a toda decisión relacionada con la responsabilidad parental, independientemente de su relación con los procesos matrimoniales, con el fin de garantizar la igualdad para todos los menores”*<sup>356</sup>.

El Reglamento resalta, en su Considerando 12, los principios de aplicación y competencia general del Reglamento que están supeditados al ISM y al criterio de proximidad geográfica: *“Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental”*.

---

<sup>356</sup> [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/matrimonial\\_act\\_part1\\_v3\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/matrimonial_act_part1_v3_es.pdf).

El Considerando 10 precisa que no es aplicación a otras materias como las relativas a infracciones penales: *“no se pretende que el presente Reglamento se aplique a asuntos tales como los relativos a la seguridad social, a las medidas de Derecho público de carácter general en materia de educación y salud, ni a las resoluciones relativas al derecho de asilo y a la inmigración. No se aplica, por lo demás, al establecimiento de la filiación, que es una cuestión distinta de la atribución de la responsabilidad parental, ni a las demás cuestiones ligadas al estado de las personas. Tampoco se aplica a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por menores”*.

En su art. 8 establece la competencia general<sup>357</sup> y amplía el ámbito de aplicación a todas aquellas resoluciones sujetas o propias de la denominada “responsabilidad parental” (atribución de guarda, ejercicio, restricción, etc.<sup>358</sup>) con independencia de que estén vinculados o no a un procedimiento en materia matrimonial (art. 12.3): “3. *Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán igualmente competencia en materia de responsabilidad parental en procedimientos distintos de los contemplados en el apartado 1:*

*a) cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro,*

*y*

*b) cuando su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés superior del menor.*

*4. Cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate”.*

Para ello, las normas aplicables son las del art. 8 del Reglamento y el art. 22 quáter apartado d) de la LOPJ, debiendo cerciorarse el tribunal cuál es la residencia del menor en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional, por lo que debe examinarse esta situación de hecho cuando se interpone la demanda, resultando indiferente, a estos efectos, la nacionalidad de los progenitores o el lugar de la residencia habitual de la pareja.

Acerca de ello se pronuncia el **AAP de Barcelona (Sección 18ª) de 20 de febrero de 2015, FD 2º**<sup>359</sup>: “*no compartimos los argumentos de la parte demandada. La norma aplicable para determinar la competencia de los tribunales españoles no es el art. 3 del Reglamento sino el art. 8. El objeto del proceso viene constituido por las medidas*

---

<sup>357</sup> “1. *Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menores que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.*

*2. El apartado 1 estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 12”.*

<sup>358</sup> Y también en los supuestos de reclamación de alimentos aparejados a la demanda principal. *Vid.* el AAP de Barcelona (Sección 18ª) de 20 de febrero de 2015 (AC 2015, 344), FD 2º: “*no es óbice que el procedimiento tenga también por objeto la reclamación de alimentos. El artículo 3, letra d), del Reglamento nº 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos dispone que podrá ser competente para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros el tribunal competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes. En este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 12-11-2014 en el asunto C-656/2013 (JUR 2014, 270743)”.*

<sup>359</sup> AC 2015, 344.



*solicitadas en relación a la responsabilidad parental de la hija menor y la pensión de alimentos que se reclama. Las medidas solicitadas en relación a la responsabilidad parental encajan dentro del ámbito material del Reglamento 2201/2003 (LCEur 2003, 4396) que define el art. 1,1 b) "la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental", conforme a la definición de responsabilidad parental que contiene el propio Reglamento en su art. 2,7. El apartado a) del art. 1,1 hace referencia al divorcio, a la separación y a la nulidad matrimonial. Las normas que determinan la competencia internacional en uno y otro supuesto son distintas. El art. 3 establece las normas que determinan la competencia en los procesos de divorcio, separación y nulidad y el art. 8 determina la competencia en materia de responsabilidad parental. El art. 8 establece que serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que los menores residan habitualmente en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional, por lo que debe examinarse si la menor tenía su residencia habitual en España en el momento de presentarse la demanda. Resulta indiferente a estos efectos la nacionalidad de los progenitores o el lugar de la residencia habitual de la pareja pues hay que estar al lugar de la residencia habitual de la menor".*

Como ya hemos expuesto, la residencia habitual del menor, en el momento de interposición de la demanda, determina la competencia judicial de los tribunales con arreglo al art. 22 quáter apartado d) de la LOPJ y art. 8.1 del Reglamento, determinación que debe realizarse atendiendo al contexto en el que se insertan las disposiciones del Reglamento y al objetivo pretendido por éste, en especial el que resulta de su Considerando 12º, según el cual las normas de competencia que establece están concebidas en función del ISM, y, en particular, en función del criterio de proximidad, que se ha considerado aplicable a los extranjeros no comunitarios<sup>360</sup>.

Fuera de los supuestos de crisis matrimonial del art. 1, que han sido abordados, en aquellos supuestos en los que el menor no tiene su residencia habitual en España, los tribunales españoles son competentes (regla supletoria, frente al criterio del órgano jurisdiccional de la residencia como órgano más apropiado) en los supuestos previstos en el art. 12.3 del Reglamento.

Tales criterios han de entenderse acumulativos y deben quedar demostrados antes de asumir la competencia dicho Estado<sup>361</sup>.

---

<sup>360</sup> Este aspecto se ha visto reforzado por el artículo 20.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España que proclama expresamente el derecho de éstos a la tutela judicial efectiva que, a su vez, comprende el de acceso a la jurisdicción.

<sup>361</sup> "Los requisitos del apartado 3 del artículo 12 son acumulativos y todos ellos deben quedar demostrados antes de asumir la competencia. Se interpretarán rigurosamente porque el apartado 3 del artículo 12 es una excepción del artículo 8".

*"El requisito 1 puede demostrarse fácilmente si los padres y los menores se encuentran en Estados miembros distintos.*

*Requisito 3 – la cuestión importante es el interés superior del menor.*

- *Normalmente se presupone que presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor, con arreglo al artículo 8, responde al interés superior del menor porque la mayor parte de la información sobre el bienestar y las*

En este sentido, resulta de interés el **AAP Madrid (Sección 22ª) de 10 de marzo de 2008, FD 2º<sup>362</sup>**: *“la decisión de la Juzgadora de instancia consistente en la ausencia de jurisdicción del Tribunal español es correcta en base al artículo 12, 3, b del Reglamento (CE) nº 2201/2003 que establece que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán igualmente competencia en materia de responsabilidad parental en procedimiento distintos de los contemplados en el apartado 1 cuando su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés superior del menor.*

*La parte apelante esgrime en apoyo de su pretensión revocatoria el contenido de los artículos 21 y 22 de la L.O.P.J., pero el reglamento mencionado prevalece sobre dichos artículos dado su carácter. Destaca la parte apelante el artículo 20-1 del Reglamento citado, pero dicho precepto no puede servir para acoger la pretensión revocatoria porque el órgano jurisdiccional sueco ha adoptado ya medidas provisionales que son las contenidas en la resolución de 19 de octubre de 2006, confirmada por resolución de 1 de Diciembre de 2006 ambas citadas. No podemos compartir la afirmación contenida en el recurso de apelación consistente en que la decisión preliminar de 19 de octubre de 2006 tiene carácter meramente administrativo, dado su contenido y que la dicta un órgano jurisdiccional reuniendo los requisitos de la resolución judicial definidos en el artículo 2-4) del reglamento tantas veces mencionado.*

*Es cierto que la resolución que nos ocupa no hace mención a la resolución de 15 de marzo de 2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Estocolmo (sección 3) en la que se desestima la solicitud de ejecución de la resolución del Juzgado de 1ª Instancia de fecha 3 de Noviembre de 2006 sobre residencia del niño, pero esta resolución no puede dar lugar a la revocación de la resolución que nos ocupa, ya que la resolución sueca antedicha no revoca o anula la resolución cuya ejecución se pretende, sino que basa su decisión en que "no existen condiciones legales para que un tribunal sueco pueda decidir que la ejecución de dicha resolución se realice en España".*

Como regla supletoria, y fuera de los supuestos anteriores, cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor serán competentes los tribunales españoles si el menor se encuentra en España (art. 13 del Reglamento), esto es, competencia basada en la mera presencia física del menor en España: *“cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del artículo 12, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor. 2. El apartado 1 también se aplicará a los menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país”.*

---

*relaciones del menor se encontrará, probablemente, en ese órgano jurisdiccional, y el litigio en ese Estado posiblemente provocará el menor trastorno en la vida del menor.*

- *Debe haber una justificación clara para el bienestar del menor para que pueda usarse el apartado 3 del artículo 12”.*

[https://www.eracomm.eu/EU\\_Civil\\_Justice\\_Training\\_Modules/kiosk/courses/Family\\_Law\\_Module\\_2\\_ES/Thematic%20Unit%201/special\\_ground\\_art123.html](https://www.eracomm.eu/EU_Civil_Justice_Training_Modules/kiosk/courses/Family_Law_Module_2_ES/Thematic%20Unit%201/special_ground_art123.html)

<sup>362</sup> JUR 2008, 142928.

Resulta, pues, de aplicación el Reglamento y el Convenio de la Haya de 1996, siendo el criterio esencial, en ambos textos normativos, el concepto “residencia habitual del menor”.

De este modo, el órgano jurisdiccional competente para pronunciarse sobre las cuestiones relativas o comprendidas en la responsabilidad parental es el Estado miembro en el que reside habitualmente el menor<sup>363</sup>, conforme al contenido del art. 8 del Reglamento, que establece la competencia general en esta materia: “1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menores que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional”.

El art. 14 del Reglamento, por su parte, regula la competencia residual: “si de los artículos 8 a 13 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado”, idéntico criterio del art. 22 quáter de la LOPJ para las relaciones paterno-filiales.

Acerca de la competencia que puede atribuirse de forma extraordinaria conforme a lo previsto por el art. 15 del Reglamento, se pronuncia el **STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 7 julio de 2011**<sup>364</sup>, **FD 3**: “Competencia de los Tribunales españoles según el art. 15 del Reglamento 2201/2003 del Consejo

*El primer motivo denuncia la infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional según el Art. 469.1, 1º LEC. Entiende el recurrente que se ha vulnerado el Art. 15 del Reglamento 2201/2003 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, porque entiende que dado el largo tiempo transcurrido desde que empezó el procedimiento y dado también que los menores viven en Bruselas, sería más conveniente suspender el conocimiento del asunto e invitar a las partes a someter una demanda ante el órgano jurisdiccional de Bruselas, dado que el Art. 15 del Reglamento citado permite tomar esta decisión en beneficio de los menores.*

---

<sup>363</sup> En relación al concepto jurídico indeterminado “residencia habitual del menor”, la Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II dice: “debe hacerse hincapié en que no se está haciendo referencia aquí a ningún concepto de residencia habitual de acuerdo con el Derecho nacional, sino a una noción “autónoma” de Derecho comunitario. Si el menor se desplaza de un Estado miembro a otro, la adquisición de la residencia habitual en el nuevo Estado miembro debería, en principio, coincidir con la “pérdida” de la residencia habitual en el anterior Estado miembro. La apreciación por el juez caso por caso supone que, mientras que el adjetivo “habitual” tiende a indicar cierta duración, no debería excluirse que un menor pueda adquirir la residencia habitual en un Estado miembro el mismo día de su llegada, en función de los elementos objetivos del caso concreto.

*La cuestión de la competencia se determina cuando se interpone la demanda ante el órgano jurisdiccional. Una vez iniciado el procedimiento, el órgano jurisdiccional retiene, en principio, la competencia aunque el menor adquiriera la residencia habitual en otro Estado miembro durante el curso del proceso judicial (principio de “perpetuatio fori”). Un cambio de la residencia habitual del menor mientras que el procedimiento está pendiente no implica, por tanto, un cambio de competencia.”*

[http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_ec\\_vdm\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_es.pdf).

<sup>364</sup> RJ 2011, 5008.

*El motivo no se estima.*

*El Art. 15 del reglamento mencionado dice lo siguiente: "1. Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto, podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor: a) suspender el conocimiento del asunto", invitando a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional del estado miembro con el que el niño tenga esta especial relación, o bien solicitarle que ejerza su competencia. Ello se aplicará bien de oficio, bien a instancia de parte, pero siempre será necesario el consentimiento de una de las partes.*

*Esta disposición es calificada por el Reglamento como excepcional, porque según el Art. 14 del propio Reglamento, "[...] la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado".*

*Este Tribunal, como efectuó también en su día la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, considera que no concurre la excepcionalidad exigida en la norma comunitaria para que los Tribunales españoles procedan a suspender el conocimiento del asunto. Esta suspensión sería contraria al interés de los menores de ver resuelta la forma de atribución de la guarda y custodia lo más rápidamente posible, dada su edad, y de la forma más adecuada a sus intereses. Por esta razón, esta Sala mantiene su competencia y pasa a examinar el contenido del recurso presentado”<sup>365</sup>.*

*En relación al Convenio de La Haya, establece en su art. 1.2: “A los fines del Convenio, la expresión ‘responsabilidad parental’ comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño”.*

*En el art. 3 establece qué medidas pueden articularse<sup>366</sup>, entre otras:*

*“a) la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación;*

---

<sup>365</sup> En el mismo sentido, el AAP de Barcelona de 20 de mayo de 2015 (Id Cendoj: 08019370182015200009), FD 4º: “LA REGLA EXCEPCIONAL DEL ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO. A pesar de lo expuesto, concurre la circunstancia extraordinaria del artículo 15 del Reglamento: el menor vive en Polonia desde el año 2012, donde ha crecido y tiene su entorno actual, todo ello con la aquiescencia del padre, que en medidas provisionales ha aceptado esta situación y el reconocimiento de un régimen de visitas a su favor. Concurren las circunstancias contempladas en los apartados a) b) y d) del artículo 15 y la remisión puede acordarse de oficio en tanto concurre el consentimiento de una de las partes que mantiene la competencia de los Tribunales polacos. Ante los Tribunales polacos ya consta presentada la demanda por lo que el plazo de seis semanas que establece el artículo 15, 5 debe computarse desde la comunicación de la remisión. No hay duda que el tribunal polaco está en mejor situación para decidir, por lo que la Jurisdicción española ha de declinar su competencia a favor del Tribunal de Lublin”.

<sup>366</sup> El art. 4 recoge expresamente las medidas excluidas, como la filiación, nombre, alimenticias, etc.

*b) el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual”.*

El art. 5 establece o incide en el criterio de la residencia habitual del menor, como criterio competencial, el cual sería recogido años más tarde por el Reglamento de la UE: *“1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.*

*2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual”.*

#### **4.5. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS SUPUESTOS DE GUARDA Y CUSTODIA CONJUNTA**

El aspecto más criticado (de forma justificada, a mi entender) por todos los operadores jurídicos y por las legislaciones autonómicas reguladoras de la materia respecto al contenido del art. 92.8º del C.c. ha sido, sin duda, el requisito del informe favorable del MF, de importancia decisiva, y que demuestra, de forma inequívoca, la desconfianza del legislador del año 2005 hacia el modelo GCC disensual<sup>367</sup>. Como sabemos, la GCC consensual también requiere la intervención del MF, pero mediante escrito de aprobación al convenio regulador aportado por las partes<sup>368</sup>.

Si la GCC es disensual requiere, para su aprobación judicial, una serie de requisitos o cautelas como: oír y valorar las alegaciones vertidas por los progenitores en sus escritos o proposición de prueba; oír al menor que tenga suficiente madurez; tener en cuenta, en cada caso, cada una de las pautas o criterios propuestos por la ya citada **STS de 29 de abril de 2013** para la determinación del ISM; valorar la posible existencia de prohibiciones a la GCC; procurar no separar a los hermanos; valorar el conjunto

---

<sup>367</sup> Ante la configuración restringida del modelo de GCC en el C.c., la EM de la LAIRF se expresa del siguiente modo: *“los supuestos de ruptura de la convivencia familiar han crecido notablemente en la última década, siendo uno de los asuntos más delicados a resolver el de la guarda y custodia de los hijos comunes. Esta cuestión se encuentra actualmente regulada por el artículo 92 del Código Civil español, reformado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que en defecto de acuerdo entre los padres configura la guarda y custodia compartida como excepcional, siendo necesario recabar asimismo informe favorable del Ministerio Fiscal. La aplicación de este precepto ha supuesto en la práctica el otorgamiento de la custodia individual de forma generalizada a la mujer. Sin embargo, la evolución de la sociedad exige dotar de una nueva regulación al régimen de guarda y custodia que favorezca el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores”.*

En términos parecidos, lo hace la EM de la LNCRC: *“la regulación actual contenida en el Código Civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres, condicionándose al informe favorable del Ministerio Fiscal”.*

<sup>368</sup> Como ya he expuesto, salvo omisiones al contenido necesario del convenio regulador *ex art. 90 C.c.* o por resultar dañoso, en la práctica, la aprobación del MF y la homologación judicial es semi-automática, al no practicarse prueba sobre los extremos contenidos en dicho convenio.

probatorio de conformidad con su experiencia como sana crítica u operación intelectual realizada por el juez destinada a la correcta apreciación del resultado de las pruebas judiciales; y solicitar (concurrir) el informe del MF.

El TC (Pleno) en el **FD 4º** de su **Sentencia de 17 de octubre de 2012**<sup>369</sup>, en relación al papel del MF en los procesos de familia, resalta su actuación dirigida a la defensa de la legalidad y del interés público, así como a garantizar la protección integral de los hijos, en los siguientes términos: *“del tenor de estas normas se desprende la especial vinculación del Ministerio Fiscal con los procesos de familia y con los intereses de los menores que en ellos se sustancian y la necesidad de su intervención cuando se estén ventilando cuestiones fundamentales para su desarrollo integral, pues si su actuación debe estar dirigida a la defensa de la legalidad y del interés público, también debe garantizar la protección integral de los hijos, que consagran estos textos legales. Su actuación está en estos procesos orientada por los principios de imparcialidad, defensa de la legalidad e interés público o social, lo que se manifiesta en la posición que ocupa, en defensa siempre y exclusivamente del interés de los menores. Y si la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles de familia resulta siempre obligada, es precisamente por su posición de garante ex lege del interés del menor, ya actúe unas veces como parte formal y otras como dictaminador o asesor (amicus curiae)”*.

La participación del MF (el cual, el art. 124 CE, configura *“como órgano constitucional regido, en todo caso por los principios de legalidad y de imparcialidad”*), es, pues, preceptiva en los procedimientos de familia<sup>370</sup> siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, conforme se recoge en el art. 749 de la LEC<sup>371</sup>.

---

<sup>369</sup> RTC 2012, 185.

<sup>370</sup> El MF singularmente representa la defensa de la legalidad y del interés público, y garantiza la protección integral de los menores. En el proceso consensual, el MF sólo informa a la luz del contenido del convenio regulador, pero en el proceso contencioso, debe, además, de contestar a la demanda, informar y participar en todas las pruebas y debe proponer aquellas que estima oportuno, siendo el único que puede participar en la audiencia o exploración judicial al menor. Se constituye, así, en un operador jurídico esencial en este tipo de procesos.

<sup>371</sup> El art. 749 de la LEC dispone: *“Intervención del Ministerio Fiscal:*

- 1. En los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes.*
- 2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.*

Y el art. 750 de la LEC: *Representación y defensa de las partes:*

- 1. Fuera de los casos en que, conforme a la Ley, deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este título con asistencia de abogado y representadas por procurador.*
- 2. En los procedimientos de separación o divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges, éstos podrán valerse de una sola defensa y representación.*  
*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando alguno de los pactos propuestos por los cónyuges no fuera aprobado por el Tribunal, el Secretario judicial requerirá a las partes a fin de que en el plazo de cinco días manifiesten si desean continuar con la defensa y representación únicas o si, por el contrario, prefieren litigar cada una con su propia defensa y representación. Asimismo, cuando, a pesar del acuerdo suscrito por las partes y homologado por el Tribunal, una de las partes pida la ejecución judicial de dicho acuerdo, el Secretario judicial requerirá a la otra para que nombre abogado y procurador que la defienda y represente”*.

La redacción inicial del art. 92 del C.c. y el inciso “favorable” en los supuestos de controversia entre los progenitores en los supuestos de GCC fue el origen de una cuestión de inconstitucionalidad ante la existencia de tres posibilidades en relación a la actuación del MF en los supuestos de solicitud de GCC disensual: la existencia de informe favorable; la existencia de informe desfavorable; y la ausencia de informe del MF.

Como ya conocemos, el TC (Pleno), en su apenas citada **Sentencia de 17 de octubre de 2012**<sup>372</sup>, acordó tramitar y resolver favorablemente la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección 5ª de la AP de las Palmas de Gran Canaria<sup>373</sup>, en relación con el

---

Las funciones del Fiscal de Sala Coordinador de Menores de la Fiscalía General del Estado son desglosadas en la Instrucción 3/2008, de 30 de julio, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores.

[www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/fiscal\\_especialista/menores/funciones!/ut/p/a0/04\\_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbz8vQ1dDBzdf38wiwCDA0sTPULsh0VAeEjhCw!/](http://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/fiscal_especialista/menores/funciones!/ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbz8vQ1dDBzdf38wiwCDA0sTPULsh0VAeEjhCw!/)

<sup>372</sup> RTC 2012, 185. Ponente de la misma fue la Magistrada Encarnación Roca Trías. El Pleno estuvo compuesto por 10 Magistrados más un Presidente. El Abogado del Estado y El Fiscal General del Estado solicitaron la desestimación de la cuestión. Se emitió un voto particular formulado por el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes con la adhesión de otros 3 Magistrados. La cuestión fue resuelta con 6 años de retraso desde la recepción (27 septiembre de 2006) hasta que fue resuelta y publicada en el BOE (14 noviembre 2012).

Acerca del principio de conservación de la ley y la inconstitucionalidad de una norma, resulta interesante la STC (Pleno) de 7 de noviembre de 2007 (RTC 2007, 235), FD 7º: “conforme reiteradamente hemos venido manteniendo, en virtud del principio de conservación de la Ley sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos ‘cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma’ (por todas, SSTC 111/1993, de 25 de marzo [RTC 1993, 111], F. 8; 24/2004, de 24 de febrero [RTC 2004, 24], F. 6; 131/2006, de 27 de abril [RTC 2006, 131], F. 2). Por ello será preciso ‘explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución’ (SSTC 138/2005, de 26 de mayo [RTC 2005, 138], F. 5; 76/1996, de 30 de abril [RTC 1996, 76], F. 5) habiendo admitido desde nuestras primeras resoluciones la posibilidad de dictar sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. No podemos, en cambio, tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril [RTC 1981, 11], F. 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza ‘a ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos’ (SSTC 22/1985, de 15 de febrero [RTC 1985, 22], F. 5; 222/1992, de 11 de diciembre [RTC 1992, 222], F. 2; y 341/1993, de 18 de noviembre [RTC 1993, 341]). En definitiva, como señalamos en la STC 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005, 138), ‘la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra legem, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 45/1989, de 20 de febrero [RTC 1989, 45], F. 11; 96/1996, de 30 de mayo [RTC 1996, 96], F. 22; 235/1999, de 20 de diciembre [RTC 1999, 235], F. 13; 194/2000, de 19 de julio [RTC 2000, 194], F. 4; y 184/2003, de 23 de octubre [RTC 2003, 184], F. 7)”.

<sup>373</sup> En el AAP Las Palmas (Sección 5ª) de 13 de septiembre de 2006 (SP/AUTRJ/95991) la cuestión de constitucionalidad se plantea a raíz del recurso de apelación interpuesto por el padre contra la sentencia dictada en primera instancia atribuyendo la guarda y custodia de la menor a la madre. El recurrente solicita se atribuya la guarda y custodia de la hija menor común de forma compartida a ambos progenitores, buscando, en todo caso, el ISM y teniendo en cuenta que durante un período superior a cinco años ha sido el régimen vigente en la pareja en relación con la hija común. La madre se opone al recurso. El MF informa desfavorablemente en el acto del juicio, en base a que no se ha justificado suficientemente la GCC y la buena relación entre los progenitores, pese a reconocer que durante esos cinco años ha venido existiendo

art. 92.8º del C.c., en la redacción dada por la Ley 15/2005, por posible contradicción con los arts. 14, 24, 39 y 117.3 de la CE, al exigir informe favorable del MF para el otorgamiento de la custodia compartida de los hijos menores en los procesos de separación y divorcio en los que no medie acuerdo entre los padres, decidiendo, en su fallo, estimar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “favorable” contenido en dicho precepto.

Como puede intuirse, desde la redacción del art. 92, apartado 8º del C.c. en 2005 hasta la publicación de la mencionada Sentencia del TC, los operadores jurídicos interpretaron, de forma diferente, la exigencia legal del requisito del informe favorable del MF.

Conforme a las conclusiones emitidas por Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia en el “IV Encuentro de Magistrados y Jueces de

---

un régimen amplio de estancias de la hija con el padre. La duda acerca de la inconstitucionalidad del requisito del informe favorable del MF se contiene en el FD 2º del Auto, en los siguientes términos: “*la duda sobre la constitucionalidad de la norma proviene exclusivamente del adjetivo ‘favorable’ que se añade a la exigencia del preceptivo informe del Ministerio Fiscal, por cuanto califica el sentido que ha de revestir el dictamen del Ministerio Público, el cual ha de ser necesariamente propicio, y a cuya existencia se supedita la decisión jurisdiccional de acordar la guarda y custodia compartida, como un ‘prius’ o requisito previo de procedibilidad sin el que el Juez o Tribunal no pueden juzgar.*”

*La estructura gramatical de la frase: ‘con informe favorable del Ministerio Fiscal’, en el contexto de la norma, no deja lugar a duda en la interpretación del precepto que establece el presupuesto de contar con informe del Ministerio Público, y de que este informe sea a favor de la guarda y custodia compartida, para que el Juez pueda acordar esta medida.*

*Al respecto es pertinente mencionar que en el encuentro de Abogados, Fiscales, Secretarios y Jueces de Familia organizado por la Asociación de Abogados de Familia y el Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de noviembre del año 2005, se estableció en cuanto a este extremo la siguiente conclusión: ‘El informe desfavorable del Ministerio Fiscal, no impedirá en todo caso al juez aprobar la guarda y custodia compartida, si entiende que es lo más adecuado para el menor, porque de estimarse lo contrario, ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez. Si bien se estima conveniente suprimir que el informe del fiscal tenga que ser favorable, limitándose a indicar, como en el caso de la custodia compartida por acuerdo de los progenitores, que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo’.*

*En contra de este criterio, la Sala estima que no cabe sin más obviar lo que dice el precepto, optando por no aplicarlo y atender a lo que dice el apartado 6º del mismo artículo 92 del Código Civil (‘el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal’), sino que, tratándose de una norma posterior a la Constitución, procede elevar la cuestión al Tribunal Constitucional a fin de que éste se pueda pronunciar sobre la constitucionalidad del requisito de contar con informe en sentido favorable del Ministerio Público que prevé el apartado 8º cuestionado, o bien dé carta de naturaleza a una interpretación de la expresada norma adecuada a la Constitución, aun cuando tal interpretación resulte, al menos en apariencia, contraria a su tenor literal”.*

Y continúa en su FD 3º: “*desde el momento en que en un determinado supuesto, como el de autos, el informe del Ministerio Fiscal no sea favorable a la custodia compartida, se veda al Juez de instancia y al Tribunal de apelación el emitir los oportunos pronunciamientos y resolver controversia alguna -y por tanto el ejercicio de la potestad jurisdiccional-, puesto que la controversia deja de existir como tal tras la emisión de tal dictamen del Ministerio Público al decantarse en contra de la custodia compartida, ya que, al impedir al órgano jurisdiccional concederla, hace inútil siquiera valorarla. Quien en última instancia resuelve la controversia es por ello el Ministerio Fiscal”.*

Con posterioridad, la Sección 2ª de la AP de Navarra planteó otra cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 92.8º C.c. sustancialmente idéntica a la anteriormente expuesta, que fue resuelta mediante Auto del TC de 29 de octubre de 2012.



Familia y Asociaciones de Abogados de Familia”, el hecho de que el MF emita informe desfavorable a la GCC, no impedirá que el Juez, a pesar de ello, apruebe la GCC cuando, motivadamente, considere que es lo más adecuado para el menor<sup>374</sup>.

Tales conclusiones fueron reiteradas en las “VI Jornadas nacionales de Magistrados, Jueces de Familia y Secretarios Judiciales”: *“en cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el Ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el Juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del Juez. No obstante, se estima conveniente que, por reforma legislativa, se suprima el requisito de que el informe del Fiscal tenga que ser favorable, y se dé una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley establece que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo”* (Conclusión 6ª).

En la posición minoritaria que no apreciaba como un obstáculo a la GCC disensual la falta de informe del MF (ni favorable ni desfavorable), cito la **SAP de Granada (Sección 5ª) de 22 de febrero de 2008**<sup>375</sup>, **FD 1º**: *“fuera de esta situación de armonía familiar, no obstante se permite la posibilidad de otorgarla por la vía excepcional del número 8 del artículo 92 del código sustantivo, y aunque no parece que constituya un obstáculo la inexistencia de informe "favorable" del Ministerio Fiscal -bastaría, a juicio de esta Sala, que el Ministerio Público no se opusiese-, inexcusablemente se requiere apreciar -y así se fundamente- que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor”*.

Frente a esta postura que prima el ISM frente a la exigencia legal del informe preceptivo y favorable del Ministerio Público, la jurisprudencia mayoritaria aplicó el contenido del texto de forma literal, no pudiendo apreciarse o concederse la GCC sin el citado informe, en base al principio de legalidad.

En este sentido, destaco la **SAP de Castellón (Sección 2ª) de 21 de enero de 2008**<sup>376</sup>, que en su **FD 1º** afirma: *“en el caso examinado ciertamente ha quedado constatada la excelente relación de los dos menores Alfonso y Luis Pablo con ambos progenitores, así como el hecho que ambos podrían desempeñar perfectamente la guarda y custodia de los mismos, reuniendo los requisitos necesarios para ello. Ahora bien, el C. Civil, tras la reforma introducida por Ley 15/2005 de 8 de julio, el art. 92 prevé la custodia compartida bajo unos requisitos que cuando no tienen como soporte la común voluntad de los progenitores (apartado 5 del art. 92), se contempla como excepcional, siempre bajo el*

---

<sup>374</sup> Conclusión 7ª: *“el establecimiento de un régimen de custodia conjunta a solicitud de uno sólo de los progenitores, al amparo de lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 92 del CC, no exige fundamentar que sólo con esta modalidad de custodia se protege adecuadamente el interés del menor, bastando razonar que es la opción de custodia considerada más beneficiosa para el menor en el caso concreto. Se insta del legislador una modificación del precepto en tal sentido”*.

<http://www.icasv-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf>

<sup>375</sup> JUR 2008, 332930.

<sup>376</sup> JUR 2008, 156176.

*prisma del interés del menor, y con informe favorable del Ministerio Fiscal (apartado 8 del precepto), que no concurre en el presente caso a la vista de la petición formulada por el mismo en el juicio de que la guarda y custodia de los menores siga atribuida a la madre ratificando las medidas acordadas en su día en la sentencia de separación, por lo que no cumplida esta exigencia legal, no ha lugar a fijar una guarda y custodia compartida, respecto de la cual la madre de los menores también se ha opuesto por entender que aquéllos están bien como están y en este sentido la sentencia de instancia al referirse a que el Ministerio Fiscal ha emitido informe desfavorable ha argumentado que dicha circunstancia no causa ninguna perturbación respecto de la situación de los menores”<sup>377</sup>.*

En el mismo sentido se pronuncia la **SAP de Madrid (Sección 22ª) de 28 de abril de 2008**<sup>378</sup>, que en su **FD 2º** afirma: *“a mayor abundamiento, falta el requisito de informe favorable del Ministerio Fiscal previsto en el artículo 92-8 del C.C., es cierto que dicho requisito ha sido cuestionado por un amplio sector doctrinal que considera que incide negativamente en la facultad decisoria del Juez y que sería conveniente que, por reforma legislativa se suprimiera el requisito de que el informe del Fiscal tenga que ser favorable y se diera una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley dice que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal con independencia del sentido del mismo, y hay una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas el 13-09-2006, pero mientras no se declare su inconstitucionalidad o se derogue el principio de legalidad que es la base de nuestro Ordenamiento jurídico determina que haya de estar a dicha exigencia”*.

La mencionada **STC de 17 de octubre de 2012** vino a resolver tal disparidad de posicionamientos ante el tenor literal de la norma, y calificó la facultad del MF como *“facultad exorbitante”*, sin parangón en nuestro Ordenamiento: *“según se afirma, «la duda sobre la constitucionalidad de la norma proviene exclusivamente del adjetivo 'favorable' que se añade a la exigencia del preceptivo informe del Ministerio Fiscal ... y a cuya existencia se supedita la decisión jurisdiccional de acordar la guarda y custodia compartida como un prius o un requisito de procedibilidad sin el que el Juez o Tribunal no pueden juzgar». La estructura gramatical de la frase «con informe favorable del Ministerio Fiscal», en el contexto de la norma, no deja lugar a duda en la interpretación del precepto, que establece el requisito de contar con informe del Ministerio público exigiéndose, además, que sea favorable a la custodia compartida, para que el Juez pueda acordar este régimen de custodia. Este requisito vulnera, a juicio de la Sala, los arts. 14, 24, 39 y 117.3 CE”* y, en consecuencia, declaró inconstitucional y nulo el inciso *“favorable”* del informe del MF contenido en el art. 92.8 del C.c.

En la citada Sentencia se emitió un voto particular formulado por el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes, al que se adhirieron los Magistrados D. Pablo Pérez Tremps, Dª. Adela Asua Batarrita y D. Andrés Ollero Tassara, en el que se considera adecuada la opción legislativa del inciso *“favorable”*: *“dicho de otro modo, la circunstancia de que uno de los progenitores no desee compartir la guarda y custodia de sus hijos menores podría incluso haber sido considerada por el legislador como suficiente para excluir que*

---

<sup>377</sup> En idénticos términos, se pronunció la SAP de Jaén (Sección 3ª) de 26 de febrero de 2008 (JUR 2008, 235196), FD 2º.

<sup>378</sup> JUR 2008, 178170.

*se pudiera acordar por el Juez en estos casos la custodia compartida. Sin embargo, precisamente porque la finalidad perseguida en estos procesos no es sólo satisfacer las pretensiones de las partes, sino, sobre todo, salvaguardar los derechos de los menores, el legislador, actuando en el ámbito de su legítima libertad de configuración normativa, ha previsto la posibilidad de que el Juez acuerde la custodia compartida pese a la oposición de uno de los progenitores, pero sujetando la toma de esta decisión a la cautela simultánea del criterio favorable del Ministerio Fiscal, institución a la que el Ordenamiento ha encargado, entre otras, la función de velar por la defensa de los derechos de los menores (art. 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal) y la primacía del interés prevalente de éstos (art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor), como hemos recordado en la STC 17/2006, de 30 de enero, FJ 5. Lo que evidencia, como pone de relieve el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, que en absoluto resulta comprometido el principio de exclusividad jurisdiccional de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) por el hecho de que el legislador añada a la pretensión unilateral de custodia compartida la necesidad de un informe favorable del Ministerio Fiscal, de igual manera que tampoco queda comprometido dicho principio cuando el juez decreta la custodia compartida en el supuesto de que así lo soliciten ambos progenitores de común acuerdo (art. 92.5 CC)”<sup>379</sup>.*

El modelo de intervención del Fiscal contemplado en la propuesta del ALECP se adecua, como no podía ser de otra manera, al pronunciamiento del TC.

#### **4.6.- CONCLUSIONES**

De lo anteriormente expuesto se desprenden, en mi opinión, algunas consideraciones conclusivas.

El legislador debe promover la igualdad ante las distintas modalidades de guarda, atendiendo a la más adecuada a las necesidades de cada menor, debiendo, por tanto, valorarse, individualmente o caso por caso, sin que apriorísticamente y como regla general puede sustentarse la preferencia por una modalidad u otra.

Como, en reiteradas ocasiones se ha pronunciado nuestro TS, debe incidirse en la normalidad del modelo GCC, el cual, incluso, es deseable, pero no preferente, pues no existen menores mejores o peores. Se trata, tan sólo, de identificar el mejor sistema de guarda en función de las necesidades de cada menor, las cuales han de ser analizadas caso por caso, ya que, insisto, en Derecho de familia no existen dos casos idénticos, de manera que lo deseable para un menor puede no serlo para otro.

---

<sup>379</sup> A la vista de ello, se concluye: “*en suma, por las razones que han quedado expuestas, considero que la exigencia contenida en el artículo 92.8 CC de informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores se opone a la adopción de esta medida, constituye una opción del legislador que resulta constitucionalmente irreprochable, pues obedece a una justificación razonable y resulta proporcionada a la finalidad pretendida por la norma cuestionada, que no incurre en infracción alguna del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículo 117.3 CE), ni tampoco, claro está, de los arts. 14, 24.1 y 39 CE, lo que debió conducir a la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria” (Fallo, apartado 6º).*

En relación al proceso consensual sobre GCC, creo que sería necesario incrementar los sistemas de control sobre las solicitudes de dicho modelo por parte de los progenitores, debiendo el Juez y el MF indagar sobre las concretas necesidades del menor ante la recomposición familiar que supone el cese de la convivencia, y por tanto también en estos supuestos debe darse satisfacción integral a los sus derechos del menor, frente a la concesión cuasi-automática actual de la GCC consensuada, debiéndose necesariamente dar audiencia al menor *ex art. 9 LOPJM* (que se refiere a “*cualquier procedimiento*”) y art. 156 del C.c. (“*antes de adoptar decisiones que les afecten*”).

Dicha indagación debería realizarse, por tanto, a través de la exploración al menor con suficiente madurez y, en todo caso, a los mayores de 12 años, conforme al contenido del art. 92.6º del C.c., y del vigente art. 2 de la LOPJM, y a la doctrina sentada por la **STS de 22 de julio de 2011**<sup>380</sup>, puesto que, como subraya la **STC de 17 de octubre de 2012**, en estos casos “*el resultado del litigio afecta directamente a un tercero que no es parte procesal (el hijo menor de edad)*” (**FD 3º**).

Ello permitiría conocer la percepción del menor sobre su nueva situación, lo que está en sintonía con la existencia de un interés público evidente en la protección de la familia *ex art. 39 CE*, que establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos, lo que no se traduce sólo en buscar remedios, sino también en una importante labor de prevención y adecuación al ISM.

En relación al requisito subjetivo, la GCC disensual requiere, necesariamente, que sea solicitada por, al menos, uno de los progenitores, no pudiendo suplir, el Ministerio Fiscal o el Juez la falta de petición de aquéllos.

De este modo, con la regulación actual, la GCC sólo puede acordarse a instancia de parte, en tanto con la prevista en el ALECP, puede ser también acordada, de oficio, por el Juez, lo que repercute, en consecuencia, en la prueba del proceso. Y ello porque en la situación actual, una vez presentada la demanda, el proceso está dirigido, en el aspecto probatorio, exclusivamente en función de las concretas peticiones de las partes. En cambio, con la posibilidad prevista por el ALECP, el Juez habrá de indagar, obligatoriamente, sobre la conveniencia de la GCC, independientemente de las concretas peticiones de las partes, al considerarse dicho modelo como deseable, idea rectora de los informes técnicos y de cualquier otra prueba que deba practicarse para la averiguación del ISM.

Adheriéndome a lo ya expuesto por el CGPJ, no considero justificada la adopción de oficio de la GCC disensual, conforme se propone en el ALECP, salvo en supuestos de muy excepcionales en los cuales quede suficientemente acreditada que dicha modalidad de guarda es la única posible.

En relación a la competencia judicial en materia de guarda conjunta, la averiguación sobre qué litigios pueden ser resueltos o no por nuestros Tribunales requiere conocer, con carácter previo, la ley personal atendiendo al domicilio o vecindad civil o bien al concepto autónomo, a nivel europeo, de residencia habitual.

---

<sup>380</sup> RJ 2011, 5676.

Este ante-juicio de DIP, ha sido, en parte, resuelto con la doble función del Reglamento (CE) 2201/2003, junto a la labor interpretadora (y unificadora) que proporciona el TJUE, que ha permitido la reciente reforma de las reglas internas de CJJ del art. 107 del C.c. y del art. 22 de la LOPJ<sup>381</sup>, las cuales reproducen los criterios y normas europeas, resultando destacable, a nivel sistemático, la complejidad que conlleva la descomposición o fraccionamiento del art. 22 de la LOPJ en nueve preceptos (del 22 al 22 nonies).

Igualmente resulta destacable, en su vertiente negativa, el contenido del artículo 22 ter de la LOPJ, que ofrece una definición confusa de “domicilio de las personas físicas” que remite e identifica con la “residencia habitual”, que a su vez habrá de remitirse o identificarse con las notas reguladoras o jurisprudenciales unificadoras del TJUE.

La redacción habría mejorado si hubiera incorporado las pautas o factores indicados en la ya mencionada **STJCE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009. Asunto C-523/07**, que establece la residencia atendiendo al lugar en el que el menor tenga:

*Una cierta integración en el entorno (social y familiar) vocación de duración, regularidad, permanencia, así como unos conocimientos lingüísticos, relaciones familiares y sociales, siendo válidos como medios de prueba de dicha residencia habitual aspectos tales como el padrón, escolarización, historia médica, etc. que habrán de individualizarse teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso, y cuya incorporación (texto en cursiva) propongo sea realice como pautas para la determinación de la residencia habitual del menor al citado art. 22 ter de la LOPJ.*

En el ámbito personal y familiar (relativo o aplicable a la GCC) el art. 22 quater apartados c) y d) de la LOPJ, establecen los foros especiales por razón de la materia, reiterando el criterio ya enunciado de la residencia habitual, en este aspecto y siguiendo al Profesor Andrés Rodríguez Benot<sup>382</sup>, sobre la utilización del criterio de la residencia habitual para la determinación del ordenamiento aplicable en Derecho de familia, concluimos que este ofrece ventajas, por la que hemos de acoger favorablemente dicha inclusión, evitando con ello toda desigualdad por razón de una nacionalidad u otra.

En este aspecto resulta positivo el “cambio” y adaptación del art. 21 y 22 de la LOPJ a la normativa europea que han venido a clarificar el panorama de la cuestión, permitiendo la elección del ordenamiento aplicable al cese de la convivencia en aquellos supuestos de

---

<sup>381</sup> La Ley Orgánica 7/2015, por la que se modifica la LOPJ, destaca en su apartado VI: “la necesidad de esta actualización se hace evidente si se tiene en consideración que el momento en el que fue redactado el vigente artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el proceso de internacionalización de España se encontraba en un momento muy inicial. De hecho, ni siquiera se había culminado la incorporación plena al ámbito de la Unión Europea.

*Por esta misma razón, resulta conveniente mencionar en la Ley la vinculación de los Jueces y Tribunales españoles al Derecho de la Unión, en la interpretación que hace del mismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En paralelo, y como corolario del sistema, se determina la forma en la que en nuestro ordenamiento ha de plantearse procesalmente el principal cauce de diálogo entre el Juez español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la cuestión prejudicial. Con ello, se profundiza en la búsqueda de mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos”.*

<sup>382</sup> Andrés Rodríguez Benot (Profesor titular de DIP Universidad Pablo de Olavide de Sevilla) en “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”. *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 2, N°. 1, 2010, págs. 186-202. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=33580>.

mutuo acuerdo, incluso las reglas en los supuestos contenciosos, siempre sobre el supuesto fáctico de la proximidad. Sin embargo, artículo 22 quáter apartado c sobre la expresión: “*siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia*”, resulta desconcertante y confuso.

En el mismo sentido favorable, debe ser acogida el art. 22 sexies, que precisa o aclara, la competencia de nuestros tribunales -por hallarse en nuestro territorio- para la adopción de medidas (cautelares o provisionales) incluso cuando deban cumplirse fuera de España, por tener competencias nuestro Tribunal sobre el litigio.

Finalmente, y en lo referido al papel del MF contemplado por el actual art. 92.8º del C.c., considero que es esencial, dada la misión imparcial y destacada que ostenta el Ministerio Público en la defensa de los intereses del menor de edad como garante y máxima expresión de su protección, convirtiéndose en la voz del menor.

**CAPÍTULO V**  
**LA GUARDA COMPARTIDA**  
**EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS**

**5.1.- INTRODUCCIÓN**

**5.2.- ANÁLISIS DE LA LEYES AUTONÓMICAS QUE REGULAN LA FIGURA**

5.2.1.- Aragón

5.2.2.- Cataluña

5.2.3.- Navarra

5.2.4.- Valencia

5.2.5.- País Vasco

**5.3.- CONCLUSIONES**

## 5.1.- INTRODUCCIÓN

El presente Capítulo tiene por objeto analizar el contenido del art. 92 del C.c. en materia de GCC en relación a las competencias territoriales y análisis de las leyes autonómicas que, hasta el momento, se han ocupado de regular dicho modelo de guarda.

Estas páginas quedan, pues, circunscritas al estudio de tales normas autonómicas, sin entrarse a analizar otras cuestiones también, en algunos casos, reguladas por las CCAA, pero con sustantividad propia que requerirían una tesis doctoral cada una de ellas, de manera que estas páginas quedan circunscritas al estudio de las leyes autonómicas el análisis de dichas regulaciones a la GCC.

Ante todo, la primera cuestión que ha de exponerse es el nuevo marco jurídico que representó, en materia de protección jurídica a la familia, la CE de 1978<sup>383</sup>, norma que

---

<sup>383</sup> Este nuevo marco jurídico está representado, principalmente, por los arts. 39 y 148 de la CE.

*“La protección jurídico constitucional de la familia se encuadra dentro del catálogo de los llamados derechos sociales y como tales su llegada a los textos constitucionales y a las Declaraciones internacionales está temporalmente hablando ubicada en siglo XX. En concreto, en nuestra historia constitucional el precedente con el que, por cierto, guarda mucha similitud, está en el artículo 43 de la Constitución republicana de 1931. Por supuesto que la protección a la familia aparece regulada en las Constituciones europeas de nuestra órbita jurídico política: artículo 36 de la Constitución portuguesa de 1976; artículo 6 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949; artículo 29 de la Constitución italiana de 1948 o los párrafos noveno y décimo del Preámbulo de la Constitución francesa de 1958. También en las Declaraciones Internacionales: artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Declaración de los derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959.*

*Por lo que se refiere al proceso de discusión parlamentaria del precepto a lo largo del debate constituyente, se ha de decir que no fue un artículo que generase grandes enfrentamientos políticos entre las distintas fuerzas presentes en el proceso. Se puede apuntar como curiosidad que el precepto del Anteproyecto constitucional comprendía sólo tres apartados, no aparecía la mención expresa de la protección del niño según los acuerdos internacionales que velen por sus derechos que aparece en el vigente 39.4 de la CE; y tampoco aparecía la referencia a que la ley posibilite la investigación de la paternidad prevista en el apartado segundo, que fue introducida por enmienda del Senador Villar Arregui en el debate de Pleno del Senado.*

*La regulación de la familia en los términos en que el artículo 39 de la CE lo hace supone un cambio espectacular en la ordenación de esta institución en España. Por ello, a lo largo de estos años se han ido aprobando leyes que han modificado radicalmente la fisonomía del Código Civil en materia de Derecho de familia. Los especialistas no dudan en que las dos leyes principales de desarrollo del artículo 39 fueron la 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y 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. Dos leyes que se aprueban por el impulso de la Unión de Centro Democrático y que vienen envueltas en un gran debate social y político que hace que se presenten y se aprueben por la Cortes Generales sin un preámbulo donde se expresasen los importantes fines que tenían asignadas (cambiar el régimen familiar en España). En la línea de este nuevo planteamiento en materia de familia, España se adhiere el 27 de enero de 1984 al Convenio número 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil, sobre determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales hecho en Bruselas el 12 de septiembre de 1962 y se firman los Convenios de la OIT números 79, 90, 123 y 138 sobre trabajo de menores”.*

Sinopsis <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=39&tipo=2>



supuso un cambio espectacular en la ordenación de la institución familiar en España, siendo destacable su papel o instrumento unificador, favoreciendo la cohesión e igualdad entre los diferentes territorios<sup>384</sup>.

El art. 149.1.8ª de la CE, atribuye al Estado competencia en materia de legislación civil, y añade “*sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*”<sup>385</sup>. En consecuencia, sólo las CCAA dotadas de Derecho civil foral o especial preexistente tienen competencia para regular las instituciones previstas en sus Compilaciones o en normas consuetudinarias vigentes en el momento de aprobarse la CE o conexas con las mismas. Este título competencial resulta indiscutible en los casos de Aragón, Cataluña, Navarra y País Vasco, siendo más cuestionada en el caso de Valencia, como más adelante expongo.

---

<sup>384</sup> Ángeles De Palma del Teso (Profesora Titular de Derecho Administrativo) “Las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia de protección pública de menores”. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, Nº. 5, 2007. Página 12: “*En las puertas del siglo XXI, como ya se hiciera en el siglo XIX, el legislador estatal utiliza el Derecho civil como instrumento unificador. En su origen, los Códigos civiles tuvieron precisamente como función primordial establecer reglas que favorecieran la igualdad frente al particularismo jurídico que imperaba en el Antiguo Régimen. Sin embargo, en nuestro actual sistema jurídico, esta función de cohesión corresponde a la Constitución de 1978. Por otra parte, la garantía del estatus mínimo común de los ciudadanos podría garantizarse, en su caso, a través del artículo 149.1.1 de la Constitución, que atribuye competencia al Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. En la actualidad, la igualdad no se genera en los códigos sino en la Constitución, los códigos sólo la aplican*”.

<sup>385</sup> Según la STC (Pleno) de 12 de marzo de 1993 (RTC 1993, 88). FJ 3º: “*el concepto constitucional (artículo 149.1.8) y estatutario (artículo 35.1.4 EAA) de «desarrollo» del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece -según indicamos en el fundamento jurídico 1.º- aquel precepto de la Norma fundamental. La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de «conservación» y «modificación», sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (artículo 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término «allí donde existan» a que se refiere el artículo 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas.*

*Sin duda que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibles identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.*

*Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada racione materiae dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar”.*

Esta función unificadora de nuestro texto constitucional no ha impedido que las CCAA con capacidad normativa sustantiva (que no procesal<sup>386</sup>), regulen, de diversa forma, la GCC, destacando, en este aspecto, las regulaciones aragonesa, valenciana y vasca, que establecen, con claridad, su preferencia por la GCC.

En este sentido, el art. 6.2 de la LAIRF emplea, exactamente, el término “*preferente*”: “*el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida...*”.

Por su parte, el art. 5.2 de la LVRF emplea la expresión “*como regla general*”: “*como regla general atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad...*”.

Y el art. 9.3 de la LPVRF se inclina por dicha preferencia en forma de mandato al Juez: “*el Juez a petición de parte, adoptará custodia compartida...*”.

Frente a estas regulaciones que configuran la GCC bien como modelo preferente, como regla general o como mandato, las leyes de Navarra y Cataluña no se posicionan a la hora de establecer una preferencia respecto a uno u otro modelo de guarda, dejando plena libertad al Juez para decidir, aunque supeditando dicha decisión al interés de los hijos.

Todo ello es tenido en cuenta por el ALECP, como reconoce en su EM, al afrontar esta nueva etapa, la cuarta<sup>387</sup>: “*la cuarta etapa es la que se pretende con esta reforma, en respuesta a determinadas disfunciones que el régimen vigente está provocando en la práctica y que han tenido notorio alcance social. Para acometer la misma se han tenido en consideración la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo y las normativas de las Comunidades Autónomas que recogen la custodia compartida en sus leyes, como las de Aragón y Valenciana, que establecen la preferencia de la guardia y custodia conjunta por los progenitores, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el hijo, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de ellos; o la de Navarra que no se posiciona preferentemente por ningún modelo de custodia, con lo cual deja plena libertad al Juez o Tribunal para decidir, en interés de los hijos, si es más conveniente establecer la custodia individual o compartida; o la de Cataluña que tampoco establece literalmente preferencia por la guardia y custodia compartida, acordándose si los cónyuges en el plan de parentalidad así lo solicitan, salvo que resulte perjudicial para los hijos, debiendo la autoridad judicial en el resto de las ocasiones determinar la forma de ejercer la guarda, compartida o individual, atendiendo al interés del hijo*”.

Estas regulaciones autonómicas han sido propiciadas, en parte, por la deficiente regulación de nuestro C.c., que planteó inicialmente la GCC contenciosa de forma recelosa, afrontando tardíamente los principales obstáculos para la adecuada implantación del modelo disensual.

---

<sup>386</sup> Es necesario recordar, como expone el Informe del Consejo Consultivo del Estado al ALECP, en su inciso final, que “*por lo demás, ha de tenerse en cuenta que las competencias estatales sobre la ‘legislación procesal’ y ‘la ordenación de los registros e instrumentos públicos’ son exclusivas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 149.1.6ª y 8ª de la Constitución, y así debería indicarlo el inciso segundo de la Disposición Final 1ª del Anteproyecto*”.

<sup>387</sup> Recuérdense las cuatro etapas señaladas en el Capítulo II del presente trabajo investigador.

Entre dichas trabas destaco el término “*excepcionalmente*” empleado por el art. 92.8º del C.c. al contemplar la modalidad de GCC contenciosa, así como el necesario concurso del informe favorable del MF, el cual, como ya se ha visto, sería posteriormente declarado nulo e inconstitucional, lo que considero un absoluto acierto.

Las regulaciones autonómicas han coincidido en su necesidad de regular la GCC contenciosa ante las dificultades que presentaba su configuración en el C.c., suprimiendo el requisito del informe favorable del MF antes, incluso, del pronunciamiento del TC.

En este sentido, la EM LAIRF II afirma: “*los supuestos de ruptura de la convivencia familiar han crecido notablemente en la última década, siendo uno de los asuntos más delicados a resolver el de la guarda y custodia de los hijos comunes. Esta cuestión se encuentra actualmente regulada por el artículo 92 del Código Civil español, reformado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que en defecto de acuerdo entre los padres configura la guarda y custodia compartida como excepcional, siendo necesario recabar asimismo informe favorable del Ministerio Fiscal. La aplicación de este precepto ha supuesto en la práctica el otorgamiento de la custodia individual de forma generalizada a la mujer. Sin embargo, la evolución de la sociedad exige dotar de una nueva regulación al régimen de guarda y custodia que favorezca el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores*”.

Y, en la misma línea crítica hacia la regulación del C.c. se expresa la EM de la LNRF: “*la regulación actual contenida en el Código Civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres, condicionándose al informe favorable del Ministerio Fiscal.*

*La presente Ley Foral pretende corregir estos supuestos, en línea con la realidad social actual, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores*”.

Esta falta de adaptación a la demanda social del C.c. se produce no sólo en el aspecto esencial de la GCC disensual, sino también en otros conexos a ella como el relativo al uso y disfrute o adjudicación de la vivienda familiar, que sí han sido objeto de regulación específica por algunas CCAA. Así lo pone de manifiesto la **STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 24 octubre 2014, FD 3º**<sup>388</sup>: “*el Código Civil ha incorporado modificaciones importantes en su artículo 92 en materia de atribución de la guarda y custodia compartida, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y la declaración de inconstitucional y nulo el inciso ‘favorable’ del informe del Ministerio Fiscal contenido en su número 8, en la STC 185/2012, de 17 de octubre. Lo que no hay es una regulación específica para adaptarla a esta nueva modalidad de custodia posiblemente por las variables que el sistema comporta*”.

Esta “andadura autonómica” fue iniciada, cronológicamente, por la Comunidad Autónoma de Aragón a mediados del año 2010, lo que le dio el calificativo de “primera” o “pionera”, seguida ese mismo año por Cataluña y en el 2011 por la Comunidad Foral Navarra y la Comunidad Valenciana.

El 19 de julio de 2013 el Gobierno aprobó el ALECP, el cual sigue en tramitación, y,

---

<sup>388</sup> RJ 2014, 5180.

recientemente, ha visto la luz la regulación vasca.

Resulta curioso que ninguno de los legisladores autonómicos proporcione un concepto, legal de guarda conjunta (a excepción de la LVRF, en su art. 3a) así como que ninguna de las regulaciones (tanto las autonómicas como la estatal proyectada) incluyan en su título la expresión GCC, utilizando, en su lugar, una perífrasis: *“Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”* en el caso de la LARIF; *“sobre custodia de los hijos en los caso de ruptura de la convivencia”* en el supuesto de la LNRC; *“de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”* para la LVRF; *“del ejercicio de la corresponsabilidad parental”* en el caso del ALECP; y *“de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores”* en el caso de la LPVRF.

Pese a ello, popularmente, todas ellas son conocidas como *“Leyes de custodia compartida”* tanto en las propias CCAA como a nivel nacional, al resultar el aspecto más llamativo o de mayor repercusión social.

Sin embargo, estas legislaciones (tanto las autonómicas como el ALECP) coinciden en valorar positivamente las bondades que ofrece la GCC, al considerar que este tipo de guarda consigue implicar, de manera efectiva y afectiva, a los dos progenitores respecto del menor, reduciendo la litigiosidad al no existir vencedores ni vencidos.

Al respecto, la EM de la LAIRF, III se expresa en los siguientes términos: *“las ventajas de la custodia compartida son evidentes. Con ella, los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos”*.

Por su parte, la EM de la LVRF expone: *“el régimen de convivencia compartida por ambos progenitores con los hijos e hijas menores pretende facilitar un mejor encaje de la nueva situación familiar por parte de cada menor y el mantenimiento de los lazos de afectividad con ambos progenitores. Asimismo, pretende disminuir el nivel de litigiosidad entre éstos, derivada del frecuente otorgamiento de la convivencia a uno sólo de ellos y favorecer la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombres y mujeres en las relaciones familiares”*.

En mi opinión, las ventajas de la GCC deben descansar no sobre la implantación preferente de dicho modelo de guarda, sino desde un efectivo posicionamiento responsable e igualitario de los derechos y obligaciones de ambos y de respeto a la parentalidad del otro progenitor. Sin este respeto mutuo, no puede resultar efectiva ni beneficiosa para el menor la implantación de la GCC, ya que sin la base de una mínima colaboración e igualdad en tareas parentales (que no de tiempos) y del convencimiento de los padres sobre las bondades del sistema para el hijo, éste no funcionará de forma real.

No analizaré aquí, en profundidad, los rasgos diferenciadores más relevantes entre las cinco regulaciones autonómicas existentes hasta el momento sobre los criterios

específicos o pautas legales a seguir para la averiguación del interés del menor, sin duda, la clave de bóveda de este modelo de guarda, ni los supuestos de exclusión o de violencia que prohíben la implantación de la GCC, ya que, dada la sustantividad y trascendencia práctica de estas dos cuestiones, serán objeto de estudio en sendos capítulos correspondientes del presente trabajo.

Sí merece un breve comentario un aspecto relativo a los sujetos a quienes resulta aplicable la regulación autonómica de que se trate<sup>389</sup>, debiéndose atender, para ello, al concepto de vecindad civil.

La vecindad forma parte del estado civil de las personas, debiendo hacerse constar registralmente al margen de la inscripción de nacimiento, ya sea adquirida de forma originaria o ya derivativa (por residencia u opción), la cual es necesaria para la aplicación de las normas civiles conforme a lo dispuesto por el art. 14 del C.c.<sup>390</sup>.

---

<sup>389</sup> Vgr., el art. 2 de la LVRF: *“de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y las disposiciones del título preliminar del Código Civil, la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana”*.

<sup>390</sup> Tanto la nacionalidad como la vecindad, determinan la pertenencia a una comunidad y la aplicación al individuo de unas u otras normas jurídicas (arts. 9.1 y 14.1 del C.c., respectivamente).

Como indica la Instrucción 1/2006, de 7 de marzo “Sobre la guardia y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores”: *“el domicilio reviste una gran trascendencia jurídica en relación con una pluralidad de supuestos de hecho dispersos por nuestro ordenamiento (vid. Resolución de la DGRN de 30 de enero de 1970), tanto en el ámbito civil (arts. 9.10, 10.5 14.3, 22 y 26 CC, entre otros muchos) como en el ámbito procesal, para determinar el juez territorialmente competente y, especialmente en los órdenes fiscal, sanitario, electoral y en general, en el ámbito administrativo”*.

Conforme el art. 14 del C.c.: *“1. La sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.*

*2. Tienen vecindad civil en territorio de Derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad.*

*Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes.*

*3. Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de Derecho común.*

*Sin embargo, los padres, o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción.*

*La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o el cambio de vecindad de los padres, no afectarán a la vecindad civil de los hijos.*

*En todo caso el hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal.*

*4. El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro”*.

Es preciso recordar que, según dispone el art. 9.4 del C.c., las relaciones paterno filiales se rigen por la ley personal del hijo, de modo que, a efectos prácticos, debe determinarse cuál es la vecindad del menor<sup>391</sup> para conocer la ley aplicable (ej. la aragonesa o la catalana), destacándose que no ha de identificarse, necesariamente, con su presencia física en un determinado territorio<sup>392</sup>.

Una de las cuestiones problemáticas que, en la práctica, presenta la vecindad civil es la de su debida acreditación<sup>393</sup>.

---

<sup>391</sup> Como señala la STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 21 de diciembre de 2012 (RJ 2012, 11191), FD 2: “... *lo relevante para la adopción de la medida de custodia no es la vecindad civil de los padres, sino la del hijo por tratarse de un efecto propio de las relaciones paterno-filiales -artículo 9.4 CC-, y que de los hechos declarados probados no consta debidamente acreditada la vecindad del Derecho civil común del hijo o cualquier otra que imponga la aplicación del CC -entre otras cuestiones, el dato de la procedencia del padre que menciona el recurrente es incorrecto, y se desconocen los lugares de residencia que ha tenido esta persona hasta la incoación del procedimiento-. Por tanto, y a los meros efectos de resolver este litigio, debe operar el criterio subsidiario del artículo 9.4 CC y atender al lugar de residencia del menor, que ha sido Aragón al menos desde 2007*”.

En este sentido, la SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 23 de octubre de 2012 (AC 2012, 1564), FD 2º: “*al haberse interpuesto la demanda en el mes de enero de 2011, la norma aplicable es la regulación de las relaciones parentales por el Código Civil de Catalunya por ser éste ámbito el de la vecindad civil común de las menores con la madre, en aplicación de lo que establece el artículo 16,1ª del Código Civil español*”.

<sup>392</sup> Para Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga: “La oculta y oscura vecindad civil”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 832/2011 parte Tribuna. Página 2, “*muy pocos podrán identificar la vecindad civil con el vínculo de dependencia que tiene una persona física respecto de un territorio, que tiene un ordenamiento jurídico de orden civil propio y diferente de otros coexistentes en España. Y es que la vecindad es una situación jurídica singular que, a diferencia del domicilio o la residencia, carece realmente de un sustrato fáctico y, al igual que la nacionalidad, se adquiere o conserva aunque se carezca de una relación de permanencia en un territorio*”.

<sup>393</sup> Siguiendo a Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano: “*Comentarios al Código Civil*”. Aranzadi. 2009, dos son los problemas principales que pueden acarrear la vecindad civil: los cambios de vecindad civil por residencia y la prueba de vecindad civil.

Respecto a la primera de las cuestiones, afirma: “*la redacción del artículo 14.5.II es equívoca. El afán de resumir, refiriéndose al mismo tiempo a los dos casos contemplados en el artículo 14.5.I, conduce a que ese «no necesitan ser reiteradas» carezca totalmente de sentido para la declaración de voluntad prevista en el artículo 14.5.1º. No en vano el artículo 65 LRC dedica a la misma cuestión dos párrafos, uno para cada caso. Mientras que para uno de ellos (artículo 14.5.2º) es correcto decir que no es necesario reiterar la declaración, para el otro (artículo 14.5.1º) habría que decir que no es necesario prestar declaración de conservar la vecindad así adquirida para no perderla (tal y como se hace en el artículo 65.III LRC). En cambio, sí que es preciso prestar declaración de conservar la vecindad ganada por mero transcurso de diez años cuando hay nuevo cambio de residencia a territorio de otra vecindad para evitar un nuevo cambio por transcurso de diez años (RDGRN 24 enero 2005 [BOE 15 marzo 2005])*”.

Y en relación a la prueba de vecindad civil, pone de manifiesto: “*en la práctica es frecuente que los tribunales presuman la vecindad civil correspondiente al domicilio, sobre todo cuando éste se encuentra en el territorio de su competencia (en contra de ese criterio, RDGRN 3 julio 1967 [RJ 1967, 4861]). También es frecuente considerar como prueba suficiente el haber nacido en el lugar correspondiente a la vecindad civil que se pretende, sobre todo cuando coincide además con la residencia habitual (STS 20 noviembre 1971 [RJ 1971, 4971]). El artículo 68.II LRC presume la vecindad civil del lugar de nacimiento en tanto no conste la distinta vecindad civil de los padres. El padrón municipal (SSTS 20 diciembre 1985 [RJ 1985, 6606], 15 noviembre 1991 [RJ 1991, 8117]), el domicilio tributario, los destinos de los funcionarios, la ostentación de cargos públicos o representativos y las certificaciones de entes*

La Nota 1/2011 de la Fiscalía de Valencia, de 3 de junio<sup>394</sup> expone, respecto a la prueba de la vecindad, que *“la vecindad civil se acreditará mediante la certificación del Registro Civil en los supuestos de adquisición derivativa por residencia, por opción, así como en los supuestos de recuperación.*

*En los supuestos de adquisición originaria por ius sanguinis se acreditará la vecindad civil mediante certificación de nacimiento de los hijos en relación con la certificación de nacimiento de los padres.*

*Finalmente, ‘en su defecto’ y ‘en caso de duda’, tendrá la vecindad del lugar de nacimiento que se acreditará mediante la certificación del Registro Civil”.*

Para José Luis Conde-Pumpido García<sup>395</sup> la cuestión se complica aún más cuando, dentro de un mismo grupo familiar, hay hijos con diferente vecindad civil o cuando existen menores extranjeros, lo que, sin duda, coloca a esta materia en una de las pruebas más arduas o de una exhaustiva investigación de toda la vida del menor e, incluso, la de sus progenitores para la determinación de la ley aplicable: *“un problema que plantea la determinación de la ley aplicable es el de la prueba de la vecindad civil, al tratarse de una circunstancia que depende de una pluralidad de factores (vecindad de los progenitores, lugar de nacimiento, cambio de residencia, voluntad de los progenitores...). En este sentido se ha pronunciado la STS de 20 de febrero de 1995: ‘ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina que la prueba de la vecindad civil es de las más arduas, dado que puede operar al margen de toda constancia documental e, incluso, sin la actividad voluntaria del adquirente’. Conocer la verdadera vecindad civil de una*

---

*administrativos suelen ser considerados como prueba insuficiente si no se relacionan necesariamente con la existencia de una residencia habitual.*

*El artículo 14.6 brinda una presunción «iuris tantum» a favor de la vecindad del lugar de nacimiento para resolver en su caso la dificultad de la prueba. No obstante, el valor de semejante presunción depende en primer lugar de las circunstancias en las que se suscite la duda: en algunos casos de duda entre dos vecindades concretas el recurso a la vecindad del domicilio puede carecer de sentido si es distinta de aquéllas”.*

Como ejemplo de ello, traigo a colación la SAP de Alicante (Sección 4ª) de 26 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 351309), FD 3º: *“A.- El padre nació en Madrid y la madre en Alicante. No consta el lugar en que residieron hasta el nacimiento de los hijos, y en concreto no hay prueba de que la madre haya residido fuera de la Comunidad Valenciana más de diez años seguidos. Tampoco hay constancia de que haya optado legítimamente por otra vecindad civil en los términos permitidos por el artículo 14-5 CC. En consecuencia ha de presumirse que al tiempo del nacimiento de los hijos los padres tenían la vecindad civil correspondiente a su lugar de nacimiento, tal y como establece el artículo 14-6 CC.*

*B.- Sentado lo anterior, al tener los padres vecindad civil diferente y no haberse determinado ninguna de las filiaciones con anterioridad a la otra, por aplicación del artículo 14-3 CC la vecindad civil de los hijos es la que corresponde a su lugar de nacimiento, y ambos nacieron en Alicante según consta en las certificaciones correspondientes (folios 23 ss.).*

*C.- No hay ningún elemento de prueba indicativo de que esta vecindad civil originaria de los hijos se haya modificado”.*

<sup>394</sup> Folio 25.

<sup>395</sup> “Ley Valenciana de Custodia Compartida” *Revista del Trabajo, Economía y Sociedad*. Octubre de 2011. Número 62 (<http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/revista62/art1.pdf>).

*persona obligaría a una exhaustiva investigación de toda su vida, e incluso la de sus progenitores, que resulta claramente inviable. Por ello, los tribunales aplicarán la normativa que consideren oportuna según lo que resulte del conjunto de pruebas aportadas al procedimiento (tendrán a estos efectos especial relevancia las certificaciones del registro Civil que se han de acompañar necesariamente con la demanda conforme al artículo 770-1ª de la LEC)”*.

En relación a lo expuesto en relación a la vecindad civil y a la normativa de las CCAA que han optado por regular la GCC, a mi modo de ver, como crítica negativa, esta situación viene a quebrar con el sistema de protección único contemplado en la CE respecto del concepto jurídico del ISM<sup>396</sup>, vistos los principios sustantivos (no procesales<sup>397</sup>) que rigen la adopción de estas medidas en cada territorio<sup>398</sup>, lo cual se complica por la imposibilidad de acceder en unificación de doctrina jurisprudencial al TS, conforme a lo dispuesto en el art. 73.1.a) de la LOPJ<sup>399</sup>.

---

<sup>396</sup> Cobra especial importancia unificadora la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la cual, da nueva redacción al art. 2 de la LOPJM, en relación al ISM: *“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”*.

<sup>397</sup> Vid. DA 2ª LAIRF; DT 1ª y 2ª de la LVRF.

<sup>398</sup> STS de 19 de mayo de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100208), FD 2: *“como dice la sentencia recurrida, no es obstáculo a esta determinación la objeción que efectuó la apelada en relación con la preclusión de causa de pedir de la reconvencción, pues también ha de recordarse el uso de la potestad discrecional que es atribuido a los tribunales a la hora de fijar las medidas derivadas de las resoluciones definitivas recaídas en los procesos matrimoniales, en pro de los superiores intereses de los hijos arts. 92, 93 y 94 del Código Civil, como consecuencia de los elementos de Derecho necesario que en estos procesos derivan de los superiores intereses que juegan en materia de separación matrimonial, máxime habiendo hijos menores y como tales necesitados de protección, según también tiene declarado el Tribunal Supremo (SSTS de 2-12-1987 y 11-2-2002, por ejemplo); porque las cuestiones debatidas en los procesos matrimoniales están fuera de la disposición de las partes incluso como derecho, razón por la que incluso el tribunal debe pronunciarse de oficio (artículo 91 del Código Civil) debiendo superarse en lo posible las discordias de los litigantes, justamente porque el beneficio de los menores ha de prevalecer en todo caso, pues como también recuerda la STS de 16-7-2004, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece el principio general de que en todo caso primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, lo que permite al Juzgador aplicar, incluso de oficio, las características, alcance y modalidades del derecho de visitas, razón por la que cabe adoptar estas disposiciones con independencia de lo que se pida, precisamente porque medidas de esta naturaleza no están sometidas al principio dispositivo, aunque se acuerden medidas distintas de las de las solicitadas por las partes, justamente en beneficio de los hijos”*.

<sup>399</sup> Vid. art. 2.2º y 3º de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, así como la STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 26 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 5533), FD 3: *“conforme a lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), es competente la Sala de lo Civil y Penal de cada Tribunal Superior de Justicia para conocer de los recursos de casación siempre que se funden en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad. En los mismos términos el párrafo segundo del artículo 478.1 de la LEC*.

*Bajo la vigencia del artículo 1732 de la anterior LEC, en la redacción dada por la Ley 10/1992, se atribuía a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores la competencia de los recursos de casación fundados en infracción de norma de Derecho civil común y de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad,*



La valoración positiva, o, dicho de otro modo, lo que, sin duda, es mérito de las regulaciones autonómicas es la superación de las dificultades iniciales de la GCC contenciosa, lo que ha contribuido a la normalización del modelo de guarda disensual, aumentando las concesiones de GCC en dichos territorios.

Atendiendo a los datos estadísticos, se deduce un crecimiento exponencial (al doble) de las atribuciones de GC a nivel estatal de un 9,67% inicial en el año 2008 (5.716 casos), a un casi 18% de media nacional en el año 2013 (9.032 casos) según los datos del INE de los años 2008 a 2013<sup>400</sup>.

ESPAÑA	Divorcios	Atribución GC	GC al Padre	%	GC a la Madre	%	GC a Ambos	%	Otros
2008	109.922	59.138	2.444	<b>4,13</b>	50.800	<b>85,90</b>	5.716	<b>9,67</b>	178
2009	98.207	52.389	2.918	<b>5,57</b>	44.048	<b>84,08</b>	5.046	<b>9,63</b>	377
2010	102.690	54.411	3.076	<b>5,65</b>	45.284	<b>83,23</b>	5.695	<b>10,47</b>	356
2011	103.290	54.977	2.961	<b>5,39</b>	44.887	<b>81,65</b>	6.729	<b>12,24</b>	400
2012	103.854	55.342	5.384	<b>9,73</b>	41.564	<b>75,10</b>	8.079	<b>14,60</b>	315
2013	94.885	50.363	2.804	<b>5,57</b>	38.360	<b>76,17</b>	9.032	<b>17,93</b>	167

Este crecimiento, aun siendo considerado como insuficiente, debe ser interpretado como favorable, siendo objeto de análisis detallado en las líneas siguientes, en las que se ofrecerán los datos por Comunidades.

Este indudable éxito numérico está encaminado hacia la normalización social de la GCC, si bien no puede hacernos olvidar la especial relevancia que cobra el concepto ISM, el cual debe ser interpretado de forma individualizada en cada caso concreto, pero también de manera conjunta y con respeto de otros intereses legítimos concurrentes, como dispone el nuevo art. 2 de la LOPJM<sup>401</sup>, redactado conforme a la reciente Ley Orgánica de

---

*salvo que se fundamentaran en infracción de precepto constitucional. Al respecto dijo el Tribunal Supremo (sentencia nº 947/1999, de 16 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8298), recurso 205/1995”.*

<sup>400</sup> <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/&file=inebase>.

<sup>401</sup> El art. 2 representa el criterio de la individualización del ISM conforme al contenido de la STS de 13 de febrero de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100032), FD 3: *“es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso; de un menor que a los seis años de edad sufre una experiencia traumática por el asesinato de su padre, con el que convivía, por su madre, que cumple en la actualidad condena de 18 años de cárcel, y que ha estado bajo la custodia de la tía paterna desde entonces. El interés en abstracto no basta”.*

Ello resulta aplicable, incluso, en los supuestos de preferencia por la GCC, lo que no obliga a aplicar dicha abstracción automáticamente al caso concreto. Al respecto, se pronuncia la SAP de Teruel (Sección 1ª) de 3 de mayo de 2011 (AC 2011, 1203), FD 1º: *“también cabe recordar, que en la valoración de la idoneidad del régimen de custodia establecido en la resolución judicial que se pretende revisar; el procedimiento de determinación no es el mismo, según se trate de un proceso de mutuo acuerdo o contencioso. Pues en el primer caso, en el proceso de valoración, son los cónyuges los que determinan que es lo más conveniente, al margen de cualquier criterio de preferencia legal o jurisprudencial. Mientras que en caso de resolución contenciosa el proceso de valoración es estrictamente judicial, y se decide con criterios legales y jurisprudenciales.*

Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en cuyo apartado 2º resalta como elemento de valoración esencial el supuesto concreto: “*aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto*”, en tanto que en el apartado 3º se contiene una relación o lista de criterios generales de valoración conjunta: “*los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara*” y en el 4º dispone: “*4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.*”

---

*Con ello se quiere poner de manifiesto, que en casos como el presente, la decisión de custodia se adoptó de mutuo acuerdo, la revisión de la valoración en la determinación del régimen de custodia difícilmente se justifica, pues ha sido adoptada en términos de igualdad entre los esposos quienes determinaron y valoraron cual era la mejor decisión, pudiendo haber acordado en tal momento una custodia compartida o no.*

*Partiendo de lo anterior, no podría criticarse que la concreta revisión del régimen de custodia exija la prueba y determinación de que ha habido una modificación sustancial de las circunstancias que lo justifique, cosa que como bien dice la sentencia no ha ocurrido, y esta afirmación no se discute por la vía del recurso de apelación.*

*Pero, no obstante ello, aunque apreciaríamos la posibilidad de autorizar la modificación, al margen de lo anterior, lo cierto es que las previsiones de la Ley se formulan en abstracto; es decir, es criterio preferente, conjugando el principio de igualdad entre los progenitores y el superior interés del menor la fijación de una custodia compartida. Pero ello no significa, y repetimos, que la revisión prevista obligue a aplicar dicha abstracción automáticamente al caso concreto. Es en el caso concreto sometido a revisión en el que ha de determinarse conjugando ambos principios que lo mejor tras la separación de los cónyuges es que el régimen de custodia compartida en los términos que concretamente se proponen es adecuado y lo mejor para el menor y la familia.*

*Y es en este punto donde no existe prueba alguna que permita acreditar que el régimen que se propone es lo más adecuado y mejor que el régimen que el menor viene cumpliendo, con origen en la inicial valoración acordada por ambos esposos. Pues ninguna prueba, se ha practicado al respecto, que permita valorar que la propuesta de estricta igualdad, desde una perspectiva objetiva, técnica, prudente y razonable, conjugada con el concreto interés del menor y el de ambas familias, sea igual o mejor que el régimen actual, el que por ahora no ha ofrecido dificultad alguna.*

*Por ello este Tribunal rechaza toda propuesta de interpretación que establezca la equivalencia entre solicitud de revisión y necesaria concesión de la custodia compartida, si razonablemente no se prueba al menos la superior conveniencia de dicho régimen de custodia, lo que evidentemente no ocurre en el presente caso, puesto que no se ha practicado prueba alguna ni propuesta de plan satisfactorio alguno, pues de accederse a lo solicitado, aplicando en abstracto el criterio de la ley, implicaría sustraer al menor del marco de convivencia ordinaria que ha venido desarrollando con la avenencia de ambos progenitores, que consideraron era lo más conveniente, e imponerle un nuevo modo de vida, y una nueva ruptura drástica de su modo de vida ordinaria, por el sólo hecho de haber entrado en vigor la Ley Aragonesa de Igualdad en las relaciones familiares, lo que nos conduce a la idea de un igualitarismo atroz que poco casa con la idea de la decisión judicial basada en la justicia y la prudencia, máxime tratándose de objetos jurídicos tan delicados, como los propios del derecho de familia, en los que se barajan no sólo los intereses sino los afectos personales y está en juego el desarrollo integral de un menor, especialmente en casos como el presente, en el que existe un largo periodo de adaptación a la ruptura de la convivencia entre los progenitores, sin incidencias (cinco años)”.*

*En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados”.*

## **5.2.- ANÁLISIS DE LAS LEYES AUTONÓMICAS QUE REGULAN LA FIGURA**

### **5.2.1.- Aragón**

Entrando ya en el recorrido por las regulaciones autonómicas promulgadas hasta el momento que contemplan la GCC, y siguiendo el criterio cronológico, comienzo esta exposición por la Ley 2/2010, de 26 de mayo (como vengo denominándola, LAIRF), titulada de *“igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”*<sup>402</sup>, popularmente conocida como *“Ley de custodia compartida”*, por ser una de sus características más relevantes, siendo una norma pionera y novedosa<sup>403</sup>.

Regula la patria potestad conjunta<sup>404</sup> y apuesta, decididamente, por la GC como sistema preferente<sup>405</sup>: *“La presente Ley, respondiendo a una importante demanda social, supone*

---

<sup>402</sup> Formalmente derogada, mediante el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón (BOE de 22 de junio de 2010), pasando a refundirse en los arts. 75 a 84 del Código del Derecho Foral de Aragón, Sección 3ª, titulada *efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*, del Capítulo II regulador del *deber de crianza y autoridad familiar*.

<sup>403</sup> Margarita Castilla Barea (Profesora titular de Derecho civil): *“Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”*, en *Aranzadi Civil Doctrinal*, núm. 7. 2010. Página 107, señala en relación a la ley aragonesa: *“el «efecto dominó» de la promulgación de esta Ley, primera que en el territorio nacional instaura la custodia compartida como medida preferente frente a la individual en los casos de ruptura de los progenitores con hijos a cargo, no se ha hecho esperar: algunas Comunidades Autónomas que ya contemplaban previamente iniciativas en este sentido se han apresurado a acelerar sus procesos legislativos, otras se han decidido instar al Gobierno a que reforme en este punto el Código Civil (Juntas Anuales de Vizcaya) y, finalmente, el propio Senado ha enarbolado la bandera pro custodia compartida reclamando las reformas legislativas necesarias para hacer de dicho modelo de guarda el referente previo para los Jueces en las crisis familiares”*.

<sup>404</sup> El informe del CGP al ALECP destaca que la *“patria potestad conjunta”* propuesta en el ALECP ya consta en la LARIF: *“desde esa perspectiva, la nueva regulación que el Anteproyecto ofrece en aspectos tales como el ejercicio de la patria potestad conjunta, los periodos de convivencia, el régimen de estancia y comunicación de los hijos con sus padres, la atribución de la vivienda familiar y la prestación por alimentos, debería aplicarse a cualquier situación de ruptura de la convivencia entre los progenitores con hijos comunes.*

*La medida propuesta ya se contempla en algunos Ordenamientos autonómicos. Concretamente, Sección Tercera del Capítulo II del Título II del Código del Derecho Foral de Aragón (Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo) resulta de aplicación a cualquier ruptura de la convivencia con hijos a cargo, incluido los supuestos de nulidad, divorcio y separación y los procedimientos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores (artículo 75.1)”*.

<sup>405</sup> El Informe del CGPJ al ALECP dice: *“artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón claramente apuesta por la custodia compartida como sistema preferente, y así el número cinco del artículo citado establece que “La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la*

*un cambio del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Con este cambio se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores”* (EM, Exponendo III).

Sin embargo, la norma no proporciona un concepto legal de guarda conjunta<sup>406</sup>, aunque sí reconoce la coparentalidad como garantía al derecho del menor al mantenimiento de las relaciones afectivas con su entorno familiar, pese al cese de la convivencia de sus progenitores: *“garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas”*.

Al igual que el resto de regulaciones, la norma tampoco establece un periodo mínimo de reparto de estancias o guardas para calificar el modelo de GC o individual, limitándose a expresar en su Preámbulo: *“la custodia compartida, tal y como se configura en esta Sección, no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida”*.

Destaca en esta normativa el uso de la expresión, *“autoridad familiar”* para denominar a la patria potestad<sup>407</sup>, utilizada, por ejemplo, por la **SAP de Teruel (Sección 1ª) de 21 de marzo de 2013, FALLO:** *“corresponde a ambos progenitores el ejercicio de la autoridad familiar sobre sus de los hijos menores Rafael y Teodosio, quedando los mismos bajo la custodia del padre don Horacio, estableciendo al efecto el siguiente régimen de visitas y comunicaciones...”*.

Por su parte, la **SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 8 abril 2014**<sup>408</sup> establece que *“la autoridad familiar será ejercida por el padre y la madre, debiendo decidir conjuntamente y consultarse todas cuantas decisiones afecten a las menores. En este sentido y como de inexcusable consenso se fijan las medidas que conciernan a las hijas relativas a elección de colegio o cambio de modelo educativo, clases particulares, actividades extraescolares, cursos en el extranjero, viajes o salidas al extranjero en el que no vayan acompañados algún progenitor, tratamientos médicos s o intervenciones quirúrgicas, etc.”*.

Conforme a ello, el principio de igualdad de los progenitores en sus relaciones con la prole común, viene consagrado en el art. 2.b: *“los padres respecto de sus hijos menores de edad, tiene derecho a la igualdad en sus relaciones familiares”*.

---

*custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor”*.

<sup>406</sup> Resulta criticable que las legislaciones en materia de GCC no aporten ninguna definición de GC, salvo la LVRF. El ALECP tampoco, ya que sólo pretende modificar los arts. 163 y 170 del C.c. con la única finalidad de sustituir la expresión *“el padre o la madre”* por la de *“progenitores”*.

<sup>407</sup> A mi modesto entender, ello se hace más como ansia diferenciadora, ya que, como he expuesto, el legislador aragonés no ofrece una definición de tal concepto.

<sup>408</sup> JUR 2014, 126822.

Puede decirse que la regulación aragonesa está basada en tres principios básicos<sup>409</sup>: preferencia por la GCC, a la que alude en su art. 6.2; el interés del menor como límite a la preferencia; y la necesidad de probar que la guarda individual es la conveniente al menor, frente al criterio preferente por la compartida.

El Informe del Consejo Fiscal al ALECP considera al respecto: *“en las legislaciones autonómicas el art. 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón establece que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente. Como declara la STSJ de Aragón de 1 de febrero de 2012, rec. 24/2011 “la determinación de la preferencia del sistema de custodia compartida sí conlleva una consecuencia práctica dirigida al juzgador, y consistente en la obligación de razonar suficientemente la decisión que se aparte del criterio preferencial”*<sup>410</sup>.

La regulación, sin embargo, *“dirige”* al Juez, quien no puede desconocer que el legislador aragonés ha establecido como preferente el sistema o la modalidad de GC, como se deduce, con toda claridad, de su Preámbulo y de su articulado, muy especialmente, de sus preceptos hoy contenidos en los arts. 75.2, 76 y 80.2 del CDFFA. Así se subraya en su EM, Exponendo VII: *“La principal medida que adopta la Ley es considerar la custodia compartida como el régimen de custodia que el Juez adoptará de forma preferente en interés de los hijos menores a falta de pacto, salvo en los supuestos en que la custodia individual fuere lo más conveniente”*.

Esta preferencia por la GCC está basada en los tres siguientes motivos:

En primer lugar, conforme al contenido de la EM, Exponendo II, destaca la defectuosa regulación del C.c. (en concreto, en cuanto a la excepcionalidad de la GC disensual y el informe favorable del MF): *“la aplicación de este precepto ha supuesto en la práctica el otorgamiento de la custodia individual de forma generalizada a la mujer. Sin embargo, la evolución de la sociedad exige dotar de una nueva regulación al régimen de guarda y custodia que favorezca el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores”*.

---

<sup>409</sup> Los criterios que han de seguirse en la exégesis del art. 80 CDFFA son expuestos, entre otras resoluciones judiciales, por la SAP de Zaragoza de 14 de enero de 2014, FD 2º (JUR 2014, 17823): *“en sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código del Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011 (RJ 2012, 668)); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011 (RJ 2011, 6564)); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el artículo 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 55)); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite -la conveniencia para el menor -frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011)”*.

<sup>410</sup> JUR 2013, 176150.

En segundo lugar, conforme a la EM, Exponendo III, destaca los beneficios de la GCC, a saber, afectividad, efectividad y no litigiosidad<sup>411</sup>: *“las ventajas de la custodia compartida son evidentes. Con ella, los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos.*

*La custodia compartida se acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de una sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre”.*

Y, en tercer lugar, la EM, Exponendo III *in fine*, destaca la actualización del reparto actual de roles de la sociedad aragonesa: *“la custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres”.*

En cuanto a los criterios que han de ser tenidos en cuenta por el Juez para adoptar la GCC como modelo preferente se establece una relación de siete pautas que ha de tener en cuenta el plan parental o bien a la hora de adoptar el sistema de guarda adecuado al menor en concreto: edad de los hijos (6.2a); opinión de los hijos<sup>412</sup> (6.2c); informes (6.3); arraigo

---

<sup>411</sup> Precisamente, el pacto de relaciones familiares constituye uno de los ejes sobre los que se articula el nuevo régimen de atribución de la guarda.

Esta idea de pacto es resaltada por Isaac Tena Piauzelo (Prof. titular Derecho Civil): *“Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños «de primera»?”. Aranzadi Civil-Mercantil. núm. 1/2011 (BIB 2011\21): “como ha quedado dicho, el Preámbulo de la Ley destaca la trascendencia del «pacto de relaciones familiares» (lo que, de otro modo, podríamos denominar un plan de coparentalidad, pero cuyo contenido va más allá de regular las relaciones de guarda) desde la importancia que la libertad de pacto ha tenido en la propia tradición jurídica del Derecho foral aragonés. La ley le dedica el Capítulo segundo, que contiene un solo –pero extenso- artículo, el tercero. Este pacto desempeña la función que, en el régimen del Código civil, corresponde al convenio regulador (vid. DAD 2ª.-2 de la Ley aragonesa) de la nulidad, la separación o el divorcio (cfr. artículo 90 ss. CC), aunque su ámbito de aplicación resulta ampliado, en general, a cualquier situación de ruptura de pareja con hijos (incluyendo, por tanto, las parejas no casadas)”. “El pacto de relaciones familiares se concibe como una expresión de autonomía de la voluntad de los progenitores, y encuentra su límite en las normas imperativas y en la salvaguarda del interés de los hijos (cfr. artículo 3.-5)”.*

<sup>412</sup> Reiterando lo ya expuesto respecto a la importancia de voluntad u opinión de los hijos, destaco la SAP de Teruel (Sección 1ª) de 21 de marzo de 2013 (JUR 2013, 176150), FJ I: *“pues bien en este punto, cabe destacar, tal y como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 24 de Julio de 2012, la voluntad de los hijos menores resulta relevante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, aunque habrá de ser valorada juntamente con los demás factores que expresa el precepto citado. No es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme al artículo 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión”.*

del menor (6.2b); conciliación de la vida laboral (6.2e); aptitud y voluntad de los progenitores (6.2d); y otras circunstancias<sup>413</sup> (6.2f).

En relación a los factores que han de ser tenidos en cuenta, destaco, como especificidad aragonesa, el de la edad, respecto al cual el art. 69 del CDFa dispone: *"si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero sólo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete"*.

Y en su apartado 2º añade: *"el deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos"*.

Así las cosas, se destaca el carácter excepcional del deber de los padres de costear los gastos de crianza y educación de los hijos tras su mayoría de edad o emancipación<sup>414</sup>.

Estos factores o pautas determinan que la preferencia legal por la GCC no sea automática, ya que el sistema no es rígido, debiendo el juez atender al concreto y superior interés del menor o criterio de ductilidad, idea que subraya el art. 6 de la LARIF: *"2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores..."*.

Naturalmente, la adopción de la guarda en su modalidad individual exigirá una atenta valoración de la prueba que acredite la conveniencia para el menor, frente al criterio preferente por la GC. Al respecto, se pronuncia la **STSJ de Aragón, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 15 de diciembre de 2012, FD 2**<sup>415</sup>: *"no cabe duda de que el legislador aragonés ha establecido como preferente el sistema de custodia compartida, y así lo ha recogido esta Sala en sus sentencias de 13 de julio de 2.011 (RJ 2011, 6564) (recurso de casación 8/2011) y de 30 de septiembre de 2.011 (JUR 2011,*

---

<sup>413</sup> Un aspecto destacable es la ausencia o nula referencia a dos factores decisivos, como son la actitud de cooperación de los progenitores y la actividad de éstos entendida como disponibilidad, pues aquellos progenitores que queriendo pero no pudiendo, *"malamente"* podrán ejercer la corresponsabilidad parental (ej. conductores y profesionales o comerciales que viajan al extranjero o en el territorio nacional con periodos de estancia prolongados fuera de casa, trabajadores en otras capitales de provincia, jornadas partidas como la hostelería, supermercados, panaderos, etc.), factores éstos que deben ser valorados en esta cláusula de cierre sobre *"otras circunstancias"*.

En el apartado 4º del art. 6 se propone (*"salvo circunstancias que lo justifiquen"*) no separar a los hermanos y, por su parte, el art. 80.4 del CDFa prevé que, salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

En el apartado 6º del art. 6 se trata la VG, la cual es objeto de estudio separado en el Capítulo correspondiente, al que hago remisión.

<sup>414</sup> Sobre dicha cuestión, *vid.* STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 9 de mayo de 2012, FD 2º (RJ 2012, 6367).

<sup>415</sup> RJ 2012, 55.

394912) (recurso de casación 13/2011), pues así lo expresa literalmente el artículo 80.2 CDFA, que sobre tal declaración no precisa más interpretación. Lo que exige mayor cuidado es determinar en qué casos y con qué justificación puede el juez, apartándose del criterio preferente, adoptar la custodia individual. Decíamos a este respecto (fundamento jurídico décimo de la sentencia de 13 de julio de 2.011 y quinto de la de 30 de septiembre de 2.011) que este sistema no es rígido salvo en un mandato que dirige al juez el artículo 76.2 CDFA: el superior interés del menor. Y añadíamos (fundamento quinto citado): ‘La custodia compartida por parte de los progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca del interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual, atendido el interés del menor’”.

Otro aspecto destacable de la normativa aragonesa es la expresión utilizada en el art. 3 “pacto de relaciones familiares”, como equivalente a convenio regulador, la cual considero muy acertada y, de hecho, ha servido de referencia a otras normas posteriores en el tiempo<sup>416</sup>: “1. Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos.

2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar...”.

El legislador aragonés propugna, siguiendo el mandato de la Ley 15/2005, las soluciones consensuadas entre los progenitores en los casos de ruptura de la convivencia, y, en su defecto (bien por no alcanzarse el pago, bien por no resultar aprobado), corresponderá al Juez determinar las medidas, establecidas en el art. 79 del CDF para garantizar el mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, determinando el art. 76 de dicho texto legal que los hijos menores de edad tiene derecho a un contacto directo con sus padres de modo regular (sin especificar qué ha de entenderse por tal).

El Juez deberá tener en cuenta los criterios de atribución establecidos en el arts. 80 y 81 C.c. sobre uso de la vivienda y del ajuar familiar, gastos de asistencia a los hijos, etc.

No está prevista la posibilidad de decretar de oficio la GCC, si bien, el art. 6, relativo a la “Guarda y Custodia de los hijos”, viene a conferir plena libertad al juez, en interés de los hijos, para establecer la GC o la individual (si bien, cuando se incline por esta última, deberá justificar por qué se aparta de la preferencia legal)<sup>417</sup>.

---

<sup>416</sup> Así, por ejemplo, el CCCat. y el ALECP. En particular, el Informe del CGPJ al ALECP expresa: “en este punto, el Anteproyecto ha tomado como referentes el denominado “plan de parentalidad” regulado en el artículo 233.9 del libro Segundo del Código Civil de Cataluña y el “pacto de relaciones familiares” contemplado en el artículo 77 del Código de Derecho Foral de Aragón. La incorporación de esta figura merece una valoración positiva, principalmente porque exige de los progenitores una mayor concreción y detalle sobre determinados aspectos de la patria potestad que, entendemos, contribuirá a minorar las eventuales controversias derivadas de falta de acuerdo expreso sobre ciertos extremos”.

<sup>417</sup> Como precisa Carlos Martínez de Aguirre (Catedrático de Derecho civil): “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de



La pregunta que debemos hacernos es: ¿qué resultados ha tenido la aplicación de la ley aragonesa?

Pues bien, he de señalar que esta regulación ha permitido un crecimiento en el otorgamiento de esta modalidad de GC en dicha Comunidad conforme a los datos del INE, de un 8,22% inicial en el año 2008 hasta un 29% en el año 2013<sup>418</sup> respecto a la media nacional del 18% de dicho año<sup>419</sup>.

ARAGON	Divorcios	Atribución GC	GC al Padre	%	GC a la Madre	%	GC a Ambos	%	Otros
2008	2.616	1.362	54	<b>3,96</b>	1.195	<b>87,74</b>	112	<b>8,22</b>	1
2009	2.315	1.163	75	<b>6,45</b>	961	<b>82,63</b>	118	<b>10,15</b>	9
2010	2.341	1.199	90	<b>7,51</b>	928	<b>77,40</b>	174	<b>14,51</b>	7
2011	2.366	1.217	85	<b>6,98</b>	887	<b>72,88</b>	234	<b>19,23</b>	11
2012	2.326	1.240	116	<b>9,35</b>	798	<b>64,35</b>	309	<b>24,92</b>	17
2013	2.143	1.136	55	<b>4,84</b>	746	<b>65,67</b>	330	<b>29,05</b>	6

A modo de conclusión, la LAIRF establece una preferencia por la GCC por entender que es el modelo de guarda más favorable para el interés del menor, siempre que así resulte acreditado en función de factores debidamente ponderados, de modo que dicha guarda no goza de automatismo en su adopción.

## 5.2.2.- Cataluña

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (que vengo denominando, de forma abreviada, CCCat.), en su EM, destaca corresponsabilidad y coparentalidad del siguiente modo: *“la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades paternas<sup>420</sup> compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores...”*.

---

Aragón, Zaragoza, 2011. Página 155: “las razones y pruebas en que se base el Juez para justificar la custodia individual habrán de ser tanto más poderosas cuanto más deba hacer frente no solo a la preferencia legal, sino a la solicitud [de custodia compartida] de uno de los progenitores, o de ambos”.

<sup>418</sup> Datos de INE. <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/&file=inebase>

<sup>419</sup> Muy interesante resulta el trabajo de José Antonio Serrano García (Profesor titular de Derecho civil): “La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia”, en *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2012. El Justicia de Aragón, Páginas 181 y ss., donde realiza un recorrido por la aplicación de la ley por los tribunales aragoneses durante los dos primeros años de vigencia de aquella, poniendo de manifiesto cuál ha sido durante dicho periodo la interpretación judicial de la preferencia legal por la GCC.

<sup>420</sup> La legislación catalana emplea las expresiones “*funciones parentales*” o “*responsabilidad parental*”, de modo que las primeras tienen carácter compartido y debe ejercitarse conjuntamente (art. 236-17 del CCCat.) y la segunda es entendida como deberes que forman parte de la potestad (art. 233-8 CCCat.), como el cuidado de los hijos. El art. 233.9 del CCCat. expone en sus apartados g) y h) cómo deben tomarse las decisiones y compartirse la información, referente para el art. 90 C.c. del ALECP.

A las “*funciones parentales*” hace mención la SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 27 de febrero de 2014 (JUR 2014, 84872), FALLO: “(autos nº 133/2011), sobre medidas de guarda y custodia de menor, en el que ha sido parte demandada y apelada Don Remigio, debemos revocar parcialmente la misma en cuanto a la atribución de la guarda y custodia sobre el hijo común Balbino (nacido el NUM000.2009) en exclusiva

Poco después de la entrada en vigor de la LARIF, Cataluña aprueba su regulación, si bien no muestra preferencia alguna por la GCC ni por ningún otro determinado modelo de guarda.

La normativa, en cambio, sí se detiene en otorgar amplias facultades de autorregulación a los progenitores, cuyo plan parental, contemplado por el art. 233-9 del CCCat., es muy detallado, iguales en derechos y deberes, pretendiéndose eliminar la negativa espiral de partes enfrentadas por la batalla de los hijos y de vencedores y vencidos.

El texto intenta promover, bajo el prisma social y evolución de los modelos de familia, la colaboración de los progenitores en los aspectos afectivos, educativos y económicos del menor, si bien es la autoridad judicial quien decidirá conforme a las circunstancias de cada caso (arts. 233-8 y 234-8 del CCCat.).

El legislador catalán se propone, de forma prioritaria, el entendimiento parental o acuerdo entre los progenitores<sup>421</sup>, a quienes deja un amplio margen de maniobra para decidir sobre el ejercicio conjunto de la patria potestad, delegación o distribución de funciones (arts. 236-9.1 y 236-8.1 del CCCat.).

En base a ello, los progenitores deberán incorporar un plan parental más exhaustivo que el convenio regulador del C.c. (art. 233-9 del CCCat.), donde deben explicitarse, con todo detalle, los aspectos relativos a la guarda del menor, alimentos y el régimen de relaciones personales con la familia extensa (abuelos o hermanos mayores de edad, debiendo éstos consentir en su intervención conforme al contenido del art. 233-12 del CCCat.).

La introducción del plan parental<sup>422</sup> en la legislación catalana supone el compromiso, por escrito, de cada progenitor sobre el tiempo y el modo de ejercer sus responsabilidades, indicando todos los aspectos relativos a las tareas ordinarias de padres e hijos en la situación de ruptura de la convivencia, entre otras, domicilio del menor, tareas del menor, régimen de visitas, vacaciones, cargas, etc.

El objetivo es concretar (poner “negro sobre blanco” como tarea reflexiva y consensuada), por parte de ambos progenitores, cómo se desarrollará la vida del menor con o tras la

---

*al padre, que se deja sin efecto, estableciendo, en su lugar un sistema de custodia compartida basado en el ejercicio conjunto de las funciones parentales, que se regirá por las siguientes reglas, con carácter de mínimas y sin perjuicio de que, con criterios de flexibilidad y cooperación en beneficio del hijo, puedan concertar los progenitores... ”.*

<sup>421</sup> El Informe del CGPJ al ALECP destaca la aportación sobre el plan de parentalidad realizado por el CCCat. al mismo: “en este punto, el Anteproyecto ha tomado como referentes el denominado ‘plan de parentalidad’ regulado en el artículo 233.9 del libro Segundo del Código Civil de Cataluña”.

“... Básicamente, la redacción dada asume el contenido del artículo 233.9.2.g) del libro segundo del Código Civil de Cataluña (en adelante LSCCC), que prevé que el plan de parentalidad deberá recoger ‘la forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud, y el bienestar de los hijos’. Sería aconsejable que los padres no se limitaran a acordar la forma de compartir decisiones, sino que también pactaran el modo y forma de decidir sobre los aspectos enunciados en el precepto, pues así se facilitaría el ejercicio conjunto de la patria potestad, en una situación en la que los progenitores no conviven”.

<sup>422</sup> Quisiera destacar que la redacción propuesta para el art. 90.1 a) C.c. por el ALECP tiene grandes similitudes con el art. 233.9.2 del CCCat.

ruptura de la relación de convivencia, y permitir al juez el seguimiento de lo acordado y, en su caso, forzar el obligado cumplimiento de los compromisos adquiridos.

Resulta destacable que el legislador catalán no haya mostrado expresamente preferencia ni por la GCC ni por ningún modelo, entendiendo que la GC es deseable<sup>423</sup>, pero no debe ser preferente, de manera que ha de procurarse su implantación cuando resulte beneficiosa para el menor, si bien el beneficio no se presume y debe ser acreditado<sup>424</sup>, contrariamente a otros modelos autonómicos (Aragón, Valencia y País Vasco) de preferencia en abstracto.

Conforme a ello, el art. 233-10.2 del CCCat. dispone: *“la autoridad judicial, si no existe acuerdo o si éste no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo”*.

La **STSJC de 26 julio de 2012**<sup>425</sup>, señala, reiterando su propia doctrina, que *“en efecto, son diversas las resoluciones en las que nos hemos hecho eco de los indudables beneficios para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial que, frente a la custodia monoparental, tiene el sistema comúnmente conocido como custodia compartida, desde la primera en la abordamos específicamente el tema (STSJC 29/2008, a la que siguieron en la misma línea las SSTSJC 31/2008 y 24/2009).*

*No obstante, ya desde el principio dijimos que no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos, sin perjuicio de que ‘de lege ferenda’ pudiera construirse como una solución preferencial (STSJC 29/2008 FJ5), y más adelante tuvimos ocasión de precisar -siempre bajo la vigencia del CF- que el único criterio a tener en cuenta es el del interés del menor en cada caso, de manera que ni la custodia compartida puede ser considerada ‘una situación excepcional enfront de la custodia monoparental’ ni tampoco puede primar sobre ésta (SSTSJC 10/2010 FJ2, 44/2010 FJ3 y 27/2011 FJ8), o, como de forma más clara expusimos en nuestro ATSJ 131/2011 (FJ4) con cita de otros (ATSJC 3 oct. 2011 y 10 nov. 2011, a los que debe*

---

<sup>423</sup> De esta opinión, Carlos Villagrasa Alcaide (Profesor titular de Derecho civil): “La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades”, en *La custodia compartida a debate* (PICONTÓ NOVALES y ALMEDA SAMARANCH, coords.). Universidad Carlos III, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Dykinson. 2012. Páginas 86 y 88.

<sup>424</sup> Así lo pone de manifiesto la SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 2 de octubre de 2013 (JUR 2013, 354342) FD 3º: *“e) La ‘guarda compartida’ es deseable, ‘preferencial’, pero no es ‘preferente’, como es deseable que los hijos puedan crecer en un hogar común, pero precisamente porque con la crisis se rompen los vínculos que lo hacen posible, la jurisprudencia exige que la atribución de la “guarda” sea extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados, y aunque ha de procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas, el ‘beneficio’ no se presume y debe ser acreditado por quien la pretenda (como tampoco se presume el ‘beneficio’ de un sistema de ‘guarda exclusiva’), y los tribunales han de hacer una aplicación extremadamente cuidadosa, subordinada a la protección jurídica (y psicológica) de los menores”*.

<sup>425</sup> RJ 2012, 10031.

*añadirse ahora la del ATSJJC 22 dic. 2011 FJ3) para inadmitir sendos recursos de casación, "es incierto que en la situación legal que se contempla [la del CF] pueda establecerse una preferencia de la custodia compartida sobre la custodia monoparental por razón del interés del menor".*

Pese a no establecerse esta preferencia legal por la GCC, la media de atribuciones de GC en esta Comunidad autónoma era ya relevante antes de la publicación de la norma (del 13,13% en el año 2008), fruto de la concienciación social de la sociedad catalana, y aún más significativa con posterioridad (del 29,58% en el año 2013), la más alta del país (por tanto, supera a las de las CCAA que contemplan la GC como modelo preferente<sup>426</sup>), y muy por encima de la media nacional (del 18% en 2013)<sup>427</sup>.

CATALUÑA	Divorcios	Atribución GC	GC al Padre	%	GC a la Madre	%	GC a Ambos	%	Otros
2008	20.310	10.540	476	<b>4,52</b>	8.649	<b>82,06</b>	1.384	<b>13,13</b>	31
2009	18.105	9.533	574	<b>6,02</b>	7.573	<b>79,44</b>	1.333	<b>13,98</b>	53
2010	19.488	10.242	499	<b>4,87</b>	7.970	<b>77,82</b>	1.696	<b>16,56</b>	77
2011	18.531	9.775	526	<b>5,38</b>	7.142	<b>73,06</b>	2.014	<b>20,60</b>	93
2012	18.712	9.961	1.081	<b>10,85</b>	6.155	<b>61,79</b>	2.634	<b>26,44</b>	91
2013	17.565	9.179	708	<b>7,71</b>	5.729	<b>62,41</b>	2.715	<b>29,58</b>	28

Y ello, como reitero, pese a la neutralidad del Código Catalán, frente a la explícita preferencia legal por un determinado modelo de guarda realizada por otras regulaciones autonómicas. Lo único preferente o prioritario es el interés del menor<sup>428</sup>.

Por otro lado, en relación a los factores o criterios que han de tenerse en cuenta en el plan parental o bien por el Juez para adoptar y determinar la forma de ejercer la guarda, el art. 233-11 del CCCat. establece una relación de siete pautas o factores: opinión de los hijos

<sup>426</sup> Un 29,58 % de GCC en Cataluña, frente a los datos de Valencia 25,68% o Aragón del 29,05%.

<sup>427</sup> Datos de INE. <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/&file=inebase>

<sup>428</sup> Según Jorge Maza Domingo (Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 14 –Familia- de Barcelona): “Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya, relativo a la persona y a la familia”. *Boletín del Derecho de Familia*, 2011: “por otra parte, y por lo que respecta al carácter, compartido o no de las ‘responsabilidades’ de los progenitores, es harto sabido que el camino escogido nada tiene que ver con el régimen de custodia compartida establecido en el artículo 6 de la Ley de Custodia Compartida de Aragón), en el que claramente se dice que ‘el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente....’. En el Código Civil de Cataluña todo se dice de manera más difusa: en el artículo 233-8 CCCat se afirma que las responsabilidades parentales ‘mantienen un carácter compartido y, en la medida de lo posible, se han de ejercer conjuntamente’, añadiendo que “la autoridad judicial (en el momento de decidir sobre ellas) ha de atender de manera prioritaria al interés del menor”.

(233-11e); dedicación pasada a la familia (233-11d); aptitud y voluntad de los progenitores (233-11b); vinculación afectiva del menor (233-11<sup>a</sup>); actitud de cooperación<sup>429</sup> (233-11c); acuerdos previos en previsión de ruptura (233-11f); situación de los domicilios y actividades de los hijos (233-11g).

En relación a tales factores, destaco la nula referencia a criterios decisivos como el arraigo del menor, los informes, la actividad de los progenitores entendida como disponibilidad, y cualquier otra circunstancia que, en cada caso, pueda ser tenida en cuenta.

En el art. 233-11 apartado 2º del CCCat. se propone no separar a los hermanos, y en el apartado 3º se trata la VG, que será objeto de estudio en otro Capítulo.

### 5.2.3.- Navarra

La siguiente en el tiempo es la Ley 3/2011, de 17 de marzo, sobre “*custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres*” del Gobierno Foral de Navarra (como vengo denominando, LNRC).

Acerca de la competencia para legislar sobre la materia de la Comunidad Foral de Navarra, se pronunciaba, del siguiente modo, el Dictamen del Consejo de Navarra de 29 de junio de 2010: “*la proposición de Ley Foral sobre Custodia Compartida se refiere o afecta a uno de los aspectos del Derecho civil sobre los que ha existido en el pasado y*

---

<sup>429</sup> Acerca de dicho criterio legal se pronuncia la SAP de Girona (Sección 2ª) de 30 de enero de 2008 (JUR 2008, 138233), FD 6º: “*por último, y desde una perspectiva estrictamente normativa o jurídica, hay que resaltar que en la sentencia de primera instancia se baraja como argumento contrario a la concesión de la custodia compartida lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil. La aplicación de dicho precepto a un divorcio entre personas de vecindad civil catalana es como mínimo muy dudosa. A este respecto hay que recordar que el artículo 149.1.8 de la CE atribuye a algunas Comunidades Autónomas competencia legislativa en materia civil, con muy escasas excepciones, entre las que se encuentra en lo que aquí interesa, la competencia del Estado para regular las formas de matrimonio. Un simple estudio sistemático de la ubicación del precepto citado en la sentencia apelada dentro de la regulación que del matrimonio se contiene en el Código Civil, permite constatar que se halla incluido dentro del capítulo regulador de los efectos comunes a los casos de nulidad, separación o divorcio y no dentro del correspondiente a las formas del matrimonio. El CF de Catalunya, y bajo el mismo epígrafe, también regula dichos efectos. Si se atiende al sistema de fuentes del Derecho Civil catalán y a la interpretación e integración de sus normas, contenidas en los artículos 111 1 y 2 del Codi Civil de Catalunya, se aprecia que tan automática aplicación no deja de ser muy aventurada. Es decir, que en el CC se establezca en su artículo 92.7 que no es posible establecer la guarda y custodia compartida cuando uno de los padres esté incurso en un procedimiento de violencia de género, no parece que permita aplicarlo de forma automática a personas de vecindad civil catalana. Dicho lo anterior; y al margen que dicha previsión legal sea muy dudoso que pueda aplicarse directamente en Catalunya en tanto que no se modifique el derecho catalán introduciendo una disposición semejante; parece fuera de toda duda que entre las circunstancias que parece razonable y prudente que han de concurrir para establecer dicho sistema de guarda compartida, se encuentra la existencia de una mínima buena relación entre los dos progenitores, ya que los efectos y derivaciones de este sistema entrañan una clara predisposición a la colaboración mutua en interés de los hijos. En el presente caso la existencia de un proceso penal abierto por violencia de género que enfrenta a ambos progenitores, pone de manifiesto que su relación personal es pésima, lo que queda corroborado por la totalidad de pruebas practicadas, lo que hace que sea inviable otorgar un régimen de guarda compartida, que con toda seguridad sería la raíz de nuevas divergencias, choques y problemas. Por todo lo expuesto, es procedente desestimar este primer motivo del recurso”.*

*sigue existiendo en la actualidad normativa propia de Navarra. Dentro del libro I (“De las personas y de la familia”) de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, se contienen una serie de títulos y leyes que desarrollan la materia que constituye el objeto de la mencionada proposición de Ley Foral. No sólo se regulan las relaciones económicas o régimen de bienes en el matrimonio, sino que se contemplan también las relaciones personales de los padres con los hijos, dentro del título V que tiene como rúbrica ‘De la patria potestad y de la filiación’”<sup>430</sup>. Y termina por concluir que la Comunidad navarra es competente para legislar<sup>431</sup>.*

La LNRC constaba, inicialmente, de diez artículos<sup>432</sup>. Ahora, en cambio, sólo de tres: el primero, sobre el objeto y finalidad de la Ley, el segundo, sobre la mediación familiar y el tercero, sobre la guarda y custodia de los hijos (además de una Disposición adicional,

---

<sup>430</sup> Folio 8.

<sup>431</sup> “El Consejo de Navarra considera que la Comunidad Foral de Navarra es competente para legislar sobre la materia que aborda la proposición de Ley Foral sobre custodia compartida (7-10/PRO-00014), presentada por la A.P.F. de Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua”.

<http://www.cfnavarra.es/consejonavarra/pdf.asp?id=615>

<sup>432</sup> Siguiendo a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga: “La guarda y custodia compartida alterna en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentarios a la Sentencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013”, en *Economist & Jurist*, 26 de junio 2013: “por el contrario en Navarra, si bien inicialmente todo parecía indicar que se mantendría esta misma línea preferencial, incluida en la Proposición de Ley Foral de Izquierda Unida, sobre custodia compartida, sin embargo, en la tramitación parlamentaria se produjo un cambio en el espíritu de la Ley, y UPN y PSN modificaron su contenido y suprimieron del texto su principal novedad que establecía que ‘el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores’ y se sustituyó por el de que ‘el juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores’. En definitiva, en la Ley Foral de Navarra 3/2011 de 17 de mayo sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, se aprobó que la custodia compartida (alterna) no debe prevalecer sobre la individual, sino que ambos regímenes deben quedar a pie de igualdad”.

<http://www.Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga.net/articulos/134-la-guarda-y-custodia-compartida-alterna-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo-comentarios-a-la-sentencia-de-la-sala-1-del-tribunal-supremo-de-29-de-abril-de-2013>

A la inicial propuesta preferente de GCC en interés de los hijos menores alude, asimismo, el Dictamen del Consejo de Navarra de 29 de junio de 2010: “en el capítulo IV se establecen las medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares, con una ligera desviación respecto de la Ley 2/2010, de 26 mayo, de las Cortes de Aragón, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, pues se ha alterado el orden de los artículos 5 y 6, circunstancia que ha dado lugar a un error en la referencia contenida en el artículo 4.5 de la proposición. Así, el artículo 5 contempla la guarda y custodia de los hijos, que los padres pueden solicitar como individual o compartida. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, otros factores como la edad, arraigo social y opinión de los hijos; y la aptitud y posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. Se establecen, asimismo, otras normas de procedimiento y sobre criterios que informarán la decisión judicial”.

<http://www.cfnavarra.es/consejonavarra/pdf.asp?id=615>

otra derogatoria y tres Disposiciones finales, sin contener ninguna Disposición transitoria, a diferencia de la normativa valenciana<sup>433</sup>).

La LNCRC no establece que la GC sea preferente o prioritaria, de modo que continúa confiando, a la apreciación del juez, la elección de la modalidad (compartida o individual) más conveniente para el interés de los hijos.

Puede afirmarse que es la normativa autonómica de menor extensión y menos avanzada en cuanto a su contenido<sup>434</sup>.

En la EM, se opta por un sistema neutral, criticándose, de forma nítida, la GC como modelo excepcional, sobre todo, al resultar condicionada al informe favorable del MF, como estaba previsto en el C.c. En coherencia con ello, el art. 3.2 de la LNRC prescinde del citado requisito: “oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos”, conforme

---

<sup>433</sup> Al respecto se pronuncia la STSJ (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 23 de octubre de 2012 (RJ 2012, 11174), FD 7º: “como acaba de decirse la Ley Foral 3/2011 no contiene ninguna disposición transitoria que autorice su aplicación a conflictos planteados en procesos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor. Tampoco la contienen la Ley 2/2010, de 26 mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, de la Comunidad de Aragón, ni la Ley 25/2010, de 29 julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que aborda también esta cuestión (artículo 233-9 a 11).

*La Ley 5/2011, de 1 abril (LCV 2011, 156), de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunidad Valenciana, sí incluye una disposición transitoria (la 2ª) que autoriza su aplicación a los procedimientos judiciales en materia de nulidad, separación, divorcio y medidas paterno o materno-filiales pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor; pero incluso esta disposición ha sido interpretada en el sentido de entenderla limitada a los procedimientos " pendientes de sentencia en primera instancia en el momento de su entrada en vigor " (s. 24 enero 2012 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana).*

*Resulta significativo que la Ley 15/2005, de 8 julio, de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio (que entre otras importantes modificaciones introdujo la nueva regulación del artículo 92 sobre la custodia individual y compartida), pese a declarar en su disposición transitoria única aplicables algunas de sus novedades normativas (las referidas a las causas de separación y divorcio y al plazo para interponer la acción) a procesos pendientes de sentencia, no incluía entre ellas las relativas a la custodia compartida.*

*Como se ha apuntado más arriba (FD 4º.3.A) la Ley Foral 3/2011 no contiene tampoco una disposición, como la introducida en la Ley 2/2010, de 26 mayo, de la Comunidad de Aragón (disp. transit. 1ª) -hoy en el Código de Derecho Foral de Aragón (disp. transit. 6ª)- y en la Ley 5/2011, de 1 abril, de la Comunidad Valenciana (disp. transit. 1ª), que autorice la revisión a su amparo de medidas judiciales firmes adoptadas según la normativa anterior, por lo que la sola entrada en vigor de esa Ley Foral no constituye en Derecho navarro una circunstancia nueva que permita revisar las ya establecidas en resolución judicial firme conforme a la legalidad precedente. Pero, de haber contenido la Ley Foral una previsión semejante a aquélla, lo que su existencia por sí sola -y salvo disposición expresa en tal sentido- no permitiría es la aplicación de la nueva normativa a un proceso pendiente de resolución en segunda instancia cuando entró en vigor, que constituiría a la Sala de apelación en juzgadora de primer grado respecto a la interpretación y aplicación de una norma que, ni en la sentencia recurrida, ni en el debate procesal que precedió a su dictado, pudo ser siquiera contemplada”.*

<sup>434</sup> Según el Informe del Consejo Fiscal al ALECP “la opción del Anteproyecto se acerca al modelo navarro, menos radical que el aragonés y valenciano”.

a los factores del citado precepto cuya consideración permitirá formar el criterio judicial contenidos en el art. 3.3.

Recuérdese que la exigencia de dicho informe favorable había motivado, precisamente, el planteamiento de la cuestión inconstitucionalidad por la Sección 2ª de la AP de Navarra en relación con el art. 92.8 del C.c., por posible contradicción con los arts. 9.3, 14, 18, 24, 39 y 117.3 CE., la cual quedó resuelta tras la anterior cuestión planteada por la AP de Las Palmas de Gran Canaria.

La LNRC establece, al igual que las restantes regulaciones autonómicas, dos principios básicos: el interés superior de los hijos<sup>435</sup> (art. 3.3) y la igualdad de los progenitores (art. 3.4).

En el ámbito subjetivo, la GCC no puede acordarse de oficio, ya que la norma recoge la necesidad de que, al menos, uno de los padres la solicite ante el Juez (art. 3.1).

El art. 3.3º dispone que el Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el criterio prevalente<sup>436</sup>, que es el del interés del menor, teniendo en cuenta la

---

<sup>435</sup> El ISM “relaja” los principios dispositivo y rogatorio, así como el de congruencia, los cuales no rigen en los “procesos especiales de menores” con la plenitud y el rigor exigibles en los procesos ordinarios en que se ventilan derechos disponibles. Al respecto, el art. 216 de la LEC exceptúa de su aplicación los “casos especiales” en que la ley disponga otra cosa.

Al respecto, *vid.* STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 23 de octubre de 2012 (RJ 2012, 11174), FD 4º: “y, en efecto, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni la renuncia, el allanamiento o la transacción (artículo 751.1), ni el acuerdo de los cónyuges o progenitores litigantes sobre las medidas relativas a la guarda y custodia de sus hijos menores (arts. 770.6ª, 773.1, in fine, 774.4, 775.2 y 777.7), tienen para los tribunales la eficacia vinculante que para los procesos de objeto disponible se derivaría de los principios dispositivo, rogatorio y de congruencia. Tampoco rige en aquellos procesos especiales con igual intensidad que en los ordinarios el principio de aportación de parte, ni en lo relativo a la incorporación del componente fáctico, ni en lo concerniente a su verificación o comprobación, en cuanto el tribunal ha de resolver ateniéndose a los hechos probados con independencia de la manera y el momento en que hayan sido introducidos en el proceso (artículo 752.1), y la conformidad sobre los hechos o la tácita admisión de los alegados de adverso no son vinculantes para el tribunal (artículo 752.2), que puede valorar con libertad todas las pruebas practicadas sobre ellos sin sujeción a regla de tasa (artículo 752.2, in fine) e incluso acordar de oficio las que estime necesarias sobre los hechos relevantes para la adopción de las medidas afectantes a los hijos menores (arts. 770.4ª, 771.3, 774.2, 775.2 y 777.4)”.

<sup>436</sup> Tales criterios deben ser tenidos en cuenta para determinar la procedencia de adoptar un sistema de GCC o no, debiendo ser la prueba practicada la que evidencie que las circunstancias son favorables para que los progenitores ejerzan la GCC, como señala la SJPI núm. 8 de Pamplona (Provincia de Navarra) de 15 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 267663), FD 1º: “la discrepancia entre los padres, viene determinada porque mientras que el Sr. ... solicita que se establezca una guarda compartida, la Sra. ... solicita la atribución de esa guarda a su favor, con la fijación de un régimen de visitas a favor del progenitor.

*El art 3 de la Ley Navarra de Custodia Compartida ya establece los criterios a tener en cuenta para determinar la procedencia de adoptar un sistema de custodia compartida o no. Y el criterio prevalente, como se encarga de recordarnos el Tribunal Supremo en recientes Sentencias, como la de 25 y 29 de noviembre de 2013, siempre es el del interés de los menores. Resulta relevante atender a la motivación de los padres, la aptitud para ejercer la misma, la actitud en cuanto a la voluntad de superar la conflictividad entre ellos de la relación con sus hijos, la vinculación de estos y la capacidad de asumir un reparto temporal equitativo en el contexto de lo que han vivido, a su edad o a su propia facilidad de adaptación u organización. Resulta relevante también atender a criterios objetivos existentes relacionados con horarios laborales que permitan compatibilizar la organización familiar que requiere el sistema del que hablamos, la existencia de criterios similares sobre valores, formación, estilo educativo, ubicación de los domicilios para evitar riesgos de desarraigo social y escolar o apoyos.*



solicitud que haya presentado cada uno de los padres y la valoración de los ocho siguientes factores: edad de los hijos (art. 3.3a); opinión de los hijos (art. 3.3d); arraigo del menor (art. 3.3c); conciliación de la vida laboral (art. 3.3f); aptitud y voluntad de los progenitores (art. 3.3e); actitud de cooperación (art. 3.3b); acuerdos previos en previsión de ruptura (art. 3.3g); y otras circunstancias (art. 3.3h).

En relación a tales factores o pautas que permitan al juez fundamentar su decisión, destaco la ausencia de algunos decisivos como los informes o la actividad de los progenitores entendida como disponibilidad.

Por último, la LNRC, en su art 3.7º propone no separar a los hermanos y en el apartado 8º del mismo precepto se ocupa de la VG, que, como ya he anunciado en varias ocasiones, será tratada más adelante.

Pese a contar con una normativa propia, debo subrayar la escasa relevancia de la GCC en esta Comunidad (15,85% en el año 2013). Es más, la regulación parece haber aportado una regresión a la GCC a niveles numéricos, a la vista de los porcentajes iniciales en dicho territorio (21,66% en el año 2008<sup>437</sup>).

NAVARRA	Divorcios	Atribución GC	GC al Padre	%	GC a la Madre	%	GC a Ambos	%	Otros
2008	1.220	591	28	<b>4,74</b>	431	<b>72,93</b>	128	<b>21,66</b>	4
2009	1.071	557	25	<b>4,49</b>	459	<b>82,41</b>	72	<b>12,93</b>	1
2010	1.164	629	36	<b>5,72</b>	468	<b>74,40</b>	117	<b>18,60</b>	8
2011	1.134	579	43	<b>7,43</b>	475	<b>82,04</b>	60	<b>10,36</b>	1
2012	1.183	588	74	<b>12,59</b>	440	<b>74,83</b>	73	<b>12,41</b>	1
2013	1.048	511	19	<b>3,72</b>	410	<b>80,23</b>	81	<b>15,85</b>	1

Tales datos son aún más sorprendentes si los ponemos en comparación con los de otros territorios de Derecho civil común, que tienen, incluso, porcentajes superiores, como la Comunidad de Madrid (16,51% en el año 2013), si bien los de otras, como la de Andalucía, son considerablemente inferiores (9,25 % en el año 2013).

---

*La prueba practicada, evidencia que las circunstancias en que se encuentran la actora y el demandado, con arreglo al artículo 3 de la Ley Foral, son favorables para que ambos, que ya vienen ejerciendo de facto una guarda compartida, en tanto que conviven con su hijo por semanas alternas, continúen ejerciéndola. Del interrogatorio de ambos se desprende, que desde que el pequeño era un bebé, ambos padres, así como sus familias, se han ocupado del menor. Este apoyo además, era necesario en ambos casos. Por el lado de la Sra. ..., a través de su madre sobre todo, porque enseguida se incorporó a su trabajo en turno de noche para luego modificar el puesto y desempeñarlo en tres turnos (mañana, tarde y noche). Y por el lado del Sr. ..., tiene que serlo a través de su madre y hermana, porque trabaja a turno partido (Folio 39)''.*

<sup>437</sup> Datos del INE. <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/&file=inebase>.

MADRID	Divorcios	Atribución GC	GC al Padre	%	GC a la Madre	%	GC a Ambos		Otros
2008	15.045	7.824	330	<b>4,22</b>	6.803	<b>86,95</b>	668	<b>8,54</b>	23
2009	13.410	6.679	419	<b>6,27</b>	5.534	<b>82,86</b>	687	<b>10,29</b>	39
2010	14.412	7.335	447	<b>6,09</b>	5.954	<b>81,17</b>	895	<b>12,20</b>	39
2011	14.501	7.403	344	<b>4,65</b>	6.135	<b>82,87</b>	874	<b>11,81</b>	50
2012	14.510	7.402	673	<b>9,09</b>	5.769	<b>77,94</b>	938	<b>12,67</b>	22
2013	13.198	6.640	356	<b>5,36</b>	5.175	<b>77,94</b>	1.096	<b>16,51</b>	13

ANDALUCIA	Divorcios	Atribución GC	GC al Padre	%	GC a la Madre	%	GC a Ambos	%	Otros
2008	19.773	11.682	388	<b>3,32</b>	10.077	<b>86,26</b>	1.199	<b>10,26</b>	18
2009	17.475	10.129	441	<b>4,35</b>	8.733	<b>86,22</b>	864	<b>8,53</b>	91
2010	18.338	10.307	529	<b>5,13</b>	9.060	<b>87,90</b>	673	<b>6,53</b>	45
2011	18.210	10.407	465	<b>4,47</b>	9.131	<b>87,74</b>	761	<b>7,31</b>	50
2012	19.044	10.815	921	<b>8,52</b>	9.081	<b>83,97</b>	756	<b>6,99</b>	57
2013	16.408	9.247	408	<b>4,41</b>	7.888	<b>85,30</b>	920	<b>9,95</b>	31

#### 5.2.4.- Valencia

La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana lleva por título “*las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*” (como la vengo denominando, abreviadamente, LVRF).

La ley valenciana de “guarda compartida” (así se la conoce coloquialmente, aunque su denominación no contenga dicha expresión) consta de un preámbulo; siete artículos; una

Disposición adicional; dos Disposiciones transitorias<sup>438</sup>; una Disposición derogatoria y tres Disposiciones finales<sup>439</sup>.

Como ya tuve ocasión de apuntar, la competencia legislativa en la materia de las CCAA de Aragón Cataluña y Navarra resulta, de forma pacífica, incuestionable. Más dudosa, en cambio, lo es en el caso valenciano.

De este modo, se interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la LVRF, promovido por el Presidente del Gobierno, el cual fue admitido a trámite por el TC por Providencia de 19 de julio de 2011, por la que se acordaba la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso: *“el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 19 de julio actual, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 3859-2011, promovido por el Presidente del Gobierno, contra la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Y se hace constar que por el Presidente del Gobierno se ha invocado el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso –4 de julio de 2011–”*<sup>440</sup>.

La suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados fue alzada por Auto del Pleno de 22 de noviembre de 2011: *“el Pleno del Tribunal Constitucional, por Auto de 22 de noviembre actual en el recurso de inconstitucionalidad número 3859-2011, promovido por el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, ha acordado levantar la suspensión de la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven...”*, por entender que no se acreditaban perjuicios concretos derivados de la ley<sup>441</sup>.

La cuestión a resolver por el TC se centra, concretamente, en la interpretación que ha de realizarse sobre si, en relación a la literalidad del art. 149.1.8ª de la CE (*“Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*), la exigencia de *“existencia”* equivale a vigencia temporal y *“allí”* a la porción de territorio concreta.

Frente a las CCAA dotadas de Derecho civil foral o especial pre-constitucionales sobre las cuales no existen dudas (Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco), Javier Plaza Penadés<sup>442</sup> destaca las singularidades del caso valenciano: *“... a diferencia*

---

<sup>438</sup> Sobre los efectos retroactivos de la LVRF, vid. DT 1ª: *“se podrán revisar judicialmente las medidas adoptadas con arreglo a la legislación anterior cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal soliciten la aplicación de esta norma, respecto de casos concretos”* y DT 2ª: *“la ley será aplicable a los procedimientos que, al tiempo de su entrada en vigor, estén pendientes de dictar sentencia”*.

<sup>439</sup> La LVRF sólo regula relaciones o derechos de los progenitores, no atiende a otras cuestiones como la pensión compensatoria, cargas matrimoniales, liquidación de sociedad de gananciales, etc., sí reguladas, en cambio, por otras normativas autonómicas, debiendo estar para ellas a lo dispuesto en el C.c.

<sup>440</sup> [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-12864](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-12864).

<sup>441</sup> [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-19036](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-19036).

<sup>442</sup> Javier Plaza Penadés (Catedrático de Derecho Civil): *“El Derecho Civil, los Derechos Civiles forales o especiales y el Derecho Civil autonómico”*, 27 Noviembre 2012. Publicado en:

*de otros territorios de la corona de Aragón, tras su abolición no se produjo de manera oficial la devolución y recuperación del mismo. Por ello no participó en el movimiento compilador del Derecho foral de la postguerra en Zaragoza ni tuvo Compilación como tuvieron el resto de territorios con Derecho Civil foral o especial, y en esas circunstancias llegó a la Constitución Española de 1978 (que como hemos visto, concede competencias para regular sobre el Derecho civil propio 'allí donde exista').*

*Fruto de esa pretendida aclaración del contenido y alcance de la competencia de la Generalitat en materia de Derecho Civil Foral Valenciano, se ha aprobado la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, y la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. (Ley de custodia compartida), estando ambas pendientes de pronunciamiento sobre su adecuación a la Constitución, por ser objeto de recurso de inconstitucionalidad, siendo la cuestión más controvertida la relativa a si instituciones que no estaban vigentes a la entrada en vigor de la Constitución, bien porque no formaban parte de su Derecho foral ni tienen conexión clara con institución foral, como la custodia compartida, o bien porque formaron parte del Derecho foral abolido y que no se recuperó, como el régimen económico matrimonial, caben en la letra del 149.1, regla 8ª, de la Constitución”.*

Dicho esto, el Preámbulo de la Ley resalta su ámbito de aplicación en atención a la vecindad civil valenciana de los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores (el cual resulta explicitado en su art. 2): *“de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.4 del Estatut d’Autonomia de la Comunitat Valenciana y las disposiciones del título preliminar del Código Civil, la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana”.*

El legislador valenciano cita su antecedente inmediato, la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana, en cuyo art. 22 configuró el sistema de principios y valores que asume plenamente: *“1. Principio de coparentalidad: «Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de estos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses».*

*2. Derecho de cada menor a «crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos».*

*3. Derecho de cada menor, separado de un progenitor, «a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular».*

*4. Derecho de cada menor «a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados».*

*5. En la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social”.*

---

<http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/numero-12-segundo-semester-2012/item/194-el-derecho-civil-los-derechos-civiles-forales-o-especiales-y-el-derecho-civil-auton%C3%B3mico>.

El legislador valenciano opta por dedica un precepto, el art. 3, a las definiciones de los conceptos contemplados a lo largo de su articulado, aportación ésta que, como ya he tenido ocasión de poner de manifiesto, ha de ser valorada de forma muy positiva.

*“Artículo 3. Definiciones*

*A los efectos de lo previsto en esta ley, los siguientes conceptos quedan definidos como se indica:*

*a) Por régimen de convivencia compartida<sup>443</sup> 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<sup>444</sup> 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.*

*b) Por régimen de convivencia individual debe entenderse una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso.*

*c) Por régimen de relaciones debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar el contacto, las estancias, visitas y comunicaciones entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, cuando no exista convivencia.*

*d) Por pacto de convivencia familiar<sup>445</sup> debe entenderse el acuerdo, de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado entre ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en esta ley”.*

EL art. 5 de la LVRF es, sin duda, el más importante de la norma, al establecer la preferencia, como regla general, por la GCC, en su apartado 2º: *“como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”.*

El citado precepto refuerza lo expuesto en la EM, que hace constar, claramente, que, cuando no existe acuerdo de éstos, se considera *“la convivencia con los hijos e hijas*

---

<sup>443</sup> Repárese en la nueva expresión acuñada por la LVRF, *“convivencia compartida”*, frente a GCC y *“convivencia individual”* frente a guarda individual.

<sup>444</sup> El legislador valenciano, cuando define la GCC, no establece periodos de convivencia mínimos con cada progenitor, pues sólo atiende a un parámetro básico, que esta convivencia sea igualitaria entre ellos, la cual habrá de interpretarse como similar, pero no exactamente del 50%.

<sup>445</sup> El *“pacto de convivencia familiar”* es el equivalente al convenio regulador del C.c. o al *“plan parental”* del CCCat.

Me parece muy positiva la aportación de la LVRF al regular en este lugar, dedicado al pacto de convivencia, las relaciones del menor con su familia extensa.

*compartida por ambos progenitores como prevalente en caso de que sea la autoridad judicial la que deba fijar las condiciones de dicho régimen”.*

EL art. 5.4 de la LVRF establece, por su parte, la regla excepcional: *“la autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan”.*

De este modo, el régimen de GC no se adopta de forma automática, sino teniendo en cuenta el elenco de factores enumerados en el art. 5.3º de la LVRF<sup>446</sup>: edad de los hijos (art. 5.3a); opinión de los hijos (art. 5.3b) dedicación pasada a la familia (art. 5.3c); informes (art. 5.3d y 5.4); arraigo del menor (art. 5.3e); conciliación de la vida laboral (art. 5.3f); disponibilidad de los progenitores (art. 5.3g) y otras circunstancias (art. 5.3h).

En relación a tales factores, destaco la ausencia de algunos importante como la aptitud y voluntad de los progenitores, así como la cooperación de éstos.

A modo de conclusión, la LVRF intenta establecer (casi imponer) la GCC, siempre que sea solicitada por uno o ambos cónyuges.

En el art. 5.5º. de la LVRF se contempla un control periódico, el cual, por otro lado, resulta aplicable a cualquier circunstancia nueva que pueda redundar en la vida del menor

---

<sup>446</sup> En este sentido, resulta de interés la SAP de Alicante (Sección 6ª) de 10 de abril de 2013 (JUR 2013, 258080), FD 2º: *“el Tribunal Supremo, en la interpretación del artículo 92 del Código Civil ha manifestado, siendo de ver la sentencia de 7 de noviembre de 2011, que el establecimiento del sistema de custodia compartida debe estar fundado en el interés de los menores que van a quedar afectados por la citada medida, que se acordará cuando concurran algunos de los criterios señalados en el precepto, y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. Y dice la sentencia de 11 de marzo de 2010: la guarda y custodia no consiste en un premio o un castigo al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos antes ya señalados (por las circunstancias del artículo 92), que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de fijar el interés del menor.*

*Por su parte, la Ley Valenciana, en el artículo 5 indica que a falta de pacto entre las partes, la autoridad judicial, como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos. Pero antes deberá tener en cuenta los siguientes factores: a) La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores. b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años. c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor. d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores. f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores. g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad. h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos. Finalmente, la autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan”.*

conforme a las previsiones del C.c. y la LEC-2000 en lo relativo al proceso sobre modificación de medidas.

En la Ley valenciana no se hace referencia a la separación de hermanos y en su art. 5.6º se trata la VG, que será abordada en su momento.

Sin lugar a dudas, no puede cuestionarse la repercusión numérica que la LVRF ha tenido en el otorgamiento de GCC en dicha Comunidad, pasando de un 9,55% en el año 2008 al 25,68 % en el año 2013, según datos del INE<sup>447</sup>:

VALENCIA	Divorcios	Atribución GC	GC al Padre	%	GC a la Madre	%	GC a Ambos	%	Otros
2008	13.608	7.321	323	<b>4,41</b>	6.285	<b>85,85</b>	699	<b>9,55</b>	14
2009	11.725	6.260	330	<b>5,27</b>	5.317	<b>84,94</b>	582	<b>9,30</b>	31
2010	12.087	6.491	344	<b>5,30</b>	5.525	<b>85,12</b>	588	<b>9,06</b>	34
2011	12.933	6.930	386	<b>5,57</b>	5.540	<b>79,94</b>	949	<b>13,69</b>	55
2012	12.057	6.464	572	<b>8,85</b>	4.646	<b>71,88</b>	1.219	<b>18,86</b>	27
2013	11.376	6.333	295	<b>4,66</b>	4.393	<b>69,37</b>	1.626	<b>25,68</b>	18

### 5.2.5.- País Vasco

De forma casi paralela el Parlamento Vasco ha publicado la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (como vengo denominando, LPVRF)<sup>448</sup>.

En la EM de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco se dice: “*como ocurre con otras peculiaridades del País Vasco, que mantienen como fondo esencial el Derecho castellano y europeo, el texto debe ser interpretado junto al Código Civil español pues no pretende agotar todo el contenido de las viejas instituciones civiles que en buena parte se mantienen vivas en la forma en que las regula el Código Civil, el cual tiene un carácter de Derecho supletorio salvo en aquellos extremos, como la troncalidad, que son instituciones exclusivas de Bizkaia, Llodio y Aramaio.*

*El Derecho civil vasco es un Derecho europeo y está inserto, en el mismo ámbito cultural del Derecho europeo occidental en el que, desde la Edad Media, se recibió ampliamente*

<sup>447</sup> <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/&file=inebase>.

<sup>448</sup> La norma es resultado de una larga tramitación parlamentaria a iniciativa popular, presentada el 12 de abril del año 2011 acompañada de 85.000 firmas, según consta en la EM, lo que revela la amplia preocupación o presión social sobre la guarda de los hijos y, en concreto, sobre la GCC.

*el Derecho romano sobre las raíces del Derecho autóctono, sin perjuicio de que éste contiene instituciones a las que no es aplicable el Derecho romano. En consecuencia, el Derecho castellano, muy inspirado en el Derecho romano, colmaba las lagunas del derecho propio de forma compatible con las importantes precisiones del Derecho vasco que alteran el derecho común, y que esta ley pretende conservar y desarrollar”.*

La LPVRF de guarda conjunta<sup>449</sup>, aunque su denominación no contemple dicha expresión, consta de un Preámbulo; 13 artículos; una Disposición transitoria<sup>450</sup>; y una Disposición final.

El Preámbulo resalta el principio de corresponsabilidad parental y enuncia el derecho a la GCC: *“derecho de las personas menores de edad a la custodia compartida. Derecho de las y los menores de edad a crecer y vivir con ambos progenitores tras la ruptura de la pareja, en un sistema de convivencia de custodia compartida lo más igualitaria posible, siempre que cualquiera de sus progenitores lo solicite y no sea contrario al interés del menor”*, así como el *“derecho de la persona menor de edad a relacionarse de forma regular con el progenitor no custodio y con las familias extensas de ambos”*.

Se reconoce también la igualdad entre hombre y mujeres: *“igualdad entre hombres y mujeres. Que promueve que las relaciones entre hombres y mujeres en función de sus hijos e hijas, durante y después de la ruptura de pareja, se basen en el diálogo, el respeto y la igualdad”*.

Siguiendo la técnica normativa usada mayoritariamente, el legislador vasco opta por no incluir en el texto las definiciones de los conceptos contemplados en su articulado.

El art. 1 de la LPVRF se ocupa de su objeto y de la finalidad de garantizar la relación continuada paterno-filial configurada como un derecho-deber:

*“La presente ley tiene por objeto regular las relaciones familiares derivadas de los procedimientos siguientes:*

- a) Los de nulidad, separación o divorcio y extinción de las parejas de hecho.*
- b) Los de modificación de medidas adoptadas en ellos.*
- c) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de las hijas e hijos menores.*
- d) Los que versen sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de las hijas e hijos comunes.*

---

<sup>449</sup> Como ya he tenido oportunidad la competencia legislativa en la materia de la Comunidad del País Vasco es incuestionable. Vid. Jacinto Gil Rodríguez (Catedrático de Derecho Civil): “Por fin, hacia un derecho civil vasco”. <http://www.ehu.eus/es/web/derechocivil/mintegiak>

<sup>450</sup> Sobre los efectos retroactivos de la LPVRF, se contempla que si uno de los progenitores lo solicita a través del proceso de modificación de medidas: *“las normas de esta ley serán de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a su entrada en vigor, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal lo soliciten y el juez estime que se dan las circunstancias recogidas en ella”*.



*Igualmente, esta ley tiene por objeto garantizar, salvo circunstancias excepcionales, las relaciones continuadas de los progenitores con sus hijos e hijas y de estos con sus hermanos o hermanas, abuelos y otros parientes y personas allegadas”.*

El art. 2 se dedica al criterio de la vecindad civil, conforme a lo dispuesto por los arts. 10 y 11 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco:

*“1. La presente ley será de aplicación en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi siempre que, conforme a lo previsto en la legislación civil que resulte de aplicación, el progenitor o progenitores que tengan la autoridad parental sobre sus hijos o hijas ostentan la vecindad civil vasca.*

*2. Si uno de ellos ostenta la vecindad civil vasca y el otro no, se estará a la vecindad civil vasca, si es la elegida por ambos progenitores en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio o constitución de la pareja de hecho.*

*3. En su defecto, se estará a la del lugar de la residencia habitual común del matrimonio en el momento de presentación de la demanda o, en el caso de las parejas de hecho, de la residencia inmediatamente anterior a la disolución de la pareja de hecho, si se hallan situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi”.*

La LPVRF, en su art. 8.1º, establece la patria potestad compartida como regla general: *“la patria potestad se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio y en interés de los hijos e hijas”.*

Y en su art. 8.2º establece la excepción a la regla general y la posibilidad de acordar, por sentencia, la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello: *“2. Excepcionalmente, el juez podrá decidir en beneficio de los hijos e hijas que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los progenitores. Asimismo, el juez podrá acordar en sentencia la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello”.*

En su art. 9.3º establece la preferencia por la GCC<sup>451</sup>: *“el juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de las y los menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias”.*

La opción a la GCC no puede ser obstaculizada por la oposición de un progenitor o de sus malas relaciones, como dispone, explícitamente, el art. 9.2º LPVRF: *“la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor”.*

De esta forma, parece invertir, de algún modo, la valoración de los criterios, o la excepcionalidad del régimen de GCC a falta de acuerdo de las partes en los términos del apartado 8º del art. 92 del C.c., pero sin ser automático visto, el elenco de factores enumerados en el art. 9.3º de la LPRF, a saber: práctica anterior, actitudes y vinculación

---

<sup>451</sup> Esta preferencia por la GCC se deduce, con claridad, de su ubicación sistemática, al regular la guarda exclusiva en el art. 9.6 de la LPVRF, al final del articulado, y la GCC en el art. 9.3 de la LPVRF.

afectiva (art. 9.3a); número de hijos e hijas (art. 9.3b); edad de los hijos e hijas (art. 9.3c); opinión expresadas por los hijos e hijas (art. 9.3d); cumplimiento de su deberes y respeto mutuo (art. 9.3e); resultado de informes (art. 9.3f y 9.4); arraigo social, escolar, y familiar de los hijos e hijas (art. 9.3g); posibilidad de conciliación de la vida laboral y familiar, actitud o voluntad de implicación (art. 9.3h); la ubicación de residencias (art. 9.3i); otras circunstancias (art. 9.3j).

En relación a los factores que han de ser tenidos en cuenta, quisiera resaltar la inclusión de todos los previstos por las diferentes regulaciones.

A modo de conclusión, la LPVRF intenta establecer, de forma general, la GCC, siempre que sea solicitada por uno o ambos cónyuges, conforme al contenido vigente por el C.c. y contrario a la propuesta del ALECP.

Se hace referencia, en sede del convenio regulador de mutuo acuerdo, a un control del incumplimiento de los deberes propios del ejercicio conjunto de la patria potestad (art. 5.6º.d de la LPVRF), si bien dicha previsión debería haberse ampliado a la guarda.

En lo relativo a los casos de VG, contemplados en los arts. 11.3 y siguientes de la LPVRF, serán objeto de estudio más adelante.

A modo de conclusión, la LPVRF intenta establecer una preferencia por la GCC, siempre que sea solicitada por uno o ambos cónyuges, porque entiende que es un derecho de la persona menor.

Partiéndose de la GCC, como regla general, por ser la más favorable para el interés del menor, en mi opinión, la LPVRF permite, como no podía ser de otra manera, atender a las circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración (conforme a la **STS de 13 de febrero de 2015**<sup>452</sup>), siendo éstos los elementos básicos para establecer la modalidad de guarda, excluyéndose, por tanto, todo automatismo en su adopción.

Si acudimos a los datos numéricos en relación a la GCC en esta Comunidad, nos encontramos un 7,12% en el año 2008 y un 17,43% en el 2013, según datos del INE<sup>453</sup>, pero, evidentemente, habrá que esperar para ver cómo incide la nueva regulación en la realidad social vasca:

PAIS VASCO	Divorcios	Atribución GC	GC al Padre	%	GC a la Madre	%	GC a Ambos	%	Otros
2008	4.222	2.080	97	4,663	1830	87,981	148	7,12	5
2009	3.894	1.951	119	6,099	1688	86,52	133	6,82	11
2010	3.962	2.040	134	6,569	1714	84,02	174	8,53	18
2011	4.113	2.132	148	6,942	1716	80,488	250	11,73	18

<sup>452</sup> Roj. STS 253/2015.

<sup>453</sup> <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/&file=inebase>.

2012	3.851	1.954	101	5,169	1573	80,502	273	13,97	7
2013	3.553	1.876	91	4,851	1454	77,505	327	17,43	6

### 5.3.- CONCLUSIONES

En primer lugar, no comparto, como de manera reiterativa ya he expuesto, la solución actual de aquellas regulaciones autonómicas que han optado por dar preferencia a la GCC, en concreto, la LAIRF “*de forma preferente*” y la LVRF “*regla general*”, y de forma más moderada la LPVRF “*el Juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida, siempre que no se perjudicial*”.

A mi entender, el legislador debe promover la igualdad entre las distintas modalidades de guarda, atendiendo a aquella más adecuada a las concretas necesidades de cada menor, debiendo valorarse de forma individualizada, sin que apriorísticamente puede sustentarse la preferencia por un modelo u otro.

Las diferentes regulaciones autonómicas que han sido objeto de estudio en el presente Capítulo pretenden la implantación de pautas legales propias (y su consiguiente interpretación jurisprudencial propia), lo que resulta un obstáculo para la determinación, de manera uniforme, del ISM (con independencia de cuál sea la vecindad civil del menor) y para lograr la deseada unificación de criterios en materia de GCC disensual en todo el territorio español a través de la doctrina jurisprudencial del TS (en virtud de sus funciones nomofiláticas y uniformadoras).

En esta materia, se ha abierto un “abanico legal” intraterritorial de posibilidades para los progenitores y sus hijos en función de su vecindad civil, el cual puede, incluso, propiciar cierta huida o adscripción a un territorio u otro en función de su preferencia legal por la GCC.

Si lo que pretenden algunos legisladores autonómicos es lograr una equiparación cuantitativa entre el modelo más frecuente (la guarda individual) y el modelo minoritario (la GCC), ha de señalarse que dicha equiparación numérica no ha sido alcanzada en estos años, como puede comprobarse de los datos estadísticos analizados (un máximo del 29% en el mejor de los casos y una media nacional del 18%), lo que dista mucho de las ansiadas cifras anheladas por aquéllos.

En mi opinión, la norma debe permitir, en igualdad, instaurar el modelo más conveniente al menor, dotando a los operadores jurídicos de las herramientas necesarias para averiguar el ISM, sin establecerse ninguna preferencia legal que obligue a distinguir entre menores de primera o de segunda.

Esta finalidad equiparadora entre los distintos modelos de guarda de los hijos, aunque muy loable, pierde, en mi opinión, la perspectiva primordial de toda regulación en esta materia, el respeto a cada familia y a cada menor. La regulación preferencial nos hace perder de vista el ISM del art. 2 de la LOPJM, recientemente modificado, cuya

determinación es exclusivamente casuística, sin que puedan existir reglas ni modelos valederos para todos los supuestos.

**CAPÍTULO VI**  
**CONCEPTO “FAVOR FILII”. CRITERIOS LEGALES Y**  
**JURISPRUDENCIALES PARA DETERMINAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL**  
**MENOR EN LOS SUPUESTOS DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA**

**6.1.- EL CONCEPTO “FAVOR FILII”**

**6.2.- LOS CRITERIOS PARA LA CONCRECIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA**

**6.2.1.- LA EDAD DEL HIJO**

6.3.1.- La edad no es un criterio para determinar la conveniencia o no de la guarda y custodia compartida

6.3.2.- La edad y los sistemas de guarda compartida por días, semanas, meses, trimestres, cuatrimestres o cursos escolares

**6.2.2.- LA OPINIÓN O DESEOS DEL MENOR. LA EXPLORACIÓN DEL MENOR**

**6.2.3.- LOS INFORMES TÉCNICOS**

**6.2.4.- LA DEDICACIÓN PASADA A LA FAMILIA O PRÁCTICA FAMILIAR**

**6.2.5.- EL ARRAIGO DEL MENOR**

**6.2.6.- LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL DE LOS PROGENITORES**

**6.2.7.- LAS APTITUDES Y VOLUNTAD DE LOS PROGENITORES**

**6.2.8.- LA VINCULACIÓN AFECTIVA DEL MENOR**

**6.2.9.- LA ACTITUD DE COOPERACIÓN DE LOS PROGENITORES**

**6.2.10.- LOS ACUERDOS PREVIOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA**

**6.2.11.- LA SITUACIÓN DE DOMICILIOS Y LAS ACTIVIDADES DE LOS HIJOS**

**6.2.12.- OTRAS CIRCUNSTANCIAS**

**6.3.- CONCLUSIONES**

## 6.1.- EL CONCEPTO “FAVOR FILII”

El “*favor filii*”, “*bonum filii*” o “*favor minoris*” (como ha sido denominado), es uno de los principios jurídicos informadores del Derecho de familia, siendo algunas de sus características o notas principales, junto a su indeterminación, la flexibilidad, la prevalencia y su regulación transversal y universal.

Como ya tuvimos ocasión de apuntar en las primeras páginas del presente trabajo, el ISM tiene un sentido sustantivo, interpretativo y procedimental<sup>454</sup>, destacándose el carácter dinámico del concepto al deber ser concretado en cada contexto<sup>455</sup>, dado que es varía de un menor a otro, y, en el mismo menor, de un momento a otro, debiendo ser respetado siempre.

---

<sup>454</sup> La EM de la reciente Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia define el ISM en los siguientes términos: “*este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.*”

*A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio”.*

La reciente STS de 20 de julio de 2015 (RJ 2015, 2786), FD 3º, también apunta a dicha triple dimensión: “*según la Observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en el ámbito de las Naciones Unidas el interés superior del niño tiene tres dimensiones...*”.

<sup>455</sup> “*El Comité de los Derechos del Niño (el Comité) ha determinado que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto.*”. [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf).

Como sabemos, ha sido regulada<sup>456</sup> en textos legales nacionales (estatales y autonómicos, en nuestro caso) e internacionales<sup>457</sup>, tanto en sentido positivo (en beneficio del menor) como negativo (evitar un daño o perjuicio al menor)<sup>458</sup>, siendo dicho interés determinante para la adopción de cualquier medida que afecte al menor, como recoge la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño<sup>459</sup> (en adelante, CDN) en su art. 3: *“todas las medidas que se adopten por todo tipo de instituciones y organismos públicos y privados concernientes a menores deberán atender al interés superior de éstos”*<sup>460</sup>.

---

<sup>456</sup> La Comisión número 3 del XII Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrada en La Habana, Cuba, del 22 a 27 de septiembre de 2002, recomendó a los Estados y a sus miembros en el PUNTO 2: *“Definir legalmente qué se considera como interés superior del menor”*. Como expone la página 252 de la *Revista de derecho de familia*. N° 18 enero 2003. Lex Nova. En este sentido se pronuncia la Profesora Silvia Tamayo Haya: *“El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”* en *Revista de Derecho de familia*. Núm. 41 octubre-diciembre 2008.

<sup>457</sup> STS de 20 de julio de 2015 (RJ 2015, 2786), FD 3º: *“Toda esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959) y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989).*

*En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales”.*

<sup>458</sup> En AAVV.: *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*. AEAJ. Dykinson. 2004. Página 31 se cita, como reflejo de la expresión negativa del ISM, el contenido de los arts. 90 (*“dañosos para los hijos”*) y 158.2º del C.c. (*“Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda”*).

<sup>459</sup> El 20 de noviembre se celebra en todo el mundo el Día Universal del Niño, que cada año recuerda la firma de la Convención de los Derechos del Niño. *“En 1959, Naciones Unidas aprobó una Declaración de los Derechos del Niño que incluía 10 principios. Pero no era suficiente para proteger los derechos de la infancia porque legalmente no tenía carácter obligatorio. Por eso en 1978, el Gobierno de Polonia presentó a Naciones Unidas la versión provisional de una Convención sobre los Derechos del Niño.*

*Tras diez años de negociaciones con gobiernos de todo el mundo, líderes religiosos, ONG y otras instituciones, se logró aprobar el texto final de la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989, cuyo cumplimiento sería obligatorio para todos los países que la ratificasen.*

*La Convención sobre los Derechos del Niño se convirtió en ley en 1990, después de ser firmada y aceptada por 20 países, entre ellos España.*

*Hoy, la Convención sobre los Derechos del Niño ya ha sido aceptada por todos los países del mundo excepto dos: Somalia y Estados Unidos”.*

Fuente: <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos>.

<sup>460</sup> Acerca de la irrupción del ISM en el contexto internacional, Isaac Ravetllat Ballesté (Profesor de Derecho civil): *“El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Antecedentes a la Observación General”*, en *La Ley Derecho de familia*, 13 de Noviembre de 2014 afirma: *“a diferencia de lo acaecido con otros principios y reglas jurídicas aplicables en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia cuya aparición y consolidación pueden constatarse, sin ningún*

El ISM es, pues, un concepto jurídico indeterminado a concretar por el órgano que lo aplica<sup>461</sup>, el cual resulta de imprescindible averiguación en los procesos familiares con menores, técnica legislativa, en estos casos, adecuada<sup>462</sup>, ya que requiere flexibilidad, al no poderse precisarse más legalmente sobre cuál es dicho interés, dado que éste ha de interpretarse como lo más conveniente o acorde con el bienestar de cada menor en un momento determinado, al requerir cada menor unas medidas específicas, que no permiten ser extrapoladas, con carácter genérico, a otros menores: lo bueno para un menor, puede ser negativo para otro; lo bueno para un menor en un momento preciso, puede no serlo en otro momento de su vida.

Así las cosas, la averiguación del ISM resulta el elemento determinante o “*clave de bóveda*” en los procesos familiares, en el sentido, de constituir la última pieza que se coloca en la construcción del proceso judicial, y hasta que dicha “*pieza*” no se encuentra colocada en su lugar necesario, la familia (siguiendo con el símil, el “*arco*”) se encuentra inestable.

---

*género de dudas, en el contexto internacional, operándose a posteriori su recepción por parte de los diferentes Ordenamientos jurídicos domésticos; al referirnos al interés superior del niño, por el contrario, debemos subrayar que el itinerario recorrido por este principio ordenador de nuestro sistema es precisamente el inverso. Así, tradicionalmente, este concepto jurídico indeterminado se ha caracterizado por ser un elemento esencial en el Derecho de familia del calificado como mundo jurídico occidental, muy especialmente del eurocontinental.*

*En Francia, sin ir más lejos, la evolución de su normativa civil desde mediados del siglo XIX revela la clara voluntad del legislador galo de hacer del interés de la persona menor de edad un concepto abstracto elevado al rango de principio general del derecho. Y es precisamente en el Derecho civil francés donde aparece por vez primera y de forma más evidente esta cláusula jurídica, concretamente en las leyes que vinieron a limitar la figura de la patria potestad (Ley de 24 de julio de 1889). En consecuencia, un siglo antes de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el ordenamiento jurídico francés ya era posible encontrar numerosas referencias al principio del interés superior del niño en la regulación de materias tales como el derecho a la identidad (nombre y apellidos), la filiación biológica y adoptiva y, naturalmente, la autoridad paterna.*

*En Italia, por su parte, la noción del interés superior del niño empezó a ser empleada a partir de la Ley de adopción de 1967, en la que la alusión a este principio sirvió para contrastar y poner fin a caducos y denostados prejuicios e incrustaciones culturales todavía presentes en el derecho transalpino de la época.*

*Finalmente, en el Reino Unido el welfare principle (principio del bienestar) fue incorporado en la Common Law a principios del siglo XX como una consideración primordial (paramount consideration) a tener presente en los supuestos de custodia. La legislación inmediatamente subsiguiente no pudo sino reflejar esa misma visión. Así se puso de manifiesto en la Guardianship of Infants Act de 1925 en la que expresamente se estatuye que «in making decisions relating to the custody and upbringing of children, the courts should make the child's welfare the first and paramount (la primera y primordial) consideration”.*

<sup>461</sup> Para Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga: “Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de la pareja”. Bosch. 2013. Página 43: “en la técnica legislativa empleada en la regulación de materia comprendidas en el Derecho de familia, con frecuencia se utilizan los denominados conceptos jurídicos indeterminados que son aquéllos que están conformados por unos elementos que la propia ley no describe específicamente y que deben ser concretados por los órganos que los apliquen”.

<sup>462</sup> Esta técnica legislativa de conceptos jurídicos indeterminados presenta aspectos positivos y negativos. En el caso del ISM, y, como aspecto positivo, permite la flexibilidad para cada caso, habida cuenta que cada niño es único y cada familia tiene sus necesidades; y, como aspecto negativo, puede generar inseguridad jurídica, al ofrecer soluciones dispares para supuestos similares, las cuales pueden ser tachadas de arbitrarias.



La determinación del ISM debe basarse en una serie de circunstancias, factores o criterios<sup>463</sup>, valores universalmente reconocidos que deben ponderarse en función de las circunstancias del caso, debiendo explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, para, de este modo, evitar la inseguridad o indefensión jurídica.

El ISM tiene un rango jerárquico superior, primando sobre cualquier otro, conforme al vigente, profuso y confuso, art. 2 de la LOPJM: “*en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”. Sin embargo, dicha configuración legal no conlleva que el ISM sea absoluto u omnímodo frente a cualquier otro interés, puesto que esta prevalencia del interés del menor ha de ponerse en relación con otros intereses legítimos, y cuando no puedan respetarse todos los intereses en juego y surja el conflicto (los intereses de menor frente al interés de los progenitores basado en sus deseos, ventajas o comodidades), prevalecerá el ISM, como se expone en la obra editada por la AEAF titulada *La conflictividad de los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*: “*una cosa es que entre intereses iguales o, al menos, semejantes, prime el del menor sobre otro cualquiera, y cosa bien distinta y contraria al Ordenamiento jurídico, sería que el interés del menor, por insignificante que fuera, se antepusiera al de un mayor de edad de muy superior valor. Pero, en fin, así está redactado*”<sup>464</sup>. Y, más adelante, se añade: “*por eso, en principio, nos parece que falta en el precepto antes mencionado, una matización: el interés del menor primará sobre cualquier interés legítimo, de similar entidad*”<sup>465</sup>.

En este sentido, yo añado, que cuando el ISM entre en conflicto con el de otro menor (en el supuesto de hermanos, de uno sólo o de doble vínculo, lo que es indiferente) desaparece tal prevalencia, ya que la norma está pensada y redactada para dilucidar ante un conflicto de intereses de diferente jerarquía (progenitores e hijo), si bien debo precisar que tampoco el ISM es absoluto frente al de sus progenitores.

Como ya tuve ocasión de analizar en relación a los cambios de residencia-domicilio del progenitor y del menor, esta situación (como otras similares) enfrenta el derecho al mantenimiento del entorno del menor frente al derecho de la libre circulación del mayor guardador. En tales supuestos habrá que valorar las circunstancias concurrentes para la aprobación de la petición, y si concurre cualquier otro interés legítimo junto al ISM<sup>466</sup>.

Claro lo anterior, centrándonos en la materia objeto de estudio, el ya citado art. 3 de la CDN dispone que “*todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la*

---

<sup>463</sup> La LAIRF, la LNCRC y la LVRF, en su regulación de la GCC, emplean la palabra “*factores*” (entendidos como elemento para conseguir un resultado), frente al uso de “*criterios*” (entendidos como pautas) por el CCCat. y la STS de 29 de abril de 2013 y de “*circunstancias*” por la LPVRF. Por su parte, el ALECP no utiliza ninguna de las palabras indicadas, refiriéndose a ellos con la expresión “*deberá prestar especial atención en todo caso, a ...*” refiriéndose al Juez.

<sup>464</sup> AAVV.: *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*. AEAF. Dykinson. 2004. Página 27.

<sup>465</sup> AAVV.: *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*. AEAF. Dykinson. 2004. Página 37.

<sup>466</sup> En este sentido, ha sido autorizado el cambio de domicilio del menor basado en el derecho de la madre a vivir en el extranjero (JUR 2015 33677) o en el traslado de la madre por razón de matrimonio (RJ 2014 6539).

*consideración de su interés superior. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo” y en su art. 9 reconoce que “es un derecho del niño vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para su interés superior. Es derecho del niño mantener contacto directo con ambos, si está separado de uno de ellos o de los dos. Corresponde al Estado responsabilizarse de este aspecto, en el caso de que la separación haya sido producida por acción del mismo”.*

A nivel interno, podríamos citar también los arts. 39 de la CE y 92 del C.c., así como la LOPJM, si bien debemos señalar que no existe ningún precepto que precise o concrete al Juez qué criterios o factores debe analizar y valorar ponderadamente (por influir éstos, de manera decisiva, en la realidad del menor) a la hora de adoptar una decisión crucial para la vida del menor.

No resulta fácil, pues la realidad del menor es poliédrica y heterogénea, como ya puso de manifiesto la **SAP de Madrid (Sección 22ª) de 26 de mayo de 2006, FD 2**<sup>467</sup>: *“con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.”.*

## **6.2.- LOS CRITERIOS PARA LA CONCRECIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA**

La desafortunada redacción del art. 92.8º del C.c. que regula la GCC sólo puede ser debida al enorme recelo suscitado por su modalidad disensual, lo que puede comprobarse, con absoluta claridad, en el tenor literal del citado precepto vigente desde el 10 de julio 2005 hasta el 16 de octubre de 2012).

Tal recelo se ha ido mitigando progresivamente gracias a la labor jurisprudencial (complementando el Ordenamiento jurídico *ex art. 1.6 del C.c.*), al interpretar el ISM a través de sus resoluciones judiciales<sup>468</sup>, así como a las normativas autonómicas que, hasta el momento, han regulado la materia.

---

<sup>467</sup> JUR 2006, 192098.

<sup>468</sup> Dolores Viñas Maestre: *“Guarda y Custodia compartida”*, en Sepín 2008 (SP/DOCT/3601), en relación a los criterios para acordar la custodia compartida, distingue entre legales y jurisprudenciales o derivados de resoluciones judiciales:

5.1 Criterios establecidos en la Ley.

La reinterpretación del ISM realizada por nuestros jueces y tribunales puede dividirse en tres fases o etapas principales:

---

*La Ley no sólo no define que se entienda por guarda o custodia compartida, sino que tampoco establece unos criterios objetivos que deban valorarse para su adopción.*

*El artículo 92 CC se limita a:*

*Priorizar el interés del menor. Es un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse caso a caso. Exigir que se oiga al menor mayor de doce años o que tenga suficiente juicio en los procedimientos contenciosos y cuando se estime necesario en los procesos consensuados, eliminando en este último supuesto la preceptiva audiencia de los hijos mayores de doce años, aunque debe garantizarse en cualquier caso el derecho de audiencia de los hijos menores.*

*Valorar las alegaciones de las partes y la relación que tienen los padres entre sí y con los hijos: si se relaciona esta precisión con la Exposición de Motivos se concluye que la Ley parte de la base que sin un buen entendimiento no es viable un sistema de custodia compartida, aunque ello no implica, sin embargo, que sea necesario un acuerdo.*

*Permite pedir el dictamen de especialistas para valorar la idoneidad del régimen de guarda. Muy útil y necesario en casi todos los casos, pues permite valorar con mayor profundidad la dinámica familiar seguida antes de la ruptura.*

*5.2 Criterios que se derivan de las resoluciones judiciales.*

*Se impone un análisis profundo de esta cuestión que excede del ámbito jurídico para entrar en otros terrenos, como el psicológico y sociológico. Los informes de los equipos psicosociales deben orientar a los Tribunales sobre la medida que resulte más conveniente en cada caso. De un análisis de diversas resoluciones judiciales se derivan determinados criterios, cuya concurrencia puede determinar la adopción de una custodia compartida, pero son muchos los factores que se valoran en cada supuesto, por lo que se exponen, sin el ánimo de convertirlos en criterios generales Nota.*

*Preferencia de la madre como persona para ejercer la custodia, sobre todo de los niños de más corta edad, que es defendida por algunos sectores de la sociedad. Respecto a los bebés, se mantiene que la indispensable estabilidad física y personal con el adulto de referencia cuidador hacen que el sistema de custodia compartida resulte poco adecuado. Ante dicho argumento cabría sostener la importancia de la persona que se ha constituido en referente del menor o en figura cuidadora, que por regla general es la madre, pero que en ocasiones la práctica ha puesto de manifiesto que no siempre es así. El cambio de los roles dentro de la familia puede poner en cuestión esta afirmación.*

*Dinámica familiar anterior a la ruptura. Es importante determinar la participación o presencia en la vida del menor de cada uno de los progenitores, para acordar el sistema de guarda y custodia que más se parezca si ello es posible. La Ley exige que se valore la relación que existe de los padres entre sí y con los hijos.*

*La Sentencia de la AP Barcelona, Sec. 18.ª, de 12 de enero de 2006 (SP/SENT/82548), ponía de manifiesto que para resolver lo que el interés de los hijos menores requiere, deben tenerse en cuenta otras circunstancias, "tales como la presencia de ambos progenitores en la vida de los mismos constante la convivencia, la posibilidad de mantener dicha presencia de manera que sea compatible con la convivencia por separado de los dos padres, que ambos padres sean capaces, dentro de unos límites razonables, de preservar a los hijos de la ruptura, aunque dicha circunstancia también debería exigirse en los regímenes de custodia exclusiva con derecho de visitas, y, sin embargo, la casuística de estos casos es múltiple en nuestros Tribunales, sin que por ello se cuestione la bondad del sistema. Se han de modificar en definitiva los parámetros conforme a los cuales se vienen resolviendo estos problemas y adecuarlos a las condiciones actuales de cada familia. El artículo 3 del Código Civil indica claramente que las normas deben interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y es un hecho notorio que el funcionamiento interno de las familias, en cuanto a distribución de roles entre el padre y la madre ha evolucionado hacia una mayor participación del padre en la tarea del cuidado de los menores, convirtiéndose en una figura presente que ha asumido la función cuidadora. Dicha evolución no se ha generalizado en todas las familias, pero sí puede evidenciarse en alguna y dicha dinámica debe tener reflejo en la medida sobre la guarda y custodia de los hijos menores, cuando se produce la ruptura de pareja". En el mismo sentido la Sentencia de la misma Sección, de 4 de julio de 2007 (SP/SENT/133348)".*

La primera etapa coincidente con la interpretación del término “*excepcionalidad*” de la GCC disensual utilizado en el art. 92.8º del C.c. conforme a la **STS de 22 de julio de 2011**<sup>469</sup>.

La segunda etapa, la relativa al requisito necesario para acordar la GCC relativa, el “*informe del Ministerio Fiscal*”, conforme a la conocida **STC de 17 de octubre de 2012**, acordando la inconstitucionalidad del inciso “*favorable*” contenido en el art. 92.8 del C.c., según la redacción dada por la Ley 15/2005.

Como tercera etapa, la relativa a reinterpretación del ISM o cómo debe el Juez detectar o averiguar cuáles son las circunstancias del menor, en definitiva, cuáles son los datos precisos para evaluar el ISM en los procesos de familia relativos a la GCC, sobre la base de la igualdad de los progenitores, ductilidad de las medidas e interés del menor.

En relación a cómo debe el Juez interpretar, en la actualidad, el ISM en supuestos de GCC, el TS en su **Sentencia de 29 de abril de 2013**<sup>470</sup> declaró en el **FALLO** en su apartado 3º como doctrina jurisprudencial, tanto la normalidad del modelo de GCC y lo deseable del mismo (ya que permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores en plano de igualdad), siempre que no resulte perjudicial para el menor, así como los criterios que han de concurrir y valorarse para que pueda adoptarse el régimen de GCC<sup>471</sup>: “*se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea*”<sup>472</sup>.

---

<sup>469</sup> RJ 2011, 5676, sentencia que establece que esta excepcionalidad debe interpretarse referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, y no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

<sup>470</sup> RJ 2013, 3269 y posteriores, como la STS de 19 de julio de 2013 (RJ 2013, 5002).

<sup>471</sup> Esta análisis de criterios o factores propuestos por el TS para los supuestos de GCC disensuales, pero, en mi opinión, deben ser tenidos en cuenta por el Juez en todos los supuestos, por consiguiente, también en los consensuales, en los cuales su adopción no puede ser automática, si bien, a veces, en la prácticas, es preferible esperar y ver cómo se lleva a efecto lo acordado antes de promover un cambio, teniendo siempre presente que existen “*líneas rojas*” no franqueables en interés del menor, como señala la EM de la Ley 15/2005: “*la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores*”.

<sup>472</sup> Propuesta de criterios viene a reiterar (con ciertas matizaciones) el contenido de otras Sentencias del TS de fechas 9 de octubre de 2009, 10 y 11 de marzo de 2010, 7 de julio de 2011: “*Los criterios que han de valorarse en la atribución de la guarda y custodia compartida, también han sido analizados por esta Sala. Así en la sentencia de 8 octubre 2009, RC núm. 1471/2006, se señaló que “[...] el Código español no*

Ha de subrayarse que esta interpretación del TS sobre los elementos o los criterios a seguir para averiguar el ISM constituye doctrina jurisprudencial al respecto<sup>473</sup>.

El Juez, en su resolución en materia de GCC (consensual<sup>474</sup> o disensual), habrá de

---

*contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.*

*Estos criterios deben atender a la protección del interés del menor, y así el artículo 92 debe ser interpretado con esta finalidad, sin perjuicio de que la medida que se acuerde pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior”.*

<sup>473</sup> La jurisprudencia menor, también venía *de facto* empleando, para motivar sus decisiones sobre GCC, varios criterios o factores, de modo que no son nuevos, pudiéndose afirmar que vienen empleándose desde el año 2006.

*Vid. la SAP de Córdoba (Sección 2ª) de 24 de abril de 2006 (JUR 2006, 230967), FD 2º: “ahora bien, las condiciones que se requieren para una exitosa custodia compartida son: Muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores, buena comunicación y cooperación entre ellos, residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de personalidad y carácter del hijo y los padres compatibles; edad del menor, que permita su adaptación, cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas, respeto mutuo por ambos progenitores, que no haya excesiva judicialización de la separación, existencia de un vínculo afectivo del con ambos padres y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres”.*

*SAP de Madrid (Sección 24ª) de 28 de septiembre de 2011 (JUR 2012, 912), FD 1º: “en cuanto a la guarda y custodia compartida no es procedente al no concurrir los requisitos que se vienen exigiendo para su viabilidad. La Ley 15/2005 de 8 de julio, en su artículo 92, establece que el Juez ha de indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda en el caso concreto. Deben ponderarse, entre otras, las circunstancias de carácter objetivo para acordar la modalidad de custodia más adecuada al menor en concreto. Así, deben analizarse la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurando la continuidad en el entorno; las relaciones con la familia amplia, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio; cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; el rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por el desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores, en su caso; la constancia de que queda deslindada la idoneidad de la custodia, con el interés por la obtención de réditos materiales indirecto, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción o ahorro de pensiones”.*

<sup>474</sup> En los procedimientos consensuales prevalece el criterio de los progenitores, conforme resulta del apartado 5º del art. 92 del C.c., mientras que en los contenciosos corresponderá al juzgado de primera instancia, a las AAPP, por la vía del recurso de apelación, y al TS mediante el recurso extraordinario, por cuestiones relativas a la aplicación de la norma sustantiva, nunca por la errónea apreciación de la prueba o valoración de éstas.

motivar<sup>475</sup>, entrando a valorar en cada caso, como una “*suerte cuasi-quinielística*”<sup>476</sup>, los criterios (a favor y en contra), ponderándolos debidamente para determinar, finalmente, el ISM de un concreto menor y en un determinado momento<sup>477</sup>.

Para mayor dificultad de la materia, es preciso destacar que el elenco de factores no es homogéneo. Tanto el ALECP como las regulaciones autonómicas que, hasta el momento, se han ocupado de la GCC (LAIRF, CCCat., LNRC, LVRF y LPVRF) han propuesto

---

<sup>475</sup> Entiendo que, en los casos de GCC, la motivación (siempre presente y necesaria en cualquier resolución judicial) requiere analizar los criterios propuestos por el TS, y, de la conjunción de todos estos elementos, resultará la guarda más adecuada para el menor. Así lo pone de manifiesto la SAP de Las Palmas (Sección 3ª) de 30 de abril de 2014 (JUR 2014, 184563), FD 2º: “*por tanto, se trata de resolver, motivadamente y en atención al interés preferente del menor, con arreglo a los criterios de fundamentación de la decisión jurisdiccional*”.

<sup>476</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 25 noviembre de 2013 (RJ 2013, 7873), FD 4º: “*sentada la posibilidad de abordar la petición de custodia compartida a la luz de los requisitos marcados con anterioridad por esta Sala se debe hacer constar:*

1. *El régimen de visitas se ha desarrollado sin incidencias.*
2. *El trabajo del padre como comercial le permite organizarse su agenda, por lo que no le impide el cuidado del menor, en lo que está auxiliado por su madre y hermana.*
3. *El enfrentamiento entre los padres, no consta que redunde en perjuicio del menor, dado que con frecuencia han convenido armoniosamente en el cambio de los días de visita y el aumento de los mismos.*
4. *Consta la proximidad de los domicilios paterno y materno.*
5. *La realidad de que el menor Rodrigo convivió con ambos padres en semanas alternas en régimen de custodia compartida desde la sentencia de primera instancia, hasta su revocación, sin que exista constancia de incidentes.*
6. *La madre seguirá viéndolo incluso en las semanas que no le corresponda, en horario escolar, pues es profesora del mismo Colegio al que asiste el menor”.*

<sup>477</sup> Luisa Torres Vargas, Francisco Ángel Carrasco García y otros autores: “Guarda y custodia compartida. criterios para acordarla”. *Contenido en las Crónicas TS (Sala 1ª) año 2012-2013*. Página 43 expresan: “*11.1. La STS 29-04-2013 (RC 2525/2011) ha fijado doctrina en torno a la interpretación de los apartados 5, 6 y 7 del artículo 92 del Código Civil en lo relativo a los presupuestos que han de concurrir y valorarse para que pueda adoptarse, en interés del menor, el régimen de guarda y custodia compartida. La Sala recuerda que tras la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, la adopción del régimen de guarda y custodia compartida ya no depende del informe favorable del Fiscal sino, únicamente, de la valoración que merezca al Juez la adecuación de dicha medida al interés del menor, siendo punto de partida que la guarda y custodia compartida no es lo excepcional sino que debe ser la regla general siempre que no resulte perjudicial para el menor, pues el mantenimiento de la potestad conjunta resulta sin duda la mejor solución para el menor en cuanto le permite seguir relacionándose establemente con ambos padres. Sentados estos postulados, la Sala concluye que la adopción de la medida de la guarda conjunta, además de exigir petición de parte (de ambos progenitores o de al menos uno de ellos), requiere la constatación de que esta no resulta perjudicial sino conveniente para el interés del menor, para lo que deben concurrir determinados requisitos expuestos con reiteración por la Sala y que nuevamente se afirman en la sentencia con valor de doctrina jurisprudencial. Estos requisitos son los siguientes: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, sin que la mera constatación de que el régimen de guarda y custodia se adapta mejor al interés de los progenitores resulte suficiente para deducir que se adapta mejor al interés del menor, que es el que debe primar”.*

diversas listas de criterios, no coincidentes ni entre ellos ni con los propuestos por el TS.

Estas relaciones de factores o pautas sólo han logrado coincidir en el criterio relativo a la “*opinión de los menores*” y el criterio general sobre la “*prohibición de GCC en supuestos de violencia*”<sup>478</sup>.

Con esta disparidad, nos encontramos con un marco regulador que no garantiza a los menores una interpretación uniforme del ISM en todo el territorio del Estado, lo que, además, se ve agravado porque cada uno de estos criterios, en sí mismos, son conceptos jurídicos indeterminados, de modo que han de interpretados judicialmente. Todo ello dificulta considerablemente la averiguación del ISM (conforme a una determinada lista de criterios genéricos) en un caso concreto, más aún en el marco de la conflictividad familiar en la que se incardina el proceso contencioso, la cual se incrementa cuando ambos progenitores están dedicando sus esfuerzos en proteger sus propios intereses frente al ISM.

Este conjunto de criterios o factores son, además, una lista abierta o *numerus apertus*<sup>479</sup>.

La flexibilidad que caracteriza al ISM llega, incluso, a impedir que se establezca, *a priori*, una periodicidad o alternancia mínima en la GCC, acerca de la cual nada dicen las normas relativas a GCC, ni tampoco la STS de 29 de abril de 2013. Ello puede provocar confusión entre una guarda individual y una GCC<sup>480</sup>.

---

<sup>478</sup> Este criterio general sobre la violencia tiene su propias “fórmulas” en cada región.

Al final de este capítulo he incluido una tabla o cuadro comparativo, destacando coincidencias y divergencias en la relación de criterios propuestos. Cada uno de estos será objeto de análisis detallado a continuación, excepción hecha de la GCC en supuestos de violencia, cuyo tratamiento he remitido a un capítulo diferenciado por las complejidades y diferente redacción e interpretación que presenta en cada Comunidad, y cuya complejidad se incrementa con la nueva redacción en la materia de la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en cuya Disposición final tercera se modifica el art. 1, 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

<sup>479</sup> Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga: “*Marco Jurídico Paterno-Filial en las rupturas de Pareja*”. Bosch. 2013. Página 1226 y ss. clasifica en 3 grupos estos criterios: circunstancias relativas a la situación preexistente tales como: la practica anterior, como continuidad, vinculación afectiva, arraigo, estabilidad, experiencia anterior; circunstancias relativas a los menores tales como: la edad, estado de salud, existencia de hermanos, opinión; circunstancias relativas a los progenitores, tales como: la idoneidad, estado de salud, entorno doméstico, estabilidad, calidad del cuidado, motivaciones de oposición a la GCC, adecuada disposición, conciliación de la vida familiar, lugar de residencia y disponibilidad de viviendas, relaciones, etc.

Son necesarias la corresponsabilidad parental y las facilidades logísticas, como así lo entiende la SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 2 de octubre de 2013 (JUR 2013, 354342), FD 3º: “*un pronunciamiento de “guarda compartida” exige que se den claras condiciones de coparentalidad (respeto, confianza, comunicación, cooperación), facilidades logísticas (proximidad de domicilios, compatibilidad de horarios) y beneficio tangible para los menores afectados. No es una opción sencilla, aunque la titularidad de la potestad parental y su ejercicio siga siendo común, en términos generales conforme a los parámetros que ya hayan venido aplicando los progenitores durante la convivencia, unido ello al necesario complemento para que los hijos se vean lo menos afectados por la crisis*”.

<sup>480</sup> En este sentido, parece estar redactado el art. 92bis, apartado 5º del ALECP en materia de violencia, frente a la redacción vigente del mismo.

Es evidente que el principio inspirador propio de la GCC es el relativo a fomentar los contactos frecuentes entre el menor y sus progenitores<sup>481</sup>, pero sin marcar estancias mínimas, ya que el reparto de la convivencia se acordará o ajustará a los elementos o factores familiares (edad del menor, número de hermanos, vida laboral, internamiento en centros escolares de los menores, vivienda habitual<sup>482</sup>, actividades extraescolares, etc.), que deberán ser debidamente analizados, si bien puede indicarse cómo el sistema preferible y mayoritario es el reparto por semanas.

Este criterio del reparto semanal es, como digo, el mayoritario y el más seguido por nuestro TS cuando ha tenido que otorgar la GCC<sup>483</sup>, si bien, vuelvo a insistir, la distribución de los tiempos ha de adecuarse a las concretas necesidades del menor, sin que pueda fijarse un sistema preestablecido, como se expone en el Foro Abierto o Encuesta propuesta por la editorial El Derecho sobre la cuestión “*posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida*”, cuyo resultado fue el siguiente: “*la mayoría de nuestros colaboradores han contestado negativamente a la cuestión planteada, coincidiendo en el hecho de que no les parece posible fijar un sistema preestablecido y predeterminado de alternancia en la guarda conjunta. Se indica igualmente que la situación óptima sería la adaptación del sistema a cada caso y que, de hecho, la completa indefinición del Código Civil incluso imposibilita determinar cuándo nos hallamos ante un régimen de custodia compartida y cuándo ante uno individual. En cualquier caso y pese a esa opinión negativa mayoritaria, se han planteado posibilidades como, por ejemplo, un régimen de estancia de mínimos u otras opciones que, en todo caso, velen por que los hijos se vean afectados en la menor medida posible por la separación en la familia y las consecuencias de la misma*”<sup>484</sup>.

---

<sup>481</sup> STS de 29 de noviembre de 2013 (Sala 1ª, Sección 1ª), Roj. 5641/2013 FD 3º: “*en tercer lugar, en ningún caso se desnaturaliza la medida mediante la alternancia por anualidades de la custodia. Ciertamente es que esta medida debería venir precedida de un plan contradictorio sobre la forma de su ejercicio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas y que las situaciones son muy cambiantes tanto en lo económico como en lo personal, psicológico, emocional y social, pero también lo es que una alternancia prolongada ni está proscrita en nuestro ordenamiento, ni se ha demostrado que afecte de manera favorable o desfavorable a la estabilidad de los menores. La medida, sin duda, es subsidiaria a lo que en cada momento puedan acordar los padres para el mejor bienestar de sus hijos. Son ellos y no los jueces quienes conocen mejor la realidad de los niños y quienes deberán adaptarlo a lo que les interese en cada periodo de crecimiento, aunque sea haciendo uso de la mediación familiar o de terapias educativas*”.

<sup>482</sup> La SAP de Murcia de 16 de octubre de 2014 (JUR 2015, 3709) entiende que el ISM desaconseja la GCC en las condiciones propuestas por el padre y aceptadas por el Juzgado, por el uso alternativo de la vivienda familiar por los progenitores, de modo que, mientras no se resuelva la cuestión del domicilio diferenciado de padre y madre, se atribuye a la madre la guarda y custodia de los menores, atendiendo a que ella es la que ha venido desempeñando habitualmente esas tareas y a la inviabilidad de la custodia compartida en los términos propuestos.

<sup>483</sup> En aquellos supuestos de revocación de la sentencia de la AAPP y otorgamiento de la GCC, el TS se ha pronunciado a favor del sistema o modalidad de GCC con reparto semanal en sus siguientes pronunciamientos: STS de 7 de julio de 2011 (RJ 2011, 5008), STS de 18 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5718), STS de 26 de junio de 2015 (RJ 2015, 2658) y STS de 15 de julio de 2015 (RJ 2015, 30304).

<sup>484</sup> “*Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida*”. Foro Abierto Publicado en el Boletín de Derecho de Familia El Derecho, nº 110 de 1 de marzo de 2011 (EDB 2011/7242), en la que votaron los siguientes colaboradores: Eladio Galán Cáceres (Magistrado, Sección 22ª, de Familia, de la Audiencia Provincial de Madrid), Juan Pablo González del Pozo (Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 24, de Familia, de Madrid), Gema Espinosa Conde (Directora del servicio de Selección y Formación de la Escuela Judicial), Antonio Javier Pérez Martín



Acerca de la imposibilidad de establecer apriorísticamente una distribución de los tiempos y destacando, como dato esencial, la intervención real de ambos progenitores, en igualdad, en la toma de decisiones relativas a los hijos, me parecen muy interesantes las palabras de Emelina Santana Páez (Magistrada del Juzgado de 1ª Instancia nº 79, de Familia, de Madrid)<sup>485</sup>: “*los períodos de alternancia pueden ser muy variados en función de las necesidades de cada familia: por días, semanas, quincenas, meses... Ni el Código Civil ni el Anteproyecto de Ley fijan nada al respecto, como no podía ser de otra forma, no siendo necesario tampoco que la custodia compartida conlleve necesariamente una distribución de los tiempos de estancia totalmente igualitaria ni que esté milimétricamente repartida. A efectos de valorar la distribución de los tiempos de estancia con cada uno de los progenitores, resulta importante tener en cuenta la edad del hijo/s, la distancia entre las residencias de ambos progenitores, el tiempo a invertir en los traslados, las necesidades concretas de los hijos no solo de tipo educativo, sino de todo orden, disponibilidad de los padres...*”

*En la práctica, y atendiendo a los casos sometidos a aprobación en el Juzgado del que soy titular, datos muy relativos y que se deben valorar sin pretensiones generalizadoras, dada la escasez de la muestra en los años comprendidos entre 2009 y el actual, puede decirse que las formas en que de mutuo acuerdo se fijaron custodias compartidas han sido muy variadas. Por días, por medias semanas, por semanas, por quincenas, por meses alternos, por evaluaciones escolares, por trimestres, por semestres, por años... Sin embargo, de los datos valorados, se puede afirmar que el sistema mayoritariamente elegido en estos casos ha sido la distribución por semanas, en algo más de un 30 % de los casos, siendo el resto de sistemas de alternancia, menos frecuentes. Esto nos lleva a concluir como iniciamos esta respuesta y es que no hay una fórmula estándar para repartir los tiempos de estancia de los menores con los padres tras la ruptura, siendo lo importante que ese reparto se ajuste a las necesidades de cada familia, no a las necesidades de sólo uno de sus miembros. Creo también necesario destacar que, desde mi experiencia sea cual sea la fórmula de reparto empleada en cada caso, lo esencial es que ambos padres tengan una intervención real en la toma de decisiones relativas a los hijos y que se transmita a los niños la decisión, sea cual fuera, con normalidad por ambos y se les haga vivir con esa misma normalidad, haciéndoles ver que la ruptura entre sus padres no supone ni supondrá que ellos se vean o sientan alejados de ninguno de los dos.*

---

(Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Córdoba), Guillermo Sacristán Represa (Magistrado de la Audiencia Provincial de Asturias) y Luis Zarraluqui (Abogado especialista en Derecho de Familia).

En sentido contrario votaron: Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón (Presidente Sección 12ª, de Familia, de la Audiencia Provincial de Barcelona); Vicente Magro Servet (Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante) y Francisco de Asís Serrano Castro (Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 7, de Familia, de Sevilla). “*los votos particulares de nuestros colaboradores se basan en el hecho de que, según estiman, para el correcto ejercicio de la custodia compartida se echa de menos un protocolo o una norma reglada a los efectos de establecer el calendario que menos perjudique a los hijos y que evite esa movilidad que los mismos deben soportar. Así, se plantea la adopción del sistema predeterminado aunque sea con carácter subsidiario y en defecto de acuerdo de los progenitores, reconociéndose, en todo caso, que ningún sistema es la panacea y que todos ellos plantean problemas. En este sentido se citan distintas posibilidades, siempre en defecto de acuerdo de los padres, como pueden ser una custodia rotativa por meses, trimestres, semestres, años o incluso por cursos escolares, que, como no podía ser de otro modo, tendrán que tener siempre en cuenta, como un punto fundamental, la edad que tengan los hijos*”.

<sup>485</sup> SP/DOCT/17888.

*Creo, a mi juicio, que eso es lo esencial para que cualquier sistema de custodia, no solo compartida, sea beneficioso para el menor”.*

La motivación o *ratio* que ha llevado al TS a establecer, de forma precisa, los criterios que han de ser tenidos en cuenta por el Juez<sup>486</sup>, pese a la ausencia de su correspondiente plasmación legal, atiende a la confrontación entre “libertad como flexibilidad” e “inseguridad sin arbitrariedad” a la hora de interpretar el ISM.

De este modo, en cuanto a la importancia de la motivación para justificar la decisión de acerca de un determinado de guarda en virtud de la identificación del ISM, se pronuncia la **STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 25 de mayo de 2012**<sup>487</sup>, **FD 2º**: “*la motivación*

---

<sup>486</sup> En este sentido, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 10 de enero de 2011 (RJ 2012, 3642) vino a criticar la ausencia de criterios o pautas legales para la averiguación del ISM, sin que ello impidiera la adopción de una GCC, en su FD 3º: “*los criterios que se deben de valorar en la atribución de la guarda y custodia compartida, también han sido analizados por esta Sala. Así en la Sentencia de 8 octubre 2009, RC núm. 1471/2006 (RJ 2009, 4606), se señaló que “ [...] el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”* .

<sup>487</sup> RJ 2012, 6542.

En el mismo sentido, la SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 29 de febrero de 2008 JUR 2008, 44003. FD 1º: “*por otro lado, y como reiteradamente se ha pronunciado esta Audiencia Provincial, es principio elemental, necesario e indeclinablemente inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los hijos, el de que su interés ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el bonnum filii ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (arts.82 CF y 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170 CC) y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales (también aplicables a ese tipo de convivencia), paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (artículo 39.2 CE) y responde a la nueva configuración de la patria potestad (arts. 132 y ss. CF y artículo 154.2 CC), siendo también la razón por la que la normativa vigente arbitre fórmulas con que garantizar o servir aquél interés, tales como la audiencia de los menores si tuvieran suficiente juicio y preceptivamente si alcanzaron los doce años (artículo 92.2 CC en relación con los arts. 154.3. y 156.2 CC acerca de la patria potestad, y 82 CF) y recabar el dictamen de especialistas (artículo 92.5) que puedan colaborar con el juez en el más acertado discernimiento de las medidas que adopte”*.

En el mismo sentido Vid. SAP de Almería (Sección 2ª) de 8 de septiembre de 2009 (AC 2010, 1662), FD 3º: “*...y teniendo en cuenta que para resolver adecuadamente todas las cuestiones planteadas, no puede obviarse el principio básico y fundamental del “favor filii”, que prima en esta materia de medidas relativas a los hijos. Este principio, reconocido en la Convención de los Derechos del Niño (RCL 1990, 2712), elevado en nuestro Derecho a rango constitucional (artículo 39 Const (RCL 1978, 2836)) y sancionado en nuestra legislación en la Ley del Menor ( LO 1/96 de 15 de enero (RCL 1997, 1372)), y en los preceptos del Código Civil, constituye un criterio teleológico de interpretación normativa que obliga a procurar, ante todo, el beneficio o interés de los hijos en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente reconocidos, por encima de los legítimos intereses de cualquier otro, incluso de sus progenitores (STS 2-5-83, 14-5-87 (RJ 1987, 3550), 12-2-92 (RJ 1992, 1271); y Stas. AP Castellón 3-5-94, AP Toledo 17-9-98, AP Las Palmas 22-2-2006, entre otras”*.

*contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida pedida únicamente por el padre y ello por las siguientes razones: (a) se invoca a los simples efectos introductorios, el criterio del interés del menor, que se identifica en los textos que se citan y que según la sentencia recurrida constituyen 'cita obligada', pero no se aplica ningún criterio integrador del interés para acordar el sistema de guarda a los niños, ni se explicita por qué razón se considera que dicho interés está bien protegido con el sistema de guarda exclusiva; (b) porque no expresa de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a negar la adopción de esta medida para los dos hijos de la pareja; (c) al tratarse de una guarda y custodia pedida únicamente por uno de los progenitores, la Audiencia Provincial razona correctamente sobre los requisitos que deben cumplirse de acuerdo con el art. 92.8 CC, pero no valora los informes psicosociales que habían ya aconsejado la guarda y custodia compartida, y se apoya solo en un informe negativo del Fiscal, que se opone a la estimación del recurso y pide la confirmación de la sentencia recurrida 'por ser correcta y ajustada Derecho por sus propios fundamentos', en un informe puramente formal, en el que no se razona ni se dice nada sobre la medida discutida.*

*De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, esta Sala concluye que falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor, que después no aplica para resolver el recurso”.*

Ante la falta de pautas o criterios, han sido los tribunales los que caso por caso, se han visto obligados a buscarlos, como expone el **ATSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 19 de abril de 2012, FD 3<sup>o</sup>488**: “*aplicando la doctrina expuesta al supuesto de autos deben inadmitirse todos los motivos del recurso puesto que la jurisprudencia consolidada de esta Sala, expuesta entre las más recientes en las SSTSJ 29/2008, de 31 de julio (RJ 2009, 643), 24/2009, de 25 de junio (RJ 2009, 2369), 9/2010, de 3 de marzo (RJ 2010, 4016), 10 /2010, de 8 de marzo, 27/2011, de 16 de junio (RJ 2011, 6106), 13/2012, de 6 de febrero y 18/2012, de 23 de febrero, ha declarado que el interés del menor resulta un concepto indeterminado y dicho interés superior del menor afectado por un proceso judicial habrá de ser precisado caso por caso por los Tribunales, al no existir una lista de criterios de referencia para poder identificarlo con carácter general, a fin de comprobar en qué medida haya podido quedar satisfecho por la concreta decisión adoptada en relación con la guarda y custodia”.*

El ISM engloba necesidades y derechos, siendo el Juez<sup>489</sup> quien ha de analizarlo, en cada caso y en base a su experiencia, motivando su decisión para evitar la arbitrariedad jurídica o al abuso de derecho.

---

<sup>488</sup> RJ 2012, 6135.

<sup>489</sup> El TC, en Recurso de Amparo núm. 5258/2000, de 1 de febrero de 2001 (RTC 2001, 28) afirma que: “*la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a la jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés”.*

Esta difícil labor ha de realizarse con una adecuada valoración de la prueba, como auténtico examen o juicio prospectivo sobre las circunstancias del menor y de su realidad, adoptando las medidas más favorables o adecuadas, sin apelar, sin más, el ISM de forma retórica, sino de manera justificada y real, en sus tres dimensiones ya antes reseñadas: sustantiva, interpretativa y procedimental.

El ISM debe obedecer siempre a una misma finalidad, cual es la de asegurar el respeto efectivo de los derechos del menor, permitiendo su desarrollo integral. Toda medida debe ser adoptada teniendo en cuenta el “*favor filii*”, tal y como es entendido en cada momento por la realidad social y la jurisprudencia<sup>490</sup>, como sucede con otros conceptos, como, sin ir más lejos, el de familia<sup>491</sup>.

Como ya he tenido ocasión de señalar, las soluciones doctrinales en materia de GCC han sido muy dispares antes la ausencia de criterios o pautas a seguir<sup>492</sup>. En alguna ocasión,

---

<sup>490</sup> Así, según la EM del ALECP, actualmente el concepto *favor filii* coincide con el mayor contacto posible con ambos progenitores, como expone la SAP de Valencia (Sección 6ª) de 22 de abril de 1999 (AC 1999, 4941), FD 6º: “*desde esa perspectiva que enmarca todo el Derecho interno y el Derecho internacional, se hace necesario mantener como norte y meta de la actuación judicial la obtención del superior interés del niño. En esta línea de «favor filii», debe procurarse con carácter general que los hijos tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores*”.

<sup>491</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3280), FD 3º y 5º: “*el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales.*”

*De acuerdo con estos planteamientos, la pareja formada por Dª Lucía y Dª Zaida constituyó en su día una unidad familiar. Sin embargo, son muy distintos los efectos que tienen lugar entre los miembros de una pareja que convive sin estar casada, y los que se producen entre los convivientes y sus hijos. Cuando la pareja no está casada, deben aplicarse los principios sentados en nuestra sentencia de 12 septiembre 2005 (RJ 2005, 7148), con aplicación del principio de la libertad de los pactos entre los miembros de la pareja. Cosa distinta serán los efectos que produce la paternidad/maternidad, porque las relaciones entre padres e hijos vienen reguladas por el principio constitucional de la protección del menor, consagrado en el artículo 39.3 CE, en la Convención sobre derechos del niño, de 20 noviembre 1989 y en el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Este principio es el que debe regir las relaciones entre los progenitores y los hijos, con independencia de que sus padres estén o no casados e impone una serie de reglas imperativas con la finalidad protectora ya señalada (STC 176/2008, de 22 diciembre (RTC 2008, 76)).*

“*El interés del menor.*”

*Las discusiones sobre guarda y custodia de los menores deben contemplar siempre el prevalente del interés de los niños. Como se afirma en la doctrina más representativa, ‘el interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad’. Por tanto, en lo correspondiente al derecho a tener relaciones con parientes y allegados, hay que tener en cuenta que el niño no puede ver recortada la relación y comunicación con personas que le son próximas humana y afectivamente, por causa de las diferencias entre dichas personas”.*

<sup>492</sup> Como expone Carmelo Hernández Ramos: “Beneficios y perjuicios de la guarda y custodia compartida y la individual para los menores afectados”, en *La Ley Derecho de Familia*, 17 de Noviembre de 2014: “*en la concesión de la custodia compartida se han de tener en cuenta los siguientes indicadores de viabilidad:*

incluso, nuestros órganos judiciales han incurrido en un excesivo intervencionismo familiar, proponiendo decálogos de índole psicológica o pedagógica, como, por ejemplo, la **SAP de Alicante (Sección 4ª) de 24 de enero de 2013, ANTECEDENTE DE HECHO 1**<sup>493</sup>: “para el buen cumplimiento de este régimen de guarda y custodia establecido en interés del menor; se aconseja a los progenitores el cumplimiento del siguiente decálogo:

1. Nunca desacredite a su ex-cónyuge o pareja delante de sus hijos, ya que ellos se sienten "parte de su padre" y "parte de su madre", con lo que la crítica puede dañar su autoestima.
2. No utilice a sus hijos como mensajeros entre usted y su ex-cónyuge o pareja. Cuanto menos se sientan ellos parte de la pelea entre sus padres, mejor entenderán la situación.
3. Tranquilice a sus hijos haciéndoles entender que ellos no tuvieron ninguna responsabilidad en la separación. Muchos de ellos asumen como propias las causas de la ruptura.
4. Anime a sus hijos a que vean con frecuencia a su ex-cónyuge o pareja. Haga todo lo posible por estimular las visitas.
5. En cada paso de su divorcio o separación o ruptura de pareja de hecho, recuérdese a sí mismo que sus propios intereses no son los de sus hijos, por los que no debe incluirlos en ninguna negociación.
6. Sus hijos pueden ser estimulados a actuar como su ‘corresponsal’ en la casa de su ex-cónyuge o pareja. Trate de no pedirles que le cuenten nada que no sea del interés de ellos. Deje a sus niños ser niños.
7. Si usted siente que no puede asumir el trance de la separación con calma y responsabilidad, pida asesoramiento terapéutico urgente. Sus problemas pueden trasladarse a sus hijos, complicándoles aún más el poder enfrentar con éxito la situación.

---

*La edad del menor; La distancia entre la residencia de los padres y la cercanía del colegio y lugares de ocio del menor más representativos; La existencia de una relación cordial y colaborativa entre los padres, tras la ruptura; La baja o nula prevalencia de conflictos entre los progenitores, tras la ruptura; La valoración, mediante un informe psico-social, del estado del menor y, en su caso, de la idoneidad de los padres (no existencia de enfermedad física y/o mental invalidante; no existencia de violencia de género entre progenitores o de éstos hacia el menor -violencia doméstica-); Padres coeducadores y con disponibilidad real para su ejercicio proactivo.*

*Ventajas genéricas: Supresión de cualquier posición periférica en la relación paterno-filial. Los padres no se ven alejados de sus responsabilidades; Es el sistema que más se ajusta a los principios de corresponsabilidad familiar y derecho a la coparentalidad. Equidistancia proporcional en el reparto de los gastos. Empatía frente a las necesidades reales del menor. Afrontamiento personal de la coeducación del menor. Coparticipación en la organización de las obligaciones derivadas de la custodia. Aprendizaje en la resolución de conflictos a través de la negociación. Coparticipación equidistante en la consecución de acuerdos y reducción de los conflictos asociados a la relación entre progenitores; Incremento de la autoestima positiva.*

*Inconvenientes genéricos: Mayor coste económico para los padres. Se requiere la disponibilidad de una importante flexibilidad horaria; Es imprescindible la adaptación saludable del menor a dos hábitats («casas») y dos estilos parentales («normas»). Permanente mantenimiento de colaboración (personal, judicial, social y comunitaria) entre los progenitores. Algunos problemas logísticos son difíciles de resolver mediante la custodia compartida: La custodia compartida requiere de un notable esfuerzo organizativo entre ambos progenitores, que debe ser ponderado en profundidad antes de la solicitud de la custodia (ocuparse durante una semana o un mes continuamente es una decisión que no debe ser tomada a la ligera). Resulta más económico mantener una custodia individual (para uno solo de los progenitores) que la compartida. Para los menores custodiados, el cambio continuo de residencia puede generar ansiedad, inestabilidad emocional e inseguridad caracterial”.*

<sup>493</sup> JUR 2013, 185176.

8. *Cumpla con sus obligaciones económicas, ‘alimentos’ de su hijo, en forma mensual y sin interrupciones. Sepa que de no hacerlo, el perjudicado será su hijo, que además de tener que enfrentar una situación familiar compleja, deberá soportar faltas materiales, lo cual puede tener un efecto permanente por el resto de su vida.*

9. *Si usted es un padre/madre responsable, y no está recibiendo los ‘alimentos’ por parte del que tiene obligación, no traslade su enojo a sus hijos. Esto alimenta en ellos el sentimiento de abandono, y los pone en situaciones muy difíciles.*

10. *Dentro de lo posible, no efectúe demasiados cambios en la vida de sus hijos. Si además de soportar la separación deben cambiar de residencia y de escuela, tardarán mucho más en superar el trauma del divorcio o separación de sus padres”.*

Como antecedente claro de la lista de criterios del TS, destaco las Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia, celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de Octubre de 2009, en las cuales ya se recogían los siguientes:

*“OCTAVA.- Constituyen presupuestos objetivos que favorecen el establecimiento de un régimen de custodia conjunta o compartida los siguientes:*

*a) Capacidad de comunicación de los progenitores, con nivel de conflicto entre los mismos tolerable.*

*b) Existencia de estilos educativos homogéneos.*

*c) Concurrencia de una dinámica familiar, anterior a la ruptura o al proceso, que evidencie una coparticipación de los progenitores en la crianza y cuidado de los menores, y ponga de manifiesto una buena vinculación afectiva de éstos con cada uno de aquéllos.*

*d) Proximidad y/o compatibilidad geográfica de los domicilios de los progenitores, en los casos de custodia conjunta con domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de progenitores”.*

En relación a la lista seguida por nuestros jueces y tribunales con anterioridad a la establecida por el TS, destaco, entre otras, la **SAP de Murcia (Sección 5ª) de 26 de junio de 2012. FD 3<sup>o</sup>494**: *“una guarda compartida para que funcione correctamente debe ser algo que, de hecho, viniese funcionando anteriormente a la crisis matrimonial, esto es, que los padres ya tuviesen una implicación directa y comprometida con sus hijos y ambos participasen, no necesariamente al 50 % pero sí con un alto grado de compromiso con los menores, en todas las actividades y decisiones relativas a los mismos. Ya anteriormente a la separación existía una implicación de ambos en el cuidado y atención de los menores,”*; Análisis de las aptitudes de los progenitores: *“no se puede dudar de las aptitudes personales de ambos para el cuidado y atención de sus hijos. Ambos son profesionales que trabajan fuera del hogar en cargos de responsabilidad y que están preocupados e implicados en la educación y el cuidado de sus hijos”*; Análisis sobre los deseos manifestados por los menores: *“Por lo que respecta a los deseos de los menores, no consta en las actuaciones que se haya llevado a cabo la exploración de los mismos por lo que habrá que acudir al informe pericial psicológico,”*; Edad de los menores: *“Otro elemento de valoración es el correspondiente a la edad de los hijos, pues no son las mismas las necesidades de un bebé que las de un adolescente.”* Cumplimiento de los deberes: *“En relación al cumplimiento de los deberes con sus hijos, no cabe duda alguna de que ambos están no sólo implicados, sino que cumplen de forma adecuada y acertada*

---

<sup>494</sup> AC 2012, 529.

*tales deberes.”; Estructuras de apoyo familiar: “Igualmente ambos tienen una estructura de apoyo implicada y estable en sus respectivas familias.”; Obligaciones laborales o conciliación de la vida laboral-familiar: “las obligaciones laborales de los padres, de tal manera que la guarda y custodia será un régimen adecuado si los menores puedan tener una mayor relación con sus dos progenitores. Si dicha relación no se va a dar con la intensidad adecuada por las obligaciones laborales (horario, viajes, tipo de actividad) de estos, resulta evidente que no se trata de la opción más adecuada”. Razonando, finalmente, la idoneidad de la GCC revocando la anterior: “dejando sin efecto la guarda y custodia acordada a favor de la madre y establecer una guarda y custodia compartida de los hijos para ambos progenitores”.*

Asimismo, la **SAP de Tenerife (Sección 1ª) de 11 de septiembre de 2013 FD 2º**<sup>495</sup>: *Concretando las condiciones para que pueda ser otorgado, esta última Sentencia expone, a modo de ‘numerus apertus’, los criterios para que proceda su reconocimiento, indicando los siguientes: la práctica anterior de los progenitores, sus aptitudes personales, los deseos de los menores (criterio que acaso debe ser matizado en función de la madurez de éstos, para evitar conductas paternas o maternas laxas o proclives a los naturales caprichos o desidia de los menores), el número de hijos, el cumplimiento de los deberes inherentes a la relación parental, el respeto mutuo, y el resultado de los informes (este criterio, más bien, hace referencia a un especial medio probatorio de los criterios anteriores).*

*En particular, respecto al relevante criterio de la opinión de los hijos, debe indicarse que estas inclinaciones (“deseos”, en la terminología de la jurisprudencia citada) deben ser siempre tomadas con cautela y analizadas críticamente (a ser posible por pericia psicológica sólida, solvente y materialmente objetiva) para evitar la “compra de voluntades” o simpatía fácilmente conseguibles precisamente mediante artimañas que resultan en perjuicio del menor, tales como la adquisición o regalo de bienes materiales, dejación de exigencias de rendimiento, atención a caprichos y, en general, actitudes permisivas y condescendientes que inclinan con toda facilidad el interés del menor a favor del progenitor tolerante frente al progenitor exigente en disciplina, rendimiento escolar y hábitos deportivos, saludables o alejados de ambientes perjudiciales. Por eso, es preciso que los menores dispongan de suficiente grado de madurez (lo que no es normal precisamente por su condición de menores) o que sus inclinaciones sean crítica y eficazmente tamizadas por un análisis de sus causas, de forma que, como resultado de ello, precisamente sea mejor para su interés dar prevalencia al progenitor no deseado por el menor, siempre que se constaten con rigor estas causas”.*

Los diferentes pronunciamientos judiciales, como este último citado, resaltan el carácter de “*numerus apertus*” de los criterios relativos a la interpretación del ISM, los cuales han sido progresivamente concretados<sup>496</sup> hasta confeccionarse una lista de los mismos:

---

<sup>495</sup> JUR 2013, 349070.

<sup>496</sup> De forma casi analógica, esta tendencia a crear una lista de factores o criterios para evitar situaciones de desigualdad es seguida, asimismo, para el cálculo de la pensión compensatoria, para el que se tienen en cuenta once factores (ver art. 97 C.c., la jurisprudencia en la materia y los factores expuestos Antonio Javier Pérez Martín: “*Tratado de Derecho de Familia*” Tomo I, Volumen I. Lex Nova 2ª Edición. Páginas 822 y 823.

1. Edad.
2. Opinión del menor.
3. Arraigo social, escolar y familiar de los menores.
4. Informe Técnicos.
5. Relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos.
6. Aptitud y voluntad de cada uno de ellos para asumir sus deberes.
7. Cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores.
8. Posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres y el apoyo con el que cuenten.
9. La situación de sus domicilios.
10. El número de hijos.
11. Otras circunstancias con relevancia en el régimen de convivencia.

Tales criterios, que han sido recogidos en el art. 92bis del ALECP<sup>497</sup>, son analizados, a continuación, de forma individualizada.

## **6.2.1.- LA EDAD DEL HIJO**

### **6.2.1.1.- La edad no es un criterio para determinar la conveniencia o no de la GCC**

Como ya he subrayado en diversas ocasiones, es evidente que la determinación del ISM, en cada caso, debe basarse en una serie de factores, criterios y valores que deben ser tenidos en cuenta en función de las concretas circunstancias concurrentes, puesto que cada niño es único.

Por ello, quiero comenzar el análisis de este elenco de pautas para la averiguación del ISM en los supuestos de GCC, analizando un dato esencial y de carácter objetivo, la edad

---

<sup>497</sup> Estos criterios han sido reproducidos en el art. 92 bis del C.c. propuesto por el ALECP, que en su EM expresa: “para determinar el régimen de guarda y custodia, el Juez recabará informe del Ministerio Fiscal, sin que tenga carácter vinculante de conformidad con la doctrina de la STC 185/2012, de 17 de octubre, y ponderará, además de las alegaciones de las partes, la opinión y deseos del menor y el dictamen de los expertos, en el caso que lo considere necesario, así como la concurrencia o no de todos aquellos criterios relevantes para el bienestar del hijo, como edad, arraigo social, escolar y familiar de los menores; relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; aptitud y voluntad de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; el apoyo con el que cuenten, la situación de sus domicilios o el número de hijos”.

Al respecto, Antonio Javier Pérez Martín en “Primera lectura del anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad separación y divorcio” artículo de opinión publicado en la *Revista de la AEAFA* Número 69 julio 2013 expone: “para acordar el sistema de custodia, a diferencia de lo que sucede en la actualidad, se dan al Juez una serie de pautas: ‘Deberá prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia”.



del menor, con las palabras contenidas en el editorial que podemos encontrar en la *Revista de Derecho de Familia*, Número 44, de julio-noviembre de 2009, titulado: “*Los niños con barba*” página 3, que comienza del siguiente modo: “*cuando hablamos de los derechos del niño, estamos pensando en pequeñas criaturas, inocentes, desvalidas, sin maldad... pero nadie piensa en un chico que mide un metro ochenta y tiene barba aunque no haya llegado aún a la mayoría de edad*”.

Esta reflexión me permite introducir la idea de las distintas necesidades y circunstancias de cada menor atendiendo a su edad, así como las dificultades que pueden plantearse ante una GCC a edades tempranas<sup>498</sup>.

Presupuesto esencial y previo antes de proponer (de manera consensual o disensual) o resolver sobre la GCC es el referido a la periodicidad de las alternancias o cuáles son las estancias más adecuadas a cada menor en función de su edad.

Los progenitores o, en su caso, el juez deben atender, ante todo, a la edad del menor y determinar cuáles son las necesidades de ese concreto menor a esa edad<sup>499</sup> una vez examinadas sus circunstancias escolares, médicas, personales y familiares, para llegar a la modalidad de GCC más adecuada para él.

Debo resaltar que no existe una edad mínima (no hay prohibición legal alguna de dicho modelo de guarda en función de la edad) ni tampoco limitaciones biológicas, llegándose a considerar procedente o adecuada la GCC, incluso, en lactantes<sup>500</sup>, aunque la regla

---

<sup>498</sup> Así lo entiende la SAP de Murcia de 26 de junio de 2012 (Id Cendoj 30016370052201200315), FD 3º: “*otro elemento de valoración es el correspondiente a la edad de los hijos, pues no son las mismas las necesidades de un bebé que las de un adolescente. Cuanto más pequeño sea el menor de edad, más complicado será poder adoptar un régimen de custodia compartida, y por el contrario cuanto mayor sea, y más si el propio hijo está implicado en sus relaciones con su padre y su madre, más fácil será la custodia compartida. En el presente caso los menores nacieron en los años 2000 (Sara), 2002 (Vicente) y 2004 (Jaime), lo que implica que actualmente tienen unas edades que oscilan entre los 11 y los 7 años. Ello supone que los menores tienen una edad en la que pueden colaborar al buen funcionamiento del régimen de custodia compartida ya que se ha dado una cierta estabilidad en sus necesidades derivada del alcance de una cierta autonomía en sus actividades básicas que permite la asunción de roles personales en descargo de sus padres (referidos a vestido, aseo, comida, etc.) y que por ello permiten facilitar una correcta ejecución de la custodia compartida, tal como hasta ahora viene desarrollándose*”.

<sup>499</sup> Entre las necesidades del menor con especial incidencia en la forma de plantear la GCC pueden señalarse: los tratamientos médicos o educativos (cuidados o necesidades especiales); existencia de hermanos; hábitos arraigados (clases extraescolares o actividades deportivas); opiniones, etc.

<sup>500</sup> “*El Juzgado de Primera Instancia 8 de Sabadell (Barcelona) ha acordado otorgar la custodia compartida de un menor de 15 meses que todavía es lactante a unos padres separados, repartiendo las horas del día entre ambos para garantizar su alimentación. Barcelona, 30 (Europa Press)*”.

*La abogada del padre, Mireia Ruiz, ha explicado a Europa Press que es una decisión ‘totalmente inédita’ ya que por primera vez se dicta una custodia compartida para un lactante de tan corta edad, cuando normalmente hasta los tres años y con lactancia siempre se le otorga a la madre’.*

<http://www.economista.es/interstitial/volver/208660942/legislacion/noticias/6042066/08/14/Una-juez-de-Sabadell-Barcelona-otorga-la-custodia-compartida-de-un-lactante-de-15meses.html#Kku8FEh86LZNw1A7>

general, he de decir, ha sido rechazarla en estos supuestos<sup>501</sup>. Por primera vez se contempla, expresamente, dicha situación en el art. 5.3 apartado a) de la LVRF, acorde con la jurisprudencia favorable a dicha implantación en estos supuestos: *“antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes factores:*

*a) La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores”.*

Ni el C.c., ni la STS de 29 de abril de 2013, ni la normativa catalana en materia de GCC hacen referencia a esta circunstancia o pauta en sus respectivas listas, frente al resto de las regulaciones que sí recogen este factor, el cual es ubicado sistemáticamente en primer o segundo lugar, como si de ello dependiera el resto del análisis del ISM.

A mi modo de ver, considero adecuada la no inclusión de la edad en las listas de criterios que han de ser tenidos en cuenta a la hora de terminar un modelo de GCC, y ello porque la edad del menor es un presupuesto para concretar la adecuada periodicidad de los contactos, pero no para aceptar o rechazar, sin más, la modalidad de guarda<sup>502</sup>. La

---

<sup>501</sup> La lactancia es un dato objetivo que puede ser instrumentalizado por la madre como argumento para impedir la GCC. *Vid.* SAP de Castellón (Sección 2ª) de 14 de julio de 2014 (JUR 2014, 272276), FD 3º, en la que se analiza la conveniencia general de la GCC *“siendo positiva para los hijos la guarda y custodia compartida”* pero, al analizar su procedencia o no en el caso enjuiciado de lactancia del menor, acuerda su rechazo: *“sin embargo, atendida la edad de la menor lactante, lo normal por la jurisprudencia ha sido y es, rechazar la GCC, ya que conllevaría que la madre o el padre tengan que desplazarse a casa del otro para que esté en compañía del menor”.*

En el mismo sentido negativo, en supuesto de lactancia del menor, *vid.* SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 22 de junio de 2006 (JUR 2007, 18217), FD 2º.

Contraria a la GCC por lactancia, a pesar del informe de la psicóloga concluyendo en su informe elaborado tras las entrevistas con las partes y la menor en el sentido de que se encuentran indicadores positivos para el ejercicio de una custodia compartida, sin descartar en un futuro establecer la guarda compartida, se muestra la SAP de Alicante (Sección 6ª) de 10 de abril de 2013 (JUR 2013, 258080), FD 3º: *“cierto es que la perito judicial psicóloga Doña Carmen concluye en su informe elaborado tras las entrevistas con las partes y la menor en el sentido de que se encuentran indicadores positivos para el ejercicio de una custodia compartida entre ambos progenitores, pero viene a incidir que en todo caso se trate de periodos de corta duración ya que se trata de una menor lactante, de corta edad y de apego con su madre, aconsejando que las pernoctas se vayan realizando de manera progresiva, según vaya aumentando el nivel de autonomía de la menor y se vaya retirando la lactancia materna, recomendando incluso que cada progenitor viva con la menor en un domicilio independiente que rotar en el mismo domicilio ya que esta opción puede aumentar la conflictividad interparental.*

*Por ello, siguiendo los indicadores de excepción: la corta edad de le menor; la lactancia de la misma; el tiempo en que habitualmente ha permanecido con la madre; la absoluta disposición familiar de la madre en la atención para con la hija, hacen aconsejable que por el momento se mantenga el sistema de custodia monoparental en la madre tal como se señala en la sentencia, que, por otra parte, establece un adecuado sistema de visitas a favor del padre que puede favorecer el contacto más permanente y progresivo con la menor para en un futuro establecer la guarda compartida. Por todo lo cual procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia impugnada al estar ajustada a derecho”.*

<sup>502</sup> No estoy de acuerdo con Dolores Viñas Maestre (Magistrada AP Barcelona, Sec. 18.ª): *“Custodia Compartida”*. Sepín. Febrero 2008. SP/DOCT/3601: *“Respecto al modelo de custodia, habrá que estar a*

decisión del Juez debe atender, de manera principal, a la edad del menor, no tanto por la modalidad de GCC, sino por la configuración de su concreto ejercicio en cuanto a la alternancia en las estancias con cada progenitor, que debe tener aptitud o capacidad para ocuparse personalmente de las necesidades del menor. En ocasiones, se requieren distintas soluciones aun en supuestos idénticos por la edad del menor, dadas las necesidades concretas del hijo y las ocupaciones laborales de los progenitores (aptitud en sentido logístico).

Dicho esto, no existe una edad mínima que limite o excluya visitas y estancias a la GCC, o que imponga un modelo de GC paterna o materna, y ello, a pesar de haber generado un profuso enfrentamiento entre estudios psicológicos, opinión de expertos, y sentencias a favor y en contra de la atribución de estancias en menores de corta edad.

En este sentido, algunos pronunciamientos judiciales, a la vista de la corta edad del menor, consideran suficiente un régimen de visitas con su padre para cubrir el desarrollo de la personalidad del pequeño<sup>503</sup>, en tanto otra tendencia, cada día más mayoritaria en nuestra

---

*las recomendaciones que realicen los equipos psicosociales en cada caso. Como pautas generales se proponen las siguientes, sin perjuicio de valorar en cada supuesto las circunstancias fácticas que pueden llevar a otra conclusión.*

*Resulta en principio desaconsejable para un niño los primeros meses de vida, pues es indispensable la estabilidad física y personal con el adulto cuidador de referencia, aconsejándose en este supuesto aumentar la frecuencia de las visitas semanales.*

*Hasta los seis o siete años, se aconseja partir la semana. Se asegura así una regularidad en su vida de forma que determinadas actividades las vinculará con las estancias en casa del padre o en casa de la madre, creando referencias fijas y alternándose los fines de semana. (Lunes/martes-miércoles/jueves, y fines de semana de forma alterna).*

*De ocho a doce años la frecuencia que se aconseja es la semanal, ya que el menor empieza a tener margen de autonomía y control de la organización de sus actividades.*

*En la adolescencia se puede pasar al sistema de quincenas”.*

<sup>503</sup> SAP de Cuenca (Sección 1ª) de 5 de diciembre de 2014 (JUR 2014, 9836). FD 5º: “consideramos que al menos por el momento el adecuado es el establecido por el Juzgador de instancia en el Auto de 12.11.2013, ya que, a la vista de la corta edad del menor, (como ya se ha indicado ni siquiera tiene todavía dos años), y para evitar problemas de desorientación del mismo, entendemos que no es procedente que en la actualidad esté sometido a una frecuencia de viajes distinta y superior a la establecida, con ponderación, por el Juzgador a quo en el citado Auto; máxime cuando pensamos que, por un lado, ese régimen de visitas por el momento es suficiente para que el niño vaya sintiendo el intenso vínculo afectivo que le une con su padre y, por otro lado, que tal régimen por el momento también sirve para cubrir el desarrollo de la personalidad del pequeño”.

doctrina<sup>504</sup> y jurisprudencia<sup>505</sup>, abogan por la prolongación de las estancias y pernoctas en menores de 3 años, si bien la atribución judicial a la madre de la GC en supuestos contenciosos de menores en la primera infancia es constatable, de forma muy mayoritaria, lo que acontece, sin duda alguna, como consecuencia de la subsistencia de la idea de que los menores están mejor en compañía de las madres, sobre todo en los denominados “años tiernos”.

Considero que el pre-legislador y las CCAA que ubican sistemáticamente la edad de los hijos como primer factor o criterio a tener en cuenta en relación a la GCC están poniendo de manifiesto, de manera implícita, su rechazo a dicho modelo de guarda atendiendo a la pervivencia de dicha idea, advirtiendo al Juez de las dificultades para instaurar el modelo de GCC disensual a edades tempranas, antes de valorar el resto de los factores o criterios a seguir para la averiguación del ISM.

Recuerdo que existe un argumento normativo (también, sin duda, social, dada la concepción tradicional del reparto de roles) a esgrimir en contra de la guarda paterna a edades tempranas, el art. 159 del C.c. (vigente desde el 9 de junio de 1981 hasta el 7 de noviembre de 1990): “*designación por el juez de la guardia de los hijos. Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo*”.

---

<sup>504</sup> Roberto Llorente Pintos (Abogado): “El régimen de visitas: la corta edad como impedimento para la pernocta” en *Revista de Derecho de Familia*, Núm. 33 Octubre-Diciembre de 2006. Páginas 23 a 77.

<sup>505</sup> En el mismo sentido, la SAP de Asturias (Sección 7ª) de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014, 168293), FD 3º: “*la anterior doctrina es aplicable plenamente al caso enjuiciado, pues básicamente nos hallamos ante las mismas circunstancias. Se trata de un sistema de guarda y custodia compartida decretado en diciembre de 2013, cuya evolución y seguimiento ha llevado a cabo el equipo psicosocial, que considera en su dictamen que ha producido un óptimo resultado y que ha resultado ser muy beneficioso para el desarrollo afectivo, emocional psicológico y material de la menor, que no ha experimentado problema alguno ni tiene por qué producirse una vez que se incorpore a la actividad escolar. Tampoco la edad de la menor Maribel de 2 años, constituye per se un impedimento, bien para fijar visitas normalizadas a favor del padre, bien para establecer un sistema de guarda y custodia compartida, a salvo de periodos puntuales en que las circunstancias del menor aconsejen residenciar aquella en la madre (como pudiera ocurrir durante el periodo de lactancia), lo que no se produce en el supuesto enjuiciado y obliga a confirmar la resolución en el motivo único de impugnación referida a la guarda, que al no modificarse, veda la fijación de los alimentos a favor de la apelante en el porcentaje solicitado, que se supeditan al cambio de guarda*”.

De este modo, prácticamente, de manera automática, se ha venido atribuyendo a la madre la guarda de los hijos menores de siete años<sup>506</sup>, aunque se percibe un claro cambio de tendencia<sup>507</sup>.

---

<sup>506</sup> Recuérdese el principio 6º de la CDN: *"salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre"*.

Entre algunos pronunciamientos judiciales a favor de la atribución de la guarda del hijo de corta edad a la madre, destaco, entre otras, la SAP de Valencia (Sección 10ª) de 4 de febrero de 2003 (JUR 2003, 93499), FD 1º: *"la representación de la demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Catarroja el día 23 de junio de 2.002, que atribuyó la guarda y custodia de la hija de los litigantes, que todavía no ha cumplido los dos años de edad, a su padre, y que reconoció un régimen de comunicación a su madre"*; la SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 24 de enero de 2005 (JUR 2005, 63508), FD 1º: *"que no ha lugar a establecer la patria potestad compartida por ambos cónyuges de la menor atribuyéndose al padre apelante la guarda y custodia de ésta, ni a establecer un amplio régimen de visitas a favor de la madre (siempre que lo desee previa comunicación al padre), dado que, como informa el Ministerio Fiscal y consideró la Juzgadora "a quo", la corta edad de la niña, 7 años, aconseja que se atribuya la guarda y custodia a la madre, la que, ya lo venía haciendo, al desarrollarse el matrimonio en base al trabajo del padre y ser ella, como "ama de casa", la que se dedicaba a la atención de la niña"*; la SAP de Murcia (Sección 4ª) de 2 de febrero de 2012 (JUR 2012, 72090), FD 1º: *"que no lugar a declarar la guarda y custodia compartida, pues no concurren los requisitos exigidos por el artículo 92.8 del Código Civil, ya que la madre de los menores se opuso a dicho régimen al formular el escrito de contestación a la demanda y tal como se mantiene en el escrito de impugnación al recurso; el Ministerio Fiscal solicitó que la guarda y custodia de los menores fuera atribuida a la madre y, finalmente, en el informe realizado por la perito Psicóloga, nombrada en el procedimiento, se considera conveniente que los menores permanezca bajo la custodia de la madre. Debe, pues, mantenerse la atribución de la guarda y custodia acordada en instancia en favor de la madre, no aceptándose, por consiguiente, lo alegado sobre este particular en el recurso de apelación. Asimismo, procede mantener el régimen de visitas señalado en instancia, pues en cuanto a la hija, Berta, el concedido es el normalizado y el que ordinariamente se establece cuando no concurren circunstancias que justifican la restricción del derecho de comunicación entre progenitores e hijos, al tiempo que el señalado en instancia garantiza adecuadamente la comunicación del padre con la hija, pues permite las visitas intersemanales, los fines de semana alternos y los períodos vacacionales, y en cuanto al hijo, Andrés, nacido el 28-12-2008, la restricción del derecho de comunicación hasta que cumpla los tres años de edad está justificada en función de la propia edad, y así en el informe realizado por la Psicóloga, Doña Margarita, se indica que el régimen de visitas sea sin pernocta durante dos visitas intersemanales, debiéndose poner de manifiesto que el 28 de diciembre de 2011, fecha en que cumple tres años Andrés, el padre tendrá el mismo régimen de visitas que el señalado para su hija Berta. No hay, pues, lugar a modificar el régimen de visitas en el sentido interesado"*.

<sup>507</sup> Así, por ejemplo, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 4 diciembre 2013 (JUR 2014, 105238), ante la alternativa entre la revocación de la custodia compartida sobre el dato de la corta edad de la menor o el mantenimiento de la misma, la Sala resuelve el "dubio" planteado inclinándose por la alternativa de mantener el "statu quo" del último año y medio, habida cuenta de la ausencia de incidencias o quejas, y vista la nueva tendencia doctrinal favorable a la custodia compartida. FD 3º: *"frente a este panorama favorable, opera en contra un elemento relevante que es la corta edad de la hija, hoy de 3 años y medio, edad en la que precisa atentos y constantes cuidados y una especial estabilidad en los hábitos y en el entorno, careciéndose - naturalmente- de elemento alguno en relación a las inclinaciones de la menor (vistas siempre con la cautela antes expuesta) ni de la deseable pericia psicológica o de trabajadores sociales en relación con el entorno familiar. Ahora bien, esta dificultad puede superarse habida cuenta de que, dado el período de tiempo transcurrido desde la adopción de la medida judicial en la instancia, ya ha transcurrido un año y medio en el que se viene realizando la custodia compartida sin que consten incidencias en este plazo.*

*En el presente caso, pues se enfrenta la Sala ante una difícil alternativa, entre la revocación de la custodia compartida, como parece aconsejar el dato objetivo de la corta edad de la menor o el mantenimiento de la misma, dado el tiempo transcurrido en esta situación y la alteración que supondría para la menor el cambio.*

*En esta tesitura, la Sala resuelve el "dubio" planteado inclinándose por la alternativa conservadora, prefiriendo mantener el "statu quo" de este último año y medio, habida cuenta de la ausencia de incidencias o quejas. Así, la Sala se alinea con la nueva tendencia doctrinal favorable a la custodia compartida, vistas*

Cuando se trata de un menor de corta edad, existe otro factor que ha de ser tenido en cuenta, no ya en base al ISM, sino por las necesidades logísticas de los primeros años del hijo, pues en este estadio inicial del menor resulta especialmente difícil conjugar las obligaciones laborales con el modelo de GCC, ya que se requieren espacios muy cortos y muy frecuentes de estancia (de pocas horas y en varios momentos del día), debiéndose adecuar las obligaciones laborales a la necesidad de contacto frecuente y la particular rutina del menor (dormir, jugar, comer, baño).

Pese a ello, aun considerando este mayor esfuerzo de los progenitores en esta etapa temprana, desde mi punto de vista, resulta determinante y deseable tanto para el menor como para los progenitores, que los contactos sean frecuentes, ya que favorecerá la creación de fuertes lazos de vinculación paterno filiales, coparentalidad, y lo que es más importante, la implantación temprana de patrones de conducta igualitarios entre los progenitores y la corresponsabilidad parental<sup>508</sup>.

Un reparto equitativo de tareas e implicación en la toma de decisiones en los primeros meses, como base para los sucesivos, favorecerá su mantenimiento durante toda la vida del menor, creando un clima de cooperación y compromiso en los progenitores, que siempre podrá reconducirse en el futuro, pero que será aceptado y entendido con naturalidad por todos los miembros del grupo familiar, si se incorpora desde el inicio. Considero que la GCC es un concepto que, como tal, debe ser entendido por los progenitores desde el nacimiento del hijo, no como una solución a la ruptura, sino como un estilo de atención y cuidado al menor e implicación permanente, el cual resulta conveniente implantar desde el mismo momento del nacimiento del hijo.

En estas fechas y gracias, en gran parte, a las políticas de igualdad de género, los hombres y las mujeres han superado la asociación de ideas entre paternidad y trabajo, alcanzado hoy la concienciación generalizada de la necesidad de compatibilizar jornada laboral y familiar.

Así las cosas, la edad del menor no dificulta *per se* la GCC, dato que sólo debe operar como elemento de juicio para determinar cómo debe implantarse el modelo de guarda, con qué periodicidad<sup>509</sup>, correspondiendo a los padres establecer si es viable conjugar la

---

*las condiciones anteriormente expuestas y pese a las manifestaciones de la dirección letrada de la madre retractándose de la conformidad prestada en el acto del juicio, Por tanto, procede desestimar el recurso, con confirmación de la Sentencia de instancia.*

<sup>508</sup> Almudena Moreno Mínguez: “Conciliación de la vida laboral y familiar en el modelo de flexibilidad en España desde una perspectiva de género”, en *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, enero de 2011. Página 102, destaca la necesidad del varón o identificación del hombre para mantener la “identidad masculina” asociadas con el trabajo remunerado, que se traduce en que la noción de “buen padre” y “buen trabajador”: “*en el caso de los hombres con responsabilidades familiares el comportamiento ante el empleo y la familia viene determinado por el significado cultural de la “masculinidad” asociado con el papel de ser padres. El hombre está sometido a una presión continua para mantener las ‘identidades masculinas’ asociadas con el trabajo remunerado. Esto se traduce en que la noción de ‘buen padre’ y ‘buen trabajador’ está asociado con el modelo cultural trabajo a tiempo completo en el que se ha de sacrificar el tiempo dedicado a la familia a favor del tiempo de trabajo para demostrar que se es un buen padre en el rol de varón sustentador y un buen trabajador (Kerfoot and Knights, 1996; Longhurst, 2001; Puwar, 2004)*”.

<sup>509</sup> En este sentido, Cristóbal Pinto Andrade: *La custodia compartida*. Bosch. 2009. Páginas 80 y 83, así como la ya citada STS de 29 de noviembre de 2013 Roj. 5641/2013. FD 3º: *en tercer lugar, en ningún caso se desnaturaliza la medida mediante la alternancia por anualidades de la custodia. Ciertamente es que esta*

edad del menor en cada momento con sus obligaciones laborales, analizando las posibilidades reales para poner en marcha la GCC y debiendo ser conscientes de que las necesidades del menor son cambiantes de manera que se requiere una mayor periodicidad a edades más tempranas de 0 a 3 años, aunque el contacto permanente es deseable a cualquier edad<sup>510</sup>.

En relación a las etapas que considero que habrán de tenerse en cuenta para precisar la adecuada periodicidad de las estancias, destaco: una primera, que corresponde al menor

---

*medida debería venir precedida de un plan contradictorio sobre la forma de su ejercicio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas y que las situaciones son muy cambiantes tanto en lo económico como en lo personal, psicológico, emocional y social, pero también lo es que una alternancia prolongada ni está proscrita en nuestro ordenamiento, ni se ha demostrado que afecte de manera favorable o desfavorable a la estabilidad de los menores. La medida, sin duda, es subsidiaria a lo que en cada momento puedan acordar los padres para el mejor bienestar de sus hijos. Son ellos y no los jueces quienes conocen mejor la realidad de los niños y quienes deberán adaptarlo a lo que les interese en cada periodo de crecimiento, aunque sea haciendo uso de la mediación familiar o de terapias educativas.*

*Como dice la sentencia de 19 de julio de 2013, lo que se pretende con esta medida es ‘asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor’ y, en definitiva, ‘aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos’.*

*Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior”.*

<sup>510</sup> SAP de Valencia (Sección 6ª) de 22 de abril de 1999 (AC 1999, 4941), FD 6º: “desde esa perspectiva que enmarca todo el Derecho interno y el Derecho internacional, se hace necesario mantener como norte y meta de la actuación judicial la obtención del superior interés del niño. En esta línea de «favor filii», debe procurarse con carácter general que los hijos tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores.

*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”.*

lactante o edad temprana, de entre los 0 a los 3 años de edad<sup>511</sup>; una segunda, coincidente con los 3 a los 12 años del menor (menos dependiente respecto de sus padres)<sup>512</sup>, y una

---

<sup>511</sup> La edad de 3 años ha sido señalada y valorada por la doctrina y la jurisprudencia para determinar el tipo y/o cambio de guarda, como indica, entre otras, la SAP de Lugo (Sección 1ª) de 20 de enero de 2004 (JUR 2004, 69840), FD 1º: *“en esta segunda alzada el informe del punto de encuentro revela como la relación de la menor con la familia paterna es buena, no obteniéndose en cambio ninguna colaboración de la materna. Si a ello se añade que dado el tiempo transcurrido, el psicólogo D. Millán aconseja ya las pernoctas a partir de los tres años; en lo que concuerda la psicóloga Doña Mariana, pues ya ha transcurrido un año desde la emisión de su informe. Para, finalmente el psiquiatra designado por el juzgado -verdadero perito, funcionario de carrera, de cuya objetividad no cabe dudar entiende que cumplidos los tres años el régimen se podría ampliar, calificándose las acusaciones de "gravísimas e infundadas" las efectuadas al marido”*.

En el mismo sentido, la STSJ de Aragón, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 13 de julio de 2011 (RJ 2011, 6564), FD 6º: *“no obstante, la Sala estima que en atención a la estabilidad del menor la custodia diaria resulta poco conveniente, y debería ser sustituida, al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria, por una custodia por períodos más amplios, de acuerdo con el plan de convivencia que los cónyuges (sic) establezcan. Pese a todo acuerda la custodia compartida exactamente en la forma que considera poco conveniente.*

*Esta argumentación no resulta coherente. No deben los tribunales acordar una medida, que afecta a derechos eminentemente personales de menores, cuando dicha solución es considerada poco conveniente; ni hay razones para instar a las partes a la sustitución de la forma de custodia que impone -pese a desvalorarla- "al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria", pues no hay motivos que conduzcan a la modificación a partir de ese momento, ni las razones que a ello conducen se exponen en la fundamentación jurídica del fallo.*

*Por todo ello, el motivo se estima”*.

Más recientemente la SAP de Tarragona (Sección 1ª) de 17 de octubre de 2014 (JUR 2014, 299200), FD 3º: *“partiendo de lo referido y atendiendo al interés del menor y al propósito de causarle el menor impacto posible, se entiende conveniente mantener el régimen de guarda fijado en la sentencia recurrida, con la única modificación de que en los fines de semana el tiempo se amplía de 11 horas del sábado a 20 horas del domingo; a partir de enero de 2015 los fines de semana se extiende de viernes a 20 horas a domingo a 20 horas, para pasar a la custodia compartida a partir de que el menor cumpla 3 años, es decir del NUM000 de 2015, por semanas alternas, sin visitas intersemanales, salvo que los progenitores de mutuo acuerdo las establezcan, y con el mismo régimen de vacaciones ya fijado en la sentencia de instancia”*.

<sup>512</sup> En el periodo indicado, el niño ya acude a un centro escolar (guardería o pre-escolar) y tiene, por tanto, un amplio horario fuera del domicilio familiar que facilita las entregas y recogidas, así como su cuidado por parte de cualquiera de los progenitores y consiguiente programación de los horarios laborales, lo que permite la efectividad de la GCC. En este sentido, la STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 28 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 10948), FD 3º: *“un segundo factor al que aluden las sentencias de instancia es la edad del menor, nacido el NUM000 de 2009. Cuenta por tanto en este momento tres años de edad, y se encuentra en la primera infancia. La edad de los hijos es el primero de los factores mencionados en el artículo 80.2 CDF. No obstante, la circunstancia de la corta edad del menor no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida por los dos progenitores, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y que en este caso no concurren. Así lo ha entendido esta Sala en su Sentencia de 25 de septiembre de 2012 en un supuesto de un menor de tres años al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia, y así debe ser reiterado en una situación, como la enjuiciada, en la que el niño acude ya a la guardería y tiene por tanto un amplio horario de estancia fuera del domicilio familiar que facilita su cuidado por parte de cualquiera de los progenitores. Los horarios laborales de los padres tampoco resultan concluyentes para descartar la custodia compartida”*.



tercera, coincidente con la adolescencia de los menores de los 12-14 años en adelante<sup>513</sup>.

Estas etapas por edades, las he considerado en función de las necesidades biológicas y la madurez del menor (entendida ésta como capacidad de decisión), ya que la implantación del modelo de GCC entiendo que resulta viable siempre, a cualquier edad, pero es, sin duda, más difícil instaurarlo, por razones logísticas, antes de la transformación del bebe al niño<sup>514</sup>, ya que al cumplir tres años de edad, se logra la estandarización de horarios escolares (inicio de la escolarización no obligatoria) junto a otros factores físicos como la aparición del lenguaje (se expresan con normalidad con sus padres y su entorno), andan, comen, se visten y bañan con autonomía, se inician en la práctica deportiva, etc.

Esto permite establecer otro tipo de relación con sus padres (y su entorno), quienes encontrarán menores dificultades logísticas al ser su hijo menos dependiente<sup>515</sup>, lo que

---

<sup>513</sup> La OMS considera adolescentes de los 10 a los 19 años ([www.who.int/topics/adolescent\\_health/es](http://www.who.int/topics/adolescent_health/es)).

Respecto a la situación del menor en esta etapa, se pronuncia la SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 6 de febrero de 2004 (JUR 2004, 91903), FD 1º: *“pero hay que reconocer que es imposible e inconveniente de todo punto imponer a unos adolescentes de 17 y 16 años una relación con su progenitor que no desean. Además, creemos que sería contraproducente y que, en vez de acercarlos a su padre, los alejaría más. Por consiguiente, procede que se estime el recurso en esto, suprimiendo el régimen de visitas, para que la relación padre-hijos se produzca en conforme a los deseos de los tres interesados”*.

<sup>514</sup> SAP de Guadalajara (Sección 1ª) de 11 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 47326), ANTECEDENTE DE HECHO 2º: *“4.- Se atribuye a D. Millán régimen de visitas consistente en poder tener en su compañía a Paula los tres primeros sábados del mes durante dos horas, desde las 12 horas hasta las 14 horas, debiendo recoger el padre a la niña en el domicilio conyugal o en el domicilio de los padres de la actora. En todo caso el padre deberá desplazarse a Romancos, donde reside temporalmente la actora, dada su situación psicológica, hasta el momento en que la actora le comunique que ha reanudado su residencia en el domicilio conyugal, siendo preferible, que al menos cuando se mantenga la lactancia materna y el régimen de visitas sea de dos horas, no traslada al bebé a Guadalajara. El régimen descrito es transitorio y finalizará cuando finalice la lactancia materna, en cuyo caso se fijará el régimen de visitas consistente en que el padre podrá tener en su compañía a su hija Silvia los fines de semana alternos desde las 18 horas del viernes hasta las 18 horas del domingo, la mitad de las vacaciones de semana santa, navidad y verano, eligiendo el padre los años pares y la madre los impares. Este régimen incluye la pernocta de la niña, desde el primer momento”*.

FJ ÚNICO: *“...no resultan atendibles los alegatos esgrimidos para conseguir la restricción del régimen de visitas, como tampoco puede serlo el atinente a la corta edad de la hija, pues con independencia de que existan opiniones que avalen la no conveniencia de la pernocta con el progenitor no custodio tratándose de menores de cuatro años, a tal criterio hay que oponer que el contacto y estancia de un niño de corta edad con el padre, es, a priori, una medida conveniente para el desarrollo del menor como medio de lograr que desde un principio se instaure una situación normalizada entre ambos, lo que evitará los cambios bruscos que implicaría introducir una pernocta transcurrido un tiempo prolongado de estancias solamente diurnas, no pudiendo desconocer además que la exclusión de dicha pernocta también incidirá en el régimen de visitas a establecer durante los periodos vacacionales, el cual se vería dificultado, cuando no impedido en su efectividad, si no se permitiera a la menor pernoctar con su padre; máxime cuando no se ha acreditado que exista causa alguna que implique que ello pueda perjudicar a la niña, o que su progenitor no esté capacitado para cuidar y velar por ella, por lo que resolver del modo pretendido por la recurrente implicaría limitar sin justificación alguna los derechos del padre a estar con su hija, e incluso podrían lesionarse los intereses de ésta al privarla de la posibilidad de estar tanto con su madre como con la familia paterna dentro de los límites que cualquier situación de separación matrimonial impone; consideraciones cuantas anteceden que deben comportar el rechazo del recurso deducido, sin verificar expreso pronunciamiento en cuanto a las costas procesales devengadas en la alzada, habida consideración del carácter controvertido de la cuestión planteada en la litis”*.

<sup>515</sup> SAP de Burgos (Sección 3ª) de 26 de octubre de 2004 (JUR 2004, 317144), FD 3º: *“quizás un cambio de esta naturaleza puede ser más fácilmente asumible por un niño de mayor edad, que goza ya de una*

permitirá la normalización en periodos y estancias frecuentes. Así, en la primera etapa, menor de 0 a 3 años, los contactos o periodos de estancias han de ser muy frecuentes (de días u horas), frente a las otras dos etapas señaladas, cuyos periodos sí pueden ser estandarizados en semanas o en quincenas<sup>516</sup>.

#### **6.2.1.2- La edad y los sistemas de guarda compartida por días, semanas, meses, trimestres, cuatrimestres o cursos escolares**

Respecto a la edad y a la modalidad de GCC, procede reflexionar sobre la absoluta libertad que los progenitores en supuestos consensuales y la del juzgador en los supuestos disensuales, a la hora de acordar o resolver sobre la alternancia más adecuada al menor.

Esta libertad es patente, pue no se han indicado pautas al respecto en las legislaciones autonómicas ni tampoco en el ALECP, más allá de resaltar, como un derecho y una necesidad, los contactos frecuentes paterno filiales, pero sin especificar cuáles o cómo deban ser éstos: “...persigue subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor”<sup>517</sup>.

Este derecho de cada menor a mantener las relaciones personales con ambos progenitores (también denominado “neutralidad de género”) y que el contacto con ellos sea continuado, directo y regular, ha sido interpretado, de forma muy diversa, por la jurisprudencia, incluso, en casos de menores de edades muy similares, optándose en unos supuestos por sistemas diarios o semanales y, en otros, por trimestres o cursos.

Mi opinión al respecto, para comenzar, es que una declaración de intenciones (en las EM o Preámbulos de las respectivas normas) no es suficiente.

Entiendo que los contactos frecuentes y la periodicidad diaria, semanal o quincenal deben ser la regla general. Otra modalidad, mensual, trimestral o por cursos, desnaturaliza la propia esencia de la GCC, no es una GCC.

No podemos olvidar que la pretensión o filosofía de ésta no es la rotación de guardas, sino el contacto o apego diario o semanal con el menor, permitiendo compartir a ambos progenitores su participación personal y asistencia al hijo, así como su seguimiento y el

---

*cierta autonomía con respecto a los cuidados que recibe de sus padres. Sin embargo, la adaptación es más problemática cuando se trata de un niño de corta edad, con la desventaja añadida de que, una vez adaptado el niño a su nuevo hogar, su régimen de vida vuelve a alterarse al marcharse a vivir a la casa del otro progenitor. Ciertamente, el mismo cambio se produce también con el régimen de visitas, pero sabido es que la necesidad de adaptación en estos caso es menor porque el traslado de casa se produce en fines de semana y vacaciones, en épocas más propicias para esta clase de cambios en los hábitos de vida”.*

<sup>516</sup> En este sentido, Cristóbal Pinto Andrade: *La custodia compartida*. Bosch. 2009. Página 83.

<sup>517</sup> Así se recoge en el ALECP (folio 9), en cuanto al concepto visitas y también la EM de la LPVRF (“contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del menor”) o el Preámbulo de la LVRF (“3. Derecho de cada menor, separado de un progenitor, «a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular»”).

control de todas las facetas diarias de su vida o rutina: llevarlo y recogerlo del colegio, acompañamiento en las tareas escolares, visitas o revisiones al médico, participación en la higiene personal del menor, protocolo del sueño, etc.

Estas funciones cotidianas no podrán desarrollarse, adecuadamente, por parte de ambos progenitores, en caso de acceder a estancias puntuales (intersemanal o de fines de semana alternos), pues el menor, a cualquier edad, requiere un seguimiento continuado que no puede ejercerse en supuestos de alternancias iguales o superiores a la quincena o al mes.

La GCC se presenta como la mejor forma de mantener una relación afectiva lo más estrecha posible, fomentando la integración del menor con ambos progenitores y estimulando la cooperación entre éstos en beneficio del menor. Así lo subraya, con claridad, la reciente **STS de 16 de febrero de 2015**, en su **FD 3**<sup>518</sup>.

Sin embargo, los ejemplos jurisprudenciales son diversos, sin quedar justificada la opción entre una y otra modalidad de GCC o la fijación de una duración de las estancias con uno u otro progenitor.

Así podemos encontrar en la jurisprudencia sistemas o ejemplos de GCC por días (el subrayado es mío):

En la **SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 20 de febrero de 2007**<sup>519</sup>, en cuyo FALLO viene a regular las estancias de 2 menores de 7 y 13 años: *“La guarda y custodia compartida de ambos hijos, Lorenzo y Laura con cada uno de sus progenitores, y en concreto se establece que éstos siempre permanecerán y pernoctarán los lunes y los martes con la madre, y los miércoles y los jueves con el padre, y los fines de semana de forma alterna, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo, así como la mitad de los períodos vacacionales escolares de Navidad, Semana Santa y verano, asimismo con la debida alternancia, correspondiendo la elección del disfrute de tales vacaciones, salvo acuerdo en otro sentido, a la madre en los años pares y al padre en los impares”*.

La **SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 29 de marzo de 2011**<sup>520</sup> en cuyo FALLO viene a regular las estancias de 1 menor de 9 años: *“El padre tendrá al menor fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o desde las 17,30 horas hasta el lunes a la entrada del mismo, cuando lo haya, entregándolo, en caso contrario, en el domicilio materno.*

*Martes y jueves desde la salida del colegio o desde las 17,30 horas, con pernocta, hasta el día siguiente a la entrada del colegio, cuando lo haya, en caso contrario, lo llevará al domicilio materno.*

---

<sup>518</sup> Roj. 258/2015.

<sup>519</sup> JUR 2007, 101427.

<sup>520</sup> AC 2011, 481.

*El resto del tiempo permanecerá el menor con su madre.*

*Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano se distribuirán por mitad en dos periodos cada una, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares.*

*Las Fiestas del Pilar corresponderán íntegramente cada año a un progenitor, existiendo falta de acuerdo, los años pares serán para la madre y para el padre los impares.*

*Se mantienen los extremos restantes que sobre visitas (puentes, horarios, lugares de entrega y recogida, etc.) establece la Sentencia, que no contradigan lo aquí resuelto, para el caso de falta de acuerdo”.*

**La SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 14 de junio de 2011<sup>521</sup>**, en relación a un menor de 11 años, en cuyo FALLO sostiene: “1) *La guarda y custodia del hijo menor se otorga de forma compartida a ambos progenitores, llevándose a efecto la misma de la siguiente manera:*

*El menor estará con su padre todos los miércoles desde la salida del colegio o desde las 10.00 horas si no hubiera clase, hasta el viernes por la mañana a la entrada del colegio o, en su defecto, hasta las 10,00 horas de la mañana en la semana que no le corresponda fin de semana con el hijo, y desde el miércoles a la salida del colegio, o desde las 10,00 horas si no hubiera clase, hasta el lunes a la entrada del colegio o, en su defecto, hasta las 10,00 horas de la mañana en las semanas que sí le corresponda fin de semana con el niño.*

*El menor estará con su madre todos los lunes desde la salida del colegio, o desde las 10,00 horas si no hubiera clase, hasta el miércoles a la entrada del colegio, o ,en su defecto hasta las 10,00 horas de la mañana en la semana que el fin de semana anterior haya estado el menor con el padre, ampliándose desde el viernes a la salida del colegio, o en su defecto desde las 17,30 horas de la tarde, cuando el fin de semana le corresponda a la madre.*

*2) El periodo de vacaciones se distribuirá de la siguiente manera: un primer periodo que comprende los días de vacaciones del mes de junio desde que finalizan las clases escolares hasta el día 31 de julio a las 20.00 horas y un segundo periodo que comprende desde el día 31 de julio a las 20.00 horas hasta la entrada del colegio del primer día del nuevo curso escolar en el mes de septiembre, siendo la madre la que pueda elegir el periodo de vacaciones escolares siempre antes del uno de junio.*

*Las vacaciones de Navidad y Semana Santa se distribuyen tal como viene reflejado en la sentencia apelada, siendo la hora de entrega y recogida a las 20 horas”.*

---

<sup>521</sup> JUR 2011, 266096.

En el caso enjuiciado por la **SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 19 de noviembre de 2013**<sup>522</sup>, en el que se trataba de un menor de 8 años, se dice en el FALLO: *“1) Atribuimos la guarda compartida del hijo común y disponemos que el menor esté con la madre los lunes y martes hasta la entrada al centro escolar los miércoles por la mañana, y con el padre los miércoles y jueves hasta el viernes a la entrada de la escuela, manteniendo los fines de semana alternos, de viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada (con las extensiones previstas) como hasta ahora, y las vacaciones”.*

La **SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 14 de enero de 2014**<sup>523</sup>, en relación a una menor de 1 a 4 años, se establece en el FALLO: *“Miriam quedará bajo la custodia compartida de sus progenitores.*

C) *La menor estará con su padre, en defecto de acuerdo:*

- *En fines de semana alternos, desde la salida de la guardería el viernes (colegio en su día), y hasta la entrada en la guardería (colegio), el lunes (10 horas, en otro caso).*

- *Todos los martes desde la salida de la guardería (colegio), hasta las 20 horas.*

- *Todos los jueves, desde la salida de la guardería (colegio) y hasta la entrada en el centro escolar el viernes.*

- *Los fines de semana, para ambos progenitores, se ampliarán en caso de puentes festivos escolares.*

- *Si el martes o jueves fueran festivos intersemanales (no puentes a unir a fines de semana), se iniciará la visita a la salida del colegio el día anterior. Concluirá conforme a la finalización de la visita de ordinario.*

*Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos; el primero, desde la salida de las clases y hasta las 20 horas del día 30 de diciembre; el segundo, hasta las 20 horas del día anterior a la reanudación de las clases. En años pares, la hija estará con la madre en el primer periodo; con el padre, en el segundo. En años impares, a la inversa. El día 6 de enero estará con el progenitor al que no le corresponda el segundo periodo vacacional, entre las 17 y las 20 horas.*

*Las vacaciones de verano se disfrutarán en quincenas alternas. Se dividirán en los siguientes periodos: 10 de la mañana del día 1 de julio a 10 horas del día 16; 19 horas del día 16 a 21 horas del día 31 de julio; 21 horas del día 31 de julio a 21 horas del día 15 de agosto; 21 horas del día 15 de agosto a 20,30 horas del día 31 de agosto.*

---

<sup>522</sup> JUR 2013, 383845.

<sup>523</sup> JUR 2014, 17823.

*Una vez que la hija cumpla 5 años, se añadirán los días vacacionales de junio y septiembre a las quincenas más cercanas.*

*El periodo vacacional de verano lo elegirá la madre en años pares y el padre en años impares. La elección se llevará a cabo antes del día 10 de mayo de cada año.*

*Los periodos vacacionales interrumpirán la alternancia de los fines de semana. Finalizados, se reanudará conforme corresponda.*

*F) Las entregas de la menor, salvo las que coincidan con el inicio o terminación de las clases, se llevará a cabo en el domicilio materno”.*

Asimismo, podemos encontrar en la jurisprudencia ejemplos de GCC con reparto semanal: el **AAP Barcelona (Sección 12ª) de 18 de enero de 2008**<sup>524</sup>(respecto de 2 menores de 5 y 2 años); la **SAP Barcelona (Sección 18ª) de 31 de enero de 2008**<sup>525</sup>(respecto de un 1 menor de 7 años); **SAP Asturias (Sección 7ª) de 29 de febrero de 2008**<sup>526</sup>; la **SAP Islas Baleares (Sección 4ª) de 14 de abril de 2008**<sup>527</sup> (respecto de 2 menores de 6 y 4 años); la **SAP Madrid (Sección 24ª) de 19 de mayo de 2008**<sup>528</sup>; el **AJPI núm. 8 de Gijón (Provincia de Asturias) de 22 de junio de 2010**<sup>529</sup>; la **SAP de Alicante (Sección 4ª) de 24 de enero de 2013**<sup>530</sup>, la cual establece en su FALLO: “la guarda y custodia del hijo menor de los litigantes, Rodrigo, será compartida por ambos, quienes lo tendrán en su compañía por periodos alternativos de una semana, que serán de dos semanas durante los meses de julio y agosto”.

Junto a la recién mencionadas, podemos añadir la **STS de 26 de junio de 2015**<sup>531</sup>; la **STS de 18 de noviembre de 2014**<sup>532</sup> y la **STS de 7 de julio de 2011**<sup>533</sup>.

La **STS de 17 de diciembre de 2013**<sup>534</sup> (respecto a 2 menores gemelos de 6 años), establece: *“FALLAMOS*

---

<sup>524</sup> JUR 2008, 106792.

<sup>525</sup> JUR 2008, 146537.

<sup>526</sup> JUR 2008, 356554.

<sup>527</sup> JUR 2008, 323195.

<sup>528</sup> JUR 2009, 125147.

<sup>529</sup> AC 2010, 1257.

<sup>530</sup> JUR 2013, 185176.

<sup>531</sup> RJ 2015, 2658.

<sup>532</sup> RJ 2014, 5718.

<sup>533</sup> RJ 2011, 5008.

<sup>534</sup> Id Cendoj 28079110012013100736.

1.- ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D.<sup>a</sup> Juliana representada por la Procuradora D.<sup>a</sup> María Pilar Pérez Calvo contra sentencia de 15 de junio de 2012 de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid.

2.- Casar parcialmente la sentencia recurrida.

3.- Se acuerda el régimen de custodia compartida de Rogelio y Alejandra, por D. Fructuoso y D.<sup>a</sup> Juliana.

4.- El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

5.- A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostenta la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada.

6.- Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro.

7.- Se señala una visita semanal con el progenitor que no los tenga bajo su cuidado, desde la salida del colegio el miércoles, hasta las 20 horas, en que deberá retornarlo al domicilio del progenitor con quien estén conviviendo.

8.- Los periodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares, el padre, y los impares, la madre.

Pero también encontramos ejemplos de GCC quincenales: la **SAP de Valencia (Sección 10<sup>a</sup>) de 9 de abril de 2008**<sup>535</sup>, FD 3º y la **STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1<sup>a</sup>) de 25 de septiembre de 2012**<sup>536</sup>. Esta última, respecto a 1 menor de 3 años, en su FALLO establece: “1.- Se adopta para el menor el régimen de custodia compartida de ambos progenitores, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar. A tal fin, cada uno de ellos tendrá consigo al hijo por periodos de dos semanas, de manera que el progenitor a quien en cada momento corresponda recogerá al menor del domicilio del otro el viernes a las 17.00 horas y lo entregará al otro en su propio domicilio al finalizar el período.

Cuando el menor esté escolarizado, la recogida por el progenitor a quien corresponda se hará a las 17,30 en el domicilio del otro progenitor, o bien el viernes a la salida del colegio si así lo acuerdan ambos progenitores.

2.- En las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, cada uno de los progenitores tendrá al menor durante la mitad de las mismas, distribuyéndose los

---

<sup>535</sup> JUR 2008, 189008.

<sup>536</sup> RJ 2012, 11147.

*períodos resultantes de mutuo acuerdo por las partes, y de no existir acuerdo la elección de los períodos corresponderá a la madre en los años pares y al padre en los impares.*

También encontramos sistemas de GCC por reparto mensual, como la **SAP de Valencia (Sección 6ª) de 22 de abril de 1999**<sup>537</sup>, respecto a 2 menores de 16 y 11 años, en cuyo FALLO dice: “A] Atribuimos la guarda y custodia de los niños, alternativamente, al padre los meses pares y a la madre los meses impares.

*B] El progenitor que en el correspondiente mes no tenga encomendada la guarda y custodia podrá tener a los niños en su compañía los fines de semana alternos, de 10 de la mañana del sábado a las 20 horas del domingo, y todos los martes y jueves desde la salida del colegio por la tarde -durante los períodos vacacionales se entenderá desde las 17 horas- hasta las 20 horas; este régimen no sufrirá variación durante las vacaciones escolares.*

*C] Serán adoptadas conjuntamente por ambos progenitores las decisiones relativas a elección de centro escolar, sometimiento a intervenciones quirúrgicas, participación en viajes o actividades de riesgo, o cualesquiera otras que puedan afectar gravemente al armónico desarrollo de los niños”.*

Cito también la **SAP de Madrid (Sección 24ª) de 31 de enero de 2008**<sup>538</sup>; la **SAP de Málaga (Sección 6ª) de 13 de febrero de 2008**<sup>539</sup>; la **SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 29 de febrero de 2008**<sup>540</sup>; **SAP de Lugo (Sección 1ª) de 7 de junio de 2011**<sup>541</sup>, estableciendo esta última en su FALLO: *“1 La guarda y custodia compartida lo será por meses, ampliándose las visitas intersemanales a los fines de semana alternos, desde el sábado a las 11:00 horas hasta las 21:30 del domingo, debiendo el padre o la madre según corresponda recoger y entregar a la menor en el domicilio de la misma, sin perjuicio de los acuerdos entre ambos.*

*2 Se precisa en cuanto a las vacaciones escolares que en Navidad se establecen dos períodos: desde el día siguiente al comienzo de las vacaciones escolares a las 11 de la mañana, hasta las 17 horas del día 30 de diciembre; desde las 17 horas del 30 de diciembre hasta el día anterior al comienzo de las clases a las 21.30 horas de la tarde. Los años impares el período será elegido por la madre y los años pares por el padre. El padre o madre deberá entregar y recoger a la menor en el domicilio de residencia de la misma. El cónyuge que tenga la elección ese año deberá preavisar antes del día 1 de diciembre que período prefiere. En caso de no preaviso pierde su derecho a elección.*

*En las vacaciones de Verano que comprenderán tales los meses de julio y agosto. Los años impares el período será elegido por la madre y los años pares por el padre. El padre*

---

<sup>537</sup> AC 1999, 4941.

<sup>538</sup> JUR 2008, 98007.

<sup>539</sup> JUR 2008, 245469.

<sup>540</sup> JUR 2008, 144003.

<sup>541</sup> JUR 2011, 246550.



*o madre deberá entregar y recoger a la menor en el domicilio de residencia de ésta. El cónyuge que tenga la elección ese año deberá preavisar antes del día 1 de mayo que período prefiere. En caso de no preaviso pierde su derecho a elección.*

*Y en las de Semana Santa, dos períodos iguales: el primero comprende desde el día siguiente a comenzar las vacaciones escolares a las 11 horas de la mañana, hasta las 17 horas del miércoles previo a Jueves Santo, el segundo desde las 17 del miércoles previo a Jueves Santo hasta las 21:30 horas del día anterior a reanudar el período lectivo. Los años impares el periodo será escogido por la madre y los pares por el padre. El padre o madre deberá entregar y recoger a la menor en el domicilio de residencia de la menor. El cónyuge que tenga la elección ese año deberá preavisar con 15 días de antelación a la finalización de las clases que período prefiere. En caso de no preaviso pierde su derecho a elección”.*

Se suman a las anteriores, la **SAP de Murcia de 26 de junio de 2012**<sup>542</sup>(respecto a 2 menores de 11 y 7 años) y la **STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 30 de abril de 2013**<sup>543</sup> (respecto a 2 menores de 11 y 9 años), que en su FALLO acuerda: “1.- Se acuerda que la guarda y custodia de los menores será compartida, por periodos mensuales, con ejercicio compartido de la autoridad familiar.

*2.- En cuanto al régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores. En su defecto, los menores estarán en compañía del progenitor no custodio en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio o, en su defecto, a las 17.30 horas, hasta las 20.30 horas del domingo, y dos tardes entre semana en periodo escolar que serán los lunes y miércoles, desde la salida del colegio donde los recogerá el progenitor no custodio hasta las 20.30 horas en que los retornará al domicilio del progenitor custodio.*

*Si alguno de los hijos padeciera alguna enfermedad que le impidiera las visitas y la salida del domicilio, el progenitor no custodio podrá visitarlo en el mismo durante una hora cada día, que señalará el progenitor custodio, de los que le correspondieran por el régimen de visitas expuesto. En cuanto a comunicaciones telefónicas e información sobre rendimiento escolar, ambos progenitores se comunicarán cualquier circunstancia que afecte al rendimiento escolar, comportamiento u otra relevante para la formación de los menores.*

*3.- En las vacaciones escolares quedará interrumpido el régimen de visitas, dividiéndose las vacaciones completas de Navidad en dos periodos de tiempo (el primero desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el 31 de diciembre inclusive, y el segundo desde el 1 de enero por la mañana hasta el inicio del colegio), las vacaciones de Semana Santa en dos periodos iguales y claramente separados, y las vacaciones de verano, entendiéndose por tales los meses de julio y agosto, en cuatro periodos iguales por quincenas alternas.*

*Los años impares corresponderá la elección del periodo al padre y los años pares a la madre. Las entregas de los menores se realizarán en el domicilio del progenitor custodio.*

---

<sup>542</sup> Id Cendoj: 30016370052012100315.

<sup>543</sup> RJ 2013, 4812.

*No obstante, ambos comparecientes acuerdan dejar abierta la posibilidad de elección de uno y otro periodo en función de sus propias actividades laborales (con comprensión mutua), siempre y cuando medie entre ellos un preaviso mínimo de un mes de antelación a la fecha de las vacaciones escolares.*

*Durante los periodos vacacionales en que ambos progenitores permanezcan en la ciudad de Calatayud, el progenitor que no permanezca con los hijos tendrá derecho a tenerlos en su compañía dos tardes por semana, que salvo acuerdo puntual en contrario, deberán ser los martes y los jueves, entre las 17 y las 20.30 horas en que deberán ser devueltos al domicilio del otro progenitor.*

Encontramos, también, sistemas de GCC por trimestres y cuatrimestres, como la **SAP Alicante (Sección 4ª) de 17 de enero de 2008**<sup>544</sup>; **la SAP de Madrid (Sección 22ª) de 9 de mayo de 2008**<sup>545</sup> y **la STS de 11 de marzo de 2010** (respecto a 2 menores gemelos de 11 años), en cuyo FALLO establece:

*1º.- Atribuir el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los menores Jesús Ángel y Agapito, de forma compartida a ambos progenitores por trimestres escolares, y de forma alternativa en el tiempo.*

*2º.- El régimen de visitas y comunicación y estancia de los menores con su progenitor no custodio, será el siguiente: los menores, podrán comunicar y estar en compañía del progenitor que, en cada momento, no ostente la guarda, cuando así lo convengan con sus padres. De no ser posible este acuerdo, y para continuar con un sistema lo más parecido posible al actual, atendiendo al horario laboral de los progenitores, cuando los niños se encuentren residiendo con su padre, su madre podrá continuar en su labor diaria de llevarlos al colegio, disfrutando además con ellos de fines de semana alternos, pudiendo disfrutar de forma continuada dichos fines de semana atendiendo a la voluntad paterna. Cuando los niños se encuentren residiendo con su madre, el padre podrá recogerlos los martes y jueves a la salida del colegio, retornándolos a las 20:00 horas al domicilio materno, pasando fines de semana alternos en su compañía, salvo que de mutuo acuerdo fuera otra la voluntad de los progenitores en cuanto a los fines de semana.*

*Repartiéndose, de ser posible, las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano, por mitad, entre ambos progenitores -períodos en que dejaría de operar la guarda compartida-, para seguir el régimen vacacional, de no decidirse otra cosa de mutuo acuerdo entre los progenitores, correspondiendo la elección al padre los años pares, y a la madre, los impares, en las vacaciones de Navidad y Semana Santa, pues los meses de verano se disfrutarán alternativamente por los progenitores, disfrutando de la compañía de los menores durante el mes de julio el que no ostentara la guarda el mes anterior, y agosto el otro, tal como se especifica en los Fundamentos de Derecho números 2 y 3, de esta Sentencia”.*

Por su parte, la **SJPI núm. 7 de Sevilla de 8 de abril de 2011**<sup>546</sup>, establece en su FALLO: “ambos progenitores asumirán la custodia compartida sobre sus hijos de forma que cada

---

<sup>544</sup> JUR 2008, 184280.

<sup>545</sup> JUR 2008, 214350.

<sup>546</sup> AC 2011, 509.

*progenitor tendrá a sus hijos consigo, conviviendo con ellos en el mismo domicilio y asumiendo la función de garante de su cuidado y atención, por periodos alternos de tres meses, coincidentes con cada fase de evaluación escolar. En tal sentido, la madre permanecerá con los niños hasta el final del presente curso escolar, comenzando a ejercer el padre la función de garante de su cuidado y atención a partir del comienzo del curso escolar en Septiembre.*

*El progenitor que en cada periodo no asuma esa responsabilidad, tendrá el derecho y la obligación de relacionarse, comunicar y permanecer con sus hijos, en la forma que convengan procurando salvaguardar que se mantenga una flexible y constante vinculación paterno y materno-filial.*

*Subsidiariamente, con carácter mínimo, los dos hijos menores permanecerán con ese progenitor, temporalmente no custodio, en fines de semanas alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta la entrada el lunes en sus respectivos centros escolares. También permanecerán en su compañía las tardes de los miércoles desde la salida del colegio hasta la mañana del jueves en que los reintegrará a la entrada de clase.*

*En cuanto a los periodos de vacaciones de los menores, los pasarán con uno y otro progenitor por mitades íntegros en consideración a los respectivos calendarios escolares. En caso de discrepancia en los años pares el primer periodo le corresponderá a la madre y el segundo periodo en los años impares y a la inversa en lo que respecta el padre.*

**La STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 25 de abril de 2013<sup>547</sup>**, en relación a 2 menores de 15 y 16 años, confirmando la sentencia AP establece en su FALLO: “los menores residirán tres meses con cada progenitor, teniendo en ese el progenitor no custodio el siguiente régimen de visitas: fines de alternos, y martes y jueves, si es el padre el no custodio.

*Si es la madre el progenitor no custodio, los tendrá en su compañía fines de semana alternos y lunes y miércoles, habiendo de ser recogidos en ambos casos en el centro escolar, o en el domicilio del progenitor custodios, reintegrándolos a las 20,30 horas.*

*Períodos vacacionales; se modifica la estipulación cuarta del convenio regulador de divorcio en lo referente a las vacaciones de verano, que se repartirán en dos períodos iguales, descontando los viajes que realicen los hijos al extranjero. Los turnos se realizarán como hasta el momento, más se avisará del período elegido al otro progenitor con dos meses de antelación del inicio de las vacaciones”.*

Nuestros jueces y tribunales también acuerdan sistemas de GCC por cursos escolares, como la **SAP de Córdoba (Sección 2ª) de 16 de mayo de 2008<sup>548</sup>** (respecto a 1 menor de 4 años (revocada); **SAP de Toledo (Sección 1ª) de 16 de mayo de 2008<sup>549</sup>** (respecto

---

<sup>547</sup> RJ 2014, 2651.

<sup>548</sup> JUR 2009, 11131.

<sup>549</sup> JUR 2008, 330924.

a 1 menor de 5 años); y la **STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 15 de diciembre de 2012**<sup>550</sup> que, en relación a 1 menor de 10 años, establece en su FALLO: “1.- Se adopta para el menor el régimen de custodia compartida de ambos progenitores, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar. A tal fin, y a salvo de cualquier otra distribución de períodos que acuerden los padres, la madre tendrá la guardia y custodia del hijo menor durante la mitad del curso escolar, es decir, desde el día primero del mes de septiembre de cada año hasta el 31 de enero del año siguiente, y el padre durante la segunda mitad del curso escolar, es decir, desde el día primero de febrero hasta el día treinta de junio siguiente de cada año. La posibilidad de alternancia en los períodos se deja al buen criterio y acuerdo de los progenitores.

2.- En cuanto al régimen de visitas, siguiendo la pauta del fijado por la sentencia de primera instancia, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores. En su defecto, el progenitor no custodio podrá relacionarse con Edemiro, en fines de semana alternos, desde la salida del colegio los viernes (17,30 horas en su caso) y hasta el comienzo de las clases el lunes (10 horas, en otro caso).

*Para ambos progenitores: si a algún fin de semana puede unirse un puente festivo, el fin de semana se extenderá desde la salida del colegio que inicie el puente de que se trate o, en su caso, hasta la entrada en el centro, tras su finalización (10 horas).*

*Asimismo, dos días entre semana (martes y jueves en defecto de acuerdo), desde la salida del colegio y hasta las 20 horas.*

*Durante el curso escolar, las festividades entre semana, salvo los que se puedan unir al fin de semana y cuyo régimen ha quedado expuesto, se repartirán alternativamente el padre y la madre. Si fueran de más de un día se dividirán por mitad. Se iniciarán a la salida del colegio del día anterior al festivo.*

*Las vacaciones de verano se dividirán en dos periodos; el primero se iniciará a las 20 horas del día siguiente a la finalización de las clases y finalizarán a las 20 horas del día 31 de julio; el segundo, desde el momento anterior hasta las 11 horas del día previo al inicio de las clases. El periodo vacacional se elegirá por el padre en años pares; por la madre, en años impares.*

*Las vacaciones de Semana Santa y fiestas del Pilar se dividirán por mitad. Se extenderán desde la salida del colegio del día de finalización de las clases al día anterior a su reanudación, a las 20 horas. En años pares, la primera mitad corresponderá a la madre; la segunda, al padre. En años impares, a la inversa.*

*Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos; el primero, desde la salida de las clases y hasta las 20 horas del día 30 de diciembre; el segundo, hasta las 20 horas del día anterior a la reanudación de las clases. En años pares, el menor estará con la madre en el primer periodo; con el padre, en el segundo. En años impares, a la inversa. El día 6 de enero, el menor estará con el progenitor al que no le corresponda el segundo periodo vacacional, entre las 17 y las 20 horas.*

---

<sup>550</sup> RJ 2012, 55.

*La entrega del menor, con excepción de las que coinciden con la finalización del horario escolar, se llevará a cabo en el domicilio materno.*

*Los periodos vacacionales mencionados interrumpirán la alternancia de los fines de semana. Tras su finalización, se reanudarán conforme al orden establecido”.*

## **6.2.2.- LA OPINIÓN O LOS DESEOS MANIFESTADOS POR EL MENOR. LA EXPLORACIÓN DEL MENOR**

La exploración judicial del menor, cuyo objetivo es conocer su opinión, no es una prueba más del proceso, por su carácter muy cualificado e imprescindible.

La exploración del menor es siempre necesaria, en mi opinión, tanto en supuestos consensuales como disensuales, practicándose, de forma distinta, en función de la madurez del menor: de manera directa cuando se trata de un menor maduro y, en todo caso, de 12 años, o bien a través de terceras personas de su entorno o del equipo psicosocial mediante informe pericial<sup>551</sup>.

Esta necesidad de acudir a la opinión del menor ha sido profusamente reiterada en las normas internacionales y nacionales, entre otras: el art. 12 de la Convención ONU sobre derechos del niño, el art. 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE, el art. 9 LOPJM<sup>552</sup>, así como los arts. 92.2, 92.6, 154<sup>553</sup> y 159 del C.c., los cuales contemplan la audiencia al menor en los procedimientos que versan sobre cuestiones esenciales para él,

---

<sup>551</sup> SAP de Murcia de 26 de junio de 2012 (Id Cendoj 30016370052201200315), FD 3º: *“Por lo que respecta a los deseos de los menores, no consta en las actuaciones que se haya llevado a cabo la exploración de los mismos por lo que habrá que acudir al informe pericial psicológico, y en sus conclusiones se afirma que los menores presentan una relación adecuada y positiva con ambos progenitores, sin que en el contenido de las entrevistas con los niños se pueda apreciar una voluntad de éstos de no estar con alguno de ellos, pues todos los menores les gusta estar con su padre y su madre, por lo que ninguno de ellos rechaza la figura paterna o materna ni la convivencia con ellos, sin perjuicio de una mayor cercanía a uno u otro, normal por otro lado en las relaciones familiares”.*

Por su parte, la STSJ de Aragón, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 12 de julio de 2013 (RJ 2013, 5405), FD 3º, reconoce la posibilidad de conocer la opinión del menor a través de otros medios: *“conforme se deduce del artículo 80.2 del CDFA entre los factores a tener en cuenta al tiempo de acordar sobre la guarda y custodia a establecer respecto de los menores, es sin duda de valorar la opinión manifestada por el propio hijo interesado y, como interpretó la sentencia que parcialmente transcribe la parte recurrente, esta opinión será de gran relevancia por cuanto resulta indiscutible que contar con el parecer del menor, bien sea obtenido mediante exploración judicial, bien por otros medios de conocimiento, conducirá en todo caso a obtener la mejor solución posible ante las situaciones de crisis de ruptura de convivencia entre progenitores que tengan hijos menores a su cargo”.*

<sup>552</sup> Según el art. 9.1 de la LOPJM, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *“el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”.*

<sup>553</sup> El art. 154 C.c. ha recibido nueva redacción por la Ley 26/2015.

como, por cuanto ahora nos ocupa, la decisión sobre la atribución de su guarda, como un trámite esencial cuya omisión puede afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)<sup>554</sup>.

De esta forma, la audiencia al menor se configura como un medio de prueba privilegiado en el proceso, siendo el ejercicio de un derecho y no de una obligación.

El menor no es testigo en el proceso sobre su guarda, lo que tiene, además, de un fundamento legal, uno psicológico<sup>555</sup>.

---

<sup>554</sup> En este sentido, las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002, 221), 2 de junio de 2005 (RTC 2005, 152), 30 de enero de 2006 (RTC 2006, 17) y 29 junio de 2009 (RTC 2009, 163), la cual, en su FD 5º expone: “*la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 26 de noviembre de 2007 que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Sra. S. P. responde a la alegación de indefensión generada por la falta de audiencia del menor. La Audiencia señala que, siendo la pretensión de la Sra. S. que no se reconozca derecho de visitas al padre, el objetivo esencial de la propuesta de audiencia es conocer la opinión del menor respecto a tal régimen y sí desea mantener contactos con su padre. Esta opinión ya es conocida por la Sala, pues consta en las manifestaciones que el menor hizo al equipo psicosocial que redactó el oportuno dictamen. De ahí que no corresponda en el presente asunto proceder al trámite de audiencia del menor.*”

*Esta argumentación -expuesta ya en los Autos de 19 de junio de 2007, que denegó la prueba, y de 10 de octubre de 2007, que resolvió el recurso de reposición- es coherente con la normativa aplicable al presente asunto, conforme a la cual los órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (artículo 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE).*

Por su parte la STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 9 de enero de 2014 (SP/SENT/750730), FD 5º: “*la imprescindible audiencia de los menores en el caso de que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años viene impuesta, por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 antes citada ( artículo 12); por el artículo 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE del año 2000; por el artículo 9 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, por el artículo 770,4 de la Lec 1/2000; por la doctrina del TC que en relación con el artículo 24.1 CE, ha establecido que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a ser escuchado en el procedimiento (judicial o administrativo) que le afecte, especialmente cuando se trate de la adopción o modificación de las medidas relativas a su guarda y custodia*”.

<sup>555</sup> En relación a ello, Mercedes Caso Señal (Magistrada y profesora de la Escuela Judicial), Mila Arch Marín (Profesora asociada de Psicología), Adolfo Jarne Esparcia (Profesor titular de la Universidad de Psicología) y Asunción Molina Bartomeus (Psicóloga forense): “*La audiencia del menor en los procedimientos de familia: Guía de recomendaciones para la práctica de la exploración judicial*” en *Revista Sepín Familia* Abril 2010 (SP/DOCT/4487) exponen: “*Conclusiones que afectan directamente al ámbito procesal*”

*“1. Que un niño, niña o adolescente sea oído en un procedimiento civil es un derecho y no una obligación. Bajo ninguna circunstancia debe recibírsele declaración como testigo. Fundamento legal: artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 y artículo 92.2 CC. Fundamento psicológico: no es adecuado trasladar a un niño la responsabilidad de tener que pronunciarse ante hechos que los adultos no han podido resolver. El derecho de los menores a expresarse ha de prever que el niño no esté obligado a hablar sobre hechos que pueden resultar decisivos para la relación futura que mantendrá con sus referentes principales (padre-madre). Es fundamental evitar que el niño ostente en el conflicto interparental un rol que no le corresponde y que puede comportar agravios importantes en su estabilidad emocional. La concepción de la declaración como*

Por este motivo, todas las listas de criterios enunciadas por las legislaciones autonómicas en materia de GCC coinciden en que el Juez tiene practicar esta prueba, dando audiencia al menor para conocer su opinión, si bien el tenor literal en el que ello se formula no es idéntico en todos los casos, como puede, a continuación, comprobarse:

*“c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años”* (art. 3.3ª LNRC y art. 6.2ª LAIRF)

*“e) La opinión expresada por los hijos”* (art. 233-11e CCCat.)

*“b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años”* (arts. 5.3b LVRF y art. 9.3d LPVRF)

La jurisprudencia configura este criterio destacando el derecho del menor, con suficiente madurez (no coincidente con la edad, por ello que deba concretarse en cada caso)<sup>556</sup>, a opinar y manifestar sus deseos<sup>557</sup> en el seno del proceso que le afecta, lo que no significa ejecutar su decisión ante la situación de conflicto parental<sup>558</sup>. Es el Juez y las partes quienes deben conocer cuál es la voluntad del menor, para que sea valorada junto al resto de pruebas.

El art. 92.6 del C.c. contempla la audiencia del menor *“cuando se estime necesario”*. Por su parte, el art. 770.1.4ª de la LEC-2000 establece que *“se les oír, si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de 12 años”*<sup>559</sup>, frente a la redacción del art. 777.5 LEC-2000, con una redacción similar a la prevista en el C.c. como facultad del juez para oír al menor. Como puede comprobarse, se detecta una aparente contradicción, a la cual luego haré referencia.

Como ya se ha apuntado, normativamente se contempla la necesidad de oír y escuchar la opinión del menor, ya sea de modo directo o a través de las personas de su entorno o por informes de peritos.

Sin embargo, en mi experiencia profesional de más de un quindenio, he podido comprobar cómo la intervención del menor, de alguna manera, resulta cercenada, siendo muchas las dudas que surgen sobre su verdadera situación y sobre las verdaderas intenciones de sus progenitores. Son muchas las ocasiones en las cuales, en los procesos de familia, se adoptan medidas trascendentes o en favor del menor pero sin el menor y en aquellos casos

---

*un derecho se constituye como un factor de protección respecto a la futura relación del niño con sus padres y a la nueva realidad que deberá afrontar y que evitará un posible daño emocional”*.

<sup>556</sup> Las leyes autonómicas contemplan la obligación del juez de oír al menor, en todo caso, si es mayor de doce años, a diferencia de los arts. 92 y 154 del C.c., que no hacen mención a una edad concreta.

<sup>557</sup> Con esta expresión *“deseos manifestados por los menores competentes”* se alude a este criterio en la STS de 29 de abril de 2013 (RJ 2013, 3269).

<sup>558</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 4 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7074).

<sup>559</sup> Cuando el menor no tiene suficiente juicio, se trata de averiguar su voluntad a través de otras personas que guardan relación con el menor por su profesión (maestros, entrenadores, etc.) o especial confianza (hermanos mayores, familiares, etc.).

en los que logra practicarse la prueba, ésta no reúne las condiciones mínimas exigibles para el menor, dada la ambigüedad prevista en la redacción del art. 770.4 de la LEC-2000 que, de forma genérica, alude a las “*condiciones idóneas para salvaguarda sus intereses*”<sup>560</sup>.

El art. 9.1º LOPJM, conforme a su reciente redacción por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, dispone: “*para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*”

*En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento”.*

La audiencia del menor preocupa al legislador, como lo demuestra el hecho de que todas las legislaciones autonómicas en materia de GCC, el TS y el ALECP coincidan en recogerla expresamente. Pero si preocupante es desde el punto sustantivo, también lo es desde la óptica procesal, como luego se verá.

El incumplimiento respecto a la práctica de la audiencia al menor resulta tan grave que acarrea la nulidad de actuaciones y, con ello, la retroacción de los autos, como en el caso del menor de 9 años analizado por la **STC 152/2005, de 2 de junio de 2005, FJ 3º in fine**: “*nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor). La Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico*

---

<sup>560</sup> Estas condiciones idóneas no han sido determinadas legalmente, pero han sido consensuadas, de manera mayoritaria, como expone María Pérez Galván (Abogada): “La exploración de los menores en los procesos de familia”, en *La Ley Derecho de Familia*, 18 de Noviembre de 2014: “*es el derecho del niño a ser oído, y para que se materialice este medio de prueba, según unos, actuación judicial sin más, según otros, es preciso que el Magistrado valore prudencial y motivadamente la concurrencia de los siguientes requisitos:*

- *Que se trate de un procedimiento en el que se adoptará una decisión que afecta a la esfera personal, familiar o social del menor*
- *Que el menor tenga madurez suficiente*
- *Que sea conveniente a su interés ser oído*
- *Que no sea contraproducente ni le ocasione un perjuicio”*



*de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del art. 24.1 CE, como hicimos en su momento en el caso que dio origen a la STC 221/2002, de 25 de noviembre, por las razones que se expresan en su Fundamento Jurídico 5º”.*

La parte no puede renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla el juez, en su caso, de oficio. La decisión de no practicarla sólo puede estar basada en el interés del menor, lo que deberá motivarse, como expone la **STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 20 octubre de 2014, FD 5º<sup>561</sup>**: *“la aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005.*

*Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada”.*

Esta intervención del menor en el proceso no implica, como he expuesto, acoger necesariamente su voluntad, ya que son numerosos los motivos justificados para no atender los deseos del menor, como su falta de madurez, la existencia de informes contradictorios, motivaciones espurias externas, decisiones no convenientes para el menor, compra de voluntades, la no conveniente separación de los hermanos, etc.

A título ilustrativo, como ejemplo de rechazo de la opinión expresada por el menor, la cual, como digo, es relevante pero no vinculante, con base en la existencia de informes contradictorios, cito la **SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 18 de noviembre de 2006, FD 1º<sup>562</sup>**: *“ha adoptado una decisión que en principio podría considerarse contraria a la voluntad manifestada por el menor, en el bien entendido que dicha voluntad no resulta tan clara y contundente a la vista de todos los informes. Señalar al respecto que en el informe del Centre de Salut Mental Infantil i Juvenil aportado por la madre de fecha 12 de marzo de 2004 se hace constar que Xavier ha referido que no quiere irse de casa de su padre y que desearía que todo fuera como siempre, derivándose de todo ello y como se afirma en el informe técnico, la actitud ambivalente del menor frente a este tema”.*

En otras ocasiones, el motivo real del menor, al expresar su opinión, es la actitud permisiva de un progenitor sobre otro, como sucedía en el caso enjuiciado por la **SAP Islas Baleares (Sección 4ª) de 2 de abril de 2008, FD 2º<sup>563</sup>**, en el que el padre, a diferencia de la madre, le dejaba más libertad y no le ponía problemas para mantener relaciones sexuales con su novia en el domicilio familiar: *“Este juzgador no pone en duda la capacidad del demandado para ostentar la guarda y custodia de sus hijos, pues efectivamente ha quedado acreditado -del interrogatorio de las partes y de la testifical de la hija mayor que sabe realizar perfectamente las actividades propias del hogar; sin*

---

<sup>561</sup> RJ 2014, 5613.

<sup>562</sup> JUR 2006, 49072.

<sup>563</sup> JUR 2008, 332486.

*embargo, si analizamos las concretas circunstancias del caso, y en especial la exploración del menor Jhony, es fácil advenir que el motivo real de la residencia del mismo con su padre es que éste le deja más libertad y que (a diferencia de su madre) no le pone problemas para mantener relaciones sexuales con su novia en el domicilio familiar; resulta pues, que nos encontramos ante un adolescente que por su edad su opinión puede ser determinante a la hora de decidir cuál de los progenitores debe tener su guarda y custodia, pero que en el caso de autos, y dada la debilidad de los argumentos aducidos, tales alegaciones no son bastantes para que la guarda y custodia recaiga en el demandado; máxime, cuando el propio menor ha abandonado los estudios y reconoce haberse emborrachado con su padre. En consecuencia, la decisión judicial debe primar necesariamente la responsabilidad mostrada por la madre en la educación de su hijo, y no la flojedad del padre”.*

Tampoco son atendibles las voluntades u opiniones del menor basadas en la denominadas "compra de voluntades" o simpatía fácilmente conseguibles, como sucedió en la **SAP de Tenerife (Secc. 1ª) de 11 de septiembre de 2013, FD 2º**: *“En particular, respecto al relevante criterio de la opinión de los hijos, debe indicarse que estas inclinaciones ("deseos", en la terminología de la jurisprudencia citada) deben ser siempre tomadas con cautela y analizadas críticamente (a ser posible por pericia psicológica sólida, solvente y materialmente objetiva) para evitar la "compra de voluntades" o simpatía fácilmente conseguibles precisamente mediante artimañas que resultan en perjuicio del menor, tales como la adquisición o regalo de bienes materiales, dejación de exigencias de rendimiento, atención a caprichos y, en general, actitudes permisivas y condescendientes que inclinan con toda facilidad el interés del menor a favor del progenitor tolerante frente al progenitor exigente en disciplina, rendimiento escolar y hábitos deportivos, saludables o alejados de ambientes perjudiciales”.*

También se tiene en cuenta el interés de los hermanos, en base al principio rector de procurar no separarlos, en caso de opiniones contrapuestas entre ellos, como sucedió en la **SAP de Álava (Sección 1ª) de 7 de diciembre de 2010, FD 3º**<sup>564</sup>: *“la cuestión es que precisamente el pequeño, el que todavía no tiene 12 años de edad, expresa su deseo de que las cosas sigan igual. Y, desde luego, nadie ha planteado en este supuesto desoír la recomendación que hace el artículo 92 del Código civil de procurar no separar a los hermanos. Consecuentemente, resuelva lo que se resuelva, va a ser en contra del deseo de uno de los dos hijos. Pero el que se imponga la obligación de oír siempre a los hijos mayores de 12 años, no significa que; oídos también los hijos menores de 12 años porque se ha considerado que tienen suficiente juicio como para que su opinión también pueda ser oída, y, siendo distinto el deseo entre hermanos de uno y otro caso; deba resolverse conforme al deseo de los hermanos mayores y no pueda resolverse coincidiendo con el deseo de los hermanos pequeños. No es vinculante el deseo de ninguno. Como en cualquier otro supuesto, aunque en el presente tengamos esta dificultad añadida, lo que se resuelva va a depender de lo que resulte más beneficioso al interés de todos los hijos”.*

Por otro lado, también ha de analizarse cuáles son las concretas razones del menor que, en su caso, justifiquen trasgredir el principio de separación de hermanos, como indica la **SAP de Cádiz (Sección 1ª) de 27 de mayo de 2002, FD 1º**<sup>565</sup>: *“el beneficio del menor es*

---

<sup>564</sup> JUR 2014, 162778.

<sup>565</sup> JUR 2002, 191147.

*un criterio objetivo que no puede fundamentarse en exclusiva en la voluntad del propio menor, pues éste no tiene todas las condiciones precisas para conocer qué es lo más beneficioso o conveniente para su desarrollo personal, de forma que no puede decidirse el régimen de guarda y custodia en función a esa simple voluntad. José Antonio, al ser oído por el Tribunal manifestó su deseo de seguir conviviendo con su padre, ahora bien el propio artículo 92 del Código Civil establece el principio de que en interés de los propios hermanos, y por tanto de la familia, se procurará no separarlos, principio que debe prevalecer sobre la voluntad o preferencia mostrada por uno de los menores, máxime teniendo en cuenta que José Antonio no da ninguna razón o motivo para decantarse por mantenerse bajo la custodia del padre y no de la madre. Ningún obstáculo existe para que la madre de ambos menores pueda asumir la guarda y custodia de ambos, mientras que, por el padre, si bien se solicitó inicialmente la guarda y custodia de ambos hijos, en la actualidad se limita a solicitar la guarda y custodia de uno de ellos, pretendiendo, de esta forma, separar a los hermanos; por ello, el criterio adoptado por el juzgador a quo de mantenerlos unidos bajo la guarda y custodia de la madre ha de entenderse correcto y beneficioso para el desarrollo de los menores. El hecho de que en la actualidad ambos progenitores vivan cerca uno del otro (se afirma que a unos 500 metros), no es razón para separar a los hermanos; más bien todo lo contrario, favorece no solo el que vivan juntos, sino -que además podría favorecer el contacto de ambos con sus progenitores”.*

Así las cosas, para que el deseo del menor con suficiente madurez pueda ser atendido será necesaria la concurrencia de las siguientes circunstancias: “a) que su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada no mediatizada o interferida por la conducta o influencia de alguno de los padres; b) que sus razones sean atendibles por no venir inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, c) que no venga desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los cuales, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores”<sup>566</sup>.

Este criterio, como ya se ha tenido oportunidad de señalar, habrá de ser puesto en relación con los demás, en base al necesario estudio de la total realidad del menor, de modo que la opinión del menor resulta relevante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, pero deberán analizarse el resto de sus circunstancias.

En este sentido, destaco las **SSTSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 16 de julio de 2013 y de 12 de julio de 2013, FD 5<sup>o</sup>**<sup>567</sup>: “y fue en atención a este conjunto de factores concurrentes a los que se terminó dando mayor relevancia, sin posibilidad de reproche jurídico alguno, sobre la opinión manifestada por la niña, la cual, por otro lado, como tuvo ocasión de señalar este Tribunal en la sentencia dictada el pasado día 10 del corriente mes debe ser siempre observada con la debida atención para descubrir su auténtico valor, puesto que debe tenerse en cuenta que un menor no siempre reúne ‘la necesaria presencia de conocimiento exhaustivo de las distintas circunstancias a tener en cuenta para valorar hasta qué punto puede serle perjudicial uno u otro régimen de custodia, ya que el ámbito de conocimiento de una niña, por mucha madurez que tenga, no es aceptable que alcance a ponderar más allá de lo que su corta formación y

---

<sup>566</sup> STSJ Cataluña (Sección 1ª) de 9 de enero de 2014 (SP/SENT/750730), FD 5º.

<sup>567</sup> RJ 2013, 5405.

*experiencia vital le permite llegar a conocer. Por ello, aun siendo relevante su opinión, especialmente en cuanto pueda aportar datos de importancia, no es, en cambio, de admitir que su proceso intelectual, en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo, pueda tener tanta certeza como para admitirlo sin las necesarias matizaciones y valoración que corresponde finalmente hacer, en todo supuesto de menores de edad, a los encargados de asegurar su mejor atención y cuidado".*

Cierto es que a mayor edad y madurez, mayor es la valoración que se hace de la opinión expresada por el menor, especialmente, la de los mayores de 14 años, como señalan, con sustento en la jurisprudencia, algunas legislaciones autonómicas. Así lo reconoce expresamente, por ejemplo, la **SAP de Valencia (Sección 10ª) de 12 de mayo de 2014, FJ 1º**<sup>568</sup>: *“esta voluntad de la menor contraria a la guarda compartida tiene especial fuerza habida cuenta de su edad, 14 años, que hace presumir en ella una madurez próxima a la que determina la mayoría de edad legal. Por ello, la Sala acuerda mantener el pronunciamiento de la sentencia, que se ha inclinado por la convivencia de la menor con su madre con un régimen de relación paterno-filial, por entender que es el sistema que mejor responde al interés de la hija”*.

En la vertiente procesal, hay aspectos de la exploración del menor que deben ser tenidos en cuenta, como cuándo, cómo y dónde se lleva a cabo la misma, que, como ya he tenido oportunidad de exponer, está previsto, en términos muy ambiguos, por la regulación actual.

En mi opinión, siempre que las circunstancias lo permitan (en especial, la madurez del menor) es conveniente acudir al testimonio directo del menor y, no, por tanto, a través de informes o de terceros, en presencia judicial y con la intervención efectiva del Ministerio Fiscal<sup>569</sup>.

Además, esta exploración o audiencia del menor ha de llevarse como prueba principal (subsidiaria o complementaria ha de ser la documental, la testifical de terceros y el Informe del Equipo Psicosocial cuando el Juez no obtenga elementos de juicio suficientes

---

<sup>568</sup> JUR 2014, 175161.

<sup>569</sup> STC (Sala Primera) de 30 de enero de 2006 (RTC 2006, 17), FD 5º: *“no basta, por tanto, como hizo la Audiencia Provincial, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de la diligencia de exploración para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) del Fiscal en cuanto garante del interés prevalente de las menores –como se sostiene en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001–, sino que es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias.*

*En consecuencia, la Audiencia Provincial lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del Ministerio Fiscal como defensor en el proceso del interés superior de las menores al rechazar su intervención en la diligencia de exploración de aquéllas. Y como quiera que el fundamento de esta decisión, expresado en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001, no satisface, por las razones expuestas, el derecho a una resolución fundada en Derecho, como exige nuestra doctrina, de modo que no constituyen «expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma» (SSTC 148/1994, de 12 de mayo [RTC 1994, 148], F. 4, y 70/2005, de 4 de abril [RTC 2005, 70], F. 3, por todas), también desde esta perspectiva ha de declararse vulnerado el artículo 24.1 CE”.*

directo del menor) y desarrollarse al inicio del pleito<sup>570</sup>, en el despacho del Juez y no en la Sala, empleándose un lenguaje verbal que permita al menor sentirse cómodo y que debe adecuarse a su edad y posición procesal (es el eje del proceso, pero no es responsable de la ruptura parental ni la va a resolver).

De este modo, la audiencia ha de adecuarse al menor y no el menor a aquélla, como es lógico, tal y como se recoge en las Conclusiones del “IV Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales”, celebradas en Valencia los días 26, 27 y 28 de Octubre de 2009<sup>571</sup>:

#### *BUENAS PRÁCTICAS PARA TODOS LOS OPERADORES JURÍDICOS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.*

##### *4.2.4. Audiencia de los menores.*

*A fin de velar por el interés superior del menor en esta diligencia judicial se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones.*

##### *1.- Momento de su práctica.*

*En ningún caso se debe hacer comparecer a los menores en sede judicial salvo requerimiento expreso del Juzgado, dados los inevitables perjuicios (desasosiego, sentimientos de culpa, conflictos de lealtades) que tal diligencia judicial suele acarrearles.*

*En el Juzgado se procurará no hacer esperar a los menores, practicando la diligencia en el lugar más adecuado de que se disponga.*

*Cuando haya prestado declaración en un proceso penal competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en el proceso civil de familia bastará con unir testimonio de dicha declaración.*

##### *2.- Desarrollo de la exploración.*

*Se consideran “buenas prácticas” a observar por los intervinientes en el desarrollo de la exploración las siguientes:*

*a) La exploración debe limitarse a ofrecer al menor un espacio adecuado para que exprese su opinión, preocupaciones y percepciones pero en ningún caso debe tener como finalidad obtener la respuesta al problema judicial de que se trate.*

*b) El Juez debe explicar al menor de forma adecuada a su edad y madurez que será él, como Juez, quien adopte la decisión y no el niño/a.*

*c) La exploración se realizará sin toga.*

*d) Es recomendable la intervención de un profesional (psicólogo, educador infantil, trabajador social) que coparticipe con el Juez en la audiencia, bien a lo largo de todo su desarrollo, bien en las fases inicial (protocolo de acogida) y final (protocolo de despedida).*

*e) Se debe planificar con tiempo esa diligencia judicial, fijando el día y la hora que menos alteración genera en la vida del menor: coordinación con el centro escolar, no hacerle esperar en la sede judicial, evitar su “victimización” innecesaria... etc.*

*f) Debe aplicarse un protocolo de acogida a fin de “situar” al menor: explicarle por qué*

---

<sup>570</sup> Aranzazu Bartolomé Tutor (Abogada) “Menores víctimas de violencia psicológica en situaciones de crisis familiares”. *Revista de derecho de familia*. Nº 19 abril 2003. Lex Nova. Página 305.

<sup>571</sup> <http://www.icasv-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf>

se le ha llamado, donde se encuentra, quiénes son las personas que están presentes, qué objeto tiene la entrevista... etc. Igualmente debe existir un protocolo de “despedida” que cumpla la finalidad de liberar al menor de posibles sentimientos de culpa, siendo recomendable finalizar la entrevista con temas “neutros” (aficiones, deportes...) y en forma positiva, alabando su colaboración.

g) El juez debe hacer constar en todas las resoluciones de familia que afecten a menores, el modo en el que el derecho del menor a ser oído se ha concretado (directamente, a través de sus padres, de terceros, de profesionales..). Si no ha sido oído, los motivos de tal omisión (por carecer de madurez, por resultar perjudicial a su interés, por no ser necesario dada la cuestión a debate)”.

Acerca de la práctica de la exploración del menor se pronuncia, también, el Informe del Defensor del Pueblo de mayo de 2014<sup>572</sup>, según el cual el entorno en el que se desarrolle la escucha ha de ser amigable en pro de la seguridad para el niño y una correcta evaluación:

- “El entorno en el que se desarrolle la escucha ha de ser amigable. En palabras de la Observación General 12: «no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad», lo que implica cambios no solo en los espacios y elementos físicos, sino también en la actitud de los actores del proceso (§ 34).

- La seguridad para el niño y una correcta evaluación del riesgo que para él pueda tener el hecho de expresar su opinión ha de ser una prioridad de todo proceso de escucha. Ello implica, en el contexto de este estudio, la conveniencia de establecer estrategias de protección de los niños que reconozcan los riesgos particulares que puedan existir, por motivos familiares, de grupo o sociales [OG 12, § 134.h)].

Los expertos consultados por esta Institución pusieron de relieve las dificultades para averiguar la información que ya tiene el menor sobre el procedimiento judicial que le afecta, sea de protección o de familia. En muchas ocasiones esta información o no se le ha facilitado o bien se le ha ofrecido de manera sesgada en circunstancias del conflicto familiar de que se trate”<sup>573</sup>.

Y sigue diciendo:

“— Audiencia. Esta debe ser realizada en el marco de lo que el Comité denomina un «contexto propicio y que inspire confianza». Existe una clara preferencia por la confidencialidad del acto y se apunta a la posibilidad de que esta audiencia adopte la forma de una conversación más que de un escrutinio (OG 12, § 42 y 43).

En las normas procesales españolas no se detalla la forma en que debe ejercitarse este derecho de audiencia. Solo hay referencias genéricas a que el niño sea oído en condiciones idóneas para la salvaguardia de sus intereses, sin interferencias de otras personas o a la necesidad de que estas actuaciones se desarrollen en un entorno adecuado.

Ello da lugar a significativas diferencias en la práctica judicial, acrecentadas por la actuación de juzgados especializados y otros generalistas. Esta situación —que se puso de relieve en la jornada preparatoria del presente estudio que se mantuvo con miembros

---

<sup>572</sup> “Estudio sobre La escucha y el interés superior del menor” [https://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/menores\\_justicia\\_2014.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/menores_justicia_2014.pdf).

<sup>573</sup> Página 16.

*del poder judicial— se ha intentado soslayar a través de documentos de consenso. Ejemplo de ello son las «Propuestas de conclusiones sobre la exploración de menores del Seminario sobre instrumentos auxiliares en el ámbito del Derecho de familia», celebrado en el Consejo General del Poder Judicial, del 17 al 19 de febrero de 2010.*

*Este documento parte de la consideración de que la exploración no constituye un medio de prueba sino una diligencia judicial, lo que es coherente con la perspectiva de situar al niño como sujeto activo y no como mero objeto de un procedimiento. También resultan positivas otras previsiones tales como la voluntad de que el juzgador no se distancie del proceso de escucha del menor, ya que aunque se admite la escucha a través de un equipo psicosocial se previene que no debe generalizarse; la previsión de que ha de evitarse la reiteración de exploraciones; así como la directriz de que esta diligencia se programe lo antes posible, para evitar al niño el «estrés de espera».*

*Sin embargo, otras propuestas están más alejadas de la lógica de la Convención. Así, se establece el principio de que los niños habrán de ser oídos cuando el juez lo estime necesario y no en todo caso, lo que no resulta acorde con la configuración de la escucha como un derecho del menor. De hecho, se considera que la apreciación de un eventual perjuicio permitirá no oír al menor, cuando la obligación es protegerlo, pero no dejar de oírlo.*

*También parece consagrarse la tendencia, advertida en la práctica, a considerar no necesaria la escucha del menor en los procedimientos consensuales o en los que no haya conflicto sobre las relaciones paterno-filiales; sin reparar en que, si no se escucha al niño, difícilmente podrán aflorar conflictos no evidentes, ni quedará asegurado que la determinación de su superior interés se ha hecho de forma adecuada.*

*Respecto del entorno amigable, la interlocución con los expertos evidenció que, en muchos casos, no existen espacios adecuados en los que el menor pueda sentirse cómodo, pues la mayoría de las veces la exploración se realiza en el despacho de los jueces o incluso en las salas de vistas”<sup>574</sup>.*

La oportunidad perdida en numerosas ocasiones por el legislador (por ejemplo, con la ausencia de referencia o regulación en el ALECP o en la reciente modificación del art. 9 de LOPJM) de regular el momento (antes o como primera prueba), el lugar (en la oficina judicial o en el despacho del Juez) y el modo de llevarse a efecto y documentarse (grabación) la exploración siempre con un lenguaje accesible u amigable, conlleva mucha inseguridad<sup>575</sup>, la cual se acrecienta cuando los letrados no pueden escuchar, de manera directa, la opinión del menor, y más aún si cabe cuando, una vez practicada la exploración, se les hace pasar a la sala de vistas sin darles traslado de la declaración del menor, impidiéndose el derecho a proponer nuevas pruebas al practicarse la exploración al final de las pruebas propuestas.

Es práctica generalizada en nuestro Juzgados no efectuar grabaciones de la exploración, no existiendo norma procesal respecto a la forma de hacerla constar. En los supuestos en los cuales existe acta, ésta es muy escueta, lo que tiene una importancia decisiva a los

---

<sup>574</sup> Página 17.

<sup>575</sup> María Pérez Galván (Abogada): “La exploración de los menores en los procesos de familia”, en *La Ley Derecho de Familia*, 18 de Noviembre de 2014: “en conclusión, el hecho de que no esté regulada como prueba y que en cada caso pueda llevarse a cabo y realizarse de una manera o de otra, crea mucha inseguridad”.

efectos ulteriores, de apelación, sobre todo, teniendo presente que los Letrados no pudieron asistir.

El art. 9 de la LOPJM, según redacción de la Ley Orgánica 8/2015, ha significado un paso adelante pero insuficiente, a mi criterio.

Estos problemas procesales en torno a la exploración del menor junto al grado de importancia que el Juez concede a los deseos u opinión del menor hacen necesario poner en relación este factor con el resto de criterios para conocer la total realidad vital del menor.

### 6.2.3.- LOS INFORMES TÉCNICOS

Los informes técnicos<sup>576</sup> en los procesos de familia permiten al Juez acudir a especialistas, que son denominados de diversas maneras: Equipo Técnico Judicial, Especialistas debidamente cualificados, Dictamen de Expertos o Especialistas, Equipo Psicosocial adscrito al juzgado, etc.<sup>577</sup>.

En todos ellos, el tipo de guarda, la periodicidad, el propio menor junto a su entorno, etc., deben constituir el objeto de la pericia<sup>578</sup>, y el informe tiene carácter consultivo y no vinculante<sup>579</sup>, constituyendo un medio de prueba más (muchas veces, el único

---

<sup>576</sup> No se trata aquí del informe que ha de emitir el MF, ya estudiado en el Capítulo IV, al que me remito.

<sup>577</sup> Las legislaciones autonómicas hacen referencia a estos como informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan, y el ALECP al dictamen de expertos.

<sup>578</sup> Para Emelina Santana Páez (Magistrada del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 79, de Familia, de Madrid) esta pericial debe ceñirse a lo solicitado, salvo que, al evaluarse, se detecten situaciones de riesgo que aconsejen dictar alguna medida de protección en favor del menor, como expone en la encuesta jurídica de octubre 2014 realizada por la Editorial Sepín a diferentes Magistrados de Familia (SP/DOCT/18658): “*de manera que el informe debe ceñirse a lo pedido, y no extralimitarse, salvo circunstancias excepcionales en interés del menor. Por ejemplo, situaciones de riesgo detectadas en la realización del informe que aconsejan dictar alguna medida de protección*”.

<sup>579</sup> SAP de Cuenca (Sección 1ª) de 4 de abril de 2014 (JUR 2014, 126443), FD 1º: “*se alza la demandante articulando un motivo en el recurso en el que en definitiva alega que la prueba practicada se ha valorado erróneamente, al haberse fundado el criterio judicial prácticamente en un solo documento, el informe del Equipo Sicosocial, a cuyo acceso al procedimiento achaca varios defectos, así como a su contenido que le llevan a concluir que si se hubiera valorado toda la prueba practicada en su conjunto debería haberse acordado, atendido el bien de la hija, un régimen de guarda y custodia como el solicitado en su demanda en vez de uno de custodia compartida.*”

*Sin embargo, sobre la valoración de la prueba esta Sala mantiene de forma reiterada, asumiendo con ello lo que es una jurisprudencia constante, que dicha valoración es facultad de los Tribunales sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza, pero en forma alguna tratar de imponerla a los Juzgadores, pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgador de instancia hizo de toda la prueba practicada por la valoración que realiza la parte recurrente, función que corresponde única y exclusivamente al Juzgador ‘a quo’ y no a las partes, habiendo entendido igualmente la jurisprudencia que el Juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre, aunque nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez ‘a quo’ de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de*



imparcial)<sup>580</sup> ante las versiones contradictorias ofrecidas por las partes, y siendo su único objeto determinar el ISM.

Y con este medio, se persigue aislar el ISM de las posibles acusaciones infundadas de los progenitores, con el objetivo de conformar el criterio del Juez para facilitarle su decisión, quien carece de conocimientos específicos en la materia, los cuales son aportados por el perito/s, conforme a máximas de experiencia propias de un saber especializado. Este conocimiento del perito resulta esencial en esta fase del proceso, sobre todo, cuando ambos progenitores proponen para sí la GC, de ahí la importancia decisiva que los informes técnicos (social, psicológico o psicosocial), solicitados por el Juez o por las partes, adquieran<sup>581</sup>.

---

*experiencia o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso (SSTS de 26.01.1998 y 15.02.1999)”.*

<sup>580</sup> En multitud de ocasiones constituye la única prueba del proceso, razón por la cual es necesario motivar la decisión judicial, tanto si se acepta el contenido y las conclusiones del informe técnico, como si no.

<sup>581</sup> Se trata de una prueba pericial judicial del art. 339 de la LEC-2000, cuya práctica puede acordarse, a instancia de las partes o de oficio (art. 752 LEC-2000). El informe es elaborado por asistentes sociales y psicólogos designados por el Juez, que, como auxiliares de los tribunales y con conocimientos suficientes, realizan pruebas tales como test, cuestionarios, pruebas psicológicas, entrevistas, etc., debiendo describir en aquél el proceso de razonamiento del perito, para un mejor entendimiento del mismo o, en su caso, para su impugnación.

Respecto a ellos, la DA 6ª de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CCCat., relativo a la persona y la familia, dispone: “1. Los dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental tienen por objeto primordial averiguar o apreciar la existencia en el menor, o en alguno de los progenitores o en otros miembros de la familia que convivan con él, de una enfermedad mental o de anomalías de conducta que incidan, perjudiquen o interfieran en las relaciones familiares, para establecer el régimen de guarda y de relaciones personales. También pueden tener por objeto comprender adecuadamente el sistema de relaciones personales existente en la familia o en los nuevos núcleos en que el menor debe integrarse, y las medidas de seguimiento que deban adoptarse para garantizar el derecho de los menores a mantener la normalidad en las relaciones con sus progenitores.

2. Los dictámenes relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental que las partes aporten al proceso equivalen a los elaborados por el equipo técnico de apoyo judicial o los profesionales que el juez designa en su lugar, siempre y cuando el perito haya sido designado por un colegio profesional o una entidad reconocida por la Administración a partir de un censo de especialistas y de modo que se garantice la objetividad, imparcialidad y capacidad técnica.

3. Si los medios probatorios aportados por las partes relativos al régimen de guarda, incluida la compartida, y de relaciones personales no ofrecen suficientes elementos de juicio, el tribunal puede disponer que un perito judicial elabore un informe. El perito debe designarse entre los especialistas de los equipos técnicos de apoyo judicial, de la clínica de medicina forense o de los colegios profesionales correspondientes si los servicios públicos de asesoramiento no existen o no pueden asumir la designación.

4. Los especialistas integrados en los equipos técnicos que apoyan a los tribunales o los designados en lugar de aquellos son auxiliares de los tribunales. Las autoridades y los organismos públicos y privados, y los profesionales que hayan intervenido previamente con la familia, tienen el deber de colaborar. Si la colaboración solicitada se refiere a aspectos protegidos por el secreto profesional, por el derecho de intimidad o por la normativa relativa a datos personales, se requiere una resolución expresa del tribunal”.

De conformidad con lo dispuesto por los arts. 335, 366.3 y 752 LEC-2000, los arts. 92.9 C.c. y 92bis 4 del ALECP establecen:

*“Art. 92.9. 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”.*

*“Art. 92bis 4. El Juez, igualmente, 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 expertos debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad, del régimen de guarda y custodia de los menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor no conviviente u otras personas”.*

Estos informes, emitidos por equipos técnicos compuestos por profesionales, también han experimentado una evolución en la materia, desde el escepticismo inicial respecto a la GCC, hasta la situación actual.

A título de ejemplo, cito la **SAP de Valencia (Sección 10ª) de 18 de enero de 2005, FD 1º**<sup>582</sup>: *“para determinar el régimen de guarda más adecuado al interés de la menor, de acuerdo con el artículo 92 del Código Civil, y las disposiciones concordantes de ámbito nacional e internacional, no puede desconocerse el sentido del informe pericial realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 189 y siguientes), que debe ser la guía fundamental en esta cuestión por la imparcialidad y cualificación profesional de quienes lo han suscrito, en cuyas conclusiones se dice literalmente que ‘en el conjunto de la información recogida no se han detectado indicios de desatención en el trato que Iris recibe en el hogar materno’, y que ‘el actual sistema de custodia y visitas ha permitido que la menor mantenga una fuerte vinculación afectiva con ambos progenitores’, y en consecuencia, ‘se considera que no se dan las condiciones necesarias para la práctica de un sistema de custodia compartida con éxito y se estima que dicho sistema no supondría mayores beneficios para la menor en comparación con la custodia y las visitas actuales’; por ello, no concurriendo otras pruebas objetivas que contradigan sólidamente las conclusiones de este informe, procede la desestimación de este motivo del recurso”.*

En la práctica, en los Juzgados de Familia de las capitales de provincia se encargan estos informes periciales a los Equipos Psicosociales que existen en ellos<sup>583</sup>, los cuales están

---

<sup>582</sup> JUR 2005, 64101.

<sup>583</sup> En aquellas localidades donde no se han creado Juzgados específicos de Familia (Juzgados mixtos) estos informes especializados son solicitados por las partes o por el Juez a los Equipos Psicosociales de la capital, a organismos o entidades colaboradoras o a los Servicios de Asuntos Sociales del Ayuntamiento de la localidad. En Capitales de Provincia como Sevilla existen 3 Equipos Técnicos Psicosociales de Familia; 4 Juzgados de Violencia sobre la Mujer y 5 Juzgados Especializados de Familia. <http://www.juntadeandalucia.es/justicia/portal/adriano/buscarpartidosjudiciales>.

Nada impide a las partes solicitar aquellos informes médicos que consideren necesarios a conformar una opinión, si bien hay que diferenciar los derivados de tratamientos necesarios de los informes voluntarios o de parte aportados, los cuales, según la Guía de buenas prácticas para la elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas de menores, requieren la valoración de todos los miembros del grupo: *“desde esta óptica un informe que no presente una información válida y fiable de*

compuestos por varios psicólogos, trabajadores sociales y educadores<sup>584</sup>, cuya designación y composición no es notificada a las partes a los efectos de tacha del art. 343 de la LEC-2000, no procediéndose, por tanto, conforme a lo previsto por la LEC-2000 para la designación de los peritos judiciales.

La EM de la Ley 7/2015 de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ, en su apartado X, ha destacado la voluntad de creación integral de estos cuerpos auxiliares: *“...incorporación de la exigencia de la especialidad en Medicina Forense para el ingreso en el Cuerpo de Médicos Forenses, que se hará efectiva cuando determine el Ministerio de Justicia una vez que concluyan su formación las primeras promociones que hayan obtenido plaza por el sistema de residencia a través de la correspondiente convocatoria anual de pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada. En paralelo, se actualizan las funciones de estos profesionales y se adapta el régimen de los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, como órganos técnicos adscritos al Ministerio de Justicia o a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia,*

---

*cada uno de los miembros de la familia, y de la relación de cada miembro con los demás componentes, no podrá ser considerado un informe pericial válido sobre temas de custodia”.*

[http://www.copmadrid.org/webcopm/recursos/guia\\_buenas\\_practicas\\_informes\\_custodia\\_y\\_regimen\\_visitas\\_julio2009.pdf](http://www.copmadrid.org/webcopm/recursos/guia_buenas_practicas_informes_custodia_y_regimen_visitas_julio2009.pdf)

<sup>584</sup> La Asociación Europea de Abogados de Familia (<http://www.asociacionabogadosfamilia.com/equipos-psicosociales/la-prueba-del-informe-psicosocial>) al respecto indica: *“a.- La existencia de estos equipos judiciales en su configuración actual no está amparada por ninguna disposición con rango de ley. Constituyen una anomalía en el conjunto de los peritos judiciales, pues en los restantes casos (arquitectos, ingenieros economistas, auditores...) los peritos son profesionales colegiados que se apuntan a una lista de entre los cuales el juez está obligado a llamar por orden correlativo, y sus dictámenes son pagados por quien solicita su intervención.*

*b.- Su status laboral corresponde al de personal contratado al servicio de cada Administración de Justicia autonómica. No son funcionarios de carrera y no tienen plaza alguna en propiedad. Fueron contratados en su día a través de una bolsa de trabajo de entre licenciados en sus respectivas especialidades que acreditaron determinada cualificación, no particularmente especializada. Posteriormente esos contratos se han ido renovando, pero sin que existan actualmente oposiciones a ningún cuerpo de peritos judiciales de esas especialidades. Su relación laboral con la administración, como contratados administrativos, es rescindible por decisión de la consejería competente. En Francia, por ejemplo, siguen el sistema general de los peritos judiciales. Como contratados temporales, su sueldo es pagado por la correspondiente Comunidad Autónoma en consideración al nivel administrativo con arreglo al cual fueron contratados, con cargo al presupuesto de la correspondiente consejería de Justicia. Es decir, a diferencia de los demás peritos judiciales, los Equipos Psicosociales se pagan con dinero del contribuyente, no de quien demanda su intervención.*

*En general, y a raíz de múltiples denuncias interpuesta por este motivo, suelen estar colegiados, lo que se puede comprobar generalmente, al menos en el caso de los psicólogos, en la página web del correspondiente colegio. La colegiación permite que sean denunciados ante su propio colegio por posibles infracciones de la normativa deontológica.*

*c.- En algunos juzgados de grandes poblaciones, como por ejemplo en Madrid, cada juzgado de familia tiene adscrito un equipo concreto cuyos despachos están instalados en la misma sede judicial. Esto adultera más su intervención, pues inevitablemente cada equipo tiene sus propios sesgos decisorios (siempre resuelven aproximadamente igual), lo que hace previsible su actuación a frente al juez y al fiscal, y frente a los despachos de abogados que suelen llevar más casos, haciendo totalmente esperable el resultado de cada informe”.*

y que tienen la misión de auxiliar a la Administración de Justicia en el ámbito de su disciplina científica y técnica.

*También como novedad se establece que los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses contarán con unidades de valoración forense integral, de los que podrán formar parte los psicólogos y trabajadores sociales que se determinen para garantizar, entre otras funciones, la asistencia especializada a las víctimas de violencia de género y doméstica, menores, familia y personas con discapacidad. Asimismo, dentro de estos Institutos podrán integrarse el resto de profesionales que integran los denominados equipos psicosociales, esto es psicólogos, trabajadores sociales y educadores sociales, que prestan servicios a la Administración de Justicia, incluyendo los equipos técnicos de menores; con todo ello, se refuerza y garantiza su actuación”.*

La nueva redacción del art. 479.3 de la LOPJ resalta la labor de valoración forense integral y la creación de equipos técnicos de menores, con formación especializada en familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica, desde la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres: *“en todo caso los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses contarán con unidades de valoración forense integral, de las que podrán formar parte los psicólogos y trabajadores sociales que se determinen para garantizar, entre otras funciones, la asistencia especializada a las víctimas de violencia de género y el diseño de protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género. Asimismo dentro de los Institutos podrán integrarse el resto de equipos psicosociales que prestan servicios a la Administración de Justicia, incluyendo los equipos técnicos de menores, cuyo personal tendrá formación especializada en familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica. Su formación será orientada desde la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres”.*

Es evidente que de estos informes técnicos se derivan relevantes consecuencias para todo el entorno familiar, por ello que deban estar fundamentados en algún protocolo como documentación específica, test, entrevistas, grabaciones, etc., que puedan ser conocidos para impugnarlos, realizar seguimientos o revisarlos.

Asimismo, debe ser conocida la identidad de los peritos, a efectos de tachar la designación tras la comunicación de los encargados de elaborar el informe, para lo cual sería muy útil aplicar las normas del art. 339 de la LEC-2000 a los efectos de anticipar la prueba y, a la vista de la misma, proponer nuevo informe o nuevas pruebas (*“la designación judicial de perito deberá realizarse en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda, con independencia de quién haya solicitado dicha designación, o en el plazo de dos días a contar desde la presentación de la solicitud en los supuestos contemplados en el párrafo segundo del apartado 1 y en el apartado 2 de este precepto. Cuando ambas partes la hubiesen pedido inicialmente, el Tribunal podrá designar, si aquéllas se muestran conformes, un único perito que emita el informe solicitado”*) en lugar de esperar a la vista de medidas, como viene siendo práctica habitual en nuestros Juzgados de Familia.

Por otra parte, el Defensor del Pueblo, en su *“Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”* de mayo de 2014, contempla la posibilidad de que el Juez, a la hora de determinar la madurez del menor para conocer su opinión, pueda valerse del apoyo técnico:

*“Evaluación de la capacidad del niño. Esta cuestión es crítica para los asuntos tratados en el presente estudio. El juicio de madurez no es una apreciación propiamente jurídica, por lo que el juzgador requerirá en muchos casos a estos efectos de apoyo técnico. Los equipos psicosociales deberán también aplicar y respetar el enfoque de la Convención y el Comité y los elementos caracterizadores del derecho del niño a ser escuchado, en especial la presunción de existencia de capacidad de formarse un juicio propio. El Comité recuerda que «cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño» (OG 12, § 30). Por otra parte, el Comité afirma de manera categórica que «si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión» (OG 12, § 44).*

*Los expertos consultados por esta Institución coincidieron en la importancia de que el menor no perciba que su opinión es decisiva para la resolución que finalmente el juez haya de adoptar. La razón esgrimida es la de proteger al niño del peso de la responsabilidad que se derivaría de que su posición se percibiera como determinante. Tal praxis implica la aplicación de un criterio distinto al que se desprende de la Convención, examinada a la luz de la Observación General 12, puesto que «tener en cuenta las opiniones como factor destacado» significa justamente lo contrario: esto es, poner en valor la importancia que, a priori, ha de atribuirse a lo que el niño piensa sobre aquello que le afecta.*

*Ciertamente, el juez deberá ponderar todos los derechos en conflicto y, en ese sentido, la opinión del menor puede acabar no siendo determinante, pero la solución no pasa por banalizar el acto de la escucha al menor ni sus consecuencias, sino por hacerle comprender las concretas circunstancias que están en juego y que deben ser también consideradas en la adopción de una decisión”.*

También la Sindicatura de Greuges<sup>585</sup>, en su Informe de 24 de marzo de 2014<sup>586</sup>, exige la protocolización y especialización de los equipos psicosociales de los Juzgados de Familia en los procedimientos de guarda y custodia: *“por todo ello, la Sindicatura dictó una serie de sugerencias a la Conselleria de Governación y Justicia y a la Conselleria de Bienestar Social entre las que destacamos:*

- Que se regule la composición, funcionamiento y requisitos de acceso de los equipos técnicos adscritos a los Juzgados de Familia; describiendo con claridad las funciones de cada uno de los profesionales.*
- Que se dote de medios humanos y materiales suficientes a los equipos psicosociales que prestan servicios en los Juzgados de Familia.*
- Que en la selección de personal se valore la especialidad en Psicología Forense, Infantil, y en Violencia de Género, exigiendo una cualificación y formación adecuadas en estas especialidades.*
- Que se realicen cursos de reciclaje y formación continuada promovidas por la Conselleria competente.*

---

<sup>585</sup> La Sindicatura de Greuges es el nombre que recibe el Defensor del Pueblo de la Comunidad Valenciana.

<sup>586</sup> Publicado en la página web de la sindicatura.

- *Que los informes periciales sobre guarda y custodia de menores en procesos de familia conflictivos abarquen la evaluación psicológica y social del entorno familiar en los que se han desenvuelto los hijos/as.*
- *Que los equipos puedan hacer un seguimiento, una vez dictada la Sentencia, sobre la idoneidad de la medida adoptada sobre la guarda y custodia.*

*La Conselleria de Bienestar Social, por su parte, ha remitido recientemente un escrito en el que coinciden con el defensor del pueblo de la Comunidad Valenciana en la necesidad de que, en función del supremo interés del menor, el funcionamiento de los equipos técnicos, (...), en cuestiones de valoración de situaciones familiares, cuenten con la mayor capacidad posible, tanto en materia de recursos como de formación de sus integrantes. Asimismo, destaca que estos equipos técnicos de apoyo a los órganos jurisdiccionales están adscritos a la administración de Justicia. No obstante, se compromete a promover la realización de cursos, tanto en materia de violencia de género como de valoración de situaciones familiares, dentro del Plan de Formación para empleados públicos”.*

El art. 92bis 4 del ALECP no ha tenido en cuenta las sugerencias relativas a estos informes, que son decisivos para conformar la adecuada opinión del juzgador acerca del entorno familiar y de su problemática, así como de las medidas a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores a causa de sus posiciones enfrentadas.

Ha de tenerse en cuenta que la decisión judicial sólo podrá ser revisada cuando sea arbitraria o errónea, según subraya la **STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 7 de abril de 2011, FD 4**<sup>587</sup>: *“en la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 (RJ 2010, 7302) y 8 octubre (RJ 2010, 7445) y 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2340) y 28 septiembre 2009 (RJ 2009, 7257).*

*La reforma de 2005 acordó que con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes y que el Juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor. Pero a partir de aquí, la decisión del juez está sometida al criterio de escrutinio general, es decir, que sólo podrá ser revisada por esta Sala cuando sea arbitraria (caso de la STS de 1 octubre 2010), o bien llegue a conclusiones erróneas (casos de las SSTS de 10 marzo 2010 (RJ 2010, 2329) y 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606)), porque debe repetirse que el juez no está vinculado por los informes de los profesionales, que debe apreciar y expresar las razones de su decisión, porque las sentencias deben ser siempre motivadas (art. 120.3 CE y art. 218.2 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)), para evitar la arbitrariedad”.*

Acerca de la importancia decisiva de dichos informes técnicos, en la práctica, a efectos de optar por una forma u otra de guarda del menor, se pronuncia la **STS (Sala de lo Civil,**

---

<sup>587</sup> RJ 2011, 3152.

**Sección 1ª) de 27 de abril de 2012, FD 2º<sup>588</sup>**: “como afirma la STS 578/2011, de 21 julio (RJ 2011, 5438), en todos los casos examinados contenidos en las sentencias de contraste, ‘las Audiencias provinciales han decidido sobre una forma u otra de guarda teniendo en cuenta los informes periciales contenido en el procedimiento. Por tanto, no pueden servir como sentencias de contraste para asegurar que existe doctrina contradictoria entre ellas, porque al contrario, todas deciden teniendo en cuenta el interés del menor a la vista de los informes preceptivos según dispone el art. 92 CC. En definitiva, las sentencias que aporta son un pretexto para presentar el recurso, ya que cada una de ellas decide según las circunstancias de los casos planteados, teniendo en cuenta un argumento común para resolver la situación de hecho’, que es el interés del menor. De este modo debe excluirse la concurrencia del interés casacional”.

En relación a la adopción o no del concreto modelo de GCC, señala la relevancia decisiva del informe técnico, pero también su carácter no vinculante, la **STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 17 de diciembre de 2013, FD 3º<sup>589</sup>**: “el informe psicosocial siendo relevante no es de ineludible cumplimiento, y del mismo se deduce la posibilidad de afrontar la custodia compartida, desde un marco de diálogo de los padres, que no consta que sea deficiente. En este informe se opta, por el momento, por el sistema de custodia para el padre dada la mayor lealtad demostrada para con la madre en las decisiones sobre visitas, colegio, y residencia, pero no aporta datos que permitan considerar que los menores vayan a estar en mejores condiciones con la custodia a favor del padre. Es de valorar el mayor esfuerzo mediador y conciliatorio del padre, pero no estamos ante un sistema de recompensas sino ante el análisis de si los menores pueden desarrollarse afectiva y emocionalmente de manera plena bajo un sistema de custodia compartida y no consta al Tribunal ninguna causa que lo impida.

Por todo ello, debemos declarar que se ha infringido lo dispuesto en el art. 92.8 de C. Civil, al descartar la custodia compartida, en base a que no la informó favorablemente el Ministerio Fiscal, en la instancia, y por las malas relaciones existentes entre los progenitores, sin valorar la incidencia en el interés de los menores, ni la concurrencia del resto de los requisitos establecidos jurisprudencialmente”.

En el mismo sentido, y sobre la solicitud y práctica, en segunda instancia, de nuevo informe pericial para comprobar el funcionamiento de la GCC decretada en primera, con el fin de determinar la conveniencia o no de su mantenimiento destaca la **STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 1 de octubre de 2010, FD 8º<sup>590</sup>**: “c) que el informe emitido por los servicios psico-sociales como prueba en segunda instancia concluía que no sólo había funcionado correctamente la guarda y custodia compartida desde la ejecución de la sentencia pronunciada en primera instancia, sino que era aconsejable seguir manteniéndola. Dicho informe no es vinculante, pero ofrece elementos para decidir que no han sido tenidos en cuenta para acordar una u otra solución en el presente supuesto, y d) que el informe del Ministerio Fiscal es favorable a la guarda y custodia compartida.

Por ello, esta Sala, de acuerdo con lo dispuesto en la DA 16ª LEC, entiende que a la vista de los anteriores razonamientos, debe confirmar la sentencia pronunciada en la primera

---

<sup>588</sup> RJ 2012, 6105.

<sup>589</sup> Id Cendoj 28079110012013100736.

<sup>590</sup> RJ 2010, 7302.

*instancia, acordando la guarda y custodia compartida del menor, a la vista del informe favorable del Ministerio fiscal y teniendo en cuenta los informes de los servicios psicosociales, que se mostraban favorables a dicho régimen, porque lo contrario sería otorgar virtualidad a la vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad del que es reflejo la sentencia objeto de recurso”.*

A los informes privados o extraprocesales, sus requisitos legales<sup>591</sup> y a las consecuencias de su falta de consideración en el pronunciamiento judicial, la cual no conlleva la anulación de la sentencia, hace referencia la **STSJ de Aragón, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 29 de abril de 2013, FD 3º**:<sup>592</sup> *“segundo extremo en que fundamenta la recurrente la pretendida irracionalidad manifiesta de la sentencia recurrida es el relativo a no haberse tenido en consideración al dictar tal resolución el informe pericial que fue extraprocesalmente practicado el día 28 de febrero de 2012 por la psicóloga Sra. Almudena, a instancia de la propia recurrente.*

*Ciertamente, ni una ni otra de las sentencias dictadas en autos hacen referencia a tal informe. Lo cual indudablemente, constituye una extraña omisión que priva de la posibilidad de conocer de modo expreso la valoración que sobre él ha hecho el órgano judicial. Ahora bien, en este caso no se entiende que la ausencia de cita del informe mencionado pueda comportar la anulación de la sentencia recurrida, ya que, comprobado su contenido, se constata que no puede ser considerado como prueba de real relevancia para resolver el fondo de la cuestión.*

*En primer lugar, el informe en cuestión es un dictamen de carácter meramente privado, sin cumplimiento de los requisitos legales exigidos en el artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para poder ser considerado como informe pericial.*

*En segundo lugar, como se deduce con claridad del propio informe, no se evacua en atención al hijo menor, sino que es un informe psicológico realizado a la madre del niño, ahora parte recurrente. En consecuencia, la psicóloga no recibió ni estudió al menor.*

*Y, en fin, y a pesar de que la informada era la madre, las conclusiones del informe recogen también consideraciones de la psicóloga respecto del niño, si bien tan sólo para plasmar generalidades relativas a menores de entre 4 y 6 años que no son sino meras opiniones de la redactora, de carácter genérico, y que no parten del conjunto de datos y hechos concretos presentes en el caso.*

*Por tanto, sin necesidad de entrar a valorar las consideraciones recogidas en el informe, no debe entender que pudiera ser de relevancia para resolver la importante cuestión de si, en este supuesto, era más conveniente la custodia individual que la compartida ordenada con carácter general por el artículo 80 CDFa ni, por tanto, que pudiera servir para rebatir el informe evacuado en forma que sí fue tenido en cuenta por la sentencia recurrida”.*

El mismo tribunal, en su posterior **Sentencia de 17 de febrero de 2014, FD 8º**<sup>593</sup>, enjuicia un supuesto de existencia de informes técnicos contradictorios, la cual no conlleva,

---

<sup>591</sup> Art. 335.2 LEC-2000.

<sup>592</sup> RJ 2013, 481.

<sup>593</sup> RJ 2014, 1570.



necesariamente, la exclusión de la GCC como régimen preferente en Aragón: *“la obligada exposición en esta sentencia de los distintos extremos de los informes, obrantes, junto con las consideraciones antes efectuadas sobre el informe psicológico valorado en la sentencia recurrida, evidencia, en fin, que la relevancia que otorga la sentencia recurrida a este último informe no puede ser considerada de tal especialidad como para, dentro de la posibilidad del artículo 80.2 f) el CDFa, excluir el régimen preferente de custodia compartida. Porque la contradicción entre las conclusiones de unos y otros, la duda sobre el inicio de una trayectoria de alienación parental de la niña, las confusiones que la propia menor tiene sobre quién es realmente la figura paterna, o el apoyo del último informe únicamente en la consideración, contraria a la previsión legal, de que la custodia compartida sólo en caso de acuerdo de los padres debe hacerse, impiden aceptar, como hace la sentencia recurrida, que sea claro en este supuesto que exista una circunstancia de especial relevancia que dé lugar a excluir el régimen preferente”*.

De lo hasta aquí expuesto, concluyo la necesidad de afrontar una profunda revisión de los protocolos de actuación en materia de informes técnicos, tanto en relación a los profesionales que los elaboran y en la correspondiente comunicación a las partes procesales, como en la uniformidad requerida en las técnicas a emplear para alcanzar sus conclusiones.

La valoración integral y la creación de equipos especializados (en materia de familia y menores) está por llegar, conforme a lo ya anunciado por la Ley 7/2015, lo cual requerirá la correspondiente dotación presupuestaria para alcanzar los fines marcados por la citada norma.

#### **6.2.4.- LA DEDICACIÓN PASADA A LA FAMILIA O PRÁCTICA FAMILIAR**

Sin duda, es deseable, en esta materia, la autorregulación familiar, con el fin de procurar la continuidad del *statu quo* del menor, entendido como respeto a la práctica anterior o costumbres familiares preservando, en lo posible, el ambiente del menor.

Ello ha servido de argumento para que los tribunales llegaran, en multitud de ocasiones, a la conclusión de que la alternativa materna es la más adecuada al ISM, por presentarse como la figura de referencia en la vida del menor al haberse encargado de su cuidado desde su nacimiento.

A mi modo de ver, éste no debe ser un criterio para determinar o rechazar un concreto modelo de guarda, a pesar de ser contemplado por el CCCat. en su art. 233-11d; por la LVRF en su art. 5.3c; por la LPVRF en su art. 9.3ª; por la célebre STS de 29 de abril de 2013 (*“la práctica anterior de los progenitores”*) y por el ALECP no como tal, pero sí en el art. 92bis, apartado 3º (añadiendo *“en sus relaciones con el menor”*).

En mi opinión, no puede incluirse, en el listado de criterios, ninguna pauta respecto a *“la práctica anterior de los progenitores”*, pues ésta práctica pasada podría llegar a ser una auténtica condena de futuro, que resulta contraria a la igualdad de género parental. Más que fijarlo como criterio o pauta a seguir, considero importante indagar por qué un

progenitor u otro se ha ocupado, hasta el momento, de los cuidados del menor, pero nunca debe ser tenida en cuenta como rechazo a la idoneidad de la GCC, o bien de una modalidad de guarda individual, pues ha de considerarse que una persona tiene derecho a “reciclarse” u adoptar otros hábitos de conducta parental o de corresponsabilidad parental que antes no tenía.

Dicho esto, esta práctica familiar o distribución de roles parentales no debe confundirse con desinterés parental<sup>594</sup>, pues un reparto de tareas mutuamente aceptado por ambos progenitores nada tiene que ver con la falta de voluntad o actitud para asumir.

Hay una nueva realidad derivada del divorcio o del cese de la convivencia de la pareja y ahora no se trata de premiar a quien ha hecho más por los hijos con anterioridad a la ruptura, sino de adoptar la mejor decisión para el futuro de los niños (ISM) a partir de la misma, nueva situación permitirá asumir nuevos hábitos y nuevos roles.

De este modo, creo que habría que diferenciar una etapa de convivencia y otra tras el cese de la misma e, incluso, otra etapa intermedia desde la ruptura hasta la celebración del juicio, la cual debería ser analizada para conocer cómo se ha desarrollado y cómo ha sido la actuación y comportamiento de cada progenitor (respecto a su implicación en el pago de los alimentos, quién interpone la demanda y qué solicita en ella en relación al hijo, en concreto, qué modelo de guarda y reparto temporal propone, etc., pudiendo detectarse con estos (y otros) datos el grado de compromiso o actitud de los progenitores con el menor tras la ruptura.

En este sentido, destaco la **SAP de Madrid (Sección 22ª) de 27 de mayo de 2014, FD 4º**<sup>595</sup>: “3º *la relación entre la menor y ambos progenitores es muy buena y desea permanecer más tiempo con cada uno de ellos. Ambos progenitores tienen habilidades parentales para cuidar a la menor, aunque anteriormente haya existido cuidado principal materno y ayuda paterna.*

*En definitiva, que conviene al interés primordial de la menor que se tome la medida de acordar la guarda y custodia compartida (SSTS de 1 octubre 2010, 11 febrero y 12 mayo 2011). Se considera que ‘con ello se fomentara la integración de la menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, b) se evita el sentimiento de pérdida, c) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores, d) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia’ (STS 25-11-2013).*

---

<sup>594</sup> SAP de Burgos (Sección 2ª) de 30 de julio de 2010 (JUR 2010, 327825). FD 1º: “c.- *En cuanto a la dedicación y atención pasadas y presentes a los hijos, también se aprecia una mayor dedicación de la Sra. Marí Juana, y sin que ello suponga desinterés del apelante por sus hijos. Es lo cierto que esa dedicación pasada más intensa de la madre determina y justifica, junto con los restantes elementos de juicio expuestos, que la custodia directa se atribuya a la madre. Así, la prueba documental y testifical articulada en el proceso ponen de manifiesto una presencia continuada y activa de la madre en las actividades educativas de sus hijos (actividades de inglés, f.328 o de natación, f. 329) y en la diaria y constante atención médica y asistencial que precisa el hijo Augusto, por ser imprescindible el suministro de anticolinérgicos y de cateterismo cada tres horas y media con las consiguientes y constates visitas al médico de cabecera y a especialistas en Burgos y Madrid y con la correspondiente adquisición de recetas y medicamentos (f. 53 y f. 327)”.*

<sup>595</sup> JUR 2014, 245182.

*FALLO: Se atribuye la guarda y custodia de la menor de forma compartida a ambos progenitores, distribuyéndose del siguiente modo, por semanas alternas, realizándose el intercambio en el propio colegio de forma que uno de los progenitores la dejará el lunes por la mañana en el colegio y el otro la recogerá a la salida”.*

En la misma línea, la **SAP de Cáceres (Sección 1ª) de 9 de octubre de 2014**<sup>596</sup> y la **SAP de Murcia (Sección 4ª) de 16 de octubre de 2014, FD 3º**<sup>597</sup>: *“el hecho de que anteriormente la madre fuera la que de manera casi exclusiva atendiera directamente a los hijos, mientras que el padre se dedicaba a trabajar fuera de la casa, no es por sí un dato suficiente para rechazar la idoneidad de la custodia compartida, pues ello era consecuencia de una distribución de tareas mutuamente aceptada por las partes, no de un desinterés del padre por sus hijos, sino una acomodación a una distribución de roles, por general socialmente extendida, pero que la nueva situación no permite, y lo único que hay que examinar es si el padre está capacitado para asumir esas tareas, no existiendo en las actuaciones nada que permita dudar de ello, partiendo de que la propia madre ha reconocido su atención a los hijos cuando estaba en casa y el comportamiento adecuado del ahora apelado”.*

También destaco la **SJPI núm. 8 de Pamplona de 14 de octubre de 2014, FD 2º**: *“sobre esas bases, debe de valorarse cuáles son las circunstancias que concurren y el sistema concreto de reparto temporal que con arreglo a ello se considera como más adecuado para los intereses de los menores. La Sra. ... ha venido a señalar que su mayor capacidad y; disponibilidad, unido a que las habilidades del Sr. ... se centran más en el ámbito del ocio, hacen adecuado una custodia exclusiva a su favor. Debe advertirse que el hecho de que durante el tiempo de convivencia no haya habido una distribución tendencialmente igualitaria; del tiempo de dedicación a los hijos, no quiere decir que sólo uno de los padres esté en condiciones de hacerse cargo de su custodia. De ser así, no quedaría otra opción que concluir que el progenitor que no lo haya hecho así no podrá optar nunca a asumir un régimen de custodia compartida. Y esto no tiene por qué ser así, debiendo de valorarse la realidad familiar existente pero también si existe una falta de aptitud, capacidad y disposición, que pueda determinar la atribución de la custodia individual, sin que quepa presumir incapacidad para el futuro”.*

Así las cosas, el progenitor que no se ha ocupado nunca directamente del menor ni muestra interés alguno de hacerlo en el futuro<sup>598</sup>, difícilmente podrá ser obligado a ello, siendo improbable que así lo haga, a pesar de la posible imposición legal del juez.

El criterio del mantenimiento del *statu quo* del menor libremente consentido por los progenitores ha sido base argumental utilizada de forma reiterada por la jurisprudencia, como reconoce la **SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 17 de mayo de 2007, FD 2º**<sup>599</sup>: *“este criterio de mantenimiento de la situación salvo que sobrevengan circunstancias excepcionales que aconsejen lo contrario lo venimos manteniendo en distintas*

---

<sup>596</sup> SP/SENT/794424.

<sup>597</sup> JUR 2015, 3709.

<sup>598</sup> De forma evidente, puede detectarse esta ausencia de interés cuando se detecta que, tras la petición de GCC, existen otros motivos como la supresión de la pensión de alimentos, la atribución de domicilios, etc.

<sup>599</sup> JUR 2007, 350161.

*resoluciones; así en nuestra Sentencia nº 227/07, Sentencia en que afirmábamos lo siguiente: ‘venimos entendiendo que las situaciones de hecho que se consienten por los progenitores de los menores no pueden ser alteradas si no concurre una causa grave y sustancial que aconseje la modificación del ‘status quo’ libremente consentido por las partes. Las situaciones de guarda y custodia, en Derecho de familia, son siempre revisables en atención al superior interés de los hijos menores de edad, pero tal revisión debe necesariamente responder a que se acrediten situaciones de hecho que afecten gravemente al estado moral o material del menor sometido a la guarda y que aconsejen modificar lo que hasta tal momento se venía manteniendo como normal”.*

Concede también importancia a la dedicación pasada a los hijos, a efectos de una GCC, la SAP de Murcia (SECCIÓN 5ª) de 26 de junio de 2012<sup>600</sup>, FD 3º: *“una guarda compartida para que funcione correctamente debe ser algo que, de hecho, viniese funcionando anteriormente a la crisis matrimonial, esto es, que los padres ya tuviesen una implicación directa y comprometida con sus hijos y ambos participasen, no necesariamente al 50% pero sí con un alto grado de compromiso con los menores, en todas las actividades y decisiones relativas a los mismos”.*

En ningún caso, insisto, puede premiarse el esfuerzo materno durante la vida familiar en común, en aspectos de conciliación familiar, tareas en el hogar, en las actividades escolares, en sus cuidados médicos, etc.

Ahora bien, el Juez sí debe deducir la falta de interés o voluntad, por ejemplo, del modo de plantear o la no solicitud de la GCC, si, por ejemplo, el padre no la solicita hasta que deduce reconvencción contra la demanda de divorcio interpuesta por la madre, como sucedió en el caso enjuiciado por la **SAP de Las Palmas (Sección 3ª) de 30 de abril de 2014, FD 2º**<sup>601</sup>: *“por tanto, se trata de resolver, motivadamente y en atención al interés preferente del menor, con arreglo a los criterios de fundamentación de la decisión jurisdiccional:*

*1.- Práctica anterior de los cónyuges sobre la guarda del menor.- El matrimonio ha durado unos 11 años, y en ese tiempo, que también lo ha sido el de vida del único hijo común, la madre ha asumido la mayor carga de cuidado y atención del hijo, según ha admitido el propio padre. Si bien ambos cónyuges trabajaban regularmente, el esfuerzo de conciliación familiar lo realizó básicamente la madre, no sólo en la atención al hijo en el seno del hogar, sino en sus actividades escolares y cuidados médicos. Y si eso sucedió antes de la separación de hecho, cuando ésta se produce meses antes de la demanda de divorcio, el hijo queda bajo la guarda de hecho de la madre, limitándose el padre a realizar visitas del hijo, sin solicitar la custodia compartida hasta que deduce reconvencción contra la demanda de divorcio de la contraparte, sin que tampoco en dicho escrito plantee como medida provisional al amparo del art. 103 del C.C. la inmediata custodia compartida. El hijo ha permanecido pues hasta la actualidad en guarda materna, sin que se hayan producido disfunciones en el ejercicio de dicha guarda con adecuada evolución formativa del menor”.*

---

<sup>600</sup> Id Cendoj 30016370052201200315.

<sup>601</sup> JUR 2014, 184563.

## 6.2.5.- EL ARRAIGO DEL MENOR

Como primera delimitación conceptual al tratar el criterio del arraigo, hay que precisar que éste ha de entenderse referido al entorno social, escolar y familiar del menor<sup>602</sup> o, en su caso, de la propia familia nuclear del menor, pero nunca en relación a un lugar geográfico o domicilio concreto, dado que siempre será inherente a cualquier modelo de guarda (con mayor razón, a la GCC) cierta deslocalización del menor por ser los cambios de residencia una consecuencia necesaria del cese de la convivencia de sus progenitores<sup>603</sup>.

Expuesto lo anterior, hay que destacar la preocupación constante de la jurisprudencia y del legislador hacia esta cuestión, la cual se refleja con la inclusión de este factor y de otro íntimamente relacionado relativo a la situación de domicilios que será tratado más adelante, si bien parece intuirse que el primero se refiere a un cambio radical (cambio de país o ciudad) y el segundo a uno moderado (dentro de la misma ciudad o ciudades limítrofes).

Al analizar este factor, es preciso determinar si estamos ante un desplazamiento o traslado del domicilio definitivo o bien si se trata de un mero traslado temporal y si éste atiende a un capricho del progenitor o a un estado de necesidad que justifique la medida e, incluso, aun cuando dicha necesidad exista, cómo puede incidir este cambio en el ISM.

Lo anterior ha de ponerse en relación con lo dispuesto por el art. 19 de la CE, “*los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional*” e, incluso, a salir de España en los términos que establezca la ley.

Como ya tuve ocasión de señalar en su momento, este derecho va referido a los progenitores y no conlleva que un cambio de residencia del padre o de la madre produzca, de forma automática, un cambio de la del menor, debiendo obtener el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor, al tratarse de un aspecto esencial e incluido en la patria potestad residual, y, en caso de oposición (normalmente, por verse afectado su contacto diario y permanente), ha de ser oído el progenitor y el menor, debiendo consensuarse dicha decisión o, en su defecto, obtenerse autorización judicial<sup>604</sup>.

---

<sup>602</sup> Vid. art. 9.3g de la LPVRF.

<sup>603</sup> SAP de A Coruña (Sección 4ª) de 9 de mayo de 2012 (JUR 2012, 205092), FD 3º: “*la ‘deslocalización’ de los niños para no aplicar la guarda y custodia compartida no es argumento decisivo por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos (SSTS de 11 marzo 2010 y 7 de julio de 2011)*”.

<sup>604</sup> La libertad de residencia dentro y fuera de España es individual, no familiar, en el sentido de que el progenitor mayor de edad tiene dicha opción, sin poder “arrastrar” con su decisión al grupo, pudiendo el Juez de familia condicionar la guarda a la permanencia del progenitor en territorio del Estado español, como en el caso enjuiciado por la SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 13 de octubre de 2010 (JUR 2010, 383897), FD 2º: “*el pequeño ha nacido en España y el mayor vino a muy corta edad, por lo que prácticamente ambos siempre han vivido aquí en compañía de sus progenitores. El traslado al país de origen de su madre, quien lo abandonó a la edad de 23 años aproximadamente contando ahora más de cuarenta y al que han acudido en vacaciones a visitar a la familia extensa, no se estima conveniente en este momento y como consecuencia fundamentalmente de la crisis matrimonial, pues supondría alterar la situación familiar de forma radical y alejar a los hijos de su padre en una edad en la que ambos progenitores deben actuar como referentes siendo necesario que los hijos establezcan vínculos positivos con ambos. Las carencias o las particularidades del sistema educativo japonés en Barcelona apuntadas por la recurrente no se estima argumento suficiente para avalar un cambio de residencia que comporta apartar a los hijos del que ha*

En dicha decisión, el Juez resolverá, previa identificación de los bienes y derechos en conflicto, a fin de poder calibrar, de una forma ponderada, la necesidad y la proporcionalidad de la medida<sup>605</sup>.

En este sentido, se pronuncia la **SAP de Cáceres (Sección 1ª) de 23 de mayo de 2011, FD 2º in fine**<sup>606</sup>: “*como expone el Ministerio Fiscal, aun estando acreditado que ambos progenitores se encuentran en condiciones idóneas para ejercer la custodia de los hijos menores, debe valorarse especialmente el grado de estabilidad y adaptación logrado. Al no haber acuerdo entre las partes sobre una posible custodia compartida y residiendo ambos progenitores en localidades distintas, a la vista de los informes psicosociales aportados, resulta aconsejable mantener la situación de los menores evitando el cambio radical en sus circunstancias que supondría la aplicación de la cláusula y la atribución de la guarda y custodia a la madre debiendo en consecuencia desestimarse el recurso de apelación*”. En la misma línea, en relación al arraigo del menor, la **SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 17 de enero de 2013**<sup>607</sup> y la **SAP de Tarragona (Sección 1ª) de 8 de noviembre de 2014**<sup>608</sup>.

---

*sido su entorno habitual y privarles de la necesaria relación paternofamiliar imprescindible en su actual proceso evolutivo. Tampoco se aprecia o comparte la pérdida de oportunidades o la limitación del futuro académico de los hijos comunes invocada por la recurrente en apoyo de su pretensión”.*

FD 3º: “*La seria determinación de la madre en trasladar su domicilio a su país de origen y en empezar allí una nueva vida en compañía de sus hijos aparece suficientemente expresada en la sentencia apelada y con la finalidad de cubrir la posible materialización de esa circunstancia procede indicar que la madre ostentará la guarda y custodia de los menores en tanto en cuanto ella permanezca en territorio del estado español, sin que ello comporte infracción del artículo 216 LEC como la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2008 dictada por esta misma Sala ya puso de manifiesto*”.

<sup>605</sup> JPI de Gijón n.º 8 de 26 de enero de 2015 (SP/AUTRJ/795856), FD 1º: “... el juez si tiene que decidir, por falta de consenso, resolverá lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida a adoptar, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura o que existe entre los progenitores. Es más el TC, 199/2013 y 23014, en relación a los principios de proporcionalidad y las medidas restrictivas de derechos que se han de acordar, fija que se tengan en cuenta tres condiciones: a) Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, juicio de idoneidad b) si esa medida es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, juicio de necesidades y c) si esa medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general del menor que perjuicios, sobre otros bienes o valores en conflicto juicio de proporcionalidad en sentido estricto...”.

En el mismo sentido la SAP de Alicante (Sección 4ª) de 24 de enero de 2013 (JUR 2013, 185176), ANTECEDENTE DE HECHO 1º: “*por último es conveniente aclarar que la custodia, ya sea compartida o encomendada a uno de los progenitores, no autoriza en modo alguno a modificar la residencia de los hijos sin tener en cuenta sus intereses, sin contar con el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor o sin obtener, en su caso, la autorización judicial correspondiente pues si los padres pueden cambiar libremente de residencia, ello no supone el derecho a modificar sin más la de los hijos cuando puede ser conservada mediante el cambio de custodia*”.

<sup>606</sup> JUR 2011, 195226.

<sup>607</sup> SP/SENT/710709.

<sup>608</sup> JUR 2014, 1803.

En estos supuestos ha de valorarse detenidamente la conveniencia de la medida, ya que, como vengo indicando, los tribunales siempre se han mostrado favorables al continuismo de las circunstancias familiares, ante la incertidumbre y desconocimiento de cómo pueden afectar los cambios al menor.

Es en estos supuestos en donde se detecta el conflicto entre el ISM y la voluntad de un progenitor y su derecho constitucional a la libre circulación y fijación de residencia, como el caso de una madre que pretendía trasladarse a Madrid estando los hijos arraigados en Palma de Mallorca, debatido en la **SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) de 31 de julio de 2012, FD 2º**<sup>609</sup>: *“debe tenerse presente que se trata de menores que han nacido y vivido siempre en Mallorca, que están escolarizados en Palma y que en esta ciudad tienen sus vínculos y sus amistades más allegadas.*

*Por todo ello, procede considerar acertada la resolución judicial en lo que se refiere al continuismo en el ejercicio paterno de la guarda y custodia de los menores y el mantenimiento de su residencia en Mallorca, lo cual, no sólo consolida la situación fáctica que venía produciéndose desde septiembre de 2011, sino incluso la jurídica derivada de la sentencia de instancia, tras la cual no constan disfunciones en el Rollo de Sala. Todo ello, bien entendido que el hecho de no autorizar la petición materna de traslado de los menores a Madrid, no supone estar privando a la madre de su derecho a la libre circulación, sino que se está resolviendo con arreglo al principal principio informador de la materia, el favor filii, siendo el interés de los menores preponderante incluso sobre legítimos derecho de los progenitores que, al entrar en colisión con aquel, subyace el mismo como preferente; sin olvidar que, de la misma manera que la madre tiene derecho a la libre circulación y fijación de residencia, también el padre titulariza el mismo derecho”.*

Recordemos que el cambio de residencia no conlleva *per se* un cambio de guarda, cuando aquél está plenamente justificado o es beneficioso para el menor, como precisa la **SAP de Cuenca (Sección 1ª) de 5 de diciembre de 2013, FD 4º**<sup>610</sup>: *“los Tribunales vienen estableciendo que el cambio de residencia no puede suponer per se la pérdida de la guarda, (y en tal sentido se pronuncia, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, en Sentencia de 03.05.2007, recurso 16/2007, cuyo criterio compartimos), y menos cuando, como ya se ha dicho, tal cambio de residencia está totalmente justificado (por los motivos laborales referidos), y es beneficioso para el menor, (ya que, como también se ha indicado, no debe separarse a un niño de corta edad, como es el caso, de su madre)”.*

El Juez, en cada caso concreto, habrá de realizar una averiguación sobre las verdaderas causas que llevan al progenitor a solicitar su cambio de residencia y la del menor, y, por ende, un cambio de su entorno escolar, familiar y social, debiendo discriminar las posibles razones infundadas de las fundadas.

Así, nos encontramos, por ejemplo, con el caso de una madre que solicitó a su empleador un cambio de residencia de Gijón a Granada argumentando razones de salud del hijo menor, con el fin de impedir la GCC. Al respecto, la **SAP de Asturias (Sección 7ª) de**

---

<sup>609</sup> JUR 2012, 314055.

<sup>610</sup> JUR 2014, 9836.

**16 de mayo de 2014, FD 2<sup>o</sup>611** considera: “*pues bien, en el presente supuesto, la madre, con el pretexto de que resulta beneficioso para la salud del menor, pretende que se le atribuya a ella la guarda y custodia, para poder trasladarse con él a Granada, argumentando, además, que al comienzo de la crisis matrimonial había llegado a un pacto con su esposo a fin de trasladarse ambos a la Comunidad Autónoma de Andalucía, de la que ambos proceden, pero lo cierto es que, el esposo no desea ahora el traslado, y en cualquier caso, éste sería a la ciudad de Cádiz, no a Granada, con lo que sería imposible mantener en esas condiciones la guarda y custodia compartida, a lo que debemos añadir que tampoco ha quedado acreditado que la salud del menor exija un traslado a otra zona con clima menos húmedo, pues el informe aportado por el apelado en ésta segunda instancia, sostiene que no se puede garantizar que en un clima distinto no vaya a desarrollar el menor otro tipo de alergias distintas a las que padece en la actualidad que, con las debidas medidas de higiene y tratamiento, le permiten desarrollar una vida perfectamente normal en Gijón. A todo ello hemos de añadir que la falta de arraigo de la madre en Gijón, con no ser su interés el más necesitado de protección, no se solucionaría con el traslado a Granada, pues ella es natural de Jaén, y ha reconocido no tener familia en Granada, y es obvio y así se pone de manifiesto en el informe del equipo psicosocial, que el menor está debidamente arraigado en la ciudad de Gijón. Por otra parte, sostiene la apelante que la resolución apelada, en cuanto le deniega la guarda y custodia del menor, restringe su libertad constitucional de residencia, y nada más lejos de la realidad, pues la resolución no le impone la obligación de residir en Gijón, y solo le impide el cambio de residencia de su hijo, y, además, es necesario tener en cuenta que la apelante solicitó su traslado de puesto de trabajo a Granada con el pretexto de que lo requería la salud de su hijo, y sobre esa base le fue inicialmente concedido por su empleador, en la creencia de que tenía asignada la guarda y custodia del menor, dejando en suspenso el traslado desde el momento en que supo que la guarda y custodia era compartida, de modo que no puede impugnar la apelante el establecimiento de la guarda y custodia compartida con el argumento de que le impide trasladarse a Granada, cuando el fundamento de su pretensión fue en principio otro muy distinto, la alergia de su hijo a los ácaros, sobre el cual, además, nada se dijo en el acto de la vista del recurso”.*

Para Dolores Viñas Maestre<sup>612</sup>, es crucial que la estabilidad del menor resulte asegurada en los cambios de domicilio: “*Incidencia en la estabilidad del menor de los cambios de domicilio que implica la custodia compartida. En la redacción de la ley en el Senado, se hacía referencia expresa a la ubicación de los domicilios en orden a asegurar la estabilidad del menor. La proximidad de domicilio paterno y materno facilitará la viabilidad de una custodia compartida. Si los domicilios se encuentran en poblaciones distintas, se perturba la rutina diaria del menor. Salvadas estas dificultades, el cambio de domicilio en las custodias compartidas no ha supuesto una objeción importante, pues resulta prioritario en el menor la presencia de las dos figuras parentales que la estabilidad o inamovilidad del espacio físico donde desarrolla su vida. En ocasiones, sobre todo cuando los menores llegan a la adolescencia, resulta más perturbador el cambio de domicilio durante los períodos de disfrute del régimen de visitas. La distancia entre los domicilios paterno y materno ha sido valorada negativamente para acordar una custodia compartida en las Sentencias de la AP Madrid, Sec. 24.ª, de fecha 10 de*

---

<sup>611</sup> JUR 2014, 168918.

<sup>612</sup> Dolores Viñas Maestre: “Guarda y Custodia”, *Revista Sepín*, febrero 2008 (SP/DOCT/3601).



*noviembre de 2005 (SP/SENT/78988); de la AP Valencia, Sec. 10.ª, de 22 de marzo de 2006 (SP/SENT/97363), y de la AP Huelva, Sec. 1.ª, de 30 de marzo de 2007 (SP/SENT/122538). En cambio, no impidió la custodia compartida en la Sentencia de la AP Barcelona, Sec. 18.ª, de 20 de febrero de 2007 (SP/SENT/105207)”.*

En este sentido y conforme a lo expuesto, comparto la reflexión realizada, ya que para el menor, más que un cambio geográfico o de amistades o de colegio, incluso de idioma (al que suelen adaptarse mejor que los mayores), lo decisivo es la necesaria referencia continuada y permanente de las dos figuras parentales y no el espacio concreto en el cual se halle. No obstante, es preciso analizar caso por caso, y extraer de dicho examen detenido de todas las circunstancias cómo el cambio propuesto por un progenitor puede afectar al otro, la necesidad de la medida, las soluciones propuestas y, en definitiva, cómo afecta al ISM en función de la periodicidad y alternancia de la GCC.

## **6.2.6.- LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL DE LOS PROGENITORES**

El presente factor o circunstancia desde la perspectiva de los progenitores, en cuanto a sus deberes parentales y laborales.

La situación ideal para una adecuada GCC y la intervención real que dicho modelo conlleva es la compatibilización de horarios laborales de los progenitores con los escolares y extraescolares del menor, permitiendo ello que ambos progenitores cuiden y atiendan al hijo en todo momento.

Al respecto, se pronuncia la **SAP de Murcia (Sección 4ª) de 26 de junio de 2012, FD 3º<sup>613</sup>**: *“también es muy importante tener en cuenta las obligaciones laborales de los padres, de tal manera que la guarda y custodia será un régimen adecuado si los menores puedan tener una mayor relación con sus dos progenitores. Si dicha relación no se va a dar con la intensidad adecuada por las obligaciones laborales (horario, viajes, tipo de actividad) de éstos, resulta evidente que no se trata de la opción más adecuada. La custodia compartida no supone que el menor sale de su ambiente familiar habitual (vivienda familiar) o se mantiene en el mismo para estar al cuidado de otra persona diferente a sus padres, pertenezca o no ésta al ámbito familiar del menor, pues de aceptarse ello se estaría alterando la finalidad de este tipo de régimen de custodia. En el presente caso ambos tienen igualmente un horario laboral que les permite atender a sus hijos fácilmente así como poder acudir con los mismos a las actividades extraescolares que desarrollan durante la semana y en los fines de semana, por lo que los menores están totalmente cuidados y atendidos por ambos progenitores en los momentos en los que están con ellos exclusivamente”.*

Esta situación ideal se ve truncada por la realidad familiar y, en concreto, por la nada infrecuente falta de disponibilidad de los progenitores por las dificultades de conciliar la

---

<sup>613</sup> Id Cendoj 30016370052201200315.

vida laboral y familiar<sup>614</sup>, motivo éste que ha sido esgrimido para desaconsejar la GCC<sup>615</sup>, atendiendo a los horarios laborales y/o profesionales de uno de los progenitores, fundamentando que éstos impiden cumplir, adecuadamente, las funciones parentales.

Este criterio hay que ponerlo en relación directa con otros, como los apoyos que los progenitores puedan tener de terceras personas (la familia extensa), normalmente abuelos, pero también hermanos, tíos, etc., así como la disponibilidad real e implicación de los progenitores<sup>616</sup>.

---

<sup>614</sup> La EM de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras establece, como novedad importante, el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento y conceder la opción de que sea el padre el que disfrute del permiso o bien que lo haga simultáneamente con la madre: *“la Ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia.*

*El primer capítulo introduce modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores en lo relativo a permisos y excedencias relacionadas con la maternidad, paternidad y el cuidado de la familia. Estas modificaciones mejoran el contenido de la normativa comunitaria y ajustan los permisos a la realidad social.*

*Así, se hacen concordar los permisos o ausencias retribuidas con la Directiva 96/34/CE, previendo la ausencia del trabajador en los supuestos de accidente y de hospitalización, al mismo tiempo que se flexibiliza el derecho al permiso de lactancia.*

*Igualmente se amplía el derecho a la reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población.*

*Como novedad importante, cabe destacar que la Ley facilita a los hombres el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia, al conceder a la mujer la opción de que sea el padre el que disfrute hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad, permitiendo además que lo disfrute simultáneamente con la madre y se amplía el permiso de maternidad en dos semanas más por cada hijo en el caso de parto múltiple.*

*Asimismo, se introducen importantes modificaciones en la regulación de los permisos por adopción y acogimiento permanente y preadoptivo. Frente a la legislación actual en la que la duración del permiso depende de la edad del menor, concediéndose distintos períodos de tiempo, según el niño o niña sea menor de nueve meses o de cinco años, la Ley no hace distinción en la edad de los menores que generan este derecho, siempre que se trate de menores de seis años”.*

<sup>615</sup> SAP de Tarragona (Sección 1ª) de 30 de enero de 2013 (JUR 2013, 131249), FD 2º *in fine*: *“en principio la adopción de la medida de la guarda a la madre, a pesar de reconocerse la dedicación del padre al hijo, se basa en la mayor vinculación afectiva, que el desarrollo de los acontecimientos posteriores no ha hecho más que poner en evidencia así como una mayor empatía de la madre frente a las necesidades del menor en razón de su edad y al hecho, nuevo pero ciertamente trascendente de que el padre tiene un horario laboral que dificulta sobremanera el seguimiento de un sistema de alternancia en el cuidado del hijo, toda vez que se dedica al transporte, debiendo pernoctar y ausentarse por periodos laborales que exceden a los de una jornada laboral ordinaria de su domicilio. La madre actualmente en desempleo, y también cuando se encuentra en situación laboral activa, habitualmente en una panadería de la localidad, presenta una mayor disponibilidad para atender al menor, y puede permanecer y atender al menor al salir del centro educativo al que asiste el mismo. Por el contrario, el padre se vería normalmente en la necesidad de delegar los cuidados atención al niño en otras personas próxima de su entorno familiar”.*

<sup>616</sup> La STS de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 18 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8502), en su FD 1º, aborda un caso de delegación del padre en terceras personas, lo que es tenido en

Cuando uno o ambos progenitores carecen del necesario tiempo a causa del horario laboral o de la flexibilidad del mismo, puede resultar muy complejo asumir

---

cuenta para el establecimiento o no de la GCC: *"en el presente caso no se ha acreditado ninguna circunstancia que permita descartar una custodia compartida. Sólo una observación sobre que el padre tiende a un exceso de delegación, perfectamente subsanable. Ambos progenitores precisan el apoyo de terceras personas y tienen la fortuna de disponer de ellas; tienen capacidad para atender al menor y éste tiene una buena relación con ambos progenitores. En definitiva, se va a hacer un reparto igualitario del tiempo por períodos bimestrales, que dará estabilidad al menor, con visitas amplias.*

*En consecuencia, fija un régimen de custodia compartida cada dos meses comenzando el padre el primer turno a partir del 1 de enero de 2013. En el apartado económico, además de declarar la obligación de cada progenitor de hacer frente a las necesidades alimenticias ordinarias del hijo en los períodos en que esté a su cargo, señala una aportación igual a cargo de cada uno tanto para los gastos ordinarios como extraordinarios, inicialmente de 150 euros cada uno a ingresar en una cuenta corriente.*

*Interpuesto por la representación de la madre recurso de apelación, la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de 30 de abril de 2013 (JUR 2013, 201175) lo estimó y revocó la dictada por el Juzgado atribuyendo a la madre la guarda y custodia del hijo, y estableció para el padre el régimen de visitas fijado en el auto de 12 de diciembre de 2011 de Medidas Provisionales, con prolongación de los fines de semana hasta el lunes a la entrada en el centro escolar pero con supresión de las visitas intersemanales.*

*La sentencia valora los informes de detectives aportados por la apelante, deduciendo del seguimiento al padre entre diciembre de 2012 y febrero de 2013 que trabaja a jornada completa de lunes a viernes, mañanas de 8 a 14 horas y tardes de 17 a 20 horas, y las mañanas de sábado, y que, correspondiéndole en esas fechas la custodia o régimen de visitas, el hijo no se encontraba con él sino, al parecer, con sus abuelos paternos. De donde concluye la inexactitud de los datos alegados por el padre respecto a su horario laboral y disponibilidad de tiempo para su hijo.*

*Del informe psicológico reproduce la buena vinculación afectiva del niño con ambos progenitores y la óptima y frecuente relación con la familia extensa de los dos, afirmando querer una mayor relación con su padre, y que sobre él se aprecia una cierta influencia paterna. También, que advierte en el padre déficit en sus recursos personales para atender al menor delegando siempre en su familia cuando permanece con él, comiendo, cenando y pernoctando con los abuelos paternos a pesar de contar el padre con domicilio propio donde reside con su pareja.*

*De ello y de los posteriores informes de detectives que corroboraban la habitual estancia del menor con sus abuelos mientras el padre trabajaba o permanecía en su casa, deduce la sentencia que existe prueba suficiente que demuestra la inconsistencia del padre sobre la custodia compartida del hijo 'por cuanto carece de interés y de disponibilidad horaria para asumir personalmente los cuidados cotidianos del hijo, que delega habitualmente en sus padres.*

*Por ello, al contar la madre con mayor disponibilidad y disposición para afrontar el cuidado del hijo, le otorga su custodia por resultar más favorable para su estabilidad. Rechaza establecer visitas intersemanales para el padre dado que no puede disfrutarlas personalmente, quedando el niño a cargo de terceros.*

*El FD 2º in fine dice: "en definitiva, incurre el recurrente en el error que denuncia, omitiendo en su recurso lo que resulta negativo en los aspectos valorados en la sentencia (mucha dedicación laboral y escasa atención al niño). Por el contrario, no oculta la sentencia su aptitud general para atender a su hijo, en términos muy similares a los que recogía la sentencia de primera instancia, pero también aquellos aspectos de los informes indicados de los que deduce la mayor disponibilidad y disposición de la madre, que llevan a considerar más favorable la custodia individual de la misma.*

*Todo ello no constituye valoración arbitraria ni ilógica en los términos exigidos por la jurisprudencia por lo que el alegado motivo de infracción procesal debe ser rechazado".*

personalmente las responsabilidades diarias, si bien ha de tenerse en cuenta la realidad social y la necesaria percepción de ingresos para el sostenimiento económico del hijo.

Esta situación produce el desdoblamiento en dos factores íntimamente ligados, como es la disponibilidad y la conciliación de la vida laboral, que son contemplados por el ALECP, la regulación vasca (art. 9.3h) y la valenciana (art. 5.3f y 5.3g), en tanto que en las restantes regulaciones, se alude a la conciliación de la vida familiar, para referirse a esta compleja situación de atender a la familia y al trabajo.

Sin duda, la actividad laboral y los horarios o periodicidad de cada progenitor influyen, decisivamente, a la hora de establecer el modelo adecuado de GCC, en el cual es deseable un contacto equiparable entre uno y otro en tiempo y en calidad del mismo, no siendo, en cambio, imprescindible un reparto exactamente igualitario.

La jurisprudencia ha rechazado la GCC ante jornadas laborales muy amplias o bien rotativas o cambiantes<sup>617</sup> del progenitor, que le impiden hacerse cargo del hijo de forma óptima habida, como sucedió en el caso enjuiciado por la **SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 23 de julio de 2014, FD 1º**<sup>618</sup>: *“no se ha probado que el interés de la menor recomiende un cambio en su forma de vivir, en su cotidianidad y en su rutina y la medida de guarda compartida no permite tampoco que el padre se haga cargo de su hija de forma óptima habida cuenta el horario laboral de tardes y la finalización de su jornada a las 22 horas”*.

Tampoco ha sido acogida favorablemente la GCC cuando la actividad profesional de uno de los progenitores requiere una gran dedicación o, incluso, pernóctas fuera del domicilio,

---

<sup>617</sup> SAP de Guipúzcoa (Sección 1ª) de 29 de julio de 1999 (AC 1999, 1450), FD 1º: *“pues bien, en el presente caso, partimos de una situación muy concreta en la cual no se cuestiona en absoluto la idoneidad de los progenitores para el ejercicio de la guarda y custodia y es evidente que ambos demuestran tener interés en su ejercicio, siendo así que de lo actuado se desprende que hasta la fecha ninguno de los progenitores merece reproche alguno en cuanto al ejercicio de la misma, ello no obstante y puesto que en definitiva se trata de acordar la medida que resulta más favorable para las menores, resulta incuestionable que la jornada laboral del padre, tal y como aparece reflejada en las actuaciones permite al mismo no sólo disponer de mayor tiempo para ocuparse de las niñas, sino también por su estabilidad y regularidad en los honorarios, supervisar y de algún modo, ejercer de forma más directa dicha guarda y custodia, toda vez que tal y como se desprende del contenido de la certificación expedida por la Consejería de Interior del Gobierno Vasco al folio 98 y ss. Arantxa R. G. se encuentra sometida a una jornada laboral sumamente cambiante, distribuida en turnos de mañana, tarde y noche con permanencia incluso durante los fines de semana por lo que aun siendo compatible el desempeño de su actividad laboral con el cuidado de las hijas, no cabe duda que la especialidad de aquél le obligaría, puesto que además a diario ha de trasladarse hasta San Sebastián, donde presta sus servicios, con suma frecuencia a recurrir a terceras personas para que se hicieran cargo de las menores durante largos períodos de tiempo, por lo que de adjudicarse a aquélla la guarda y custodia en realidad las menores se verían obligadas a permanecer durante períodos sumamente largos, bajo la supervisión y cuidado de terceras personas...”*.

<sup>618</sup> JUR 2014, 233941.

como en el caso de abogados<sup>619</sup>, ejecutivos<sup>620</sup>, feriantes<sup>621</sup> o transportistas. En relación a esta última profesión, cito, a título de ejemplo, la **SAP de Lleida (Sección 2ª) de 5 de mayo de 2014, FD 1º**<sup>622</sup>: *“pero es que además, el demandado en el interrogatorio practicado reconoció que trabaja como transportista, realizando rutas por España, precisando que pernocta un día en casa y otro fuera. Concretó además, al preguntarle sobre en qué consiste su trabajo, que por la mañana va a limpiar el camión, a las 12 se va a comer y luego sale de viaje entre las 4, 5 o las 6 de la tarde y descargan por la noche.*

*Lo expuesto determina que, atendiendo a sus horarios de trabajo y pernoctas fuera del domicilio, no resulte viable establecer un régimen de guarda compartida”.*

Frente a las situaciones de dificultades por motivos laborales de un progenitor frente al otro, la jurisprudencia se ha decantado, mayoritariamente, por rechazar la GCC, pero ante situaciones de igualdad (o de misma dificultad laboral de ambos progenitores), nuestros jueces y tribunales se vienen decantando por trasladar este esfuerzo también al menor en cuanto a su necesaria adaptación a las circunstancias familiares a fin de no descartar la GCC, por tratarse de un modelo muy beneficioso para él al permitir un contacto y reparto efectivo y continuado de los derechos y responsabilidades de los padres.

---

<sup>619</sup> SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 23 de octubre de 2007 (JUR 2008, 12059), FD 1º: *“finalmente es de observar que el progenitor, abogado de profesión, tiene una amplia jornada laboral, llegando a casa sobre las 20'30 a 21 horas, y además tiene abierto despacho profesional en Palma de Mallorca a donde se desplaza cuatro días al mes. El proyecto de guarda y custodia compartida supondría que el cuidado y atención de su hija no fuere desempeñado habitualmente por el padre, ante la falta de tiempo disponible, sino por su compañera sentimental. Se ha evidenciado en autos que no está cumpliendo estrictamente el régimen de visitas por consecuencia de deber de atender sus ocupaciones profesionales.*

*La progenitora, que efectúa trabajos de traducción en el domicilio familiar, tiene tiempo más que suficiente para cuidar y atender a su hija en todas sus necesidades afectivas y personales.*

*Por lo explicitado, y por la argumentación contenida en la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, que aceptamos y damos por reproducida, se considera pertinente y acorde con la protección de los intereses de la menor, que la misma permanezca bajo la guarda y custodia de la madre, si bien con ejercicio compartido de la patria potestad, y con un amplio régimen de comunicación paterno filial”.*

<sup>620</sup> SAP de A Coruña (Sección 4ª) de 9 de mayo de 2012 (JUR 2012, 205092). FD 3º: *“tampoco consta que la disposición horaria del padre sea más flexible, de manera tal que permita una mayor atención personal sobre la hija que la que le dispensa la madre, pues aun cuando goce de un horario susceptible de ser adaptado a sus necesidades, también lo es que tiene que cumplir con el número de horas estipuladas de 7 y media diarias. También tiene que viajar al extranjero, con estancias en ocasiones de varios días (f 275), incluso además de tal horario en la empresa Navantía, el demandante también da clases en la Universidad.*

*Por todo lo expuesto consideramos que no procede la modificación del régimen de custodia fijado en la sentencia de divorcio, cuya ratificación insta igualmente el Ministerio Fiscal, sustituyendo el materno por el de custodia compartida postulada en la demanda rectora de este proceso”.*

<sup>621</sup> SAP de Albacete (Sección 1ª) de 11 de junio de 2013 (JUR 2013, 219654), FD 3º: *“(3) Igualmente ha de rechazarse la solicitud de que se declare la guarda y custodia compartida del hijo común, pues aunque ambos progenitores están capacitados por igual para ocuparse del menor y lo deseable es que ambos pudieran compartir el mayor tiempo posible con él pero lo cierto es que la madre no está de acuerdo con dicho régimen y no puede pasar desapercibido que el menor por su edad ha de estar escolarizado de forma estable en una localidad teniendo mayor dificultad el padre para hacerlo en un punto determinado ya que por su profesión de feriante no tiene domicilio fijo durante parte del año (Marzo a Octubre)”.*

<sup>622</sup> JUR 2014, 183004.

Así lo pone de manifiesto la **STS de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 14 de octubre de 2013, FD 5<sup>o</sup>623**: *“lo primero que cabe indicar sobre esta cuestión es que se trata de una mera hipótesis que no se sustenta en razonamientos distintos de la simple comparación de horarios. La madre trabaja con turnos rotativos semanales, de 10 a 16 horas en horario de mañana, y de 16 a 22 horas en el de tarde. El padre lo hace con horario partido, de 4.30 a 8.30 horas y de 13.30 a 18 horas, librando dos días a la semana. Y la menor, todo ello a tenor de lo expresado en sentencia, tiene horario escolar de 8 a 14 horas tres días a la semana, y de 8 a 15 horas los dos días restantes. La comparación de horarios pone de manifiesto que ambos progenitores van a necesitar el apoyo de terceros para prestar el necesario apoyo a la menor, porque como tantas veces sucede los dos resultan difíciles de conciliar con el horario lectivo de la niña. Pero más allá de la expresada y habitual dificultad -que no imposibilidad-, no se justifica el desplazamiento de la custodia compartida frente a la ventaja que esta supone para la menor al permitir un reparto efectivo y continuado de los derechos y responsabilidades de los padres, debiendo la menor, al igual que sus progenitores, realizar la necesaria adaptación a la situación existente tras la ruptura”*.

### **6.2.7.- LAS APTITUDES Y VOLUNTAD DE LOS PROGENITORES**

Tanto las legislaciones autonómicas en materia de GCC como la jurisprudencia hacen referencia a ambos factores de forma conjunta o consecutiva.

El art. 9.3h de la LPVRF alude a la *“actitud, voluntad e implicación”*, en tanto que el art. 6.2d de la LAIRF y el art. 3.3e de la LNRC comparten la misma redacción en este punto concreto: *“aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos”*.

El CCCat., entre los criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda de los hijos menores, establece que es preciso tener en cuenta las propuestas del plan de parentalidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente:

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

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

Por su parte el art. 5.3c de la LVRF solo hace referencia a la capacidad de los progenitores, no a la voluntad de éstos: *“capacidad de cada progenitor”*.

El ALECP, en el art. 92bis del C.c., alude a la *“a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes...”*.

---

<sup>623</sup> RJ 2013, 8498.

Y la **STS de 29 de abril de 2013** (RJ 2013, 3269) hace referencia a las “*aptitudes personales*” y, en cuanto a la voluntad, alude al “*cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes relacionados con los hijos*”.

Expuesto lo anterior, es preciso deslindar falta de capacidad o idoneidad para desarrollar la labor propia paterno-filial de guarda, de la falta de actitud o voluntad.

En relación a la falta de aptitud o idoneidad parental<sup>624</sup>, ésta ha de ser entendida cuando el progenitor carece de las capacidades o habilidades precisas para cuidar o asistir debidamente al menor en sus necesidades básicas<sup>625</sup>.

Al respecto, ha de subrayarse que la capacidad o idoneidad de los progenitores se presume, si bien cabe la práctica de informes periciales para la detección de posibles patologías o condiciones subjetivas que puedan ser negativas para el cuidado del menor y el desempeño de las responsabilidades parentales de forma adecuada, como en el supuesto analizado por la **SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 27 de noviembre de 2014, FD 2º**<sup>626</sup>: “*en consecuencia con lo anterior, lo que resulta útil de los informes periciales aportados en este caso es la exposición que en ambos se realiza de los instrumentos de diagnóstico utilizados que en el caso de la psicóloga de la madre, señora Paloma, ha sido el test PAI, y en el de la señora Covadonga, psicóloga del padre, es el test CUIDA. Aun cuando ninguno de los dos está diseñado específicamente para el análisis de la idoneidad de sistemas de guarda y custodia en casos de ruptura de los progenitores (puesto que el primero tiene como finalidad esencial la detección de patologías y el segundo para la idoneidad en la adopción), las conclusiones que se extraen de los mismos, en uno y otro informe son, en primer lugar, que no existe base patológica en ninguno de los miembros de la pareja y que la capacidad de establecer vínculos afectivos es en ambos casos óptima. También están dentro de la normalidad los niveles de asertividad, autoestima, flexibilidad, capacidad de reflexión y sociabilidad. La conclusión es que objetivamente no se desprende de la personalidad de los litigantes la existencia de condiciones subjetivas que puedan ser negativas para el cuidado de los menores. Cualquiera de los progenitores, en ausencia o si faltase el otro, puede desempeñar las responsabilidades parentales de forma adecuada*”.

---

<sup>624</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 30 de marzo de 2012 (JUR 2012, 208349), FD 4º: “*todo lo cual constituye un indicador principal de la situación de desamparo, como se opone por la Administración demandada, por la falta de capacidad de la madre para asumir las necesidades básicas del hijo y atenderlo debidamente, en la apreciación de la sentencia recurrida que se comparte por su corrección; sin que con posterioridad se hayan modificado esencialmente las circunstancias personales ni sociofamiliares, lo que se ha ido confirmando por el contenido de las actuaciones seguidas en el expediente administrativo, especialmente por los diversos informes de los diferentes órganos de las Administraciones Públicas competentes en materia de asistencia social y familiar y del menor, que coinciden en referir la existencia de circunstancias absolutamente inadecuadas para el menor desde el punto de vista de la idoneidad materna; es decir, que subsiste la inidoneidad materna para asumir las funciones parentales*”.

<sup>625</sup> Es preciso diferenciar aptitudes de discrepancias educativas, como hace la SAP de Murcia (Sección 4ª) de 26 de junio de 2012 (Id Cendoj 30016370052201200315), en su FD 3º: “*en segundo lugar no se puede dudar de las aptitudes personales de ambos para el cuidado y atención de sus hijos. Ambos son profesionales que trabajan fuera del hogar en cargos de responsabilidad y que están preocupados e implicados en la educación y el cuidado de sus hijos. El hecho de que cada uno de ellos pueda tener unos criterios educativos diferentes no afecta en modo alguno a la custodia compartida, pues es común dichas discrepancias educativas en cualquier matrimonio y en todo caso ello no debe afectar a los menores*”.

<sup>626</sup> JUR 2015, 37900.

No es decisivo para concluir la ausencia de capacidad, como ya he expuesto, que durante el tiempo de convivencia no se haya producido una distribución igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos, de lo que no puede presumirse la incapacidad para el futuro, a partir de la ruptura, del progenitor que se ocupó en menor medida de ellos, debiendo ser la correspondiente prueba la que acredite la falta de aptitud, capacidad y disposición de uno y, por consiguiente, se decida la atribución de la custodia individual al otro.

Acerca de esta cuestión, se pronuncia la **STS de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 15 de diciembre de 2011, FD 4**<sup>627</sup>: *“parecería así que, si durante el tiempo de convivencia no ha habido una distribución tendencialmente igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos, sólo uno de los padres estará en condiciones de hacerse cargo de su custodia. Así, incluso en aquellos supuestos en que, trabajando ambos progenitores fuera del hogar y con colaboración de ambos en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, uno de ellos (en muchos casos la madre) haya dispuesto de más tiempo al cuidado de los hijos, se concluirá siempre que el otro progenitor no podrá optar nunca a asumir un régimen de custodia compartida. Tal idea resulta un prejuicio y, al mismo tiempo, una contradicción con el régimen de cuidado de los hijos asumido por la pareja durante el tiempo de convivencia: lo que ha sido admitido en ese período, asumiendo cada miembro roles sociales habituales en cada época, resultaría un antecedente negativo. Al contrario, deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición, la que podrá determinar la atribución de la custodia individual, sin que quepa presumir incapacidad para el futuro. Sólo la ausencia de atención que derive en prejuicio para el hijo debe hacer decaer la custodia compartida”*.

En este sentido, ha sido denegada la GCC cuando no resultaba garantizado el bienestar del hijo ante la falta de capacidad física o mental grave del progenitor, en concreto, en supuestos de enfermedades invalidantes para realizar las tareas propias y esenciales de la guarda<sup>628</sup>.

---

<sup>627</sup> RJ 2012, 55.

<sup>628</sup> Al respecto, en el caso enjuiciado por la SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) de 18 de mayo de 2006 (JUR 2006, 187862), FD 2º, se consideró que la sordera de la madre no era incapacitante para cuidar el menor: *“en relación con la guarda y custodia del menor, pretendida la adjudicación por cada uno de los progenitores, o compartida por solicitud subsidiaria del padre, este Tribunal llega a la conclusión, tras el análisis detenido del material probatorio desplegado, que Silvio, de seis años de edad, debe quedar bajo la guarda y custodia de la madre, atendido el interés prevalente del menor y que la sordera que afecta a la madre no le incapacita para el ejercicio normal de los deberes que comportan, máxime cuando lo cuida desde los primeros días, y ello con independencia de los cuidados por parte de la abuela paterna y del horario laboral de la madre a los que el menor ya se ha acostumbrado. En el mismo sentido y finalidad, del informe psico-social judicial se desprende que (f. 157 a 166 y 21 a 30 de autos), tras explorar a los padres y al menor, se deduce la capacidad de la madre, y la relación de dependencia entre ella y el menor, y se considera que la madre debe mantener la guardia y custodia. La psicóloga Sra. Julieta no pudo evaluar a la madre ni su estabilidad emocional, y sólo considera la capacidad parental del Sr. José Pedro (f. 31 a 46), a la vez que el padre se ha desentendido al apoyo familiar iniciado por el Centro de Salud infanto-juvenil del Ib- Salut” (testifical Sra. Almudena)-*.

*El grado de minusvalía del 59%, a causa del grado de sordera no incapacita a la madre ni constituye deficiencia psíquica pues mantiene un umbral de audición dentro de la normalidad y un buen nivel de discriminación auditiva, y ello no supone problemas para el menor, ni disminución de ciertas responsabilidades por parte de la madre, como apunta la contraparte (en el mismo sentido las sentencias de esta Sala, de fechas 27-marzo y 14-febrero-06, 9-junio, 28-julio. 5-mayo y 26-abril-05, 16-diciembre, 17-septiembre, 21 y 28-abril, 25-marzo y 14-octubre-04, 26-febrero y 12-septiembre-03, 28-noviembre, 4-junio, 15-abril-02, 25-abril-01, 15-febrero-02, 5-noviembre-01, 16-diciembre-04, 19-junio-03, 12-abril-02, entre otras)”*.



Como antes apuntaba, esta falta de capacidad no puede confundirse con ausencia de actitud y disposición y, en cuanto a esta última, no debe considerarse que sea coyuntural, esto es, el hecho que un progenitor trabaje y el otro no, no implica una mejor situación de un progenitor desempleado frente al otro a efectos del modelo de guarda de los hijos, conforme aclara la **SAP de Las Palmas (Sección 3ª) de 30 de abril de 2014, FD 2**<sup>629</sup>: *“3.- Aptitudes de los padres.- No se niega la idoneidad de ambos progenitores para la guarda. El padre alega como dato a su favor que por su situación de desempleo ahora tiene mucho tiempo, más incluso que la madre, para la guarda de los hijos. Pero el hecho del alta laboral lógicamente no puede operar en contra de la madre cuando además desde el nacimiento del hijo ha conciliado sus cargas laborales con sus funciones parentales adecuadamente. Por otro lado, la situación de desempleo del padre es un factor temporal e inestable que no puede ser tenido en cuenta para una dilucidación del régimen de guarda con proyección de futuro, que es lo que hemos de decidir en este instante, alejados de factores coyunturales”*.

Sí puede, en cambio, tenerse en cuenta que un progenitor no disponga de una vivienda digna en la cual los hijos puedan pernoctar por no reunir las condiciones óptimas para el desarrollo de la relación paterno-filial<sup>630</sup>.

En el caso enjuiciado en la **SAP de Castellón (Sección 2ª) de 9 de junio de 2014** la madre (como suele ser habitual) se ha dedicado con más intensidad al cuidado de la menor en la primera infancia, lo que, sin embargo, no implica inhibiciones o irresponsabilidades por parte del padre. De este modo, es preciso verificar la aptitud parental, así como la actitud y disposición en relación con la edad actual de la menor (8 años) y si está o no unida a la figura paterna, atendiéndose también a la pretensión del progenitor respecto a la GCC, resultando probado que éste está actualmente centrado en la hija hasta el punto que ambas peritos recogen la buena dedicación del padre y la adecuada y satisfactoria relación con la menor. Y afirma esta AP, en el **FD 3**<sup>631</sup>: *“es por ello natural que unos de los progenitores pueda estar más al tanto que el otro en los cuidados de los hijos, pero de forma circunstancial y deseada, no por inhibiciones irresponsables de uno de los progenitores. Lo interesante, en definitiva, es, la verificación primero de la aptitud parental, y luego de la adecuada actitud y disposición para ponerla en práctica”*.

La falta de capacidad física (enfermedad) o idoneidad (aptitud) para garantizar la cobertura de las necesidades del menor, puede conllevar incluso la privación de la patria potestad, como en la **SAP de Valencia (Sección 10ª) de 18 de junio de 2003**<sup>632</sup>, por enfermedad del sistema endocrínológico de la madre.

También puede ser rechazada la guarda al progenitor por no comparecer a la cita o entrevista con el equipo psicosocial o bien por su negativa a ser reconocido por el médico

---

<sup>629</sup> JUR 2014, 184563.

<sup>630</sup> SP/SENT/710059 y SP/SENT/710059.

<sup>631</sup> SP/SENT/784226. Marginal Aranzadi AC 2014, 1622.

<sup>632</sup> JUR 2003, 190763.

forense, es decir, por la nula colaboración en orden a llevar a cabo los informes periciales relativos a determinar su capacidad para asumir sus responsabilidades parentales<sup>633</sup>.

En relación a las aptitudes de los progenitores, quisiera recordar que nuestro C.c. ha evolucionado hasta alcanzar la regulación actual, desde el prisma del rol tradicional y mejor capacidad de la madre como educadora y cuidadora de los hijos (hasta los 3-7 años) basada en la idea o doctrina de “*los años tiernos*”, frente a la idea de igualdad entre los progenitores y la “*paternidad compartida*” hoy vigente<sup>634</sup> con fundamento en el principio constitucional del art. 14 de la CE, o “*neutralidad parental de género*”, esto es, idénticas capacidades de ambos progenitores para desarrollar la función parental<sup>635</sup>.

## 6.2.8.- LA VINCULACIÓN AFECTIVA DEL MENOR

La **STS de 29 de abril de 2013** (RJ 2013, 3269) no hace referencia a este criterio, ni tampoco la mayoría de las normas autonómicas en materia de GCC.

En cambio, el art. 9.3, en su apartado a), de la LPVRF incluye “*la vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados de cada uno de sus progenitores*”, y el art. 233-11a del CCCat. se refiere, como primer factor a tener en cuenta, a la “*vinculación afectiva y*

---

<sup>633</sup> AP La Rioja (Sección 1ª) de 7 de octubre de 2014 (SP/SENT/791526).

<sup>634</sup> ATC (Pleno) de 18 de diciembre de 1990 (RTC 1990, 438), FD 1º: “*lleva razón el Abogado del Estado al señalar que, a la luz de la nueva redacción del artículo 159 del Código Civil, decaen los motivos que, explicitados en el auto de planteamiento, condujeron al órgano judicial a elevar la cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto, con la modificación operada por la Ley 11/1990, el Legislador ha eliminado de la redacción del citado precepto aquello que el Juzgado consideró posiblemente inconstitucional, la preferencia en favor de la madre del cuidado de los hijos e hijas menores de siete años en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo entre los mismos, preferencia que ha sido suprimida en la nueva redacción que establece la Ley 11/1990, dictada, según su Preámbulo, con el fin de «eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad» consagrado en el artículo 14 de la Norma Fundamental*”.

<sup>635</sup> La reciente SAP de Madrid (Secc. 22ª) de 6 de febrero de 2015 (JUR 2015, 868854), FD 3º, confirma la GCC decretada por el JPI: “*las razones en que se funda la recurrente no pueden bastar para alterar la resolución de primera instancia, cuya valoración de la prueba propuesta y practicada, además de obtenida a través del principio de inmediación, del que sólo limitadamente participa la Sala mediante el examen del soporte audiovisual en que se documenta la vista celebrada en las actuaciones a 13 de noviembre de 2013, no ha sido desvirtuada y es compartida en esta alzada, cuando el padre es perfectamente capaz de ejercer adecuadamente la totalidad de las funciones que conlleva la custodia en los tiempos en que con el niño le corresponde la permanencia, no se detecta en él ningún elemento incompatible con la crianza del hijo y observa de manera correcta sus necesidades de desarrollo en las áreas personal, escolar y social, habiéndose implicado en todos sus cuidados y atenciones, favoreciendo su desarrollo, con adecuada vinculación afectiva, mostrando conocimiento de los hitos evolutivos de su hijo y disponiendo de las suficientes habilidades parentales, sin que resulte desajuste ni indicador negativo*.”

*El Juez de primer grado se decanta por la custodia compartida en atención al concreto panorama de la familia que nos ocupa, del que da detalles precisos y pormenorizados, en fundamentos jurídicos completamente prudentes, sensibles, sensatos y razonables, que esta Sala comparte, suscribe y hace propios, dándolos por reproducidos en aras a la brevedad, habida cuenta su claridad expositiva”.*

*emocional entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las demás personas que conviven en los respectivos hogares”.*

También el ALECP se refiere a esta circunstancia con la siguiente expresión: *“a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos”.*

Esta vinculación afectiva es apreciada como un fuerte enlace emocional entre el progenitor y el menor durante su infancia, también conocido en la doctrina psico-infantil como *“apego seguro”*, el cual permite el desarrollo de una personalidad independiente del menor, con unas relaciones personales buenas y sanas entre el menor y sus progenitores, cuya acreditación, en favor de uno de los padres, esto es, el desplazamiento de *“la balanza emocional del menor”* con uno de ellos<sup>636</sup>, requerirá, necesariamente, de un informe del equipo de asesoramiento técnico o de las propias manifestaciones del menor en una exploración<sup>637</sup>.

Esta mayor empatía del menor con uno de los progenitores en detrimento del otro puede producirse por motivos diversos.

El caso típico es el relativo a la vinculación afectiva del menor respecto de uno de los progenitores por la circunstancia (ya expuesta) relativa a la mayor dedicación de un progenitor a la familia, normalmente, en la primera infancia, con sacrificio, incluso, de sus expectativas laborales, lo cual hace rechazar la GCC, como expone la **SAP de Lleida**

---

<sup>636</sup> El argumento de la mayor empatía del menor con uno de los progenitores ha sido causa suficiente, en algunos supuestos, para rechazar la GCC, como en las Sentencias con referencia JUR 2014, 239919; JUR 2014, 244559; JUR 2014, 4894; JUR 2014, 276233; JUR 2014, 289469; JUR 2015, 34147.

Ejemplo de ello lo es la SAP de Almería (Sección 2ª) de 11 de junio de 2014 (JUR 2014, 202591), FD 4º: *“...en la pieza de medidas provisionales, que las niñas fueron confiadas al padre, quien las acompaña diariamente al colegio por la mañana, siendo la madre quien se hace cargo de las niñas a la salida del colegio permaneciendo con ellas toda la tarde en las tareas escolares. Consta también acreditado que la progenitora está más unida a las pequeñas por haberlas cuidado desde su nacimiento; ambas menores en la exploración que se les hizo por este Tribunal, destacaron dicho extremo; en definitiva la madre, es el principal apego emocional para los menores. Consta asimismo de la prueba practicada que el padre tiene una actividad laboral más intensa que la madre, que sólo ocupa todas las tardes de las hijas, como anteriormente hemos expuesto, mientras que aquél, como se dice, su actividad le ocupa prácticamente el día como se acredita con la prueba practicada. Por último, las hijas, manifestaron su firme deseo de quedarse con su madre, afirmando una de ellas sentirse más unida a ella ‘por haberlas cuidado desde pequeñas’, aunque a su padre desea verlo cuando corresponda. Mientras que la otra menor manifiesta el mismo deseo de permanecer con su madre ‘porque la ayuda con los deberes’. Manifiestan también que desean vivir en Cuevas”.*

<sup>637</sup> La mayor empatía o apego del menor con uno de los progenitores (vinculación afectiva) puede acreditarse también, en los supuestos de primera infancia, a través de los test psicológicos o test de dibujo, los cuales son interpretados por los psicólogos y expuestos en los informes periciales al efecto, como expone la SAP de A Coruña (Sección 4ª) de 9 mayo de 2012 (JUR 2012, 205092), FD 3º: *“en este caso, obra en autos el propuesto por la parte demandada de la psicóloga Sra. Marisa, la cual informa sobre el mayor apego de la niña hacia la familia materna y una vinculación afectiva más fuerte con su madre, como se demostró en el test de dibujo de familia efectuado, si bien aprecia la psicóloga una evolución favorable en las relaciones entre padre e hija derivadas de la modificación del rol educativo del demandante. Sin embargo, la falta de entendimiento entre los padres es evidente, con varias denuncias penales -que dieron lugar al menos a cuatro juicios de faltas- y comunicación entre ellos a través de sus abogados ante la imposibilidad de ponerse personalmente en contacto. Sus modelos educativos son divergentes, lo que puede desorientar a la menor”.*

**(Sección 2ª) de 5 de mayo de 2014, FD 1<sup>o</sup>638**: *“ha quedado acreditado también que el progenitor de referencia del menor ha sido siempre y sigue siendo la madre, que desde que nació se ha ocupado de él, realizando incluso una jornada laboral reducida para atenderlo. Efectivamente, con los certificados aportados por el demandado se desprende que el mismo actualmente lleva un seguimiento personalizado del curso escolar y médico del menor, pero lo cierto es que del conjunto de la prueba practicada resulta que quien ha llevado siempre dicho seguimiento del menor desde su nacimiento es la madre, que es quien se ocupaba del menor el tiempo que duró la convivencia entre las partes”*.

Esta vinculación materna o paterna<sup>639</sup> suele producirse por el hecho de que la madre o el padre, de manera casi exclusiva, atienden directamente al hijo, mientras que el otro progenitor se dedica a trabajar fuera del hogar, consecuencia de una distribución de tareas mutuamente aceptada por las partes o por la carencia de trabajo de uno de ellos, pero no, necesariamente, por un desinterés del progenitor.

Así, son las dificultades laborales de un progenitor las que hacen delegar sus funciones en el otro progenitor o en familiares de ambos, en el caso enjuiciado por la **SAP de Tarragona (Sección 1ª) de 30 de enero de 2013<sup>640</sup>**, en el que el padre, de profesión transportista, tiene un horario laboral que dificulta sobremanera el seguimiento de un sistema de alternancia en el cuidado del hijo o de GCC, pues su trabajo le obliga a pernoctar y ausentarse por periodos laborales que exceden a los de una jornada laboral ordinaria de su domicilio, frente a la madre, en la actualidad, en desempleo, pero cuando se encuentra en situación laboral activa, habitualmente en una panadería de la localidad, presenta una mayor disponibilidad para atender al menor, pudiendo atenderle diariamente desde la salida del colegio: *“en principio la adopción de la medida de la guarda a la madre, a pesar de reconocerse la dedicación del padre al hijo, se basa en la mayor vinculación afectiva, que el desarrollo de los acontecimientos posteriores no ha hecho más que poner en evidencia así como una mayor empatía de la madre frente a las necesidades del menor en razón de su edad y al hecho, nuevo pero ciertamente trascendente de que el padre tiene un horario laboral que dificulta sobremanera el seguimiento de un sistema de alternancia en el cuidado del hijo, toda vez que se dedica al transporte, debiendo pernoctar y ausentarse por periodos laborales que exceden a los de una jornada laboral ordinaria de su domicilio. La madre actualmente en desempleo, y también cuando se encuentra en situación laboral activa, habitualmente en una panadería de la localidad, presenta una mayor disponibilidad para atender al menor, y puede permanecer y atender al menor al salir del centro educativo al que asiste el mismo. Por el contrario, el padre se vería normalmente en la necesidad de delegar los cuidados atención al niño en otras personas próxima de su entorno familiar”* (FD 2º).

En el mismo sentido, dado el amplio horario laboral del padre y su desconocimiento de la rutina de los menores, además de las manifestaciones u opiniones y deseos de vivir de éstos con su madre, sin revelarse influencias tendenciosas y pese a la preferencia de la LAIRF, se pronuncia la **STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 15**

---

<sup>638</sup> JUR 2014, 183004.

<sup>639</sup> Se menciona, casi siempre, la vinculación materna, olvidándose, con ello, que también existen supuestos de ejecutivas y directoras de empresa que tienen que delegar sus funciones maternas en sus parejas masculinas, bien por su menor cualificación o mejores horarios laborales, bien por pacto familiar.

<sup>640</sup> JUR 2013, 131249.

**de mayo de 2014, FD 2<sup>641</sup>**: *"las pruebas periciales, psicológica y social, practicadas en el proceso (...) revelan que los menores han sido cuidados y atendidos desde su nacimiento principalmente por la madre, dado el amplio horario laboral del padre, con frecuentes viajes y salidas fuera de su residencia, y que desean seguir viviendo habitualmente con su madre, señalando que esos deseos surgen de sus propias vivencias, sin revelar influencias tendenciosas de terceros.*

*En este caso, el interés de los menores aconseja mantener la atribución de su custodia individual a favor de la madre (artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón), dado que el deseo por ello expresado es acorde a su actual y correcta estabilidad que no debe alterarse, conforme concluye la Sra. Psicóloga.*

*Por otro lado, se desconoce el concreto y exacto horario laboral del padre y si, efectivamente, ha dejado de realizar transportes, dado el imposible análisis de la prueba aportada y las vaguedades expresadas al respecto por él en su interrogatorio, ignorando el mismo, según se desprende de sus manifestaciones, las actividades, ignorando el mismo, según se desprende de sus manifestaciones, las actividades extraescolares y horarios de sus hijos, incluso el período de tiempo a distribuir entre los padres de estancia con los menores, señalando que indicó a los peritos aconsejasen el sistema de reparto más adecuado, pese a lo que rechaza las propuestas emitidas en los informes.*

*No existe, en definitiva, una planificación detallada y responsable del ejercicio por el padre de sus obligaciones parentales en el cuidado cotidiano de sus hijos, lo que avala la corrección del pronunciamiento combatido...".*

La consideración del progenitor como referente primario del menor y con quien éste tiene mayor vinculación en algún supuesto ha sido tomada en cuenta como una circunstancia decisiva (frente a otros criterios), incluso produciéndose un cambio de domicilio o traslado del menor sin informar oportunamente al otro progenitor, como sucedió en la **SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 23 de julio de 2014, FD 3<sup>642</sup>**: *"ahora la situación ha variado, pues la actora con el menor se han trasladado a vivir a una población que dista 100 km del domicilio familiar y localidad de residencia del demandado, lo que dificulta la implantación de la custodia compartida que éste solicita. Además, la forma de llevar a cabo el cambio de residencia con falta de información al padre sobre los pasos que la actora iba realizando para matricular al hijo común en el colegio de la nueva localidad de residencia así como empadronamiento, faltando a su obligación de información al padre, como cotitular que es de la potestad parental del menor, han determinado una mayor conflictividad entre ellos, solo a la actora imputable.*

*Ahora bien, a pesar de la censurable actuación de la Sra. Beatriz en relación al Sr. Eduardo, es el beneficio del menor el criterio preponderante en este momento, y atendiendo a este fin último esta Sala considera que su custodia debe atribuirse a la madre, pues es esta su referente primario y con quien el menor tiene la mayor vinculación".*

A la vista de lo expuesto, me parece acertado que la mayoría de las legislaciones autonómicas hayan optado por no incluir esta circunstancia o factor en su elenco de pautas, así como tampoco la ya citada, en repetidas ocasiones, **STS de 29 de abril de 2013**, pues la mayor vinculación afectiva con uno de los dos progenitores es un hecho

---

<sup>641</sup> RJ 2014, 3567.

<sup>642</sup> JUR 2014, 234397.

familiar que puede deberse a numerosos factores como la situación de desempleo de uno de ellos o, incluso, un acuerdo mutuamente consentido por ambos.

Además, ello ya ha de entenderse incluido en otros criterios expresamente previstos, como la dedicación, la disponibilidad, la conciliación de la vida laboral o la práctica anterior de los progenitores en relación con los menores.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que se trata de una prueba que habrá de desplegar aquel progenitor que quiera favorecerse por este hecho, conforme al contenido del art. 217 LEC-2000, sobre la carga de probar la certeza de los hechos alegados.

Esta prueba se ve dificultada considerablemente en sede de medidas provisionales, dado el colapso de los equipos psicosociales adscritos a los diferentes juzgados, lo que impide acordar su práctica en dicho momento del proceso, a no ser que sea expresamente reconocido por el otro progenitor.

De todos modos, no puede pasarse por alto que aquel progenitor que solicita o propone un plan de parentalidad de GCC, no habiéndose ocupado nunca de su hijo con anterioridad a la ruptura, está demostrando su interés por hacerlo en el futuro, y, por tanto, desea reforzar la vinculación afectiva con su hijo. Ello ha de ser valorado positivamente, en sintonía con la reciente jurisprudencia del TS, y, como ya he tenido ocasión de manifestar, la atribución de la guarda no es un sistema de premio o castigo al progenitor por su actitud ante el ejercicio de ésta, sino la mejor solución, la más beneficiosa para el menor.

Es por ello por lo que considero que esta mayor vinculación afectiva o apego del menor con un progenitor (normalmente, la madre), sólo debe actuar como criterio de exclusión de la GCC en supuestos extremos de total ausencia de capacidad o voluntad del otro, de dificultades laborales del progenitor, o bien por rechazo fundado del menor. Por consiguiente, en mi opinión, no puede operar como impedimento para adoptar la GCC cuando está basada, únicamente, en supuestos de vinculación afectiva en el sentido de mayor permanencia del hijo con uno de los dos progenitores, lo que puede deberse a circunstancias diversas o, incluso, a pactos familiares, sin que, por tanto, se vislumbren aspectos negativos que desaconsejen la GCC.

En este sentido, considero acertada la solución alcanzada por la **SAP de Guipúzcoa (Sección 3ª) de 16 de septiembre de 2014**<sup>643</sup>, basando su decisión de GCC en una buena relación de ambos progenitores con su hija con un entorno socio-familiar igualmente favorable, ya que ambos residen en la misma localidad, están implicados activamente en el cuidado y atención de su hija con igualitaria atención a sus respectivas obligaciones laborales (incluso el padre ha solicitado una reducción de jornada una vez iniciada la vía judicial para atenderla) y normalidad afectiva, sin que ni la edad de la menor (3 años y medio), ni la mayor vinculación de la menor con su madre constituyan causas suficientes para descartar la procedencia de la GCC: *“pues bien, proyectando dicha doctrina jurisprudencial al caso concreto, esta Sala ha de disentir de la decisión de la Juez “a quo” que descarta el régimen de guarda y custodia compartida, siguiendo el criterio del informe del Equipo Psicosocial, con base únicamente a la mayor vinculación afectiva de la menor con su madre, considerando dicha circunstancia insuficiente cuando de todo lo*

---

<sup>643</sup> JUR 2014, 276233.

*actuado no se vislumbra aspecto alguno de la custodia compartida que pueda incidir negativamente en la menor.*

*En efecto nos encontramos ante un supuesto en el que la vinculación afectiva de la menor con ambos progenitores es adecuada, si bien más sólida con la madre por haber permanecido con la misma con mayor frecuencia. También es clara la vinculación de ambos progenitores con su hija. Y no se cuestiona que ambos progenitores están capacitados para desarrollar de forma adecuada sus funciones parentales. Más en concreto en lo que hace al padre el amplio régimen de visitas establecido en Auto de medidas provisionales está teniendo un cumplimiento adecuado sin incidencia alguna, y la propia Sra. Eufrosia en la vista declara, tal y como viene a señalar en el informe Psicosocial, que el Sr. Luis Carlos tiene buena relación con su hija y añade que es un buen padre.*

*Por otra parte, se cuenta con un entorno socio-familiar igualmente favorable, ya que ambos progenitores son de la localidad de Arrasate, donde residen asimismo sus respectivas familias, padres y hermanos, quienes como declaran tanto el Sr. Luis Carlos como la Sra. Eufrosia están implicados activamente prestándoles la ayuda que precisan para el cuidado y atención de Laura en atención a sus respectivas obligaciones laborales, y la menor se viene relacionando con ambas familias con total normalidad siendo el vínculo afectivo igualmente adecuado con ellos.*

*En este punto por exigirlo los alegatos de la parte apelada en relación al proceder del Sr. Luis Carlos de solicitar una reducción de jornada una vez iniciada la vía judicial, (cabe añadir que dicha reducción ha supuesto la minoración de sus emolumentos prácticamente al 50 %), basta indicar que la medida que se insta de custodia compartida no puede valorarse como un sistema de penalización o recompensa a uno u otro de los progenitores en función de su mayor o menor dedicación a la familia antes de la ruptura de la relación de pareja por razones de horario laboral (por lo demás no consta en la causa que la Sra. Eufrosia hubiera renunciado a su actividad laboral a tal fin ó que la decisión de que el Sr. Luis Carlos siguiera trabajando como hasta entonces no fuera consensuada), cuando la actual realidad económico-laboral no permite precisamente establecer como base con carácter general que el horario laboral de uno de los progenitores resulte incompatible con una custodia compartida (que no tiene por qué implicar un reparto de tiempo de los menores con cada progenitor por partes iguales), enseñándonos además la realidad social que en casos como el presente de parejas jóvenes, se recurren si tienen dicha posibilidad al apoyo de terceras personas, bien de personal contratado o de su familia (como ha sido este caso y lo sigue siendo según las propias declaraciones de ambas partes que), para compatibilizar sus obligaciones familiares con las laborales al objeto de mantenerse y afianzarse en el mercado laboral, con el esfuerzo que ello supone” (FD 2º).*

### **6.2.9.- LA ACTITUD DE COOPERACIÓN DE LOS PROGENITORES**

Durante la convivencia, la pareja desarrolla un proyecto común que se ve truncado con el cese de aquella<sup>644</sup>, siendo, a partir de dicho momento, cuando es preciso alcanzar un

---

<sup>644</sup> Los desacuerdos o falta de cooperación también pueden surgir durante la convivencia. Si fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad el art. 156 del C.c. tiene previsto, incluso, atribuirle total o parcialmente a uno de los padres, o bien distribuir entre ellos sus funciones, medida que tiene una vigencia máxima de dos años: “en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente

marco esencial de acuerdo de mínimos, basado en el respeto mutuo y en la colaboración entre ambos progenitores.

La cooperación y la comunicación mutua son esenciales para afrontar la nueva etapa en beneficio del ISM, lográndose una toma de decisiones conjunta y la consecución de los objetivos y valores de la GCC, posibilitar el diseño de una actuación parental conjunta, basada en la coeducación y en la cooperación entre los progenitores<sup>645</sup>.

Esta cooperación puede ser nula<sup>646</sup>, en el sentido de que no mantengan los progenitores una relación cordial entre ellos, y también puede resultar negativa, en cuanto existan malas relaciones o enfrentamientos, a lo haré referencia más adelante.

Este punto de partida nos permite afrontar el siguiente aspecto, pues, la especial filosofía de la GCC no está concebida sobre la base de guardas rotatorias estancos, sino que requiere el diseño de una actuación parental fluida e igualitaria, conjunta, con una intervención real de ambos progenitores en la toma de decisiones, fundada en la coeducación y en la cooperación parental, pudiendo “*naufragar*” la GCC por falta de cooperación o comunicación suficientes.

---

*juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”.*

<sup>645</sup> SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 17 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 54065), FD 2º: “*estos factores, ineludiblemente, interfieren la continuidad pedagógica de Isidora y se considera que le generan un sobre esfuerzo de readaptación continua al funcionamiento de ambos entornos parentales, ya que no contribuyen a su estabilidad emocional. Este punto de partida, pues, compromete cualquier modalidad de custodia, en especial la filosofía de base de la custodia compartida, ya que no posibilita el diseño de una actuación parental conjunta, basada en la coeducación y en la cooperación parental. Si ello es así, si además la menor con la madre también comparte sus vivencias y actividades propias de su edad con sus hermanos, mientras que cuando está con el padre ha de que quedarse con una canguro casi cada día de la semana de ocho a once de la noche más los días que el padre trabaja los fines de semana haciendo colaboraciones musicales, si además el régimen de comunicaciones cuenta con dos días intersemanales, es por lo que sin necesidad de mayores argumentaciones debemos desestimar este motivo de recurso, tal y como interesó el Ministerio Fiscal”.*

<sup>646</sup> La falta de colaboración absoluta ha sido señalado por la jurisprudencia para rechazar la GCC, al precisar este modelo de una relación entre los progenitores en la que deben llegar a constantes acuerdos en temas relativos al menor. En esta línea, la SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 13 de febrero de 2007 (JUR 2007, 204890), FD 4º: “*en el caso de autos, siguiendo el anterior criterio, no se ha constatado que pueda acordarse la guarda y custodia de forma compartida de la hija común, como pretende el padre y ha acordado la Juzgadora a quo. La relación de colaboración entre las partes no parece viable en estos momentos, tal como quedó constatado en el acto de la Vista. La dificultad de llegar a acuerdos entre ellos fue evidente, de manera que no se considera como la situación idónea para poder acordar la guarda y custodia de forma compartida que precisa de una relación entre los progenitores en la que deben llegar a constantes acuerdos en temas relativos a la hija común, que de no alcanzarse se obtendría el resultado no deseado de continuos enfrentamientos entre los progenitores, con alteración de la necesaria estabilidad de la menor.*

*Por todo ello procede estimar el recurso y con revocación del pronunciamiento de la sentencia, acordar la atribución de la guarda y custodia de la hija común a la madre, con quien convive desde la separación de las partes, sin que se haya alegado que no está debidamente atendida, manteniendo compartida la patria potestad entre ambos progenitores, con una amplia relación con el padre”.*



El Juez, con el auxilio de los peritos, y con todo el conjunto probatorio, habrá de valorar, caso por caso, cuándo la imposibilidad de consenso<sup>647</sup> y comunicación<sup>648</sup> parental.

Hay ocasiones en las cuales uno de los progenitores no está de acuerdo con el modelo educativo del menor o con la elección de un determinado facultativo. En éstos como en otros supuestos es evidente que se producen conflictos y, a pesar de la ruptura conyugal, los progenitores han de poner su tiempo, sus capacidades y su madurez al servicio del ISM<sup>649</sup>.

---

<sup>647</sup> La falta de consenso puede ser acerca de la elección de centro escolar o de modelo educativo, de clases extraescolares, de una intervención quirúrgica, etc. y, en ocasiones, detrás existe una causa torticera (liquidación de gananciales, atribución de la vivienda, alimentos, etc.).

<sup>648</sup> Esta falta de comunicación puede apreciarse cuando los cónyuges sólo lo hacen por medio de sus abogados, burofax, terceros, etc., incluso, para las cuestiones de menor transcendencia, como señala la SJVM núm. 4 de Igualada (Provincia de Barcelona) de 23 de mayo de 2014 (JUR 2014, 193430), FD 3º: *“pero es más, al plantearse un posible régimen de guarda y custodia compartida, resulta conveniente tener en cuenta en primer término, la propia capacidad o aptitud de cada uno de los progenitores para asumir las obligaciones derivadas del régimen de guarda y custodia compartida, lo que implica la superación de desavenencias personales, tensiones y hostilidad entre los cónyuges, así como para sostener una adecuada comunicación para adoptar las decisiones que redunden en beneficio y mejor interés de los menores, siendo preciso que ambos se impliquen en todo lo referente a los hijos para todo aquello que diariamente puede presentarse como necesario de control o autorización en la vida del hijo menor de edad prácticamente, siendo para ello imprescindible que se dé una buena relación o entendimiento, entre los progenitores que permita, entre otras cosas, que los hijos no perciban o noten, el continuo trasiego. Cuando no concurren tales presupuestos ha de optarse necesariamente, en beneficio del menor, por la atribución de la guarda y custodia a uno u otro progenitor, sin que ello signifique que se vulnere ni el principio de igualdad y sin que ello suponga, tampoco, que uno u otro progenitor esté más o menos capacitado que el otro.*

FD 4º: *“a modo ejemplificador de esa mala relación, consta en las actuaciones varios burofax en los que se desprende la falta de cooperación con el otro progenitor para que se puedan producir alteraciones en los fines de semana a disfrutar, otros en que se compele a la demandada a no prescindir en la toma de decisiones y conocimiento del estado de salud o educación de la hija, ambos progenitores reconocieron que se producen malas interpretaciones o que en alguna ocasión se había producido desavenencias por las pertenencias que se entregaban con la menor, o que el Sr. Alfredo se negó a que la menor realizara la actividad extraescolar de inglés para no perder el régimen de visitas que le correspondía, lo cual, pese a ser comprensible, no deja de demostrar esa falta de voluntad en ambos para facilitar las relaciones de la menor con el otro progenitor, y las discrepancias en las actividades cotidianas de la menor, siendo una problemática que se vería incrementada en el caso de una guarda y custodia compartida y que sin duda afectarían al bienestar de la menor”.*

<sup>649</sup> La falta de relación cordial es, por sí sola, motivo para denegar la GCC, como indica la SAP de Toledo (Sección 1ª) de 2 de marzo de 2010 (JUR 2010, 144744), FD 2º: *“trayendo tal doctrina a la situación que se somete a revisión por la Sala, debe comentarse destacando que no concurren en los progenitores la totalidad de los requisitos exigidos y exigibles, por mucho que el informe psicológico sea favorable, no lo es en su extensión temporal, en cuanto refleja una situación de consumo entre ambos cónyuges hoy inexistente, como lo demuestra, de un lado, el cambio de criterio del Ministerio Fiscal cuyo informe es necesario y ahora lo desautoriza, y principalmente, por el hecho de que la pareja no mantiene una relación cordial entre ellos, como lo pone de manifiesto la resolución recurrida, y motivo que, por sí solo, y al adoptarse la custodia compartida en interés de los menores, es motivo suficiente para denegarla, por tratarse de medida que resultaría contraproducente para los mismos.*

*Por tanto, el rechazo del establecimiento de la medida en la forma en que se solicitaba en el recurso, lleva al mantenimiento de la resolución de instancia y a la innecesaria del examen del resto de cuestiones, consecuencia directa de lo anterior, ya que debe concluirse con que no infringe la Juez a quo el artículo*

Pero cuando estas dinámicas conflictivas conllevan falta de respeto a la parentalidad del otro progenitor de manera reiterativa y muy grave, desnaturalizan el modelo de la GCC y contraindican, por inviable, su implantación, al no ser el más conveniente a causa de la ausencia total y grave de intención de cooperar y comunicarse de los progenitores, contraria, sin duda, al ISM.

Sabemos que cuando una pareja inicia el proceso contencioso para regular las relaciones familiares es difícil conciliar determinadas posturas sin efectuar mutuas concesiones, lo que hace muy compleja la implantación de la GCC. Así lo reconoce la **SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 24 de octubre de 2013, FD 3<sup>o</sup>650**: *“se concluye, como ya se indicó en informe anterior de 2007, la concurrencia de contraindicaciones que hacen inviable la implantación de un sistema de guarda y custodia compartida, y ello se revela de la imposibilidad de consenso y comunicación parental, de la falta de respeto hacia la parentalidad del otro progenitor, y de las discrepancias en la praxis educativa. Todas estas circunstancias comprometen la filosofía de base de la custodia compartida, que impiden la coeducación y la cooperación parental”*.

La actitud de cooperación significa respetar el espíritu igualitario y dual de la función parental, compartir los derechos y las responsabilidades en beneficio del menor, manteniendo los padres un diálogo abierto y actuando conjuntamente en relación con las decisiones básicas que afectan al menor en un clima de comunicación, respeto y cooperación.

Esta comunicación, respeto y cooperación no son es el resultado de una *"guarda compartida"*, sino el presupuesto del que hay que partir para otorgar la GCC, sin vencedores ni vencidos, concibiendo el reparto equilibrado de cargas como igualdad de sexos, lo que, lamentablemente, no está al alcance de todos los menores.

Muchas veces los progenitores confunden la atribución de la guarda con la atribución, en exclusiva, de los poderes y facultades de protección de los hijos, quedando la *"titularidad compartida de la patria potestad"* (o de la *"potestad parental"*) en un título vacío de contenido. Por ello, nuevamente vuelvo a incidir en la conveniencia de explicitar, pormenorizadamente, los derechos y obligaciones parentales en las resoluciones judiciales que acuerda la titularidad y el ejercicio de la patria potestad conjunta o compartida.

Es absolutamente necesaria para la implantación y subsistencia del modelo de GCC la capacidad parental (criterio objetivo), pero también lo es concienciarse (al menos uno de los progenitores) de las bondades del mismo (criterio subjetivo), ya que sin la cooperación mínima o sin el engranaje adecuado, padre-madre, pues la no cooperación voluntaria, persistente y grave lo hace fracasar.

A cada paso, la relación adecuada entre progenitores requiere su cooperación activa o pasiva (dejar hacer al otro), por ello no comparto la voluntad del legislador del ALECP de instaurar de oficio la GCC, como ya manifesté y señalé, acertadamente, el informe emitido al efecto por el CGPJ.

---

92 CC., cuando haciendo uso de las posibilidades que se establecen en la norma, deniega una guarda y custodia compartida. La sentencia se ratifica y se rechaza el recurso”.

<sup>650</sup> JUR 2013, 356028.

Esta falta de cooperación hay que ponerla en conexión con las malas relaciones de los progenitores (“la relación que los padres mantengan entre sí”).

Como vengo exponiendo, la conflictividad entre los progenitores (según su causa e intensidad), su falta de cooperación e, incluso, sus malas relaciones, puede ser un obstáculo insalvable de cara a la implantación de la GCC, por ser contrarias al marco adecuado que exige el ISM, que debe desenvolverse sin discusiones y enfrentamientos. Es evidente que, en estas situaciones, los progenitores anteponen sus propias diferencias e intereses al ISM.

La jurisprudencia se refiere a ello con frecuencia, argumentando que la conflictividad y hostilidad entre los progenitores no contribuye al “clima” en el cual debe desenvolverse la personalidad del menor, lo que impide la GCC, siendo un factor indicativo de estas malas relaciones los obstáculos o incumplimientos del régimen de estancias.

Por todo ello, pongo de relieve que un alto grado de conflictividad entre los progenitores, quienes no postergan sus rencillas en aras del bienestar del hijo, no favorece la GCC al no ser conveniente para los hijos, si bien sólo es desestimado este modo de guarda cuando el enfrentamiento es insalvable y redundante negativamente en el menor, como acertadamente señala el TS y expone, entre otras resoluciones judiciales<sup>651</sup>, la **SAP de Las Palmas (Sección 3ª) de 27 de enero de 2014, FD 2º**<sup>652</sup>: “en cuanto a la valoración que hace el apelante de los factores negativos, si bien como se alega en el recurso, el enfrentamiento entre los cónyuges, no siempre puede ser un obstáculo insalvable para el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, en el supuesto enjuiciado sí que lo es, pues del informe psicosocial se desprende que dicho

---

<sup>651</sup> En relación a la cuestión de las buenas y malas relaciones, es preciso indicar que existe una evolución jurisprudencial. En un primer momento, nuestros órganos judiciales entendieron que era necesario mantener buenas relaciones como requisito para la admisión de la guarda y custodia compartida, la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo. Vid. SAP Jaén (Sección 3ª) de 26 de febrero de 2008 (JUR 2008, 235196), FD 2º: “pues bien, desde esta perspectiva, la mayoría de la doctrina jurisprudencial exige, en cualquier caso, para la admisión de la guarda y custodia compartida, la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo o hijos comunes, ya que en caso contrario dicha medida puede convertirse en el germen de un espacio de inestabilidad y conflictividad en el que naufraguen emocionalmente, que conforman el punto referencial más vulnerable, y esa buena relación entre los progenitores, como señala el juzgador ‘a quo’, no se da en el caso de autos”.

En el mismo sentido, la SAP Castellón (Sección 2ª) de 21 de enero de 2008 (JUR 2008, 156176), FD 1º: “como dice la sentencia de la A. Provincial de Vizcaya de 20 de marzo de 2007: ‘En relación a la guarda y custodia compartida de los hijos menores, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2006 pone ya de relieve que la posibilidad de establecer dicho sistema regimental se fue abriendo camino en los últimos años en la jurisprudencia menor, si bien con reticencias y dificultades motivadas en parte por la falta de previsión expresa, pasando a adquirir rango legal al introducirse en el C. Civil tras la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. La mayoría de la doctrina jurisprudencial exige, en cualquier caso, antes y ahora, un presupuesto de singular valoración para la admisión de la guarda y custodia compartida, que es la existencia de 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, que conforman el punto referencial más vulnerable (en tal sentido, sentencias A.P. Palencia, de fecha 10-2-1999; A. P. Barcelona, de fecha 3-3-2004; A. P. Las Palmas, de fecha 15-4-2004; A. P. Málaga, de fecha 7-9-2005; A. P. Castellón, de fecha 15-11-2005)’”.

<sup>652</sup> JUR 2014, 185097.

*enfrentamiento redundando en perjuicio de la menor, pues tal y como señala el informe pericial, el establecimiento en el momento actual de un régimen de guarda y custodia compartida, no está exento del riesgo de perjuicio para Violeta, derivado de la formación de un conflicto de lealtades significativo, en su intento de conciliar las demandas provenientes tanto por parte materna como por parte paterna ante cualquier toma de decisiones referida a ella misma y precisamente teniendo en cuenta el bienestar de Violeta, desde una perspectiva psicosocial el Gabinete recomienda la continuidad de la convivencia con su madre*<sup>653</sup>.

Habría que resaltar, en relación con esta cuestión, que, por lo general, las relaciones entre los progenitores que inician un proceso contencioso no es óptima, no son buenas. Sin embargo, es preciso diferenciar que una cosa es que la relación no sea buena y otra muy distinta cómo afecta dicha conflictividad al menor y cuál es la intensidad del conflicto, y la causa y su correlación en las decisiones educativas y sociales del menor.

No cualquier relación conflictiva entre los progenitores desaconseja la GCC, sino sólo aquella cuya gravedad impide el entendimiento mínimo afectando, directamente, al menor.

Es evidente que un clima de graves y constantes desavenencias y hostilidades entre los progenitores hace totalmente desaconsejable la GCC, ya sea para su implantación, ya sea para dejarla sin efecto una vez acordada, como sucedió en la **SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 18 de enero de 2008, FD 2**<sup>654</sup>: *“en el caso de autos no queda acreditado que se haya averiguado la capacidad de cada uno de los progenitores para poder llevar en conjunto la responsabilidad parental que requiere la atribución compartida de la guarda y custodia, ni que la relación entre las partes sea en estos momentos de respeto mutuo y de colaboración, pues se hallan precisamente inmersos en una crisis familiar con presentación de denuncias, como la que ha originado el presente expediente, por lo que no se da la situación idónea para que la comunicación entre ellos sea lo fluida, respetuosa y en términos de igualdad entre las partes precisos, de manera que debe dejarse sin efecto la atribución de la guarda y custodia acordada”*.

Por tanto, la falta de relación fluida o, incluso, mala relación entre los progenitores no es, por sí sola, un obstáculo que impida el establecimiento de un régimen de GCC, el más adecuado para el interés del menor, si bien se plantea como *“línea roja insalvable”* la existencia de enfrentamientos constantes y graves fruto de una conflictividad con derivadas penales y el posicionamiento al respecto del MF, como sucedió en el caso dilucidado por la **SAP Castellón (Sección 2ª), de 22 de enero de 2008, FD 1**<sup>655</sup>: *“en nuestra opinión, la mala relación entre los progenitores, o la falta de relación fluida entre ellos, no debe ser nunca por sí sola un obstáculo que impida el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, si concurren todos los requisitos y*

---

<sup>653</sup> En el mismo sentido la SAP de Castellón (Sección 2ª) de 22 de enero de 2008 (JUR 2008, 156170), FD 1º: *“en nuestra opinión, la mala relación entre los progenitores, o la falta de relación fluida entre ellos, no debe ser nunca por sí sola un obstáculo que impida el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, si concurren todos los requisitos y presupuestos legales exigidos para ello, y ello es lo más indicado para la protección del interés del menor”*.

<sup>654</sup> JUR 2008, 106792.

<sup>655</sup> JUR 2008, 156170.

*presupuestos legales exigidos para ello, y ello es lo más indicado para la protección del interés del menor. Lo que ocurre es que en este caso el propio actor apelante, en su demanda inicial, alegó la concurrencia de hechos que (tal y como fueron alegados por él, y sin ulteriores pruebas sobre ellos encaminadas a precisarlos) determinaban la no procedencia, con arreglo al art. 92.7 del Código Civil, del régimen de guarda y custodia compartida. Nos referimos al hecho de que se siga procedimiento penal contra el sr. Carlos Manuel, según se dice en la demanda inicial de este - y sin que se haya incorporado testimonio de las actuaciones penales -, por ‘amenazas y malos tratos’. Y aunque se dijo que se desestimó la orden de protección solicitada en dicha causa, no se ha alegado ni acreditado en momento alguno que la causa haya sido sobreseída o que el imputado haya sido absuelto. Y respecto a la exigencia de ‘informe favorable del Ministerio Fiscal’, establecida en el art. 92.8 del Código Civil, han de hacerse dos observaciones sobre la errática posición mantenida por el Ministerio Fiscal en el proceso. Ciertamente, en las conclusiones de la primera instancia la representante del ministerio público dijo no oponerse al régimen de guarda y custodia compartida propuesto, aunque introduciéndose variaciones en la propuesta formulada (así, frente a la propuesta del sr. Carlos Manuel la atribución a este del uso y disfrute del domicilio familiar, el Ministerio Fiscal solicitó que el uso del mismo correspondiera al progenitor que en cada momento estuviera con la hija menor, introduciendo una rotación por los progenitores en el uso de la vivienda familiar que se aparta de la propuesta realizada). Sin embargo, en las alegaciones al recurso de apelación el Ministerio Fiscal se opuso al recurso interpuso, solicitando (sin explicación ni argumentación alguna) la confirmación de la resolución recurrida. En atención a todo cuanto antecede entendemos que no es posible la instauración del régimen de guarda y custodia compartida solicitado”.*

Así las cosas, las diferentes sentencias del TS han venido a concretar la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en beneficio del menor, como expresa la **STS de 30 de octubre de 2014, FD 6**<sup>656</sup>: “esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

Nuevamente, me encuentro con un factor con trascendencia en la adopción de la GCC que no aparece reflejado en el elenco de criterios recogido por las legislaciones autonómicas o por el ALECP, pues es fruto de la creación e interpretación jurisprudencial, el cual ha sufrido un movimiento pendular desde la configuración inicial como imposibilidad de adoptar la GCC ante la existencia de conflictividad entre los progenitores, como entienden, entre otras, la **SAP de Madrid (Sección 22ª) de 2 de enero de 2008, FD 3**<sup>657</sup>: “complicadas relaciones existentes entre los progenitores con numerosas denuncias interpuestas”; la **SAP de Madrid (Sección 22ª) de 17 de enero de 2008, FD 2**<sup>658</sup>; la **SAP Madrid (Sección 24ª) de 17 de enero 2008, FD 3º in fine**<sup>659</sup>:

---

<sup>656</sup> Id Cendoj: 28079110012014100551.

<sup>657</sup> JUR 2008, 80306.

<sup>658</sup> JUR 2008, 99264.

<sup>659</sup> JUR 2008, 99224.

*“don Felipe y doña Trinidad se llevan pesimamente; o mejor, no se llevan.”*; la **SAP Barcelona (Sección 12ª) de 18 de enero de 2008, FD 2<sup>o660</sup>**: *“el informe del gabinete psicosocial y la declaración en el acto de la Vista del testigo perito Sr. Luis Andrés viene a apoyar la negativa a la guarda y custodia solicitada por el actor, pues del referido informe se evidencia que la situación de conflicto entre las partes persiste, así como las desvalorizaciones mutuas y añade el informe que existe un posicionamiento bélico entre las partes, de manera que ambos luchan por detentar el poder en el proceso judicial. Esta situación es la opuesta a la que sería precisa para poder acordar la guarda y custodia compartida que pretende el recurrente...”*; la **SAP Barcelona (Sección 12ª) de 18 de enero de 2008, FD 4<sup>o661</sup>**: *“...en conjunto la responsabilidad parental que requiere la atribución compartida de la guarda y custodia, ni que la relación entre las partes sea en estos momentos de respeto mutuo y de colaboración, pues se hallan precisamente inmersos en una crisis familiar con presentación de denuncias, como la que ha originado el presente expediente, por lo que no se da la situación idónea para que la comunicación entre ellos sea lo fluida, respetuosa y en términos de igualdad entre las partes precisos, de manera que debe dejarse sin efecto la atribución de la guarda y custodia acordada”*; **SAP de Castellón (Sección 2ª) de 21 de enero de 2008, FD 2<sup>o662</sup>**: *“la mayoría de la doctrina jurisprudencial exige, en cualquier caso, antes y ahora, un presupuesto de singular valoración para la admisión de la guarda y custodia compartida, que es la existencia de 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, que conforman el punto referencial más vulnerable (en tal sentido, sentencias A.P. Palencia, de fecha 10-2-1999; A. P. Barcelona, de fecha 3-3-2004; A. P. Las Palmas, de fecha 15-4-2004; A. P. Málaga, de fecha 7-9-2005; A. P. Castellón, de fecha 15-11-2005)”*; la **SAP de Toledo (Sección 2ª) de 29 de enero de 2008, FD 1<sup>o663</sup>**: *“tales argumentos son perfectamente acogibles en el presente caso, teniendo en cuenta el interés del menor y la conflictividad constatada de la pareja. Conflictividad que se aprecia ante los distintos procedimientos penales en curso entre las partes y en lo que denomina, con acierto el Juez de Instancia, “una lucha legal constante” entre ambos progenitores, que determina, en evitación de futuros nuevos conflictos y sobre todo valorando el interés del menor, que se desestime la medida solicitada.”*; la **SAP Málaga (Sección 6ª) de 12 de febrero de 2008, FD 2<sup>o664</sup>**: *“en efecto, los obstáculos para una guarda y custodia compartida, a la que no ha informado favorablemente el fiscal, empiezan por la falta de un adecuado entendimiento entre los padres, no siendo las relaciones entre ambos lo buenas que habrían sido deseables y para comprender ello no basta más que una mera lectura de los escritos rectores del procedimiento e incluso de los términos en que se expresan los escritos de apelación y oposición a la misma”*; **SAP de Navarra (Sección 2ª) de 15 de febrero de 2008, FD 4<sup>o665</sup>**: *“tampoco procede fijar la guarda y custodia compartida, confirmando así lo*

---

<sup>660</sup> JUR 2008, 106738.

<sup>661</sup> JUR 2008, 106792.

<sup>662</sup> JUR 2008, 156176.

<sup>663</sup> JUR 2008, 218071.

<sup>664</sup> JUR 2008, 245489.

<sup>665</sup> JUR 2008, 288379.

resuelto por la Sentencia recurrida, pues la misma exige, para que sea eficaz, una mayor compenetración y diálogo entre los progenitores y en el presente caso, es claro que esa disposición al acuerdo no existe. Antes bien, es clara la animadversión recíproca que siente uno por el otro, hasta el punto de no reprimirse en exponerla ante la hija común”; la **SAP de León (Sección 1ª) de 22 de febrero de 2008, FD 6º**<sup>666</sup>: “pues no se aprecia la necesaria ausencia de conflictividad entre los padres para su aplicación...”; la **SAP de Jaén (Sección 3ª) de 26 de febrero de 2008, FD 2º in fine**<sup>667</sup>: “pues bien, desde esta perspectiva, la mayoría de la doctrina jurisprudencial exige, en cualquier caso, para la admisión de la guarda y custodia compartida, la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo o hijos comunes, ya que en caso contrario dicha medida puede convertirse en el germen de un espacio de inestabilidad y conflictividad en el que naufraguen emocionalmente, que conforman el punto referencial más vulnerable, y esa buena relación entre los progenitores, como señala el juzgador “a quo”, no se da en el caso de autos”<sup>668</sup>; la **SAP de León (Sección 3ª) de 12 de mayo de 2008, FD 3º**<sup>669</sup>: “la nula conflictividad entre los padres (como establece la SAP Madrid, Secc. 22ª, de 9 julio 2004)” y la **SAP de Cáceres (Sección 1ª) de 17 de enero de 2009, FD 3º in fine**<sup>670</sup>: “falta de acuerdo entre los progenitores”.

Encontramos otras resoluciones judiciales (la minoría) que amparaban o permitían cierta conflictividad (carencia de dialogo, episodios desagradables con intervenciones, incluso, policiales, etc.) en aras al interés de los hijos, como la **SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 29 de febrero de 2008, FD 1º**<sup>671</sup>: “centrándonos en el examen de la pretensión del recurrente de la atribución en exclusiva al mismo de la guarda y custodia de los hijos y especialmente de Georgina, este Tribunal en uso de la facultad revisora que le concede la apelación y del examen de las pruebas obrantes en autos llega a igual convicción que la juzgadora a quo, así es un hecho destacable las malas relaciones existentes entre los progenitores lo que influye a ambos hijos, aunque más a Georgina que a Víctor, dificultando la relación de los menores con ambos progenitores pues aun respetando ambos los regímenes de visitas establecidos, dada la proximidad de las viviendas de ambos, en ocasiones se pretende, principalmente por Georgina, alguna visita más al padre y entonces surgen las dificultades dada la entre los litigantes, ocasionándose, por lo que es aconsejable la guarda y custodia compartida para facilitar iguales periodos de estancias con padre y madre y así de la exploración de Georgina la Sala constata que con ambos progenitores se encuentra bien, congeniando tanto con la pareja con la que convive su padre como con la de su madre y no existe ningún motivo ni circunstancia que

---

<sup>666</sup> JUR 2008, 166271.

<sup>667</sup> JUR 2008, 235196.

<sup>668</sup> En el mismo sentido, SAP de Asturias (Sección 7ª) de 12 de marzo de 2008 (JUR 2008, 326283), FD 3º; SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 13 de marzo de 2008 (JUR 2008, 142436), FD 2º y SAP de Madrid (Sección 24ª) de 7 de mayo de 2008 (JUR 2008, 214487), FD 4º.

<sup>669</sup> JUR 2006, 187991.

<sup>670</sup> JUR 2009, 150537.

<sup>671</sup> JUR 2008, 144003.

*aconseje privar a la madre de la guarda y custodia compartida y las alegaciones de ambos progenitores para conseguir en exclusiva la guarda y custodia carecen de la relevancia pretendida debiendo estos aminorar sus deseos de exclusividad.*

*Por lo tanto entendiendo que queda más protegido el interés de los hijos, en este caso de Georgina, dada la mayoría de edad de Víctor desde septiembre de 2007, si conviven con ambos progenitores, sin que el traslado de viviendas perjudique pues están a 600 metros una de la otra por lo que el entorno de la menor es el mismo, procede desestimar el recurso del Sr. Benedicto en este extremo”.*

En un momento posterior, nuestros órganos judiciales entran a valorar el grado de conflictividad (leve, moderada o grave), y su incidencia sobre el menor, como pone de manifiesto la **SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 2 de octubre de 2013, FD 2<sup>o</sup>**<sup>672</sup>: *“tampoco la considera adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento en cuyo caso ‘la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados’, sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (art. 79.2 CF)”.*

---

<sup>672</sup> JUR 2013, 354342.



No cualquier grado de conflictividad excluye la adopción del régimen de GCC, sino uno grave o extremo<sup>673</sup>, debiéndose averiguar la causa de la misma<sup>674</sup>, que perjudique al

<sup>673</sup> SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 28 de febrero de 2014 (JUR 2014, 113038), FD 2º: *“otra cuestión que se evidencia perturbadora del buen funcionamiento de una guarda compartida es la conflictividad que existe entre ambos progenitores. Nuestro TSJC ha afirmado de forma reiterada que solo procede excluir la guarda compartida en los supuestos de conflictividad extrema (sentencias del TSJC de 31 de julio de 2008, ROJ: STSJ CAT 7475/2008, de 25 de junio de 2009, ROJ: STSJ CAT 15152/2009 y de 3 y de 8 de marzo de 2010), pero en el caso examinado se han producido incidencias que pueden comprometer un buen ejercicio de la guarda compartida por ambos progenitores. En el momento de la ruptura el demandante fue condenado por la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 19-12-2006 por un delito de maltrato de obra en el ámbito familiar a nueve meses de prisión y a una prohibición de acercamiento de un año y 9 meses; se trata de un hecho pasado que ya no se ha vuelto a repetir del que no puede considerarse a la menor propiamente una víctima indirecta, más teniendo en cuenta que en el convenio regulador se estableció un régimen amplio de permanencias de la hija con el padre durante cuyo desarrollo no se han producido incidencias que la hayan podido perjudicar. Si la finalidad del precepto es la de proteger al menor en situaciones de violencia familiar, entendemos que la menor está protegida, pero debe valorarse dicho hecho para analizar la relación existente entre los padres. Recientemente han recaído dos sentencias de faltas absolutorias del padre y de la madre en virtud de denuncias recíprocas por incumplimiento del régimen de visitas. Los hechos denunciados se refieren a distintas interpretaciones en el entendimiento del convenio que recaen en cuestiones nimias, carentes de relevancia, lo que evidencia la incapacidad de los padres de comunicarse mínimamente para solucionar las cuestiones más sencillas. Pueden limitar su comunicación al correo electrónico y envío de mensajes de telefonía móvil como han hecho pero resulta evidente las dificultades de comunicación entre ellos. Respecto a los correos y mensajes no era necesaria la aportación a las actuaciones de la transcripción literal de mensajes que se reproducen en el escrito de oposición al recurso y que se remontan a 2006 que no van a ser valorados pero que ponen de relieve la desconsideración del padre respecto a la figura materna, lo que hace dudar de su capacidad de preservar a la hija del conflicto. No decimos que la ausencia de una adecuada actitud por parte de los padres para cooperar entre sí determine en este caso una negativa a la modalidad de guarda compartida, pero no es un factor que favorezca dicha medida y ello ha de tenerse especialmente en consideración a la hora de acordar la modalidad de guarda. La relación de los padres entre sí tampoco ha sido objeto de valoración en el informe pericial aportado, solo respecto del padre, pero no respecto de la madre por lo que dicha valoración es incompleta. La falta de entendimiento de los padres, la existencia de conflicto y de desacuerdos entre ellos sí que es recogida en el informe pericial como percibida por la hija antes del inicio de este procedimiento. Y refiere el malestar de la menor en la segunda visita realizada en abril de 2013 cuando el proceso estaba tramitándose. En la vista explica que la menor no quería pronunciarse de forma clara delante de la perito y que lloraba. Podemos afirmar por tanto que el proceso judicial ha agravado el conflicto y ha empeorado las relaciones que existían entre ambos progenitores, pero que el conflicto y la mala relación ya existía con anterioridad. No nos encontramos ante un supuesto en el que uno de los progenitores (en este caso la madre) provoque el conflicto o la mala relación para evitar un pronunciamiento de guarda compartida, sino ante un supuesto de guarda materna acordado por ambos desde 2006 (primero de facto y después con sentencia) en el que la relación entre ambos no ha mejorado mínimamente. Cierto es que la existencia de discrepancias no puede ser motivo para denegar una guarda compartida, pero es necesario un mínimo de entendimiento o de capacidad de entendimiento, pues son muchos los aspectos sobre los cuales deben hablar en relación al día a día de la hija”.*

<sup>674</sup> SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 14 de junio de 2011 (JUR 2011, 266096), FD 3º: *“no obstante, debe indicarse que no toda conflictividad puede ser causa de exclusión de la custodia compartida, es cierto que es necesario un cierto grado de entendimiento o consenso entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental después de la ruptura, más también lo es, que toda crisis matrimonial o de pareja lleva consigo una cierta falta de entendimiento y desencuentro, deberá en todo caso cuando menos exigirse un cierto grado de conflictividad u hostilidad, para que pueda dejarse sin efectos los beneficios que para el menor pueda conllevar en su caso, la implantación de la custodia compartida.*

*En el presente supuesto la conflictividad proviene únicamente de aspectos sobre las vacaciones y forma de realización de las visitas u otros acontecimientos familiares, sin una entidad suficiente para desechar la custodia compartida, únicamente por este motivo, procede en conclusión estimar el recurso del actor en este apartado”.*

menor, conforme a la STS (Sala 1ª) de 22 de julio de 2011, FD 4<sup>675</sup> “en cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (Ver SSTs, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011) 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, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

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 afectan, perjudicándolo, el interés del menor”<sup>676</sup>.

Y en el FD 5º afirma: “el catálogo de sentencias de contraste aportado por el recurrente no sirve para afirmar que existe doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales. Como se dice en la STS 578/2011, de 21 de julio, en un caso semejante, las Audiencias ‘han decidido sobre una forma u otra de guarda teniendo en cuenta los informes periciales contenidos en el procedimiento. Por tanto, no pueden servir como sentencias de contraste para asegurar que existe doctrina contradictoria entre ellas, porque en el fondo, podría asegurarse lo contrario, ya que todas deciden teniendo en cuenta el interés del menor a la vista de los informes preceptivos según dispone el art. 92. CC. En definitiva, las sentencias que aportan son un pretexto para poder presentar el recurso, ya que cada una decide según las circunstancias de los casos planteados.

En este caso, la decisión de la Audiencia Provincial es correcta: ha examinado si el problema del desacuerdo afecta a los menores. Ha valorado las pruebas aportadas de una forma adecuada y ha concluido que la actual situación no permite acordar la guarda y custodia compartida, porque los niños están inadaptados con la guarda acordada y el derecho de visitas amplio de que gozan. En definitiva, que no conviene al interés primordial de los menores que se tome la medida de acordar la guarda y custodia compartida (SSTs de 1 octubre 2010, 11 febrero y 12 mayo 2011)”.

## 6.2.10.- LOS ACUERDOS PREVIOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA

Los pactos regulando la hipotética ruptura parental (acuerdos *ex ante*) no tienen reconocimiento legal explícito en nuestro C.c.<sup>677</sup>, ya sean aquéllos prematrimoniales o

---

<sup>675</sup> RJ 2011, 5675.

<sup>676</sup> En la misma línea, se pronuncia la posterior STS de 7 de junio de 2013 (RJ 2013, 3943) “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 afectan, perjudicándolo, el interés del menor”.

<sup>677</sup> Para Cristóbal Pinto Andrade: “La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura”, *Noticias Jurídicas*, noviembre 2010 (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201009-37281946753951.html>): “en la legislación civil común, y a pesar de la falta de un reconocimiento legal explícito, numerosos preceptos del Código Civil apoyan la validez genérica de los

anteriores a una convivencia de hecho, si bien son admitidos en virtud de la autonomía de la voluntad en el marco de su art. 1255.

No todo acuerdo en previsión de ruptura matrimonial o cese de la convivencia es válido, cualquiera que sea su contenido, ya que, como cualquier pacto, será nulo cuando prevea una cláusula limitativa de la igualdad conyugal de derechos (art. 1.328 C.c.) o perjudicial para el hijo o los cónyuges (art. 90 C.c.), como afirma la **STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 12 de julio de 2012**<sup>678</sup>.

Estos pactos o acuerdos en previsión de ruptura están contemplados, en relación con la GCC, en Cataluña (art. 233-11f del CCCat.), Navarra (art. 3.3g del LNRC) y País Vasco (el art. 4 de la LPVRF, para su validez, establece como especificidad que deben estar otorgados en escritura pública con obligación de contraer matrimonio o iniciarse convivencia un año después del otorgamiento), pero no en la LARIF, en la LVRF, ni tampoco en el ALECP.

El acuerdo previo que pudiera adoptarse por los progenitores en beneficio del hijo en materia de GCC habrá de ponerse en relación con el ISM en el momento de la ruptura, pudiendo coincidir o no con las posibles medidas acordadas, en su momento, por los progenitores. El ISM está sometido al “*ius cogens*”, lo que implica una defensa de oficio por el MF y por el Juez (art. 91 C.c.), verdaderos garantes de aquél, debiendo primar el principio del “*favor filii*” tanto en lo contemplado en pactos extrajudiciales como en el propio convenio regulador, sometido al control judicial<sup>679</sup>.

---

*pactos matrimoniales en previsión de la ruptura. En tal sentido, hoy podemos afirmar sin temor a equivocarnos que estos acuerdos han de reputarse en principio válidos y eficaces entre los cónyuges, quienes, haciendo uso de la autonomía de su voluntad y de la plena libertad de contratación mutua o de su libertad para adoptar cualesquiera disposiciones por razón del matrimonio pueden celebrar entre sí toda clase de negocios jurídicos*

*Sin embargo, sí que aparecen regulados en algunos Derechos civiles forales: Así, desde 1998 se reguló expresamente en el Código de Familia de Cataluña y recientemente han obtenido plasmación legal en el Derecho Foral valenciano y en el futuro nuevo Código de Familia de Cataluña. Por último, existen referencias tangenciales en el Derecho Foral de Aragón y de Galicia. Veamos”.*

El autor señala en Cataluña, el art. 15.1 del Código de Familia de Cataluña; en Aragón, el art. 3 de la Ley aragonesa de Régimen Económico Matrimonial y viudedad se contempla que los cónyuges puedan regular sus relaciones familiares en Capitulaciones Matrimoniales; en Valencia, en el mismo sentido se mueve el art. 25 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano; y en Galicia, el art. 172 de la Ley gallega de Derecho Civil se señala que los cónyuges podrán pactar en Capitulaciones Matrimoniales la liquidación total o parcial de la Sociedad de Gananciales y las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad conyugal.

<sup>678</sup> RJ 2012, 10025 y RJ 2014, 4197.

<sup>679</sup> SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 19 de noviembre de 1999 (AC 1999, 7986), FD 4º: “*para resolver adecuadamente los temas antes acotados, hay que posicionarse dentro de la doctrina jurisprudencial que ha venido manteniendo nuestro Tribunal Supremo respecto a la naturaleza y significado de los Convenios, que han sido considerados como negocios jurídicos del Derecho de Familia, de objeto contractual, pero limitado a la autorregulación de intereses patrimoniales propios de los cónyuges que siendo disponibles y renunciables, caen bajo el imperio de la autonomía de la voluntad y del principio «pacta sunt servanda» «ex» arts. 1255 y 1091 CC y que no precisan ser ratificados ni homologados ante autoridad judicial para su validez por no ser propiamente Convenio Regulador de procesos matrimoniales de mutuo acuerdo a que, con contenido mínimo, se refiere el artículo 90 del CC. Pero, por otro lado están los derechos de los hijos menores que caen en la órbita del «ius cogens» y defensa de oficio por el Ministerio Fiscal y por los Tribunales (artículo 91 CC) en donde prima el principio de «favor filii» y que tanto si se regulan*

A la vista de ello y de la escasa tradición, a nivel nacional, de los pactos o acuerdos en previsión de una ruptura parental sobre la guarda del hijo, considero que pueden ser tenidos en cuenta por el Juez como otra circunstancia más a valorar en relación a la decisión de establecer o no el régimen de GCC, pues tales acuerdos pueden revelar la intención de los progenitores, pero nada más.

Estos acuerdos previos han de someterse al control judicial y fiscal y han de ser analizados teniéndose en cuenta la situación actual de la ruptura y de los hijos tras ella, momento en el cual debe determinarse la capacidad y aptitudes de los progenitores.

Así se extrae de la **STS (Sala 1ª) de 2 de julio de 2014**<sup>680</sup>, que, anulando la anteriormente dictada por la AP de Palencia en 10 de junio de 2013, en su FD 2º refiere la existencia de un acuerdo previo, acordando que la guarda y custodia la debía ostentar la madre, si bien este acuerdo hay que ponerlo en relación a la nueva situación: *“ambos progenitores cuentan con capacidad para atender a sus dos hijos de manera adecuada. Ambos mantienen vías de comunicación para temas relacionados con los mismos, como refiere el informe del equipo psicosocial, y su relación se ha desarrollado con normalidad, procurando adaptar a los hijos a la nueva situación, estando próximos sus domicilios en una pequeña localidad. Tomar como referencia el acuerdo previo por el cual la guarda y custodia la debía ostentar la madre supone desconocer la realidad de las cosas y lo que es más grave, deja sin valorar la actitud de uno y otro progenitor para llegar a un compromiso de custodia provisional tras la ruptura, que no tuvo otra finalidad que la de garantizar el inmediato interés de los menores tratando de no perjudicarles y de no generar un ambiente de conflictividad que repercutiese negativamente en ellos. Téngase en cuenta que el acuerdo se alcanza tras el verano de 2012 y que la demanda se formula ese mismo año. Se trataba, sin duda, de un régimen transitorio a la espera de lo que se resolviera judicialmente pues, al cabo, ambas partes no dirimieron sus diferencias de común acuerdo, sino mediante resolución judicial; resolución que impuso un régimen de visitas tan amplio a favor del esposo (fines de semana alternos, de jueves a lunes, y comunicación intersemanal en las tardes de los martes y jueves, además de las correspondientes a los periodos vacacionales) que sorprende que no se adoptara el que ahora se instaure mediante la estimación del recurso puesto que el cambio para los menores sería mínimo y sin duda más beneficioso”*.

---

*en pactos extrajudiciales y como en el propio Convenio, previsto en el artículo 90 CC, no pueden ir contra el interés de los hijos, según se desprende del conjunto normativo de los arts. 154, 156, 158, 159, 164, 166, 167 del CC en relación con artículo 1258, por lo que el Pacto ha de pasar por el control judicial en cada proceso que se incoe, para de esta manera adecuar la relación a lo que determina el artículo 93 del indicado Código: «el juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor, para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento»*”.

<sup>680</sup> RJ 2014, 4250. En el mismo sentido, la SAP de Asturias de 23 de febrero de 2015 (EDJ 2015/33030).

### 6.2.11.- LA SITUACIÓN DE DOMICILIOS Y LAS ACTIVIDADES DE LOS HIJOS

La distancia entre la vivienda donde reside el menor y el colegio del menor o entre los domicilios de los progenitores, y cómo afecta aquella a la GCC ha sido también interpretado, de forma distinta, por los tribunales.

Esta circunstancia o aspecto negativo del peregrinaje diario, semanal, quincenal, mensual, trimestral o semestral puede afectar al menor, en mayor o menor medida, según su edad, la periodicidad de los mismos y la distancia e, incluso, el medio para recorrerla<sup>681</sup>.

Lo primero que ha de comprobarse es si este peregrinaje puede ser un obstáculo insalvable para instaurar un régimen GCC, al reputarse que el trasiego puede afectar, de algún modo, al desarrollo social o psico-emocional del menor, debiéndose analizar, convenientemente, la ubicación de los domicilios y del centro escolar, el tiempo para la realización de las tareas escolares o extraescolares, la alteración de las pautas o hábitos diarios del hijo, etc.

En ocasiones, la jurisprudencia, en relación a la distancia existente en el “*triángulo diario*” desde el domicilio de un progenitor al centro escolar y desde éste al domicilio del otro, la ha considerado excesiva cuando supera los 50-100 kilómetros, ya que conllevaría una alteración de las pautas diarias alejadas de lo deseable para el menor, rechazándose la GCC.

Ante ello, considero que no pueden establecerse criterios válidos para todos los casos, debiéndose analizar dicha circunstancia, al igual que las demás, casuísticamente, determinándose en el caso concreto si afecta y en qué medida la distancia al menor, pues ha de tenerse en cuenta las actuales facilidades de comunicación entre las capitales de provincia y los municipios dormitorio limítrofes, o, incluso, entre ciudades próximas cuya distancia puede superar los 50-100 kilómetros (Sevilla-Huelva; Madrid-Toledo-Segovia, Valencia-Alicante, etc.).

---

<sup>681</sup> En materia de GC, tradicionalmente, se establecía el domicilio del menor (el materno) como punto de encuentro para las entregas y recogidas del mismo, lo que supone *de facto* una carga añadida para el progenitor no guardador. Al respecto, el TS ha fijado como doctrina jurisprudencial que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y, en su defecto, cada progenitor recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. *Roj. STS 2609/2014 (Id Cendoj: 28079110012014100299) FALLO: “Se fija como doctrina jurisprudencial que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto:*

*a) Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual.*

*b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial.*

*Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables”.*

Dicho de otro modo, el argumento de la distancia entre domicilios parentales no puede ser determinante, puesto que puede alterar o no, sustancialmente, al menor, en comparación a la realidad anterior a la ruptura familiar. Sólo ante una afectación directa y negativa (en su rendimiento académico, social, o cualquier otro esencial) como consecuencia de un cambio incesante de domicilios y de hábitos, en unión de la ponderación de otras circunstancias, haría desaconsejable la GCC.

La ya citada **SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 23 de julio de 2014, FD 3º**<sup>682</sup> tienen en cuenta la distancia del domicilio familiar junto a la mayor vinculación afectiva del menor hacia la madre para atribuir a ésta su guarda: *“ahora la situación ha variado, pues la actora con el menor se han trasladado a vivir a una población que dista 100 km del domicilio familiar y localidad de residencia del demandado, lo que dificulta la implantación de la custodia compartida que éste solicita. Además, la forma de llevar a cabo el cambio de residencia con falta de información al padre sobre los pasos que la actora iba realizando para matricular al hijo común en el colegio de la nueva localidad de residencia así como empadronamiento, faltando a su obligación de información al padre, como cotitular que es de la potestad parental del menor, han determinado una mayor conflictividad entre ellos, sólo a la actora imputable.*

*Ahora bien, a pesar de la censurable actuación de la Sra. Beatriz en relación al Sr. Eduardo, es el beneficio del menor el criterio preponderante en este momento, y atendiendo a este fin último esta Sala considera que su custodia debe atribuirse a la madre, pues es esta su referente primario y con quien el menor tiene la mayor vinculación”.*

En el mismo sentido, la **SAP de Toledo (Sección 1ª) de 26 de noviembre de 2013, FD 5º**<sup>683</sup>: *“partiendo y trayendo al caso presente la anterior doctrina, entiende la Sala que la custodia compartida que propone el demandante no es en absoluto factible, en primer lugar porque entendemos que es requisito imprescindible para ello el mantener al menor siempre escolarizado en el mismo centro e integrado en un mismo grupo social, de amistades etc., lo que en este caso no es posible ya que los domicilios de ambos progenitores, en Villacañas el padre y en Talavera de la Reina la madre, distan 170 Km y dos horas en automóvil lo que haría imposible la anterior exigencia”.*

Más adelante, concluye: *“en definitiva, ni la corta edad de la niña ni los domicilio de los progenitores ni mucho menos su relación personal permiten concebir una posibilidad de custodia compartida, que aunque permite el CC ‘excepcionalmente’ en el art 92.8 aunque no haya acuerdo de los progenitores (y actualmente sin necesidad de informe favorable del MF tras la STC de 17 de octubre de 2012 antes mencionada), cuando sólo de esta forma se protege el interés superior del menor.*

*Incluso la propuesta del demandante para cuando la niña esté escolarizada, más que una custodia compartida es una propuesta de custodia por uno de los progenitores con régimen de visitas de tres de cada cuatro fines de semana, es decir, algo más amplio que el tradicional de fines de semana alternos, lo que nada tiene que ver con la custodia compartida”.*

En definitiva, cuando no existen motivos de conflicto añadidos y los factores analizados permiten valorar positivamente al ISM la GCC, la distancia, en cuanto factor lógico,

---

<sup>682</sup> JUR 2014, 234397.

<sup>683</sup> JUR 2014, 10029.

no debe operar como un obstáculo, salvo que sea excesiva, la cual impide una periodicidad o alternancia padre-madre beneficiosa al menor, alterando considerablemente sus pautas diarias, creándole una “nueva carga” a sumar a la situación del cese de la convivencia de sus progenitores.

Valoro positivamente la inclusión de este factor por el CCCat. y el ALECP, ya que, en sí mismo, puede ser un obstáculo con sustantividad propia como para rechazar la GCC, si bien una periodicidad adecuada, un traslado de centro escolar sin consecuencias negativas para el menor o la elección de los domicilios por los progenitores pueden ser propuestas que mitiguen su carácter gravoso para el menor.

## 6.2.12.- OTRAS CIRCUNSTANCIAS

Como categoría final de cierre o cajón de sastre, todas las legislaciones analizadas, excepto el CCCat., incluyen este factor, lo que se valora de forma positiva, dado el carácter de *numerus apertus* de los listados de criterios y el principio, ya enunciado de forma reiterada, sobre la especificidad de cada menor atendiendo a sus concretas circunstancias individuales y familiares, las cuales hacen muy compleja la tabulación de soluciones en materia de guarda.

Entre las circunstancias más habituales que pueden especificarse en este apartado y que pueden afectar al ISM destaco la violencia intrafamiliar, la cual será objeto de análisis en el siguiente Capítulo; la relativa a las estructuras de apoyo familiar (vgr. los abuelos); o la no separación de los hermanos.

En relación a la no separación de hermanos, si bien nuestros jueces y tribunales han resuelto de forma diferente en función del caso concreto, puede afirmarse que, de manera mayoritaria, optan por no separarlos, pues ello conllevaría la ruptura de la relación fraternal, y el establecimiento de regímenes diferentes de convivencia o guardas para cada hijo<sup>684</sup>.

Sin embargo, frente a esta postura, podemos encontrar otra minoritaria que, en función de las circunstancias particulares del caso, consideran que por la diferencia de edad y de hábitos<sup>685</sup>, además de los deseos libremente expresados por el menor/es o preferencia de

---

<sup>684</sup> En este sentido, *vid.* la SAP de Valencia (Sección 10ª) de 24 de julio de 2014 (JUR 2014, 252773), FD 1º: “la Sala no ve adecuada la separación de los hijos, por el establecimiento de regímenes diferentes de convivencia para cada hijo, lo que, por otro lado, nadie ha interesado. Analizados los elementos de prueba practicados, se inclina el Tribunal por asignar la convivencia de los menores a la demandada, porque con ese sistema se ha logrado preservar los vínculos con ambos progenitores, y por las reticencias hacia la custodia compartida de los dos hijos más mayores, cuya opinión debe ser tomada especialmente en cuenta, porque su edad hace presumir su madurez”.

<sup>685</sup> Así sucede con los “diferentes intereses y las distintas responsabilidades académicas” entre los menores en el caso decidido por la SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 10 de mayo de 2011 (JUR 2011, 259124), FD 3º: “acordar la guarda compartida de Patricia (16 años) y mantener la guarda materna de Marta (14 años) y Francisco Javier (9 años) teniendo en cuenta el régimen de relaciones personales establecido en la sentencia los fines de semana, los periodos vacacionales e incluso entre semana, favorece suficientemente la relación entre los tres hermanos menores y de estos últimos con las hermanas mayores que viven con el padre, relación que no ha sido mayor sino todo lo contrario durante el presente curso escolar y que tampoco sería mayor cualitativamente caso de acordarse la guarda de todos al mismo progenitor, habida cuenta la diferencia de edad existente entre las dos hermanas y el pequeño, los

uno de vivir con su padre y otro con su madre, estiman la separación de los menores. Sucede en el caso enjuiciado por la **SAP de Valencia (Sección 6ª) de 19 mayo de 1999**<sup>686</sup>: *“la Sentencia adopta una solución que puede perfectamente calificarse de «salomónica», al atribuir la guarda y custodia de cada uno de los hijos a uno de los progenitores, solución que, a primera vista, pudiera considerarse contraria al principio de «bonus filiae», consagrado en el artículo 92 del Código Civil que, en su párrafo 2º, dispone que «las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos», añadiendo, en el párrafo 4º, «procurando no separar a los hermanos». Sin embargo, a poco que se profundice en el estudio de la problemática surgida como consecuencia de la separación del matrimonio, se comprende lo acertado de lo acordado por el juzgador de primera instancia” (FD 2º).*

Cada vez con mayor frecuencia, las parejas se rompen y sus integrantes rehacen, posteriormente, sus vidas. Este hecho conlleva la aparición en la vida del menor de nuevos hermanos y nuevas parejas de sus progenitores, lo que también es una circunstancia a tener en cuenta, a efectos de valorar el ISM.

Así, la **STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 25 de abril de 2014, FD 4º**<sup>687</sup>: *“(iii) en tercer lugar, los hechos que tiene en cuenta la sentencia conducen a este régimen. Ambos progenitores reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales y lo que se puede y se debe extraer de esta conclusión, que la sentencia recoge como hecho probado, es que ningún perjuicio van a experimentar los hijos manteniéndose bajo la custodia de su madre, sin valorar el beneficio que para ellos, próximos a la mayoría de edad, va a representar la medida. No existe ningún dato que permita mantener la afirmación de la sentencia relativa a que ‘otorgar una custodia compartida por ambos progenitores podría introducir un peligroso elemento de confusión en los menores, en el delicado periodo de la adolescencia en que se encuentran, que pueden no saber a qué atenerse en situaciones puntuales... potenciándose aún más el peligro de confusión por parte de estos por el hecho de que ambos progenitores cuentan con respectivas nuevas parejas, que sin duda intervendrán en los periodos en que a los menores les corresponda estar bajo la custodia de su actual cónyuge’. Posiblemente será más compleja que la que se lleva a cabo cuando los*

---

*diferentes intereses y las distintas responsabilidades académicas. Por todo ello se acuerda que los dos hijos menores permanezcan bajo la guarda y custodia de la madre, lo que comporta el mantenimiento de la sentencia y que Patricia conviva con su padre y con su madre por semanas alternas salvo que los padres establezcan distinta distribución”.*

<sup>686</sup> AC 1999, 6696. En el mismo sentido, la SAP de Sevilla (Sección 2ª) de 28 de septiembre de 2001 (JUR 2002, 79508), FD 3º: *“no existe elemento alguno que permita modificar el criterio del juzgado ‘a quo’ en la atribución de la guarda y custodia de las hijas. Tres son las que se tuvieron y habiendo alcanzado la primera la mayoría de edad, la atribución al padre de la guarda y custodia de la segunda y a la madre de la menor, se basa en la preferencia de aquélla para vivir con su padre y en la idoneidad de la madre para cuidar, educar y proteger a su hija y ello porque dada la edad de Desiree, segunda de las hijas que nació en mayo de 1986, su elección de con cuál de sus progenitores desea vivir ha de respetarse al no existir motivo alguno que justifique otro acuerdo, y porque está acreditado que la madre se encuentra capacitada para cuidar de sus hijas siendo la integración social, familiar y escolar de la que se halla viviendo en su compañía totalmente normal, lo que proscribire toda posibilidad de modificación y ello aun a pesar del principio jurisprudencial de tender a la no separación de los hermanos que en este caso ha de ceder, en virtud de estas consideraciones, de idoneidad de la madre, integración de la hija que con ello convive y elección de la segunda de las hijas de vivir con su padre”.*

<sup>687</sup> RJ 2014, 2651.



*progenitores conviven, como ha dicho esta Sala ( SSTS 10 (RJ 2010, 2329) y 11 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2340); 7 de julio de 2011 (RJ 2011, 5008), entre otras), pero lo que en ningún caso descalifica esta forma de custodia es el hecho, normal en estos casos, de que los padres rehagan su vida con nuevas parejas, situación que puede ser incluso positiva y de interés al menor”.*

Otro factor objeto de análisis y, desde mi opinión, de suma transcendencia o relevancia, es la propuesta de los progenitores de periodos de alternancia muy prolongados (anuales o por cursos escolares), lo que puede resultar justificado en supuestos muy concretos pero, por regla general, considero que frustran la filosofía de la GCC, modelo de guarda que se sustenta en los contactos frecuentes entre los progenitores y el menor y, en definitiva, en intentar asimilar la vida del menor a la que tenía con anterioridad al cese de la convivencia, lo que sólo puede lograrse asumiendo los progenitores, en igualdad, los deberes y responsabilidades diarias para con el menor<sup>688</sup>.

Como ejemplos de estos supuestos de rechazo a la GCC por dicho motivo, señalo, entre otras, la **SAP de Madrid (Sección 22ª) de 26 de mayo de 2006, FD 2º**<sup>689</sup>: *“lo que hace decaer la pretensión apelante, en los términos solicitados, y máxime en aquéllos de tal duración (períodos anuales, o por cursos escolares), y con residencias tan lejanas, como León y Meco, lo que determina en este punto la confirmación de la sentencia recurrida, y conlleva a su vez, el rechazo de la pretensión suscitada”*; la **SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 18 de octubre de 2005, FD 1º**<sup>690</sup>: *“se alza el apelante contra la resolución recurrida en cuanto desestima su solicitud de que se acuerde la guarda y custodia compartida de la hija común, en concreto la siguiente: hasta que la menor cumpla la cinco años de edad estará con la madre, después con él otros cinco años, y así sucesivamente ...”* y continúa **FD 2º** in fine: *“haciendo aplicación de esta doctrina al caso de autos, entendemos que no es posible acordar tal guarda y custodia compartida hoy por hoy; en primer lugar porque ha quedado acreditado que el padre, cuando trabaja viene hacerlo unas diez horas diarias; en segundo lugar, porque el propio apelante reconoció en la vista que la madre cuidaba adecuada y personalmente al menor, y en tercer lugar, porque atendida la edad de la misma, seis años en la actualidad, y que siempre ha vivido con su madre, la alternancia que propone el apelante no consideramos que sea la más idónea para su estabilidad en todos los órdenes, por lo que en este particular el recurso debe ser desestimado”*.

No obstante, frente a lo expuesto, encontramos la ya citada en diversas ocasiones **STS (Sala 1ª) de 29 de noviembre de 2013, FD 3º**: *“en tercer lugar, en ningún caso se desnaturaliza la medida mediante la alternancia por anualidades de la custodia. Ciertamente*

---

<sup>688</sup> En el Informe del Consejo Fiscal al ALECP (Folio 6) se expone que *“el fundamento teórico de la guarda y custodia compartida descansa en el principio de que el cese de la convivencia de los progenitores no debe, siempre que sea posible, afectar a los vínculos familiares con los hijos, debiendo mantenerse al máximo posible los deberes, responsabilidades y facultades de cada uno de los padres con respecto a los mismos. El desarrollo integral del menor una vez sobrevenida la crisis conyugal se consigue a través de un periódico y habitual contacto con ambos progenitores. Emocionalmente es muy importante para un niño de una pareja que ya no convive sentir que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos los momentos de su vida; de descanso, de colegio, de vacaciones, etc. Estas son afirmaciones sobre las que hay consenso en la psicología infantil”*.

<sup>689</sup> JUR 2006, 192098.

<sup>690</sup> JUR 2006, 50193.

*es que esta medida debería venir precedida de un plan contradictorio sobre la forma de su ejercicio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas y que las situaciones son muy cambiantes tanto en lo económico como en lo personal, psicológico, emocional y social, pero también lo es que una alternancia prolongada ni está proscrita en nuestro ordenamiento, ni se ha demostrado que afecte de manera favorable o desfavorable a la estabilidad de los menores. La medida, sin duda, es subsidiaria a lo que en cada momento puedan acordar los padres para el mejor bienestar de sus hijos. Son ellos y no los jueces quienes conocen mejor la realidad de los niños y quienes deberán adaptarlo a lo que les interese en cada periodo de crecimiento, aunque sea haciendo uso de la mediación familiar o de terapias educativas”.*

### **6.3.- CONCLUSIONES**

Si bien al hilo del examen de cada uno de los criterios analizados he ido desgranando mis conclusiones, quisiera destacar, ahora, algunas consideraciones conclusivas generales:

En primer lugar, considero un acierto la incorporación legal de grandes directrices para los operadores jurídicos, o los criterios o pautas o circunstancias en la redacción del art. 92 bis del C.c. propuesta por el ALECP. Esta relación o elenco de los mismos nos permitirá a todos los operadores jurídicos contar con aspectos de valoración conjunta, y, con ello, restringir el campo de la indefensión o de la inseguridad jurídica en una materia tan compleja como la GCC, lo que, sin duda, favorecerá la adecuada y uniforme implantación del modelo.

Como expongo, estas circunstancias han de ser valoradas de forma conjunta en relación al ISM, pues no son compartimentos estancos, debiendo ser ponderadas desde dicho interés y desde el de los progenitores, nunca de forma jerárquica ni aislada, sino de forma conjunta.

Por consiguiente, el juzgador deberá prestar especial atención a todos los criterios como una unidad, razón por la cual propongo que ello se adicione al art. 92bis proyectado por el ALECP: *“deberá prestar especial atención, de forma conjunta, en todo caso...”*.

Estas circunstancias son, cada una de ellas, conceptos jurídicos indeterminados de apreciación o interpretación judicial atendiendo a la realidad de cada momento (art. 3 C.c.) y de cada menor en concreto. Ello conduce a un dinamismo interpretativo de tales factores, como, por ejemplo, ha sucedido con el criterio relativo a las malas relaciones entre los progenitores, cuya interpretación ha sido matizada por el TS, haciéndola desaparecer como circunstancia invalidante, por sí sola, de la GCC, incluyéndose expresamente, incluso, en algunas regulaciones autonómica que aquéllas no pueden suponer, sin más, un obstáculo para la GCC (art. 5.2 de la LVRF y el art. 9.2 LPVRF).

En segundo lugar, quisiera destacar que las singularidades de cada caso nos obligan a ponderar o establecer el “peso específico” de cada uno de los criterios, siempre sin perder de vista el carácter de *numerus apertus* de los mismos, lo que consiente incluir aquellos que fueran precisos para el ISM en *“otras circunstancias”*.

En tercer lugar, concluyo la nula o escasa trascendencia de los criterios relativos a: la edad del menor (pues éste es un presupuesto para determinar la modalidad de guarda y el reparto temporal de las estancias, pero no un criterio o circunstancia que podría ser entendida como impedimento para implantar la GCC en los supuestos de primera infancia); la situación de los domicilios; la práctica anterior o dedicación pasada a la familia; la vinculación afectiva del menor; los acuerdos previos a la ruptura; y el número de hijos.

Por último, en cuanto al criterio relativo a la opinión de los hijos y a los informes técnicos, entiendo que procede una mejora procesal sustancial y unitaria (para todos los juzgados) sobre la elaboración de protocolos de buenas prácticas o de actuación en estos supuestos.

Respecto a la intervención de los menores ante el Juez debería redactarse un manual de intervención o bien optar por su inclusión en la LEC-2000, tanto sobre el momento procesal (al inicio de las pruebas), como sobre el modo y lugar de practicarse dicha prueba, así como sobre su documentación. Ello evitaría la inseguridad que hoy día existe y, además, acortaría el proceso, pero, sobre todo, permitiría al menor estar debidamente protegido en esta intervención judicial.

Respecto al informe técnico, es preciso mejorar tanto la designación de peritos, como la comunicación de su nombramiento a las partes a efectos de tachas, además de los medios o técnicas de elaboración de dichos informes, a efectos de su impugnación.

Lo enunciado puede resumirse en el siguiente cuadro explicativo y resumen:

<b>Criterios. Cuadro Comparativo</b>	<b>STS</b>	<b>LAIRF</b>	<b>CCCat.</b>	<b>LNCRC</b>	<b>LVRF</b>	<b>ALECP</b>	<b>LPVRF</b>
Edad de los Hijos*	—	6.2a	—	3.3a	5.3 <sup>a</sup>	92bis 3	9.3c
Opinión de los Hijos	si	6.2c	233-11e	3.3d	5.3b	92bis 3	9.3d
Dedicación pasada a la familia*	si	—	233-11d	—	5.3c	—	9.3a
Informes Técnicos (MF)	si	6.3	—	—	5.3d y 5.4	92bis 4	9.3f y 9.4
Arraigo del menor	—	6.2b	—	3.3c	5.3e	92bis 3	9.3g
Conciliación de la Vida Laboral	—	6.2e	—	3.3f	5.3f	92bis 3	9.3h
Disponibilidad de los progenitores	—	—	—	—	5.3g	92bis 3	9.3h
Aptitud y voluntad de los progenitores	si	6.2d	233-11b	3.3e	5.3c	92bis 3	9.3a y 9.3h
Vinculación Afectiva del menor*	—	—	233-11a	—	—	92bis 3	9.3a
Actitud de cooperación	—	—	233-11c	3.3b	—	92bis 3	—
Acuerdos previos en previsión de ruptura*	—	—	233-11f	3.3g	—	—	—
Situación de domicilios y actividades de los hijos*	—	—	233-11g	—	—	92bis 3	9.3i
El número de hijos*	si	—	—	—	—	92bis 3	9.3b
Otras Circunstancias	si	6.2f	—	3.3h	5.3h	92bis 3	9.3j
Separación de Hermanos	92.5 C.c.	6.4	233-11- 2	3.7	—	92bis 7	9.3-7
Violencia de Género	92.7 C.c.	6.6 y DA 4 <sup>a</sup>	233-11- 3	3.8	5.6	92bis 5	11.3 a 11.6

\*Propuesta de CRITERIOS a EXCLUIR de la LISTA.

**CAPÍTULO VII**  
**GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN SUPUESTO**  
**DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y GÉNERO**

**7.1.- INTRODUCCIÓN**

**7.2.- EN CASOS DE VIOLENCIA NO PUEDE EXCLUIRSE AUTOMÁTICAMENTE LA ATRIBUCIÓN DE UN MODELO DE GUARDA DEL MENOR**

7.2.1.- La prohibición legal de guarda y custodia compartida conforme al actual art. 92.7º C.c.

7.2.2.- La prohibición de guarda individual o compartida en las legislaciones autonómicas

7.2.3.- Un detenido análisis de la propuesta del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en los supuestos de violencia

7.2.3.1.- El refuerzo de la idea de castigo al progenitor violento

7.2.3.2.- Las prohibiciones contempladas en el art. 92 bis: supuestos y consecuencias

7.2.3.2.1.- Supuesto de progenitor condenado penalmente por sentencia firme

7.2.3.2.2.- Supuesto de progenitor incurso en un proceso penal

7.2.3.2.3.- Supuesto de violencia recíproca entre ambos progenitores

**7.3.- LA DISCUTIBLE PROHIBICIÓN DE ACUDIR A LA MEDIACIÓN EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA**

**7.4.- CONCLUSIONES**

## 8.1.- INTRODUCCIÓN

Como sabemos la violencia<sup>691</sup> doméstica<sup>692</sup> y de género<sup>693</sup> puede afectar con mayor virulencia a los menores integrantes del núcleo familiar.

---

<sup>691</sup> Según la Circular 4/2005 de la FGE, “*el término ‘violencia’, equivale a vis physica, e implica actos de fuerza o agresión sobre la persona, sea el sujeto pasivo del delito, sea un tercero sobre el que se ejerce violencia para coaccionar a aquél. Jurisprudencialmente se ha entendido como equivalente a acometimientos, golpes, empujones, abalanzamientos, forcejeos, tirones o comportamientos físicos análogos (SSTS 1162/2004, de 15 de octubre, 1546/2002, de 23 de septiembre o 449/2000, de 4 de septiembre, entre otras)*”.

<sup>692</sup> Los términos: “*violencia familiar*”, “*violencia intrafamiliar*” o “*violencia doméstica*” hacen referencia, a una misma realidad, en este caso, a la violencia que se ejerce dentro del ámbito o círculo de la familia. Este tipo de violencia atiende a diferentes subtipos, en función del sujeto activo y pasivo de la acción, según se cometan contra la pareja, ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente. La violencia doméstica incluye, por tanto, la violencia de género.

Los diferentes congresos y asociaciones familiares han venido delimitando la citada expresión “*violencia familiar*” como: “*toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que da lugar a tensiones, violencias, vejaciones y otras situaciones similares contra otros miembros de la familia misma*”.

La jurisprudencia ha venido también a precisar el citado concepto requiriendo la convivencia para que se produzca el hecho castigado penalmente. Vid. la SAP de Barcelona (Sección 20ª) de 26 de enero de 2009 (JUR 2009, 173949), FD 2º: “*es decir, tal y como veníamos manteniendo en esta Sección, para ser sujeto pasivo de los delitos de violencia doméstica se exige siempre convivencia, salvo para el que es o fue cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad a la del matrimonio*”.

En la Memoria de la FGE del año 2014 se hace referencia al requisito de la convivencia en el Volumen I: Actividad del Ministerio Fiscal. Capítulo III Fiscales Coordinadores y Delegados para Materias Específicas. Página 328: 1.2.3 Sobre el requisito de convivencia entre víctima y agresor: “*en el supuesto de que las conductas tipificadas en los artículo 153.2.º y 173.2.º se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima*”.

El hecho castigado penalmente y el catálogo de sujetos activos y pasivos de la violencia doméstica está recogido en los arts. 153 y 173.2 CP: “*sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*”.

<sup>693</sup> La violencia de género o machista es definida en el art. 1.1 de la LOMPIVG en los siguientes términos: “*la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”.

Esta definición, como puede comprobarse, no precisa el requisito de la convivencia anteriormente aludido y, además, conlleva que no toda agresión del hombre a la mujer deba ser considerada como violencia de género. Al respecto, vid. AAP de Sevilla (Sección 4ª) de 16 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 70512), FD 2º: “*con más rotundidad se mueven en la misma línea las Sentencias 654/2009, de 8 de junio y 1177/2009, de 24 de noviembre, ambas desestimatorias de recursos de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sendas sentencias de la mencionada Sección barcelonesa que condenaban al acusado por falta de lesiones, al entender ausente en su conducta el elemento intencional que se dice exigido por el artículo*

El presente capítulo gira en torno a la violencia familiar ejercida por los progenitores sobre los menores, subtipo de violencia familiar que tiene especial interés, pues se refiere a aquella violencia en forma de malos tratos que sufren los menores del núcleo familiar, niños y niñas que, por su corta edad, tienen nula o muy limitada capacidad para hacer “visible” (término tan de moda hoy día) al resto de su familia o a la sociedad sus padecimientos, ya sea mediante el auxilio judicial por medio de la interposición de denuncia, o cualquier otra medida de autoprotección o de interpelación del sistema de protección judicial.

En este sentido, la EM de la LOMPIVG<sup>694</sup>, en su Exponendo II *in fine* nos dice: “*la situación de violencia sobre la mujer afecta también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia, la Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer*”.

Por su parte, la reciente Ley Orgánica 7/2015, por la que se modifica la LOPJ, destaca en su EM VII: “*la lucha contra la violencia de género sigue demandando medidas en todos*

---

*153. La Sentencia 654/2009, apoyándose en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, afirma que no cabe calificar la agresión de marido a mujer como constitutiva de un delito del artículo 153.1 del Código Penal si "no consta que la conducta del acusado [...] se produjera en el contexto propio de las denominadas conductas 'machistas'"; y la Sentencia 1177/2009, tras atribuir a la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004 una declaración de intenciones que no figura en su texto y que por su sentido corresponde en realidad al Preámbulo de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres, establece la afirmación que la resolución aquí impugnada cita implícita pero textualmente en el pasaje que hemos transcrito en el fundamento anterior, incluidos los errores de expresión o de sentido que allí señalamos”.*

Además de estas dos notas características (no necesidad de convivencia y que no toda agresión hombre mujer deba ser calificada de violencia de género), es posible la participación de terceras personas (coautores, inductores, cooperadores o cómplices), siendo la intervención de la pareja necesaria y con el sometimiento de todos al JVM. Sujeto pasivo es la mujer, pero también pueden serlo “*los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género*”, siempre que la mujer y estas otras personas del círculo afectivo hayan sido víctima (simultáneas) del acto de violencia (de género y doméstica).

<sup>694</sup> La ya mencionada Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su DF 3ª, ha modificado la LOMPIVG, tanto en su ámbito (art. 1.2) como en la obligación de pronunciamiento del Juez competente (en todo caso, y de oficio o a instancia de parte) sobre las medidas cautelares contempladas en los arts. 64, 65 y 66 de la citada Ley.

*Se modifica el apartado 2 del artículo 1, que queda redactado como sigue:*

*«2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.»*

*Se modifica el apartado 2 del artículo 61, que queda redactado como sigue:*

*«2. En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas.»*

*los ámbitos, con la finalidad de erradicar esta lacra social. A ello no puede sustraerse la Ley Orgánica del Poder Judicial, que incorpora una batería de medidas destinadas a incrementar la firme y continua lucha desde el ámbito legislativo contra la violencia de género. En este sentido, se amplían las competencias del Juez de Violencia sobre la Mujer, en primer lugar, a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y el honor de la mujer. Es decir, conocerá de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por delitos en los que también se viene manifestando la violencia de género; en concreto, los delitos de revelación de secretos y los delitos de injurias. En segundo lugar, también conocerá del delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente. Al atribuir la competencia para el conocimiento de la instrucción de este delito al Juez de Violencia sobre la Mujer<sup>695</sup> se obtendrá una mayor eficacia a la hora de proteger a la víctima, porque éste tendrá muchos más datos que cualquier otro Juez para valorar la situación de riesgo”.*

La Ley Orgánica 8/2015, destaca, en su EM apartado VI, la exposición de los menores a la violencia familiar y la diversidad de formas en que se manifiesta y afecta esta violencia sobre el menor en el seno familiar: *“en primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas”.*

El reconocimiento del menor como víctima de la violencia de género (ampliación de los sujetos pasivos o víctimas del art. 1.2 LOMPIVG) ha conllevado la modificación del art. 61 de la LOMPIVG, provocando, como efecto aparejado, la necesidad de pronunciamiento judicial: *“el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia”* sobre las medidas cautelares (arts. 64, 65 y 66 de la LOMPIVG) que afectan a los menores (art. 61.2 de la LOMPIVG) y su compatibilidad con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales (art. 61.1 de la LOMPIVG).

Esta ampliación y modificación legal me lleva a reflexionar, con carácter previo a adentrarme en el estudio de la GCC en los supuestos de violencia doméstica y de género, sobre la acusada falta de *“unidad”* de criterio normativo<sup>696</sup> (o, dicho de otro modo, descoordinación), así como de estrategia política común en materia de violencia infantil (violencia ejercida sobre los menores o violencia familiar que afecta a los menores), entre la profusa legislación común (CP, C.c., LOMPIVG y ahora el ALECP) y las legislaciones

---

<sup>695</sup> Se modifican las letras a) y d) y se añade una nueva letra g) al apartado 1º del art. 87 ter LOMPIVG sobre el conocimiento y fallo de los delitos leves y de la instrucción del delito de quebrantamiento del art. 468 CP al JVM.

<sup>696</sup> En cuanto a la dispersión normativa y de la falta de criterio sistemático, considero innecesario y confuso promulgar en un espacio tan corto de tiempo dos normas diferentes en la misma materia de protección a la infancia, como ha acontecido recientemente con la Ley 8/2015 (BOE 23 de julio 2015) y la Ley 26/2015 (BOE de 29 de julio 2015).

autonómicas que regulan la guarda del menor, lo que es inaceptable cuando lo que está en juego son los derechos fundamentales del menor<sup>697</sup>.

A modo de premisa esencial de la cual partir, la violencia infantil puede definirse como toda acción u omisión que afecta de manera dañina al normal desarrollo del niño y a su bienestar físico y/o psicológico<sup>698</sup>.

En los supuestos abordados en el presente capítulo, dedicado a la violencia doméstica en su modalidad de violencia ejercida por cualquiera de los progenitores sobre el menor, debe prestarse especial atención a cómo afecta el episodio violento al menor, conjugando el hecho violento, en sí mismo<sup>699</sup>, con la interpretación que ha de hacerse del ISM o en beneficio del menor ante estas circunstancias de violencia intrafamiliar.

---

<sup>697</sup> Al tratarse la integridad física y moral de un derecho fundamental consagrado constitucionalmente (art. 15 CE) deberían arbitrarse medidas estatales y normas de rango nacional o estatal, como destaca el informe emitido por la ONG *Save the Children* en el informe titulado “*Violencia contra la infancia. Hacia una estrategia integral*”, publicado en mayo de 2015, en cuya página 32 se exponen algunas medidas para asegurar el compromiso de los poderes públicos en la materia, y la acción unitaria con la propuesta de redacción y aprobación de una Ley Orgánica de Protección Integral frente a la Violencia contra la Infancia, y las consiguientes partidas presupuestarias específicas que permitan la creación de órganos específicos en el ámbito de la intervención familiar y la especialización en el orden penal.

<sup>698</sup> Esta definición la podemos encontrar en el BOCG de 15 de marzo de 2013, en el cual se acuerda la creación de una subcomisión del congreso de los diputados para abordar el problema de la violencia contra los niños y las niñas (154/000012). En cuya EM dice: “*la violencia contra la infancia es una realidad de enormes proporciones que afecta a millones de niños y niñas en todo el mundo, y que, además de incidir muy negativamente en su bienestar y desarrollo, es la principal manifestación de desprecio y negación de la dignidad de los niños y niñas como titulares de derechos.*

*Para abordar adecuadamente este problema es necesario partir de la definición de violencia contra los niños y las niñas que establece Naciones Unidas y que va más allá de la idea tradicional del maltrato infantil: «toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o abuso sexual». Es decir, toda acción u omisión que afecte de manera dañina al normal desarrollo del niño y a su bienestar físico y psicológico.*

*La violencia contra la infancia puede adoptar múltiples y cambiantes formas. Puede ser ejercida por los adultos o por los otros niños, en el seno de la familia, en la escuela, en la comunidad o en los centros o instituciones encargados de la protección de los menores de edad, así como en ámbito judicial o incluso por parte de los medios de comunicación y a través de las tecnologías de la información.*

*Nunca es justificable, independientemente de la gravedad de las lesiones producidas, de las consecuencias sobre el desarrollo de los niños y las niñas, de la persistencia, la duración o la aceptación social de la forma concreta de violencia.*

*La violencia contra la infancia en sus diferentes manifestaciones conlleva numerosos efectos negativos para el desarrollo físico, cognitivo, emocional y social. Además, la ampliación de la investigación en las ciencias neurobiológicas, sociales y del comportamiento, ha generado una comprensión mucho más profunda de la importancia de las experiencias vividas durante la niñez para el desarrollo saludable del cerebro y el proceso de maduración del individuo.*

*La violencia genera violencia, y, en ningún caso, es una consecuencia inevitable de la condición humana. Prevenirla y combatirla, es una de las maneras más eficaces de eliminar las distintas formas de violencia de la sociedad. La prevención de la violencia en una generación, reduce su probabilidad en la siguiente”.*

[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-240.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-240.PDF).

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/IniTipo?next\\_page=/wc/detalleDocumento&idIniciativa=154&numExpediente=12&numDocumento=0](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/IniTipo?next_page=/wc/detalleDocumento&idIniciativa=154&numExpediente=12&numDocumento=0)

<sup>699</sup> Para UNICEF, la violencia ejercida sobre los menores puede tener consecuencias muy graves en el desarrollo y la salud del niño, y contribuye a destruir la autoestima de los niños y niñas, pudiendo imposibilitarles para ser unos buenos padres en el futuro: “*la violencia puede tener consecuencias graves para el desarrollo del niño. En casos extremos resulta en lesiones graves o incluso muerte. No obstante, también puede afectar a la salud del niño, a su capacidad de aprendizaje o incluso a su voluntad de ir a la escuela. La violencia puede ser causa de que el niño huya de su hogar, exponiéndole así a más peligros.*



La ya mencionada descoordinación de los instrumentos normativos de protección del menor en estos supuestos provoca la falta de uniformidad de mecanismos y soluciones en todo el territorio nacional<sup>700</sup>, lo que no favorece la defensa del menor en una materia tan sensible y de acusado orden público o de *ius cogens*.

Esta especial naturaleza de Derecho público de la materia está asentada en una serie de principios básicos o informadores, como la prevalencia del principio *favor filii*, y el derecho a que dicho ISM sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que conciernan al menor, tanto en el ámbito público como privado<sup>701</sup>, permitiéndose, incluso, al juzgador establecer, en sus pronunciamientos, las medidas que estime más adecuadas para la protección de los menores en conflicto y en peligro, pudiendo excederse, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, de las concretas peticiones de las partes, sin incurrir, por ello, en incongruencias, al no regir en modo alguno el principio de prohibición de la "*mutatio libeli*" (arts. 399.1 y 426 de la LEC-2000).

Así lo destaca, entre otras, la **SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 26 de febrero de 2015, FD 3º**<sup>702</sup>: "*del principio del ius cogens en medidas sobre menores de edad: Las medidas dimanantes de cualquier pleito atinente a la separación, a la nulidad o al divorcio que*

---

*Asimismo la violencia destruye la autoestima de los niños y niñas y puede imposibilitarles para ser unos buenos padres en el futuro. Los niños y niñas que padecen violencia son más proclives de adultos a la depresión y al suicidio*".

[http://www.unicef.org/spanish/protection/index\\_violence.html](http://www.unicef.org/spanish/protection/index_violence.html)

<sup>700</sup> La citada descoordinación y dispersión normativa en defensa de la infancia y de la adolescencia ha hecho surgir la necesidad de elaborar una normativa integral y transversal, para aunar en un solo texto las medidas de coordinación y colaboración de las distintas Administraciones Públicas y entidades colaboradoras, en el ámbito de la protección integral del menor y la familia, cuyo objetivo transversal permita prevenir y reforzar la lucha contra la violencia en la infancia.

Así, la Ley Orgánica 8/2015, en su Preámbulo I, dice: "*esta ley tiene como objeto introducir los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la Constitución. Se busca con ello la mejora de los citados instrumentos de protección, a los efectos de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, que sirva de marco a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección de menores, con independencia de su situación administrativa, en caso de extranjeros. Para ello, mediante dos artículos y dos disposiciones finales, se procede a la modificación de las principales leyes que regulan las instituciones para la protección de los menores.*

*En el artículo primero se establecen las modificaciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor; en el artículo segundo se determinan las modificaciones que afectan a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en lo sucesivo Ley de Enjuiciamiento Civil; en la disposición final primera se recogen las modificaciones correspondientes a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en adelante Ley Orgánica del Poder Judicial; y, en la disposición final segunda se modifica la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*".

<sup>701</sup> Recuérdese la nueva redacción del art. 2 de la LOPJM dada recientemente por la Ley Orgánica 8/2015 en relación al ISM: "*todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en todas las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, o los Tribunales, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*".

<sup>702</sup> JUR 2015, 102101.

*afectan a menores de edad, deben fijarse siempre en interés de los mismos, con independencia incluso de lo pedido por las partes en litigio, lo cual no vincula en absoluto al órgano jurisdiccional, por tratarse de cuestiones de orden público, según resulta de una reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial, siendo de destacar, entre otras muchas sobre el particular, las Sentencias de 2 de mayo de 1983 del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 1984 del Tribunal Constitucional y de 4 de marzo y 4 de octubre de 1999, 17 de enero de 2000, 23 y 26 de enero y 12 de marzo de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona, 24 de junio de 2009 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, y por tanto, acorde con esta consolidada jurisprudencia, no puede reputarse incongruente la sentencia que establece la modificación de las medidas en función del principio del 'favor minoris', pues si bien, tal como proclaman las mentadas resoluciones, el principio de congruencia es de inexcusable aplicación en las peticiones de separación, nulidad o divorcio y en las medidas afectantes exclusivamente a los consortes, pero no en lo concerniente a las medidas relativas a hijos menores de edad, debido al carácter tutelable de oficio, de ahí la necesaria intervención del Ministerio Público. Así pues, el órgano jurisdiccional no precisa sujetarse a los pedimentos de las partes, ya que, en cuanto a tales efectos, no rige en modo alguno el principio de prohibición de la 'mutatio libeli'... ( ).... y ello con independencia incluso de lo solicitado por los litigantes, si considera, como es el caso, que ello redundará en beneficio del hijo por aplicación del principio del 'favor filii'.*

*Conforme a dicha doctrina, en el establecimiento de las medidas que afectan a los hijos menores de edad, el órgano judicial no se ve constreñido por lo solicitado por las partes, y debe establecerlas, las hayan pedido o no aquéllas, siempre en beneficio del menor, cuyo interés es el más necesitado de protección".*

La guarda de los menores de edad no es, pues, materia de libre disposición de las partes, y, precisamente en estos supuestos de violencia, resulta prohibido acordar la GCC, según el art. 92, apartado 7º del C.c.: *"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"*.

El citado precepto impide, incluso, aquellas decisiones basadas en el mutuo acuerdo entre los progenitores, ya que lo acordado sobre la guarda de los hijos no vincula al Tribunal, pues el carácter de orden público de la materia exige la intervención del MF y la aprobación judicial. En este sentido, la **SAP de Murcia (Sección 4ª) de 25 de abril de 2013**, en su **FD 2º** afirma<sup>703</sup>: *"en primer lugar porque la custodia de los menores de edad*

---

<sup>703</sup> JUR 2013, 202016. En el supuesto de autos se pueden destacar dos aspectos: el primero, el relativo a la normas de Derecho público o *ius cogens*, en virtud del cual el convenio regulador suscrito no vincula al Tribunal, pues el carácter de orden público de la materia exige la intervención del MF y la aprobación judicial; y el segundo aspecto es el relativo al sistema de estancias acordado más próximo a un sistema de GCC que a un régimen ordinario de estancias y visitas.

En relación al primer aspecto, el padre contesta a la demanda y solicita la GCC según pacto entre los progenitores que no fue ratificado en presencia judicial (el proceso se inicia de forma contenciosa), finalizando el proceso con sentencia por la que se atribuía la guarda de la menor a la madre al rechazarse la GCC *ex art. 92.7 C.c.*

*no es un tema de libre disposición de las partes, por lo que lo acordado por las mismas no puede ser invocado como definitivo ante los Tribunales. El convenio a que se refiere el art. 90 CC es un trámite procesal para determinar el procedimiento a seguir en los procesos de familia, pero en el presente caso no ha sido presentado ante el Juzgado en una demanda de mutuo acuerdo, ni ha sido ratificado a presencia judicial, por lo que se ha seguido un procedimiento contencioso. Incluso si se hubiera planteado de mutuo acuerdo, no vincularía al Tribunal, pues el carácter de orden público de la materia exige la intervención del Ministerio Fiscal y la aprobación judicial. El propio apelante, cuando planteó su demanda y ahora en este recurso, pide la modificación de lo acordado en el convenio, con lo que viene a reconocer que el mismo no era vinculante.*

*Además, en el presente caso nunca sería posible la custodia compartida al impedirlo el art. 92.7 CC, pues el padre ha sido penalmente condenado, en Sentencia firme de 20 de octubre de 2010 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Cartagena, como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar, previsto y penado en el art. 171.4 CP, dato que no puede ser ahora cuestionado por el recurrente, alegando su levedad o las ocultas intenciones de la denunciante al presentar su denuncia. Se trata de cosa juzgada y no puede ser puesta en duda ahora en el trámite civil. Además, el delito de amenazas está regulado en el Capítulo II del Título VI del Libro II del CP, y dicho título se denomina ‘Delitos contra la libertad’ por lo que el delito por el que el apelante ha sido condenado es uno de los previstos en el art. 92.7 CC que impide acordar la custodia compartida de los menores. Carece de relevancia alguna que el citado precepto no haya sido invocado por la demandante, pues como antes se ha señalado estamos ante cuestiones de orden público y el Tribunal en esta materia no viene sometido al principio dispositivo de las partes, debiendo acordar lo procedente conforme a derecho”.*

El art. 92.7 del C.c. impide, pues, la modalidad de GCC en los supuestos de hecho en él contemplados y que serán objeto de análisis más adelante, pero al no proporcionar nuestro C.c. la definición legal de “guarda individual” ni de “guarda conjunta”, puede verse

---

En el caso, se destaca que si bien no es otorgada la GCC, el padre disfruta de un modelo de estancias y visitas muy próximo a la GCC, que es, precisamente, lo que la norma pretende impedir. El sistema es tan amplio que, como se deduce de la modalidad acordada en sentencia y confirmada por la Audiencia, más bien parece una GCC. Ello puede comprobarse con la lectura del ANTECEDENTE DE HECHO 1º: “*el padre deberá recoger a la menor todos los lunes, miércoles y jueves a la salida del Centro Escolar, o desde las 17 h. si el día fuera festivo o no lectivo, y deberá ser devuelta a las 20 horas. Los fines de semana serán disfrutados por los progenitores de forma alterna. Así el padre deberá recoger a la menor, el viernes que le corresponda, a la salida del Centro Escolar, hasta el domingo a las 20 h. Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por el Centro Escolar donde la menor cursa sus estudios, se considerará este periodo agregado al fin de semana y en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponda el repetido fin de semana. Las entregas y recogidas se efectuarán en el domicilio de los abuelos maternos de la demandante dado que se encuentra en vigor una orden de alejamiento entre las partes.*

*Igualmente estará con el padre la hija menor la mitad de los periodos vacacionales de Navidad y Semana Santa, los años impares la primera mitad y los pares la segunda. El primer periodo de las vacaciones de Navidad abarcará desde el primer día de las vacaciones hasta el día 30 de diciembre por la mañana, día en que será recogida por el otro progenitor a las 10 h. El segundo periodo abarcará desde el día 30 de diciembre en la hora especificada hasta el día 6 de enero.*

*Las vacaciones de verano se dividirán en cuatro quincenas, correspondiendo al padre los años impares elegir las dos quincenas a las que tiene derecho a disfrutar de la menor y a la madre los años pares. Las quincenas no podrán acumularse ejercitándose el derecho de forma alternativa, de manera que a un progenitor le corresponde una quincena y la siguiente al otro. En los últimos días de junio una vez finalizado el colegio y en los primeros días de septiembre hasta el comienzo de aquél se aplicará el régimen ordinario. Durante los periodos vacacionales las entregas y recogidas se realizarán asimismo en el domicilio de los abuelos maternos de la demandante”.*

fácilmente burlada la finalidad de la norma mediante la implantación de modalidades de guarda que, bajo el *nomen* de “*guarda individual*”, escondan un verdadero sistema de GCC.

## **8.2.- EN CASOS DE VIOLENCIA NO PUEDE EXCLUIRSE AUTOMÁTICAMENTE LA ATRIBUCIÓN DE UN MODELO DE GUARDA DEL MENOR**

### **8.2.1.- La prohibición legal de guarda y custodia compartida conforme al actual art. 92.7º C.c.**

Partiendo de las anteriores premisas y consideraciones, las próximas páginas se centran en el estudio de la violencia ejercida por los progenitores hacia los hijos<sup>704</sup> y la prohibición de GCC cuando ello acontece, tal y como contempla el art. 92.7 del C.c.

La jurisprudencia, de manera mayoritaria, interpretando el citado precepto en su literalidad, ha aplicado, de forma automática, dicha prohibición<sup>705</sup>, sin realizar el órgano

---

<sup>704</sup> En este ámbito, se hace preciso diferenciar la facultad de los progenitores de reprender con la finalidad de conseguir que el niño se porte bien, frente a conductas agresivas de los progenitores de castigos físicos que no son pedagógicos y sólo sirven para extender y perpetuar conductas violentas. Dicha diferenciación condujo a la modificación del art. 154.3 del C.c., sobre la facultad de corrección de los padres sobre los hijos, la cual ha sido reducida “*a la mínima expresión*”, pasando a decir: “*los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio judicial*”. En relación al derecho de corrección de los progenitores sobre un comportamiento insolente, violento o agresivo por parte del hijo menor, resulta interesante la SAP de Jaén (Sección 2ª) de 22 de enero de 2009 (ARP 2009, 10). FD 2º: “*corregir significa, en la acepción que aquí nos interesa y según el diccionario de la Lengua, advertir, amonestar, reprender, conceptos que suponen que el fin de la actuación es conseguir del niño que se porte bien, apartarse de una conducta incorrecta, educarte, en definitiva. Por otra parte, no hay que olvidar que este derecho ya viene limitado por el propio texto legal cuando se dice que dicha corrección será razonable y moderada. Si desgraciadamente en tiempos pasados se pensó que un castigo físico podía quedar incluido en este derecho, hoy día las cosas han cambiado y todos los profesionales están de acuerdo en que los castigos físicos no son pedagógicos y sólo sirven para extender y perpetuar conductas violentas. Por ello, estimamos que las violencias físicas constitutivas de infracción penal no pueden ser admitidas como algo digno de ser incluida en el derecho de corrección. Ciertamente algunas Sentencias como las de la Audiencia Provincial de Córdoba, Secc. 2ª de 9 de marzo de 2004, y Secc. 1ª de 17 de enero de 2008, la de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 20 de 9 de marzo de 2007, la de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, de 29 de octubre de 2007, estudiando la misma cuestión, concluyen que efectivamente algunos supuestos de hecho en los que la insignificancia de la acción, como puede ser un cachete o azote en las nalgas o una simple bofetada sin intención alguna de producir un menoscabo físico por su levedad y que no causan lesión propinadas con intención de corregir un comportamiento insolente, violento o agresivo por parte del hijo menor que hace proporcionada tal acción, no merecen reproche penal, -que no olvidemos sólo podría ser calificado como el delito de maltrato en el ámbito familiar contemplado en el artículo 153, conforme a las modificaciones legislativas en la materia-, justificándose la absolución en la impunidad del hecho por aplicación del de intervención mínima”.*

<sup>705</sup> En esta corriente mayoritaria encontramos, entre otras, la SAP de Málaga (Sección 6ª) de 29 de mayo de 2014 (JUR 2014, 281323), FD 3º y la SAP de Asturias (Sección 4ª) de 15 de febrero de 2013 (JUR 2013, 97429), FD 2º, la cual expresa: “*el artículo 92 del Código Civil prevé expresamente que no procederá la guarda conjunta cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. Exigencia lógica pues la interrelación entre ambos padres que requiere el desarrollo en la práctica de una guarda y custodia compartida difícilmente podría llevarse a cabo, sin perjudicar al menor cuyo interés es prioritario, en casos como el presente de continua y acusada conflictividad entre los litigantes”.*

jurisdiccional ninguna ponderación o valoración en el caso concreto a enjuiciar.

Incluso, se ha interpretado la existencia de un riesgo emocional, en el sentido de que el episodio de violencia influye o podrá influir en la menor, independientemente de su edad o su conocimiento del hecho, por la mera exposición del menor a la violencia machista como parte del maltrato infantil, en forma de violencia psicológica que incide en su desarrollo emocional y madurativo<sup>706</sup>.

En cuanto a la relación del padre con sus hijos, la **SAP de Murcia (Sección 4ª) de 20 diciembre 2012, FD 2**<sup>707</sup> considera que *“el hecho de que la relación del padre con sus hijos sea de absoluta normalidad no implica que también lo sea con su ex- mujer, con la que habría de alternarse en el uso de la vivienda familiar si se acordara la custodia compartida”*.

Para Cristóbal Pinto Andrade<sup>708</sup> frente a los postulados previstos en el art. 92.7º del C.c. existen tres corrientes jurisprudenciales: una primera, que contempla la violencia como circunstancia determinante de la exclusión de la GCC; otra intermedia, que pone el acento en valorar esta circunstancia junto a otras; y otra más laxa, que nos acerca a la interpretación de la violencia como circunstancia no determinante de la exclusión del régimen de GCC. En mi opinión, y como toda prohibición restrictiva de derechos, la atribución de la guarda de los hijos en los supuestos de violencia ha de ser analizada con suma cautela, pero sin que pueda descartarse *“ab initio”* y de forma generalizada la posibilidad de otorgar la GCC<sup>709</sup>.

La violencia no puede operar de forma automática, sobre todo, teniendo en cuenta que tales prohibiciones o restricciones tratan de regular relaciones paterno-filiales, lo que conlleva

---

<sup>706</sup> STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 14 de abril de 2014 (SP/SENT/769253).

<sup>707</sup> JUR 2013, 34793.

<sup>708</sup> *“La custodia compartida”*. Bosch. 2009. Páginas 152 a 156.

<sup>709</sup> Frente a la postura jurisprudencial mayoritaria de automaticidad o exclusión de la GCC cuando concurra indicios fundados de violencia o el progenitor esté incurso en un proceso de penal por violencia machista, existe otra corriente jurisprudencial que considera que no es circunstancia determinante, sin descartarse *ab initio* la posibilidad de otorgar la GCC o individual al padre en supuestos de violencia machista, como expone la SAP de Lleida (Sección 2ª) de 17 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 43383), en su FD 2º *in fine*: *“en definitiva, aun considerando que durante la sustanciación del recurso se ha dictado sentencia condenando al Sr. Leonardo como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar (testimonio unido al rollo de apelación), la conclusión obtenida por el juzgador de instancia en cuanto a la nula afectación al menor se encuentra respaldada por el resultado que ofrecen las pruebas practicadas, y como además resulta que la recurrente tampoco aduce ni defiende que concurra en este caso aquella concreta situación a que se refiere el precepto de continua referencia -el hijo como víctima directa o indirecta de los actos de violencia machista- la consecuencia no puede ser otra que descartar la invocada infracción del artículo 233-11.3 C.C.Cat., no sin antes reiterar que el precepto exige analizar las particulares circunstancias de cada caso (así lo establecen las más recientes resoluciones sobre la materia, entre ellas SSTSJC de 14-4 y 19-4-2014, adoptando distinta decisión en uno y otro caso) y que, en contra de lo que sugiere la recurrente, esta Sala no ha descartado ‘ab initio’ la posibilidad de otorgar la guarda compartida, o exclusiva al padre, en supuestos de violencia machista. En la sentencia que cita la recurrente ni siquiera se analizaba el artículo 233-11.3 C.C.Cat (porque no era de aplicación al caso) sino que se aludía al artículo 92-8 del Código Civil -cuyo tenor no es el mismo que el del precepto que nos ocupa- y además se rechazaba que en aquel caso la custodia paterna fuera la mejor opción desde la perspectiva del superior interés del menor”*.

que las cautelas deban ser aún superiores, vistos los derechos y deberes en juego, y, en todo caso, debe analizarse la prevalencia jerárquica del ISM (independientemente del sexo del progenitor infractor, este hecho al menor le es indiferente) y la posible existencia (que ha de probarse) de un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral o la concurrencia de graves circunstancias que puedan condicionar la suspensión de derechos<sup>710</sup>, como el de guarda o el de estancias, conforme al contenido del art. 94 del C.c.<sup>711</sup>.

Así lo expone la **STS de 19 de octubre de 1992**<sup>712</sup>, en su **FD 2º**: *“la tesis del recurso si acomodada a la legalidad vigente en los principios legales y jurisprudenciales que menciona, es inviable en cuanto que con su invocación se postula contra el régimen de visitas que el juzgador estableció a favor no sólo del padre sino también de la hija, ya que, como expresa el segundo fundamento de la sentencia impugnada tal derecho de visitas constituye continuación o reanudación de la relación paterno filial, «evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos», argumento sólidamente establecido que sólo cede como el propio fundamento de derecho subraya «en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo», circunstancias que el juzgador no aprecia en el presente, sin que este enjuiciamiento quepa reputarlo erróneo trayendo, frente al régimen de visitas acordado, comparativamente las razones que el propio Tribunal utilizó para privar al padre de la potestad conjunta, sin parar mientes en que una cosa es «la inconciliable postura de enfrentamiento de la pareja» ... «que harían sumamente difícil la conjunción (en la patria potestad) deseable» y otra, bien distinta, el peligro concreto y real para la salud de la menor que denuncia la recurrente o las graves circunstancias a que condiciona la suspensión del derecho de visita el art. 94 del Código, cuya aplicabilidad al caso tampoco encuentra apoyo en los dictámenes técnicos -por otra parte de apreciación discrecional- en uno de los cuales -el del psicólogo- se concluye con la recomendación de patria potestad compartida y régimen de visitas a favor del padre y, en el otro -de la Asistente Social adscrita al Juzgado- se considera que, pese a la difícil situación para reiniciar una relación paterno-filial «debe intentarse, pues dicha relación sería positiva para Marta»”.*

De este modo, el TS analiza el supuesto de denegación de la patria potestad conjunta, permitiéndose al progenitor participar en el régimen de comunicación paterno-filial establecido por el Juzgado. Se considera que el derecho de visita puede verse restringido o suspendido si concurren graves circunstancias que así lo aconsejen, o en beneficio de los hijos, pero que, en todo caso, hay que evitar la ruptura de la relación paterno filial por falta de convivencia y de los lazos de afecto que deben mediar entre el progenitor y el menor, y que dicha ruptura sólo cede en caso de peligro concreto y real (debidamente

---

<sup>710</sup> La suspensión o interrupción de las estancias y, en definitiva, de la relación paterno-filial debe ser la última de las soluciones posibles, al poder arbitrarse medias proporcionadas a cada caso que permitan el control, seguimiento, restricción, etc.

<sup>711</sup> El art. 94.1 del C.c. dispone: *“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”.*

<sup>712</sup> RJ 1992, 8033.

acreditado)<sup>713</sup> para la salud del menor en cualquiera de sus ámbitos.

En opinión de Soledad Ruíz de la Cuesta Fernández<sup>714</sup>, “la aplicación automática del art. 92.7 CC ayuda a consagrar las peores consecuencias del sistema jurídico concebido para la protección de las víctimas de situaciones de violencia intrafamiliar.

*El juez que ha de tomar la decisión sobre la modalidad de custodia cuenta en el procedimiento de familia con información suficiente para valorar las circunstancias concretas de cada caso, y privarle de la posibilidad de incorporar una valoración acerca de la entidad de los hechos penales y su incidencia en el desarrollo del régimen de custodia equivale a impedir que lleve a cabo una auténtica fundamentación de su decisión cuando el resto de las pruebas son favorables a la modalidad de guarda conjunta.”*

En el mismo sentido se pronuncia la **SJVM núm. 1 de Denia de 13 de diciembre de 2012**<sup>715</sup>.

En este caso la madre del menor solicitaba la guarda de su hijo y un régimen de visitas a favor del padre (manteniendo el establecido en el Auto que acordaba la orden de protección). El padre, por el contrario interesaba que se estableciera un régimen de GCC con estancias semanales.

El padre fue condenado por Sentencia por un delito de lesiones leves en el ámbito de la violencia de género y, además, se estaba tramitando, también ante ese mismo Juzgado, el Juicio de faltas nº 13/12 por una presunta falta de vejaciones injustas contra el padre.

---

<sup>713</sup> En este sentido, *vid.* la SAP de Castellón (Sección 2ª) de 24 de octubre de 2014 (JUR 2015, 56256), FD 3º: “sobre lo primero, tal y como indica la parte apelante, no basta con el hecho de que esté abierto un procedimiento por presuntas amenazas y maltrato psicológico, promovido por la madre del menor contra el padre de éste. El artículo 5.6 de la Ley Valenciana 5/11 exige, para que se pueda excluir a uno de los progenitores de la convivencia con el menor, que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, y, como requisito adicional, que ‘a tenor de que dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor’. Nada se ha acreditado ni razonado sobre que concurra dicho riesgo en el caso que nos ocupa. Desde luego, dicho riesgo no resulta del informe pericial elaborado en la causa penal (e incorporado al presente procedimiento), elaborado fundamentalmente para estudiar la veracidad del testimonio de la denunciante (folios 146 y ss.), y cuyas conclusiones (folio 154) no permiten sustentar la concurrencia de dicho riesgo.

*Sobre lo segundo, no existen informes sociales, médicos, psicológicos ni de ningún tipo en el que se indique que es necesario no establecer un régimen de custodia compartida para garantizar el interés superior del menor. Antes al contrario, en el informe pericial psicológico practicado en el procedimiento (folios 90 a 131), la perito recomendó el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, por períodos no superiores a una semana (folios 96-7); habiendo descartado la perito, a través de las pruebas psicodiagnósticas realizadas, ‘la presencia de cualquier tipo de síndrome o disfunción que fuera directamente proporcional con un inadecuado ejercicio de la guarda y custodia de su progenitor Don. Amador’ (folio 96)”*.

<sup>714</sup> Soledad Ruíz de la Cuesta Fernández: “La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar”, en *Práctica de Tribunales* Núm. 100, Año 10, enero 2013. Páginas 100 a 112. [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/38662/1/2013\\_Ruiz-de-la-Cuesta\\_PracticaTribunales.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/38662/1/2013_Ruiz-de-la-Cuesta_PracticaTribunales.pdf).

<sup>715</sup> JUR 2014, 100890.

La Sentencia acuerda en su fallo la modalidad de GCC, afirmando en su **FD 2º**: “*sin embargo, la custodia conjunta, como ha señalado la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 11.3.2010 (RJ 2010, 2340) y 22.7.2011 (RJ 2011, 5676)), no se ha de establecer como reconocimiento a los progenitores ni se ha de denegar como sanción a los mismos, sino que forma parte del derecho de los propios hijos menores a crecer y desarrollar su personalidad recibiendo los cuidados y atenciones de sus dos progenitores. Por esta razón la carga de la prueba de que tal ejercicio compartido representa un riesgo para los menores corresponde a quien lo alega y, por lo tanto, la existencia de este factor de riesgo debe ser acreditada y justificada cumplidamente.*”

*En el presente caso, si bien es cierto que concurre uno de los presupuestos previstos en la Ley 5/11 para excluir la custodia compartida -puesto que el padre, no es que esté incurso en un proceso penal sino que ha sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género-, este Tribunal estima que, de las pruebas que han sido practicadas, no se ha acreditado que exista un riesgo objetivo para el menor ni para la actora que aconseje la exclusión de la atribución compartida del régimen de convivencia. A juicio de este Tribunal, no basta con que un progenitor esté incurso en un proceso penal por violencia doméstica o de género para que se le prive de la posibilidad de obtener un régimen individual o compartido de convivencia con sus hijos, sino que es necesario, además, que su conducta penalmente relevante comporte un riesgo para los hijos o para el otro progenitor, pues debe siempre tenerse presente el principio superior de "favor filii" o de protección del interés del menor ya que, en caso contrario, el castigo al progenitor derivaría en un perjuicio para los hijos, que se verían privados de una relación normalizada con uno de sus progenitores sin causa objetiva para ello. Del interrogatorio de ambos se desprende que desde que se separaron de hecho y se fijó un régimen provisional de visitas a favor del padre, el mismo se ha estado cumpliendo rigurosamente, sin que se haya producido incidente alguno y ello a pesar de la condena de alejamiento y prohibición de comunicación impuesta al demandado y que, en la actualidad, continua vigente. Se desprende igualmente que ambos progenitores, durante el tiempo que han convivido juntos con su hijo, se han ocupado de proporcionarle los cuidados y atenciones necesarias, a pesar de la actividad laboral que desempeñaban, en concreto, la Sra. Clara trabaja en el Ayuntamiento de Calpe, con un horario de 9 a 16 horas y el Sr. Pedro Enrique trabaja en un Restaurante todos los días de la semana a excepción de los miércoles, con un horario flexible, negocio que permanece cerrado durante dos o tres meses al año coincidiendo con el periodo invernal, circunstancias laborales de ambos que son similares en cuanto al tiempo que pueden ocuparse respectivamente de su hijo, sin que ninguno de ellos haya tenido que recurrir a una persona externa (cuidador/a) o a familiares”.*

Conforme a lo expuesto, considero necesaria la indagación judicial caso por caso, exigiéndose la acreditación de la existencia de un riesgo objetivo para el menor que aconseje la exclusión de la atribución de la GCC.

El menor no debe ser privado automáticamente de la relación igualitaria con sus progenitores, salvo que resulte necesario como medida de protección, en cuyo caso pueden arbitrarse medidas adecuadas al caso que permitan supervisar y controlar los contactos e impidan que el vínculo entre el progenitor infractor y el menor desaparezca totalmente.



## 8.2.2.- La prohibición de guarda individual o compartida en las legislaciones autonómicas

Además de la prohibición prevista en la norma estatal (art. 92.7 C.c.), las leyes autonómicas también han regulado la materia objeto de análisis.

El art. 6.6 de la LAIRF amplió el marco de prohibiciones en materia de guarda (*ni individual ni compartida*) en dos supuestos: el primero, cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal por ciertos delitos, requiriendo el concurso de la necesaria resolución judicial motivada, y el segundo supuesto cuando existan indicios fundados de violencia. En concreto, el citado precepto establece: *“no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando 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 progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”*.

Por su parte, el CCCat. recoge un sistema de prohibiciones respecto a la guarda, ni individual ni compartida, en su art. 233-11, apartado 3º, con dos supuestos: el primero, con sentencia firme por actos de violencia familiar o machista, y el segundo, mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista. Su tenor literal es el siguiente: *“en interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”*<sup>716</sup>.

---

<sup>716</sup> Soledad Ruiz de la Cuesta Fernández: “La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar”, en *Práctica de Tribunales* Núm. 100, Año 10, enero 2013. Páginas 100 a 112, entiende que la regulación catalana introduce cierta ponderación y valoración judicial en estos supuestos cuando dice: *“al establecer como referencia necesaria el eventual daño causado a los hijos es posible valorar como irrelevante a efectos de la decisión sobre la custodia un episodio puntual de enfrentamiento, cuando del resto de las evidencias, indicios e informes se deduce una relación óptima con los hijos y unas circunstancias en general favorables a la modalidad de custodia compartida”*.

[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/38662/1/2013\\_Ruiz-de-la-Cuesta\\_PracticaTribunales.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/38662/1/2013_Ruiz-de-la-Cuesta_PracticaTribunales.pdf).

Esta ponderación no está presente, en multitud de supuestos, en los cuales los arts. 92.7 del C.c. y 233-11 del CCCat. han sido interpretados como exclusión automática de la GCC, independientemente de la edad del menor. En mi opinión, siendo siempre reprochables por su especial naturaleza los actos de violencia, ha de tenerse en cuenta o valorarse sí tales hechos son de escasa o nula percepción del menor, y el daño al menor.

Ejemplo de lo expuesto lo es la STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) de 14 de abril de 2014 (SP/SENT/769253), FD 3º: *“aplicando dicho contexto al caso de autos resulta que si bien la violencia fue ejercida sobre la madre y la menor no tuvo padecimientos físicos, no es menos cierto que por la naturaleza de los actos anteriormente descritos y reflejados en la calificación del Ministerio Fiscal, aun cuando se trate de una edad tan temprana (11 meses) los hechos son reprochables y merecen una especial consideración y reflejo al momento de atribuir la guarda y custodia compartida que no procedía haber sido otorgada ni en primera instancia (con la errónea motivación de que la hija no tiene conocimiento ni conciencia del acto de violencia realizado) ni en segunda instancia argumentando la consolidación del*

El art. 3, apartado 8º de la LNCRC regula la cuestión, resaltando que no es suficiente, por sí sola, la interposición de denuncia para excluir automáticamente la guarda individual o la compartida: *“la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de éste la guarda y custodia de los hijos”*.

También contempla un segundo supuesto en los siguientes términos: *“tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género”*.

Añadiendo: *“las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal”*.

La regulación valenciana es la más concreta a la hora de establecer las circunstancias y las pautas que deben seguirse en estos supuestos, ya que, en primer lugar, define qué entiende por GCC e individual en el art. 3 de la LVRF. Además, establece la prohibición de automatismos en estos supuestos, ya que art. 5, apartado 6º de la ley valenciana contempla las prohibiciones en materia de régimen de convivencia (ni individual ni compartida) en dos supuestos.

El primero, cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal por la presunta comisión de ciertos delitos, requiriendo el concurso de la necesaria resolución judicial motivada, y, además, exigiéndose explícitamente la valoración judicial de las circunstancias o riesgo objetivo al menor: *“siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor”*.

El segundo supuesto: *“tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”*.

También contempla la revisión, de oficio o a instancia de parte, cuando la resolución tenga efectos absolutorios.

Con mayor extensión y contundencia, la LPVRF, en su art. 11, apartados 3º, 4º y 5º, aplica la regla general de prohibición a la GCC en estos supuestos, ampliando al régimen de estancia, relación y comunicación.

Establece un primer supuesto, la condena penal por sentencia firme por delitos de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos.

---

*actual sistema de guarda y custodia compartida que no se ha desarrollado, a su entender, de forma perjudicial para la menor ni se aprecia un nivel de hostilidad entre los progenitores”*.

Establece un segundo supuesto: “los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen”.

Establece un tercer supuesto, en atención a la implicación de ambos progenitores, cuando los dos progenitores estuvieran incluidos en algún caso de violencia: “el juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos e hijas menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que excepcionalmente, en interés de los hijos e hijas, y atendiendo a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a éstos o a alguno de ellos. En defecto de todos ellos, o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que en el territorio concreto tengan asignada la función de protección de los y las menores”.

E igualmente establece la posibilidad de revisión ante la resolución absolutoria que pudiera recaer, o bien por quedar extinguida la responsabilidad penal.

Por último, se contempla, con carácter excepcional, la posibilidad de establecer, si lo considera conveniente el Juez al ISM conforme a la valoración de la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, de relación o de mera comunicación.

De lo expuesto, tanto de la norma estatal como de las legislaciones autonómicas, puede concluirse que son dos los supuestos de hecho contemplados en los cuales resulta excluida la GCC (y la individual):

1º.- Cuando cualquiera de los progenitores esté siendo investigado, en sede penal, por un presunto delito de los ya antes enunciados, pudiendo ser la víctima el progenitor (normalmente, la madre) y/o el menor con quien conviva. Esta medida requiere motivación judicial expuesta en resolución al efecto.

Esta situación incluye, lógicamente, la situación de condena firme que ha sido expresamente añadida por la LPVRF, con extensión hasta la extinción de la pena, y la revisión en los supuestos de absolución o cumplimiento de la pena por cese de la causa que lo motivo.

2º.- Cuando el Juez civil detecta o conoce, en el seno del proceso civil, la existencia de un posible delito de violencia doméstica, siendo la víctima la madre o el menor.

En relación al primer supuesto, se atiende a que uno de los progenitores (el padre o la madre) se encuentre incurso<sup>717</sup> en un proceso penal relacionado con situaciones o delitos

---

<sup>717</sup> La palabra o expresión clave en este primer supuesto contemplado en el C.c. es “esté incurso”, que nos define procesalmente que existe un proceso en marcha y no sentenciado.

Únicamente el CCCat. hace referencia a dos estadios del proceso penal: el primero y más grave, la condena por sentencia; y el segundo, durante la tramitación de la causa ante indicios fundados de violencia. Art. 233-11, apartado 3º: “en interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o

relativos a la violencia intrafamiliar, debiendo entender el intérprete de la norma que el concepto “*violencia intrafamiliar*” o “*violencia doméstica*” engloba la “*violencia de género*”<sup>718</sup>, al considerarse a este último un subtipo de la violencia doméstica, como ya he expuesto al inicio de este capítulo. Por tanto, cualquiera de los denominados delitos de violencia doméstica o de género están aquí asumidos de forma expresa (según la LAIRF; el CCCat; la LNCRC; la LVRF y la LPVRF) o tácita (como ha de interpretarse el contenido del art. 92.7º del C.c.).

En relación a la resolución que desencadena la exclusión de la GCC o de la individual, tanto de la normativa estatal como de las autonómicas, ha de entenderse que no es suficiente para la prohibición de GCC o de la individual la mera presentación de la denuncia<sup>719</sup>, al no constituir esta presentación una resolución que conlleve estar incurso en un proceso penal<sup>720</sup>.

En este aspecto, destaco el contenido de la regulación valenciana, que considero muy acertada, al proscribir la automaticidad de la exclusión de la GCC, añadiendo la evaluación del riesgo: “*siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor*” (art. 5, apartado 6º de la LVRF).

De este modo, para la norma valenciana, la cual se inclina por la GCC como modelo preferente, establece como dato complementario y necesario, la acreditación cualificada del riesgo que la convivencia pueda suponer para el menor, además del requisito de la motivación de la resolución judicial, puesto que los mecanismos en materia de relaciones paterno filiales, dada la privación de derechos y deberes que conllevan, requieren que se deje constancia o que se dicte una resolución judicial que, debidamente motivada, se pronuncie sobre la procedencia, proporcionalidad y necesidad de la medida que justifique la existencia de indicios fundados y racionales de criminalidad, y del riesgo objetivo en el sentido de daño para la salud física, psíquica o moral que ha supuesto para el menor el acto de violencia.

---

*machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”.*

Como ya expuse más arriba, en CP contempla en los delitos relativos a la violencia familiar las medidas de privación de la patria potestad e inhabilitación para el ejercicio de la tutela, curatela, guarda o acogimiento, además de las previstas en el C.c. y en la LOMPIVG.

<sup>718</sup> En este sentido se ha pronunciado la FGE, en la Circular 6/2011 sobre “*Criterios para la Unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer*” (folio 91).

<sup>719</sup> Expresamente rechaza este supuesto la LNCRC.

<sup>720</sup> Para Vicente Magro Servet en “Preguntas y respuestas”, Sepín, diciembre 2009 (SP/DOCT/17325): “*en relación con la guarda y custodia en materia de violencia de género y cómo debe interpretarse la expresión del artículo 92.7 CC "incurso en un proceso penal..." , se entiende que no procederá acordar la guarda y custodia conjunta desde que haya imputación formal (artículo 92.7 CC). Cuando exista una previa sentencia de familia que acuerde una patria potestad y custodia compartida, la posterior denuncia penal por violencia de género permitiría al Juez de violencia acordar la suspensión de la patria potestad y de la guarda y custodia de los menores al amparo del artículo 65 de la Ley Integral, cuando las circunstancias lo aconsejaren, en especial el perjuicio que para el menor pudiera suponer su mantenimiento”.*

Esta resolución motivada<sup>721</sup> puede identificarse con el Auto, pudiendo dictarse por el órgano encargado al efecto tanto una orden de protección, de ingreso en prisión provisional, de transformación en procedimiento abreviado, de apertura de juicio oral o rápido, etc.

El segundo supuesto de hecho contemplado tanto por el vigente C.c. como por las regulaciones autonómicas se refiere al hecho de existencia de “*indicios fundados*”, que es una acepción de naturaleza penal que contiene el art. 544 bis de la LECrim en materia de Orden de protección<sup>722</sup>: “*el Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo*”.

Tales indicios de la violencia doméstica o de género, durante la tramitación del proceso civil, pueden venir informados por diferentes medios: alegaciones de las partes, informe de la UVIG, informes del Centro de Violencia de la Mujer, testificales, audiencia al menor, y, en general, cualquier medio probatorio o noticia sobre la comisión de un delito, *notitia criminis*, sin estar el progenitor incurso en el proceso penal correspondiente.

El objetivo de la norma es interrumpir el denominado “*ciclo de la violencia doméstica y de género*” e instaurar las medidas cautelares<sup>723</sup> necesarias en favor del menor.

De lo expuesto, concluyo que ninguna modalidad de guarda puede o debe ser excluida de antemano, dada la prevalencia y jerárquica del ISM.

---

<sup>721</sup> La motivación atiende al hecho presuntamente delictivo y no al ISM o riesgo que para el menor pueda suponer, que no es ni evaluado. En los supuestos del Auto acordando orden de protección, el juez intenta constatar la situación objetiva de riesgo para la mujer, sin valorar la posible situación de riesgo que pueda conllevar para el menor, ya que el epicentro del proceso es la mujer, no el menor, suponiendo *de facto* la imposibilidad de acordar la GCC.

<sup>722</sup> Uno de los elementos básicos del sistema de protección a las víctimas de violencia familiar radica en el conjunto de medidas contenidas en el art. 544 bis (medida de alejamiento) y en el art. 544 ter (orden de protección) de la LECrim.

Ha de hacerse notar que los arts. 61 a 69 de la LOMPIVG tienen, claramente, su antecedente legislativo inmediato en la Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, que, de conformidad con el contenido del art. 797 bis en relación con el art. 13 de la LECrim, viene a atribuir a los Jueces de Instrucción funciones de guardia fuera de las horas hábiles de JVM, la posibilidad de adoptar medidas de índole civil de conformidad con el contenido del art. 544 ter apartados 5º y 7º de la LECrim. Se trata, pues, de una injerencia penal en materia civil de carácter coyuntural y cautelar en aras de interrumpir el denominado “*ciclo de la violencia doméstica y de género*”, de conformidad con los criterios establecidos en la EM de la LOMPIVG sobre inmediatez, perentoriedad y concentración.

<sup>723</sup> Las medidas cautelares tendrán la vigencia temporal que la propia resolución acuerde y, en todo caso, durante la tramitación del proceso que finalizará con sentencia condenatoria o absolutoria. Respecto a esta última, destaco el contenido de la DA 4ª LAIRF, la cual contempla la revisión de la guarda y custodia en los supuestos de sentencia absolutoria: “*Los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el artículo 6.6 de la presente Ley serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria*”.

Es un menor concreto y su concreto interés (por tanto, no puede existir automaticidad) el centro del análisis judicial, siendo preciso realizar una labor de ponderación y valoración por el órgano jurisdiccional sobre la incidencia de unos hechos concretos sobre un determinado menor, la cual sólo puede ser valorada por técnicos competentes que deben auxiliar al juez con un informe de valoración del riesgo objetivo sobre el menor, que puede realizarse en comparecencia o exploración o audición, aportando todos los datos o informes médicos necesarios.

Hemos de recordar que un episodio puntual, por sí sólo, no establece un patrón de conducta parental sin antecedentes previos, salvo en supuestos de cierta gravedad.

Otro supuesto digno de mención que ampara la tesis que aquí sostengo (no automaticidad y valoración caso por caso) y que no es contemplado legalmente se produce cuando la sentencia penal sobre los delitos contemplados en la norma recae, una vez constituido el régimen de GCC, ya que la normativa tanto nacional como la autonómicas están pensadas para el supuesto de instauración de dicho modelo. Dicho de otro modo, no contempla normativamente qué sucede cuando, temporalmente, la atribución a los progenitores por resolución judicial de GCC se produce *ex ante*, con mediante homologación de convenio regulador, y, posteriormente, se produce o recae Sentencia acerca de un acto de violencia que, por tanto, se produce estando ya vigente el modelo de GCC, planteándose, por tanto, su continuidad.

A mi modo de ver, ambos supuestos (tanto de instauración como de modificación del modelo de GCC) deberían tener una valoración idéntica, ya que el hecho delictivo, por sí sólo, no debe suponer una alteración de las circunstancias sobre la guarda del menor, siendo lo vinculante el ISM, el "*favor filii*", así como la acreditación o no del peligro o riesgo que el hecho penal supone para el hijo.

Así ocurre en el supuesto analizado por la **SAP de Granada (Sección 5ª) de 5 de diciembre de 2014, FD 1º**<sup>724</sup>: *“y, en segundo lugar, tenemos que atender a la limitación que impone la literalidad del art. 92.7 del CC, respecto del tiempo de su aplicabilidad en lo relativo a la guarda conjunta, como medida definitiva a acordar según el estado de cosas existente en el momento de dictar la sentencia de separación o divorcio. Lo cual excluye o, al menos, atenúa la posibilidad de su aplicación, como presupuesto de derecho necesario, para los casos, como el presente, en el que el régimen de custodia compartida ya se encuentre en vigor por así venir reconocido en sentencia firme. Porque la trascendencia del interés que subyace en la atribución de la guarda conjunta, impide que se pueda asimilar la decisión sobre su continuidad al mero reduccionismo de una sanción adicional a la pena impuesta por delito. De tal forma que cuando la sentencia penal recae una vez constituido el régimen de custodia compartida, y sin perjuicio de la valoración que hubiera de resultar de las circunstancias que concurran, no necesariamente podrá seguirse de ello la modificación de dicho régimen; ni, aún menos, la supresión del derecho de visitas”*.

---

<sup>724</sup> JUR 2015, 84194.

### 8.2.3.- Un detenido análisis de la propuesta del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en los supuestos de violencia

Si comparamos la redacción del art. 92.7 C.c. con la propuesta por el ALECP en su art. 92 bis, puede apreciarse, a primera vista, la diferente extensión entre ambos textos.

Esta ampliación sustancial, apreciable también en todas las legislaciones autonómicas, es debido a que el precepto propuesto atiende a nuevos supuestos y nuevas prohibiciones, hasta ahora no contemplados.

Art. 92 bis del C.c. según ALECP	Art. 92 del C.c.
<p>5.- <i>No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentado contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.</i></p> <p><i>No se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.</i></p> <p>6.- <i>Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior, el Juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que, excepcionalmente y en interés de los hijos, en atención a los criterios del</i></p>	<p>7.- <i>No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentado 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.</i></p>

<p><i>apartado tercero y, además, a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a éstos o alguno de ellos. En defecto de todos ellos o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que, en el territorio concreto, tenga asignada la función de protección de los menores.</i></p> <p><i>7. Al acordar el régimen de guarda y custodia y el de estancia, relación y comunicación, el Juez, tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.</i></p> <p><i>Si uno o ambos progenitores estuvieran en alguno de los supuestos de los dos apartados anteriores, y el Juez estableciera a su favor la guarda y custodia de sus hijos, incluso por considerar que el delito estaría prescrito, o un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de éstos y del otro progenitor, debiendo realizar un seguimiento periódico de su evolución.</i></p>	
--	--

### **8.2.3.1.- El refuerzo de la idea de castigo al progenitor violento**

Como puede comprobarse, la situación actual del art. 92, apartado 7º del C.c., relativa a la prohibición de GCC pretende ser ampliada y reforzada por la propuesta del ALECP a través de la amplia redacción del art. 92 bis, en los apartados 5º, 6º y 7º, además de un apartado 8 de cierre.

El texto propuesto traslada el claro y contundente mensaje del no otorgamiento de guarda (ni individual, ni compartida, ni visitas, ni relación, ni comunicación) como castigo o instrumentalización frente a la violencia doméstica y de género, independientemente de que el menor sea víctima directa o indirecta de los hechos<sup>725</sup>, de la situación que sufra, del conocimiento o conciencia del hecho, y, en definitiva, de su realidad concreta.

Esta idea de sanción o castigo expresamente recogida en la EM de la ALECP<sup>726</sup>, a mi juicio, no es el enfoque correcto en materia de protección de menores, ya que el castigo

<sup>725</sup> Recuérdese que la LOMPIVG amplía el abanico de sujetos afectados por los actos de violencia física y psicológica a los miembros del núcleo familiar, contemplándose la extensión competencial de los JVM a supuestos en los que el acto de violencia afecta a los menores o incapaces que convivan con la víctima, sin que se supedite a que se haya producido, de forma simultánea, el acto violento.

<sup>726</sup> La idea de castigo se menciona expresamente en la EM de la LAIRF, Preámbulo VII: “*por otra parte, una de las causas que expresamente prevé la ley para no otorgar la custodia, ni individual ni compartida, es la violencia doméstica o de género, en línea con el compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica en todos los ámbitos de la sociedad*”.



al mayor no puede ir en contra del propio menor (del ISM)<sup>727</sup>: *“por otra parte, atendiendo al compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica y de género en todos los ámbitos de la sociedad, y con la finalidad de proteger a todas las víctimas de esos delitos, especialmente a los menores, expresamente se prevé que no se otorgará la guarda y custodia, ni individual ni compartida, al progenitor contra quien exista sentencia firme por violencia doméstica o de género hasta la extinción de la responsabilidad penal, o cuando existan indicios fundados y racionales de tales delitos que consten en una resolución judicial motivada del Juez que lleve la causa penal o, en su defecto, cuando tales indicios existan a juicio del Juez del procedimiento civil, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, siempre que el delito no estuviera prescrito”*<sup>728</sup>.

El texto propuesto por el ALECP opta por soluciones generales (automáticas o estandarizadas)<sup>729</sup> que, en cada caso, deben ponerse en relación, por un lado, con el hecho concreto y, por otro, con el menor en concreto sujeto a una realidad concreta, no bastando un interés genérico o en abstracto del menor, sino uno perfectamente individualizado<sup>730</sup> que pueda convertirle en auténtica víctima del conflicto judicial entre sus progenitores<sup>731</sup>.

---

<sup>727</sup> Con gran claridad lo expresa la STS de 15 de octubre de 2014 (Roj. 3900\2014), en su FD 5º *in fine* expone: *“la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, sin que este Tribunal pueda decidir sobre la conveniencia general o no de esta forma de protección de los hijos en los casos de ruptura matrimonial de sus padres, salvo si ello es conveniente para ellos en este momento y todo teniendo en cuenta que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas”*.

<sup>728</sup> Folio 10.

<sup>729</sup> Acepciones empleadas por el propio Informe del Consejo Fiscal al ALECP (folio 33): *“a los efectos de valorar la adopción de estas medidas debería tenerse especialmente en cuenta ese interés superior del menor y nunca optarse por la drástica solución de la supresión de las relaciones de manera automática o estandarizada”*.

Dicho Informe (folio 34) resalta la existencia de medidas adecuadas a los fines propuestos, que califica como *“batería de medidas para reaccionar contra estas situaciones”* y que ya constan en el C.c. (arts. 158 y 170) y en el CP como penas accesorias a estos hechos delictivos tanto en sede definitiva (pena) como provisional o cautelar: *“debe también tenerse presente que tanto la suspensión de la patria potestad como del régimen de visitas pueden ya adoptarse con carácter general al amparo del artículo 158 CC, estando subordinadas a la finalidad de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. También pueden adoptarse las medidas cautelares de suspensión de patria potestad y de régimen de visitas al amparo de lo dispuesto en los arts. 65 y 66 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPICVG)”*.

<sup>730</sup> STS de 13 de febrero de 2015 (Roj. 47/2015), FD 3º: *“es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso; de un menor que a los seis años de edad sufre una experiencia traumática por el asesinato de su padre, con el que convivía, por su madre, que cumple en la actualidad condena de 18 años de cárcel, y que ha estado bajo la custodia de la tía paterna desde entonces. El interés en abstracto no basta”*.

<sup>731</sup> Esta victimización del menor se ve incrementada en los supuestos de medidas acordadas en sede civil respecto a investigaciones que se están llevando en sede penal, pues, en muchas ocasiones, el Juez civil desconoce, por no obrar incorporado a las actuaciones, la forma de producirse los hechos, así como las circunstancias concretas y el alcance de los mismos, lo que se agrava cuando, finalmente, son archivadas. Así lo pone de manifiesto, entre otras, la SAP Castellón (Sección 2ª) de 25 de enero de 2008 (JUR 2008, 167943), FD 2º: *“el examen de las actuaciones pone de manifiesto que efectivamente tal y como ha*

De este modo, insisto, deben procurarse soluciones proporcionadas y ponderadas caso por caso<sup>732</sup>, ya que el menor no puede ser privado de la/s relación/es con sus progenitores, siempre que puedan arbitrarse otras medidas (menos restrictivas) que permitan supervisar y controlar los contactos entre ellos, evitando que el vínculo entre el progenitor y el menor desaparezca<sup>733</sup>.

---

*informado el Ministerio Fiscal existe un procedimiento penal en el que aparece como imputado el Sr. Alfredo al cual además se le acusa por delito de violencia de género del artículo 153.1 del C. Penal cometido en la persona de su cónyuge y madre del hijo de ambos.*

*Se desconoce por no obrar incorporado a las actuaciones la forma de producirse los hechos, así como las circunstancias concretas y el alcance de los mismos, gravedad de la situación.... No obstante lo anterior y a tales efectos considera la Sala que se trata de cuestiones que deben dirimirse en el correspondiente juicio donde el Tribunal encargado del enjuiciamiento valorará el resultado de la prueba practicada tras lo cual en su sentencia establecerá los hechos tal y como considere que han quedado probados. Como es sabido "la mayoría de la doctrina jurisprudencial exige, en cualquier caso, antes y ahora, un presupuesto de singular valoración para la admisión de la guarda y custodia compartida, que es la existencia de 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, que conforman el punto referencial más vulnerable (en tal sentido, sentencias A.P. Palencia, de fecha 10-2-1999; A. P. Barcelona, de fecha 3-3-2004; A. P. Las Palmas, de fecha 15-4-2004; A.P. Málaga, de fecha 7-9-2005; A.P. Castellón, de fecha 15-11-2005). En el caso examinado, habida cuenta de la existencia de un procedimiento penal dirigido contra el padre del menor y dada la naturaleza de los mismos lo que desembocó en la separación del matrimonio según manifestó la Sra. Guadalupe, constituye un dato esencial a valorar que no puede ser sustituido por el hecho de que aquella haya declarado que no obstante lo anterior su relación es buena, por lo que en base a las alegaciones realizadas por el Ministerio Fiscal y lo dispuesto en el artículo 92.7 del C.C. el motivo del recurso ha de ser estimado con declaración de las costas de oficio".*

<sup>732</sup> El citado Informe del Consejo Fiscal al ALECP expone en este sentido (folio 36): "lo que desde luego es criticable es que la regulación de las medidas de suspensión de la patria potestad y del régimen de visitas se lleve a cabo a través de unas disposiciones tan lacónicas e insuficientes. En todo caso deberían aplicarse siempre a través del filtro del principio de proporcionalidad".

Más adelante, expone respecto a los menores: "debieran distinguirse dos supuestos: cuando el menor es sujeto pasivo de los malos tratos y cuando el menor no es propiamente sujeto pasivo. En este segundo caso aunque no debe haber duda que si las circunstancias lo aconsejan también deben poder suprimirse los contactos, esta posibilidad debe estar prevista sin automatismos ni generalizaciones".

<sup>733</sup> El derecho del menor a mantener relación y contacto con su progenitor ha sido reconocido, aun estando privado de libertad el progenitor, como en la SAP de Cantabria (Sección 1ª) de 5 de febrero de 2015 (JUR 2015, 67397), FD 2º: "el régimen de visitas que se trata de modificar en este procedimiento quedó establecido por Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Santander de 24 de febrero de 2009, revocada en parte por otra de esta Audiencia de 1 de septiembre de 2009 (docs. 11 y 12 de los de la demanda). En su fijación se tuvo en cuenta que D. ... se encontraba cumpliendo condena privado de libertad y sufriendo de un problema derivado de la dependencia y consumo de drogas y que el Equipo Psicosocial las desaconsejaba. De acuerdo con lo establecido en esas resoluciones: "El padre no tendrá derecho de visitas mientras se encuentre en establecimiento penitenciario. Al salir podrá visitar a su hijo una hora a la semana el día que el Punto de Encuentro designe y ante funcionarios". De conformidad con el artículo 775 LEC la modificación de las medidas definitivas está condicionada por la variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. Si bien no consta que la privación de libertad considerada en 20xx haya variado, se dan ahora tres circunstancias que no fueron consideradas en aquel momento. Una, la evolución penitenciaria del propio Sr. ... quien ha cumplido las 3/4 partes de su condena en octubre de 2014 así como que se prevé su licenciamiento definitivo para noviembre de 2016; otra, destacadísima, la admisión por la defensa de la madre en el acto de la vista de la apelación de la instauración de un régimen progresivo de visitas; y la tercera, la recomendación hecha por el Instituto de Medicina Legal sobre la conveniencia para el menor del establecimiento de una relación paterno filial".

Estas dos realidades, por un lado, el hecho delictivo (sentencia firme)<sup>734</sup> o presuntamente delictivo y, por otro, los derechos prevalentes del menor, habrán de valorarse en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, individualizando convenientemente las medidas.

Y entre otras pautas a tener en cuenta, como la ya mencionada edad del menor o conciencia del menor del hecho delictivo, habrá de ser valorada la posición en la que ha sufrido el menor aquél (ya como sujeto pasivo del delito, ya como testigo, como ausente del escenario del delito, etc.), lo que ha de ponerse en relación con el comportamiento del progenitor respecto al menor y el riesgo para éste, pero nunca debe tomarse una decisión, de forma automática, vinculada a una condena penal que está sustentada en unos hechos que no son, en principio, extrapolables a las relaciones paterno-filiales<sup>735</sup>.

En este sentido, destaco la **STS de 29 de junio de 2012**<sup>736</sup>, en la cual se analiza un supuesto de hecho en el que, tras el divorcio, el padre fue condenado como autor de un delito tipificado en el art. 153 del CP a la pena de 7 meses y 15 días de prisión y prohibición de comunicar con la madre por el tiempo de 19 meses y 15 días.

La citada sentencia narra cómo después de la sentencia de divorcio se promovieron diversos procesos finalizados con diversas resoluciones judiciales en procedimientos de modificación de medidas instados por el padre y relativos al derecho de visitas.

Así, en una primera SAP de Madrid -Sección 22ª- de 7 de octubre de 2008, se acordó mantener las limitaciones a las visitas por las anomalías que presentaba el carácter del padre. Posteriormente, en fecha de 26 de enero de 2009, el padre presentó una nueva demanda de modificación de la citada medida, aportando pericial en la que constaba su mejoría y que las visitas que se estaban llevando a cabo resultaban beneficiosas para la niña. El Juzgado (fallo luego confirmado por la AP) consideró que de la prueba se había demostrado que el comportamiento del padre era estable y correcto y que se había probado la magnífica relación de la niña con el padre y con la familia paterna y el interés del vínculo paterno-filial, resultando aconsejable establecer un régimen que facilitara su desarrollo y beneficiara, prevalentemente, a la menor.

El TS, en el **FD 4º** *in fine* de la mentada Sentencia afirma: *“esta doctrina debe aplicarse también al presente recurso, puesto que la Audiencia Provincial ha tenido en cuenta el interés de la menor, que se relaciona con su padre y familia paterna de forma satisfactoria y que cumple el derecho de visitas con recogida en un punto de encuentro, por tanto, con garantías adicionales para la efectividad de las visitas. Es la menor quien*

---

<sup>734</sup> Los hechos delictivos propuestos en el texto proyectado son muy diversos, van desde las amenazas puntuales con escasa relevancia punitiva (art. 171.4 CP), como la de 32 días de trabajos en beneficio de la comunidad (en adelante, TBC), hasta los hechos habituales o muy graves con codenas superiores a los 5 años de prisión. Es evidente que no pueden suponer iguales consecuencias respecto a la relación paterno-filial.

<sup>735</sup> En mi experiencia profesional he podido constatar cómo, en la mayor parte de los asuntos de violencia sobre la mujer, las madres (víctimas del delito) desvinculan la violencia ejercida sobre ellas respecto a la labor paterna, no solicitando medidas al respecto, incluso, proponiendo medidas favorecedoras muy próximas a la GCC.

<sup>736</sup> RJ 2012, 8190.

*presenta el interés preferente a relacionarse con su padre, siempre que no se produzcan episodios que puedan perjudicarla, debiendo obviarse otros intereses, como el manifestado por la madre”.*

Estas circunstancias deberían tenerse en cuenta<sup>737</sup> como criterios o pautas del ISM en los supuestos de violencia, las cuales no han sido enunciadas, ni, por ende, valoradas por el ALECP, que, con la redacción actual, obliga al Juez a adoptar las medidas propuestas en el texto de forma automática, sin permitirle realizar su labor de análisis al supuesto concreto, en definitiva, sin dejar margen de maniobra al juzgador.

Así las cosas, el ALECP opta, en esta materia, por generalizar, sin fundamentar o determinar qué pautas han de aplicarse para determinar el peligro o perjuicio que puede acarrear al menor (en concreto) los hechos delictivos, cómo pueden éstos resultarle dañosos, o qué mecanismos de auxilio son propicios para evaluar el riesgo para el menor.

Estos hechos o delitos, según entiende el ALECP, son “*per se*” dañosos para los menores en general, pero sin descender al caso y, por tanto, desconociéndose cómo el hecho en concreto puede afectar al menor en concreto. Al respecto, el Informe del Consejo Fiscal al ALECP expone: “*debe dejarse al Juzgador un margen de maniobra muy superior al que el Anteproyecto le reconoce*”<sup>738</sup>.

Todos los colectivos y operadores judiciales convenimos en que han de incrementarse los controles y cautelas en los supuestos de violencia doméstica, pues somos plenamente conscientes de que el sistema judicial es ineficiente y las decisiones definitivas se prolongan en exceso, de tal modo que la duración de las medias cautelares (orden de protección y medidas provisionales) alcanza niveles insostenibles. Por consiguiente, es necesario que se incrementen y mejoren los sistemas de control judicial y extrajudicial<sup>739</sup>.

---

<sup>737</sup> La valoración de los hechos o labor prospectiva del ISM ha de realizarse independientemente de la incardinación en tipos penales determinados, esté el supuesto de hecho incluido o no en la lista del párrafo 7º del art. 92 C.c., como expone la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 7 de abril de 2011 (RJ 2011, 3152), FD 3º: “*se va a estudiar en primer lugar la segunda de las cuestiones introducidas en este recurso, es decir, la relativa a la condena por amenazas al cónyuge. El artículo 92.7 CC establece que no procederá esta guarda cuando uno de los cónyuges esté incurso en un procedimiento penal del tipo de los previstos en la primera parte de este párrafo, pero a continuación añade que “tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”. Es verdad que el delito por el que fue condenado el ahora recurrente no está incluido en la lista contenida en la primera parte del párrafo séptimo del artículo 92 CC, pero sí puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, la ley declara que no procede la guarda conjunta.*

*Además, debe recordarse al recurrente que éste no fue el único argumento que llevó a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca a rechazar la guarda compartida, puesto que se utiliza como un criterio más entre los enumerados en la sentencia. No es decisivo porque aunque se eliminara este argumento, la medida acordada por la sentencia recurrida se mantendría, por las restantes razones, que son suficientes para conservar la decisión de la sentencia recurrida”.*

<sup>738</sup> Folio 37.

<sup>739</sup> El equipo investigador dirigido por Anabel Suso Araico en el Informe denominado “*Análisis de los modelos de custodia derivados de situaciones de separación y divorcio en España*” de mayo 2012 (<http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/estudios/estudioslinea2013/docs/AnalisisModelosCustodia.pdf>), en su folio 106, expone: “*uno de los ámbitos en los que se produce consenso total es en la necesidad de arbitrar medidas de protección en los casos de violencia de género. Con este objetivo se considera*

Así las cosas, el sistema propuesto por el ALECP amplía excesivamente el número de supuestos de hecho, pero no desciende al verdadero objeto del proceso o de la labor investigadora: el menor.

### **8.2.3.2.- Las prohibiciones contempladas en el art. 92 bis: supuestos y consecuencias**

El ALECP distingue en el apartado 5º del art. 92 bis varios supuestos (y consecuencias jurídicas) en función del momento procesal de enjuiciamiento en el que se encuentran los hechos, sin precisar qué ocurre en aquellos en los cuales la sentencia penal (recae) o el proceso (se inicia) una vez constituido el régimen de GCC, pues el marco normativo está pensado para situaciones de instauración del modelo, como antes destaqué.

De este modo, el párrafo primero del apartado 5º del art. 92 bis atiende al momento final del proceso penal, con la condena por sentencia firme y, en consecuencia, se contempla un sistema “más severo”; el párrafo segundo, en cambio, atiende a dos supuestos “menos severos”<sup>740</sup> en cuanto a sus consecuencias, atendiendo al momento inicial del procedimiento penal, bien por haberse dictado una resolución motivada, o bien por advertir el juez del procedimiento civil indicios fundados de los hechos delictivos enunciados en las alegaciones iniciales de las partes, pruebas practicadas, etc.

---

*necesario mejorar la ley en términos de protección. En estos casos se comparte la idea de la negación de la concesión automática de la custodia compartida.*

*Un dispositivo cuyo funcionamiento ha sido cuestionado por las personas participantes en los talleres, son los puntos de encuentro familiar, que se configuran como una forma de mediar y de arbitrar en casos de violencia de género o de una mala comunicación entre los progenitores, pero que son considerados demasiado fríos. Por ello consideran que sería necesario un modelo similar a los puntos de encuentro para situaciones menos extremas.*

*Las y los magistrados y jueces de familia y las asociaciones de abogados de familia consideran que los puntos de encuentro familiar (PEF):*

*- Deberían ser organismos de responsabilidad pública, cogestionados entre las consejerías de Asuntos sociales y de Justicia, y que deberían tener más autonomía para modular el régimen de visitas (para la ampliación) si hay un acuerdo entre los padres, si bien nunca deberían tener esta autonomía en casos de violencia; variaciones que en todo caso deberían ser comunicadas al juzgado, que tendría que ratificarlas o no en las siguientes 48 horas.*

*- Se comparte la necesidad de extremar las cautelas en casos de violencia de género y puntos de encuentro para lograr la protección integral de las víctimas, desterrando la posibilidad de fijación o supresión de visitas para el presunto maltratador o maltratador ya condenado.*

*- Se recomienda que el personal del PEF tenga formación en igualdad y prevención de la violencia de género, además de que se elaboren protocolos específicos de actuación en casos de orden de protección o sentencia condenatoria. Dentro de estos protocolos deberían definirse las medidas de seguridad del punto de encuentro y las intermediaciones para evitar actos de violencia (entre otras, designar personas autorizadas por ambas partes, distanciar la entrega para evitar que coincidan físicamente y contar con las fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado).*

*- En cuanto a la relación de los juzgados, los PEF y la coordinación con otros servicios sociales consideran necesarias, entre otras cuestiones, perfeccionar y ampliar el documento de mínimos para asegurar la calidad de los PEF y mejorar las vías de coordinación y comunicación entre el juzgado y los PEF”.*

<sup>740</sup> Las expresiones “más severo” y “menos severo” son empleadas por el Informe del CGPJ al ALECP (folio 40) sobre el distinto tratamiento previsto en los párrafos 1º y 2º del apartado 5º del art. 92 bis del ALECP.

### 8.2.3.2.1.- Supuesto de progenitor condenado penalmente por sentencia firme

En relación al supuesto contenido en el párrafo primero, éste se contempla en los siguientes términos: *“no procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atacar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal...”*.

Ante todo, es preciso destacar que, frente a la regulación actual, las prohibiciones o exclusiones previstas por el ALECP afectan, respecto al progenitor condenado, tanto a la guarda individual como a la compartida y, además, a todas las funciones propias de una u otra, incluyendo, expresamente, los derechos de estancia, relación y comunicación con el menor.

De este modo, el legislador ha ampliado el supuesto a todas las funciones propias de la guarda, dejando a salvo del sistema de prohibiciones al ejercicio de la patria potestad, que ha sido objeto de tratamiento y modificación en los arts. 65 y 66 de la LOPIVG<sup>741</sup>.

---

<sup>741</sup> La previsión actual de la privación de la patria potestad en el CP es profusa, visto el contenido de sus arts. 192.3 (6 meses a 6 años), 226.2 (4 a 10 años) y 233.1, en los supuestos de sus arts. 229 a 232 (4 a 10 años).

También en la Sección 3ª del CP, *“De las penas privativas de derechos”*, el art. 46, según la redacción dada por la LO 15/2003, de 22 de junio y la más reciente en vigor de la LO 5/2010, de 23 de diciembre establece: *“la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.*

*A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas”*.

Frente a esta previsión específica del CP, la privación de la patria potestad es también contemplada por el C.c., en su art. 92.3 en sede del proceso matrimonial y en su art. 170 sobre la extinción de la patria potestad por sentencia civil o criminal fundada en incumplimiento de los deberes inherentes a aquélla.

La actual redacción de los arts. 153, 171 y 172 del CP y los arts. 65 y 66 LOMPIVG tiene prevista la medida de suspensión temporal de la patria potestad en sede de medidas cautelares, si bien dicha medida ya está contemplada en el párrafo 2º del art. 156 C.c. para los casos de desacuerdos reiterados entre los padres o de presencia de una causa que entorpezca gravemente su ejercicio, en cuyo caso el Juez puede atribuir la total o parcialmente a uno de los padres, la cual tiene un plazo máximo de duración que no puede exceder los dos años.

La novedad de la LOMPIVG radica en que los JVM en sede de medidas de protección (arts. 65 y 66) pueden adoptar tanto la medida de suspensión de la patria potestad o custodia como la del régimen de visitas, a diferencia de lo que sucede ordinariamente en sede de medidas previas de los pleitos matrimoniales, en los que no puede privarse a ninguno de los progenitores de la patria potestad, pues ello requiere sentencia firme prevista en el art. 170.1 del C.c., pudiendo, ahora, ser adoptada con los requisitos legales. No resulta necesario que el menor respecto del que se suspenden las visitas sea la víctima del acto de violencia de género, y ello por cuanto la prohibición se acuerda respecto del *“inculpado por violencia de género”*. De

En estos supuestos de condenas firmes se impide por el pre-legislador que puedan producirse quiebras o fraudes a la norma propuesta concediendo al progenitor condenado un régimen de estancia, relación y comunicación tan amplios que pudieran solaparse con auténticas GCC, como puso de manifiesto la Memoria de la FGE del año 2012<sup>742</sup>, al exponer un supuesto de hecho en el que así sucedía: *“en relación a este tema, la Fiscal Delegada de Tenerife manifiesta que pese a la prohibición contemplada en el artículo 94 del C.C., cada vez son más los imputados por delitos de violencia sobre la mujer que 681 en los procedimientos civiles solicitan la guardia y custodia compartida y que, si bien la misma es denegada por los jueces, no son pocas las ocasiones en las que se establecen regímenes de visitas tan amplios que «casi se iguala» así el tiempo de las visitas al tiempo de estancia de los hijos con el progenitor custodio”*<sup>743</sup>.

Para evitar esta posible quiebra del sistema de prohibición, el ALECP opta por ampliar la prohibición de forma genérica al régimen individual de guarda y también al de estancias o visitas e, incluso, a la comunicación del progenitor con el menor, sin que resulte necesario justificar estas medidas, configurando estos supuestos como de peligro o daño automático al menor<sup>744</sup>, y sin valorar la entidad o tipo penal, duración de la pena o como ha funcionado la relación paterno-filial previamente a la condena.

Para que tengan lugar las prohibiciones indicadas en este primer supuesto, se requiere la concurrencia de unos tipos penales determinados<sup>745</sup>: atentar contra la vida, la integridad

---

esta manera, el menor podrá o no ser el sujeto pasivo de la acción u omisión en que haya consistido dicha violencia.

<sup>742</sup> Folio 681.

<sup>743</sup> En el mismo sentido, la ya mencionada SAP de Murcia (Sección 4ª) de 25 de abril de 2013.

<sup>744</sup> Este sistema parece contrario al contenido del art. 94 del C.c., el cual prevé limitar o suspender estos derechos paterno-filiales en atención a las acreditadas *“graves circunstancias”*.

<sup>745</sup> Estos tipos penales constituyen supuestos de *numerus clausus*, dada la prohibición de la analogía en el Derecho penal.

En este sentido, se pronuncia el Informe del CGPJ al ALECP (folio 40), al igual que ya viene haciendo la jurisprudencia, como la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 28 de enero de 2008 (JUR 2008, 114543), en su FD 3º: *“en cuanto al conflicto que ha dado lugar a la denuncia en el ámbito penal va referido a grabar conversaciones y ponerlas en conocimiento de la psicóloga, como atentado a la intimidad y a la propia imagen del artículo 195 de Código penal, conducta que no recoge el artículo 92.7 del Código Civil, como exclusora de la custodia compartida, por cuanto establece este precepto la limita a que: ‘No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos’. De otra parte no se ha acreditado que la actividad laboral del padre impida el desempeño de tal función respecto de los hijos, como evidencian los comportamientos hasta ahora seguidos. Igualmente, en cuanto a la prestaciones económicas, dada la identidad profesional de ambos cónyuges -médicos-, debe de estimarse adecuada la distribución cargas establecida. En atención a todo ello, y a que la valoración que se hace en la sentencia apelada, debe de estimarse adecuada en el estudio de los hechos, en la apreciación de los estimados acreditados, y en su valoración jurídica, con adecuada motivación expresando las razones de hecho y derecho que la fundamentan, y que no ha sido desvirtuada por las alegaciones hechas en el recurso; por todo ello, y sin olvidar que, conforme a reiterada doctrina constitucional (STC 28/6/93; 15/1/01), ‘la motivación exigible no implica un tratamiento pormenorizado de todos los aspectos sugeridos por la partes, siempre que permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión, independientemente de su brevedad o concisión, e incluso en supuestos de remisión’, -en igual sentido STS 1ª 10/07/02 - es claro que procede la desestimación de la apelación efectuada por la parte demandante”*.

física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge (ha de entenderse también pareja) o de los hijos.

Además, presupuesto esencial es que la condena penal sea firme. En consecuencia, las exclusiones de guarda previstas por el ALECP en este primer supuesto parten de un momento procesal-temporal claramente definido por el precepto, el momento de la condena penal al infractor por sentencia firme, de modo que el lapso temporal de las mismas queda claramente acotado desde la firmeza de la sentencia<sup>746</sup> hasta el cumplimiento de la pena o extinción de la responsabilidad criminal<sup>747</sup>.

Una vez cumplida la pena, y previa petición, corresponde al Juez revisar, y ahora sí, valorar conforme al ISM si procede conceder la guarda y custodia individual o compartida, o un régimen de estancia, relación y/o comunicación, conforme al contenido del párrafo 2º del apartado 5º del art. 92 bis del ALECP: *“tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor”*.

En relación al Juez competente<sup>748</sup> para valorar o conceder tras la extinción de la pena esta guarda individual o compartida, así como el régimen de estancias, relación y/o

---

<sup>746</sup> Como sabemos, conforme al art. 141 de la LECrim, son sentencias firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno, ordinario ni extraordinario, disponiendo el art. 988 de la misma Ley que cuando una sentencia sea firme se declarará así, procediéndose seguidamente a su ejecución.

<sup>747</sup> Conforme al contenido del art. 130 del CP sobre la extinción de la responsabilidad penal y la interpretación que de dicha norma vienen realizando los Tribunales, *vid.* el AAP de Alicante (Sección 5ª) de 12 de julio de 2012 (JUR 2012, 312804), FD 2º: *“esta Sección, entre otras resoluciones en los Autos de 13 de diciembre de 2006, 4 de diciembre de 2008, 30 de septiembre y 14 de diciembre de 2009, ha mantenido el criterio de declarar la competencia del Juzgado civil cuando las actuaciones penales habían finalizado por sentencia firme. Sin embargo, el criterio actual del Tribunal Supremo, puesto de manifiesto en Auto de 23 de marzo de 2010, es contrario en el sentido de mantener la competencia del Juzgado de Violencia de Género hasta el cumplimiento de la pena, interpretación que acoge la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, que señala como límite temporal de la competencia del Juzgado de violencia de género la extinción de responsabilidad penal por alguna de las causas previstas en el artículo 130 del Código Penal”*.

<sup>748</sup> En relación a las competencias civiles de los JVM, como Juzgados de Instrucción que son, atienden a una situación excepcional y a la concurrencia de una serie de requisitos legalmente establecidos, frente a la competencia general de los Juzgados de Instancia-Familia ordinarios.

La determinación del Juez inicialmente competente en materia de violencia ha suscitado multitud de cuestiones negativas de competencia, dada la pésima definición y regulación de la LOMPIVG acerca del criterio temporal de atribución por causa de la expresión penal empleada: *“salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral”* contenida en el art. 49 bis de la LEC, la cual ha sido objeto de un profuso debate jurisprudencial. Al respecto, *vid.* entre otras, la SAP de Sevilla (Sección 2ª) de 27 de enero de 2014 (JUR 2014, 99854), en su RJ 1º: *“...de acuerdo con la doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales en interpretación del artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que considera, como declara el Auto de esta Sala de 26 de Octubre de 2012 la dicción gramatical contenida en el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil con referencia a la ‘fase de juicio oral’ ha venido siendo interpretada por la doctrina jurisprudencial mayoritaria, como que procede la inhibición hasta que por providencia se convoque el acto de la vista correspondiente, lo que supone que sólo hasta ese momento podría inhibirse el Juzgado de Primera Instancia del conocimiento del asunto al constatarse la incoación de un procedimiento ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Así las cosas, ante la cuestión planteada sobre en qué momento se*



comunicación con el menor, ha de precisarse que se trata de un proceso consistente en una auténtica revisión de las aptitudes y capacidades del progenitor condenado, que deberá ser promovido a instancia de parte (no de oficio), a la vista de la literalidad del precepto, de manera que no es automático<sup>749</sup>.

De dicho proceso habrá de conocer el Juez de Familia con competencia funcional en la materia conforme al contenido del art. 61 de la LEC<sup>750</sup>, ya que, en este caso, no se trata de un supuesto de ejecución de una decisión previamente adoptada, sino de revisar o adoptar una nueva, que puede ser procedente o improcedente en atención a la valoración que de ésta se haga del ISM en ese momento, concurriendo un supuesto de auténtico proceso de modificación de medidas del que habrá de entender el Juez que las acordó.

Tal modificación se articula en base a la concurrencia de dos hechos que han de ser convenientemente constatados y valorados por el Juez: uno de carácter objetivo, el cumplimiento temporal de la pena o extinción; y otro de apreciación subjetiva, la concurrencia simultánea de la idoneidad y conveniencia al ISM de reanudar o ampliar en su caso, los contactos paterno filiales.

Como cláusula de cierre, el ALECP establece, para decidir la reanudación o no de los derechos propios de la guarda, la constatación de la concurrencia o ausencia de otros factores.

El Juez es constreñido a valorar “*los criterios señalados en los apartados anteriores*”, expresión de la que hemos de inferir que se refiere a las pautas o factores contenidos en el párrafo 3º del art. 92 bis respecto a la GCC, y, por extensión, al resto de prescripciones propuestas en el ALECP. Asimismo, también destaca el texto proyectado que el Juez debe detenerse, especialmente, en el delito cometido, la duración de la pena, la reincidencia y la reinserción del progenitor.

---

*alcanza dicha fase en el procedimiento civil, si cuando se cita a las partes a la comparecencia de medidas provisionales o bien, cuando se efectúa tal citación para la vista en los autos principales, esta Sala ha venido entendiendo e interpretando que el enunciado "inicio de la fase del juicio oral "se refiere tanto a la comparecencia de medidas provisionales o en su caso, al de la vista del pleito principal. En consecuencia una vez citado a las partes para la comparecencia de las medidas provisionales no procede la inhibición ni acumulación a las actuaciones seguidas en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer”.*

<sup>749</sup> En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado al ALECP expone: “*la extinción de la responsabilidad penal no supondrá, por tanto, la recuperación automática de la guarda y custodia por parte del progenitor condenado, sino la posibilidad de un nuevo examen de su situación en el que el Juez, atendiendo a los criterios establecidos en el nuevo artículo 92 bis.4 del CC, podrá atribuirle la guarda y custodia o denegársela. En tales términos, la regulación proyectada se sitúa en un punto de equilibrio entre la debida protección del interés del menor y los derechos de los progenitores que dimanen de la filiación*”.

<sup>750</sup> Corresponde conocer de dicha decisión al Juzgado de Familia que tenga competencia sobre la guarda de los menores, y que, por antecedente, haya conocido del proceso familiar (competencia funcional del art. 61 de la LEC) con las precisiones en la materia de la LOMPIVG sobre la pérdida de la competencia exclusiva y excluyente de los JVM, ya que la citada LOMPIVG guarda silencio sobre la pérdida de la competencia de los JVM en materia civil una vez finalizado el proceso penal por Auto de archivo, sobreseimiento o sentencia absolutoria, o bien por extinción de la responsabilidad penal prevista en los arts. 130, 131 y 132 del CP. Hemos de entender, aunque no se indique expresamente en la ley, que la presentación de la demanda civil posterior a la firmeza de dichas resoluciones judiciales suponen la pérdida de la competencia exclusiva y excluyente de los JVM prevista en la LOMPIVG.

Todos estos aspectos o datos a valorar por el Juez, y aunque el texto no lo recoja expresamente así, deberán someterse y analizarse desde la perspectiva de la edad, la conciencia y repercusión que de los hechos pueda tener el menor, la opinión manifestada por éste, y, en general, cualquier dato que permita atender al ISM.

Por último, el texto propuesto deja abierta la puerta a permitir, aun en tales supuestos de condenas, un régimen de estancias, relación y comunicación del progenitor condenado con el menor: *“excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos”*.

La acepción indicada en el texto propuesto *“excepcionalmente”*, habrá de interpretarse conjuntamente o en relación con el ISM.

El carácter excepcional no ha de entenderse en relación a la medida de estancias, relación y comunicación, sino como inversión de la carga probatoria, debiendo el progenitor probar mediante pericial, testifical, audición del menor, documental, etc. que, pese a la condena, el mantenimiento de la relación con el hijo es beneficiosa o conveniente al menor.

Si el juez establece dicho régimen de estancias, relación y comunicación, éste debe atender, necesariamente, al ISM, a los criterios anteriores (*“delito cometido y duración de la pena”*) y a la peligrosidad del progenitor condenado.

Respecto al término *“peligrosidad”*, el cual es un concepto penal (no civil), su inclusión o encaje en este precepto no me parece acertada, puesto que el pre-legislador debería referirse a la apreciación judicial del posible daño al ISM, no conforme al concepto de peligrosidad criminal, el cual equivale a pronóstico sobre la posibilidad de que un reo pueda volver a cometer nuevos delitos, conforme al contenido del art. 95.1.2º CP: *“que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”*.

La propuesta normativa debería utilizar el adjetivo *“excepcional”* cuando se limite totalmente el contacto paterno-filial, ya que la prohibición total, incluso, de comunicación<sup>751</sup>, debe ser excepcional y sólo cuando concurra un riesgo probado que sea evidente y objetivamente grave para el menor<sup>752</sup>. De no probarse la concurrencia del mismo, debe mantenerse, en atención a las circunstancias concurrentes del reo y del menor, una relación progenitor-hijo, salvo causas excepcionales y acreditadas<sup>753</sup>.

---

<sup>751</sup> En mi opinión debe ser muy excepcional limitar al reo dicha relación de comunicación (de carácter epistolar o telefónico).

<sup>752</sup> Conforme al contenido del mencionado art. 94 del C.c.

<sup>753</sup> El hecho del ingreso en prisión del progenitor o cumplimiento de condena tampoco puede ser analizado de forma automática, ya que habrán de valorarse los factores concurrentes como la evolución penitenciaria del reo, la duración de la condena o el tiempo que le resta por cumplirla, las recomendaciones de los peritos, etc., pudiendo establecerse, en atención a estos factores, visitas del menor en atención a su edad y circunstancias, incluso, en el interior del establecimiento penitenciario, permitiéndose, de este modo, mantener la relación paterno-filial.

A la vista de lo expuesto, con la propuesta actual del ALECP, la condena por violencia doméstica conllevará, de forma automática, la prohibición de cualquier modalidad de guarda, estancias, visitas y comunicación del progenitor condenado con el menor<sup>754</sup>, lo que, sin duda, hará innecesario probar el daño efectivo al menor, el cual resulta identificado por el pre-legislador con la condena penal<sup>755</sup>.

En mi opinión, el daño al menor, atendiendo a la existencia de graves circunstancias, ha de probarse, no pudiendo operar una automaticidad en la identificación de la condena penal con el concepto de daño, considerándose los contactos paterno-filiales como perniciosos para el menor. El juez habrá de actuar con especial celo o cuidado en el caso concreto y según los principios informadores del ISM.

---

De este modo, el hecho natural de preservar la relación paterno-filial ha sido contemplada en algunos casos de ingreso en prisión enjuiciados por nuestros jueces y tribunales, como en la SAP de Valencia (Sección 10ª) de 29 de septiembre de 2008 (JUR 2009, 27844), FD 2º: *“en el presente caso, es cierto que el padre está en prisión, pero no es menos cierto que 1º los abuelos paternos ya llevaban a la hija a ver a su padre una vez al mes, como la propia recurrente reconoció en su demanda, y así lo continuaron haciendo los abuelos una vez el juzgado les señaló un régimen de visitas, 2º que ningún riesgo corre la hija habida cuenta que son los abuelos los que la llevan y además, se realiza en un centro seguro, y 3º dicho régimen permitirá que la menor siga manteniendo una relación con su progenitor siquiera sea una vez al mes y de corta duración, pero al menos la suficiente para mantenerse la relación, procediendo por ello la confirmación de la sentencia de instancia sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada”*.

<sup>754</sup> La reforma se hace eco o atiende a las críticas vertidas por diferentes colectivos en este aspecto, como el contenido del Informe de la ONG *Save The Children* sobre decisiones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de visitas de fecha noviembre 2011, el cual se circunscribe al estudio y análisis de 200 sentencias en la materia, dictadas en el segundo semestre de 2010 y en el primer semestre de 2011. Se reproducen, a continuación, sus conclusiones 4ª y 7ª.

Conclusión 4ª: *“la violencia de género no resulta un factor determinante en las sentencias de los juzgados de instancia sobre régimen de visitas. La violencia de género no resulta determinante en la concesión o denegación de régimen ordinario con entregas y recogidas en el domicilio familiar. Si bien el régimen ordinario con Punto de Encuentro se decreta el doble en los JVM que en los JF, este 62 régimen no llega al 11%, mientras el ordinario con entrega a domicilio se decide en el 25,53% de las sentencias de instancia de los JVM.*

*Tampoco existen diferencias respecto a la decisión de suspender el régimen de visitas, medida que incluso se decide en un porcentaje ligeramente mayor en los JF: en la decisión de suspender el régimen de visitas tienen más peso las adicciones y conductas desordenadas del padre que la violencia género, salvo que se trate de agresiones directamente cometidas contra los hijos e hijas”*.

Conclusión 7ª: *“el Ministerio Fiscal no ejerce un papel más activo ante recursos procedentes de JVM. Su posición no varía sustancialmente en función de la existencia de violencia de género. La intervención del MF no es más activa en los recursos presentados frente a decisiones de los JVM, en los cuales el porcentaje en el que no figura su posición es incluso más elevado que en los JF, especialmente cuando el objeto de litigio es el régimen de visitas con padre no custodio. Cabe destacar que en los recursos procedentes de los JVM generalmente el MF ejerce mayor oposición ante las pretensiones de las madres. En los recursos promovidos por los padres, especialmente en materia de visitas, se incrementa el número de sentencias en las que no figura su posición”*.

[http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/estudiosinvestigaciones/PDFS/Decision\\_Judicial\\_Guarda\\_Custodia.pdf](http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/estudiosinvestigaciones/PDFS/Decision_Judicial_Guarda_Custodia.pdf).

<sup>755</sup> Téngase en cuenta que los condenados por delitos relacionados con la violencia de género en el año 2014 son un total de 29.724 hombres, según datos del INE (<http://www.ine.es>). Estos datos en modo alguno son extrapolables automáticamente a la privación de guarda del hijo al padre, al deber considerarse caso por caso si el menor ha sido o no afectado o dañado a consecuencia de los hechos delictivos enjuiciados.

### 8.2.3.2.2. Supuesto de progenitor incurso en un proceso penal

El segundo supuesto previsto por el ALECP, en el párrafo segundo del apartado 5º del art. 92 bis es contemplado en los siguientes términos: *“no se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito”*.

Con menor rigidez o *“menos severo”*<sup>756</sup> respecto al supuesto anterior, este párrafo sólo hace referencia a la guarda individual y a la compartida (no al régimen de estancias, relación y comunicación del progenitor con el menor), especificando que la resolución no es firme.

La norma propuesta atiende, en estos supuestos, al estadio inicial del proceso penal contra el progenitor supuestamente infractor, esto es, en la fase de investigación o instrucción de los hechos (*“cuando esté incurso en un proceso penal iniciado”*) por la presunta comisión de los delitos tipificados de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos.

Se exige, como requisito adicional, que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad<sup>757</sup>.

---

<sup>756</sup> Recuérdese que dicha expresión es empleada por el Informe del CGPJ al ALECP (folio 40).

<sup>757</sup> El concepto indeterminado *“indicios racionales de criminalidad”* está contemplado en el art. 348 de la LECrim, haciendo referencia a la labor que debe desplegar el juez instructor, de carácter lógico y jurídico, en uso de sus facultades de ponderación de los hechos y de las circunstancias concurrentes, y valoración de las actuaciones ya practicadas. Una vez realizado dicho análisis, debe dictar la resolución correspondiente (orden de protección, medidas cautelares, auto de procesamiento, etc.) en reflejo de la evidencia inculpatoria bajo unos fundados indicios de criminalidad, lo que conlleva más una presunción de culpabilidad que de inocencia.

Acerca de la cuestión, resulta interesante el ATC (Sala 1ª) de 22 de mayo de 1985 (RTC 1985, 340), FD 3º: *“el Auto de procesamiento acordado ha de fundarse, tal y como previene el artículo 384 de la LECrim en la presencia de «indicios racionales de criminalidad». La apreciación de la racionalidad de estos indicios descansa necesariamente sobre unas facultades de ponderación de los hechos y circunstancias que concurren, así como de la valoración de las actuaciones ya practicadas. Como indica el Auto 324/1982, de 25 de octubre, el ejercicio de aquellas facultades, inherente a la función de juzgar, resulta discrecional; pero discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad ni ausencia de control, de suerte que el procesamiento que no se basare sobre algún mínimo fundamento indiciario de racional culpabilidad, y fuere caprichoso o arbitrario, violaría el derecho a la tutela judicial efectiva que deben otorgar los Jueces y Tribunales por aplicación del artículo 24.1 de la CE.*

*Es esta violación la que denuncia el demandante de amparo, al manifestar haber sido su procesamiento decretado, de un lado, sin indicio alguno de racional culpabilidad y, de otro, sin haber practicado las actuaciones solicitadas, todas las cuales hubieren corroborado la inexistencia de esos indicios.*

*El examen de la demanda y, sobre todo, de las resoluciones judiciales acordando y confirmando el procesamiento no abona, sin embargo, la tesis del carácter caprichoso o arbitrario de tal procesamiento. Los autos aparecen motivados y, como señala el de 4 de febrero de 1985, en las diligencias sumariales*

Respecto a ello, sirva precisar que no siempre tales indicios (aunque fundados) terminan con una sentencia condenatoria.

Concretamente, en los delitos relacionados con la violencia de género, hubo, durante el año 2014, casi un 39% de absoluciones del total de los supuestos enjuiciados, según datos del CGPJ<sup>758</sup>.

Asimismo, hay que destacar la dificultad intrínseca de la materia, resultando, en multitud de ocasiones, de gran complejidad separar la conflictividad parental de la violencia en la "lucha legal" que mantienen los progenitores, la cual puede tener origen en diversas causas, debiendo el juez averiguar si existen verdaderos episodios violentos o bien subyacen razones espúreas como celos o infidelidades, aspectos patrimoniales, relaciones de dominio, incapacidad o miedo a afrontar una nueva etapa vital, etc.

En este sentido, se pronuncia la **SAP de Toledo (Sección 2ª) de 29 de enero de 2008**, en su **FD 1**<sup>759</sup>: *“como primer motivo, alega el error en la valoración de la prueba ante la denegación de la guarda y custodia compartida solicitada por el recurrente. El motivo debe ser desestimado. El Juez de Instancia valora ponderadamente las pruebas que constan en autos y aprecia que es la madre la persona más idónea para encargarse del hijo, teniendo en cuenta su corta edad y el gran apego y dependencia de la misma. Tales argumentos son perfectamente acogibles en el presente caso, teniendo en cuenta el interés del menor y la conflictividad constatada de la pareja. Conflictividad que se aprecia ante los distintos procedimientos penales en curso entre las partes y en lo que denomina, con acierto el Juez de Instancia, ‘una lucha legal constante’ entre ambos progenitores, que determina, en evitación de futuros nuevos conflictos y sobre todo valorando el interés del menor, que se desestime la medida solicitada. Igualmente, se debe tener en cuenta la constancia de un informe proveniente del Centro de Violencia Doméstica del Ayuntamiento de Navalcarnero, plenamente valorable en el presente caso para la aplicación del art. 92,7 del CC: ‘Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica’, pese a las descalificaciones interesadas de la parte apelante, teniendo también en cuenta el hecho de que el padre vive en Salamanca y carece de trabajo”*.

---

*existían no sólo testimonio de los particulares sino otras actuaciones que han de considerarse servirían de base para establecer los hechos estimados como indicios racionales de culpabilidad y en cuya valoración conjunta se apoyaron las decisiones impugnadas para acordar el procesamiento, sin que a este Tribunal Constitucional competa ponderar los hechos origen del proceso, por vedársele el artículo 44.1, b) de la LOTC, ni tampoco pueda afirmar o negar en amparo la inexistencia de indicios racionales de criminalidad, asentados en medios de prueba, ya que ello significaría sustituir a los órganos de la jurisdicción penal y extralimitarse en sus facultades constitucionales”*.

<sup>758</sup> Durante 2014, los órganos judiciales españoles dictaron un total de 46.313 sentencias penales en el ámbito de la violencia de género, de las que el 61,2 por ciento (28.365) fueron condenatorias, lo que supone un incremento de un 1,2 por ciento respecto a las sentencias condenatorias dictadas en 2013, que representaron un 60 por ciento del total de las dictadas.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Aumentan-las-denuncias-por-violencia-de-genero-y-las-condenas-a-maltratadores>.

<sup>759</sup> JUR 2008, 218071.

Tanto los datos estadísticos como la complejidad que reviste la materia deben hacernos reflexionar y conjugar de forma precisa, en estos casos, el ISM con la relevancia de los hechos que están siendo investigados, a la hora de adoptar medidas sobre la relación paterno-filial.

Una vez truncada la relación entre el progenitor y el hijo, será difícil reconducirla posteriormente, lo cual requerirá, sin lugar a dudas, mucha dedicación, esfuerzo y tiempo.

En el caso enjuiciado por la **SJPI núm. 4 de Vinaroz (Provincia de Castellón) de 16 de mayo de 2011**<sup>760</sup>, una madre acusada, en principio, de un delito grave, resultó posteriormente absuelta, viéndose obligada a dejar de tener contacto con sus tres hijos nacidos el 8/12/97, el 15/09/99 y el 19/09/02, no pudiendo ni acercarse ni comunicarse con ellos. Ello motivó que la madre solicitara inicialmente una medidas, y, durante el proceso, un régimen de visitas progresivo, de manera que los menores se fueran adaptando a las circunstancias ulteriores, hasta terminar con un régimen ordinario de fines de semana alternos y mitad de las vacaciones, lo que fue solicitado, asimismo, por el MF, siendo, finalmente, acordado que la GC fuera ejercitada por el padre, teniendo la madre derecho a ver a sus tres hijos un día a la semana, el miércoles de 17.30 a 19.30 h., en el PEF Vinaroz.

La propia sentencia, tras narrar los hechos, recuerda la posibilidad de promover la GCC en su **FD 4º in fine**: *“por ello, entiendo que en el momento actual la Guarda y Custodia se debe otorgar al padre, sin perjuicio que, llegado el momento oportuno, la interesada o el Ministerio Fiscal soliciten la atribución de la Guarda y Custodia compartida, en los términos que establece la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”*.

En la propuesta del ALECP se amplían los supuestos a la presunta comisión de delitos relacionados con la violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual.

Tal ampliación de supuestos penales, a mi criterio, ha de analizarse con detenimiento, debiendo imperar el principio de proporcionalidad junto al ISM, ya que un hecho como una amenaza leve y puntual del art. 171.4 del CP o de coacciones leves del art. 172.2 del mismo Cuerpo legal que pueda producirse sin la presencia del menor, debiendo recibir su correspondiente sanción, no creo que pueda o deba conllevar la privación al progenitor de la guarda (ni individual, ni la conjunta) de su hijo, que, a mayor abundamiento, se acuerda sobre la base de la existencia de un proceso en tramitación, vulnerando el derecho constitucional a la presunción de inocencia en el cual nuestro sistema se sustenta.

En el supuesto del art. 171.4 del CP (amenazas puntuales leves) la condena es de 6 a 12 meses o de TBC de 31 a 80 días, además de las penas accesorias comprendidas en dicho precepto.

Estas condenas menores, de pocos días, conllevan, sin embargo, una excesiva tramitación, muy superior a la duración de las penas previstas y provocan efectos devastadores al

---

<sup>760</sup> AC 2011, 1409.

impedir o dificultar los derechos de guarda y tensionar la relación familiar durante la sustanciación del proceso.

Ello se agravado en los supuestos de menores en su primera infancia, ya que no han podido aún ni “percibir” los hipotéticos efectos nocivos que pudieran derivarse del acto de violencia.

Es innegable que el pre-legislador transmite, en estos supuestos, el mensaje del daño automático para el menor, sin analizar la existencia directa y seria de un peligro para su salud física, psíquica o moral en estos supuestos, reforzando la idea de castigo sobre la violencia de género, perturbando, incluso, el derecho de visitas, el cual no debe ser objeto de interpretación restrictiva.

En este sentido, considero adecuadas las valoraciones realizadas en el Informe del Consejo Fiscal al ALECP<sup>761</sup>: *“para valorar esta previsión debe partirse de la idea de que los menores tienen derecho a estar protegidos frente a comportamientos violentos. Incluso puede afirmarse que tienen derecho a no ser testigos de comportamientos violentos.*

*Debe también partirse de que en principio los menores tienen derecho a mantener el contacto con ambos progenitores. El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y por tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (Sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992 y 22-5 y 21-7-1993). En este sentido se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara la suspensión del derecho de visitas sólo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto (vid. STS n° 720/2002, de 9 de julio)”.*

La propia norma proyectada establece la revisión del régimen de guarda en los casos que se dicten sentencia absolutoria o se decrete el sobreseimiento libre: *“la Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte”.*

En mi opinión, no sólo éstas, sino cualquier otra circunstancia que durante la tramitación del proceso sea relevante al ISM habrá de ser valorada y ponderada, habilitándose el cambio en las relaciones paterno-filiales previamente prohibidas, ya que parece desprenderse del texto que sólo con el cumplimiento de la condena por parte del desaparecen las circunstancias perniciosas que condujeron a la adopción de la medida relativa a la guarda del menor.

---

<sup>761</sup> Folio 33.

El texto del ALECP no es compatible con la duración de los procesos penales (de años<sup>762</sup>), la cual impide ejercer el derecho del menor a la relación normalizada paterno-filial, con la consecuente pérdida irrecuperable durante esos años.

La norma propuesta habilita al Juez civil (bastando, para ello, que considere que existen indicios fundados de comisión de los presuntos hechos delictivos enunciados en ella) para adoptar las decisiones más convenientes para el menor en este supuesto de tramitación de la causa penal: “...y *tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito*”.

En relación al último inciso, “*siempre que el delito no estuviera prescrito*”, objeto de profundas valoraciones por el CGPJ y del dictamen del Consejo de Estado<sup>763</sup>, no acierto a comprender qué relevancia para el interés del menor tiene que el hecho delictivo esté prescrito, como acertadamente expone el citado Informe del Consejo Fiscal al ALECP<sup>764</sup>: “*el hecho de que el delito esté o no prescrito debe ser indiferente*”. Lo relevante, a mi juicio, será comprobar el daño que puede derivarse al menor de manera actual, no su persecución penal.

#### **8.2.3.2.3. Supuesto de violencia recíproca entre ambos progenitores**

El art. 92 bis apartado 6 del ALECP establece un tercer supuesto, en el cual incardina los hechos incluidos en los apartados anteriores (condena y presunta comisión) cuando concurren en ambos progenitores, esto es, el caso de violencia recíproca<sup>765</sup>: “*cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos del apartado*

---

<sup>762</sup> La excesiva duración de la instrucción de las causas penales es un hecho notorio en España, la cual es puesta de manifiesto por la reciente reforma penal a través de la ampliación de los plazos de prescripción de los delitos.

Es preciso tener en cuenta que, además de nuestros jueces y tribunales, los órganos dependientes como los institutos de medicina legal, las unidades de valoración integral o los puntos de encuentros familiares también están sobrecargados.

<sup>763</sup> En este sentido, el texto del Dictamen del Consejo de Estado al ALECP expone: “*esta misma prohibición ya se contempla en el inciso segundo del vigente artículo 92.7 del CC, que dice así: ‘Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica’. El Anteproyecto se limita, por tanto, a introducir el inciso final ‘siempre que el delito no estuviera prescrito’. Según el Consejo General del Poder Judicial, ‘la posibilidad que se confiere al Juez civil para apreciar la prescripción de los hechos se acomoda a lo previsto en el artículo 10.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial’ (pág. 43), en el que se prevé que ‘la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca’”.*

<sup>764</sup> Folio 38.

<sup>765</sup> Supuesto también contemplado en el art. 11.5 de la LPVRF.



*anterior, el Juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos... ”.*

Este supuesto tiene especial relevancia tanto desde el punto de vista numérico como de fondo, por las consecuencias que conlleva para los menores, ya que los actos de violencia entre los progenitores y las posibles condenas simultáneas de ambos por agresiones mutuas entre parejas o ex parejas pueden conllevar la pérdida para ambos de la guarda de los hijos y su otorgamiento a un tercero (familiares, allegados o, en su caso, Entidad pública) <sup>766</sup>. En este sentido, la Memoria de la FGE del año 2014<sup>767</sup> destaca el grueso

---

<sup>766</sup> El citado Dictamen del Consejo de Estado contempla, en tal caso, la necesaria propuesta de los progenitores y el previo consentimiento de éstos: *“además, parece necesario que el otorgamiento de la guarda y custodia a otros familiares o personas allegadas cuente con el previo consentimiento de éstos, y así tendría que decirlo el Anteproyecto, de forma que, no concurriendo dicho consentimiento, la guarda y custodia corresponda a la Entidad pública territorialmente competente”.*

<sup>767</sup> En la Memoria de la FGE del año 2012 (folios 679 a 681) ya se analizaban estos supuestos cuando ambos progenitores se encontraban imputados en el procedimiento penal por una agresión mutua: *“por último, el Fiscal Delegado de Zaragoza, se refiere, en relación a la custodia compartida, al problema planteado cuando ambos progenitores se encuentran imputados en el procedimiento penal por una agresión mutua y a la aplicación del párrafo 6 del artículo 80 del Código de Derecho Foral, en la Comunidad Autónoma de Aragón que dispone que «No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso de 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 progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, tampoco procederá cuando el Juez advierta de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».*

*Esta cuestión se planteó, concretamente, en un procedimiento de medidas paterno filiales seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza. La sentencia dictada en fecha 5-10-11, de acuerdo con el informe emitido por el Ministerio Fiscal, entendió que «en relación al alcance y sentido que debe darse al párrafo 6 del 680 citado precepto, ...en el mismo se sanciona una causa de inidoneidad de un progenitor respecto del otro para ostentar la custodia del hijo común, cuando uno de ellos está incurso en un proceso penal de los indicados y el otro no, pero, sin embargo, ..., no estaba en la mente del legislador los supuestos de indicios racionales de agresiones recíprocas entre ambos progenitores, pues el precepto habla «de uno de los progenitores» a quien no se puede atribuir de manera individual ni compartida la guarda y custodia. Tratándose a través del precepto legal de erradicar toda forma de violencia doméstica o de género, no se estima que estuviera en la intención del legislador la de privar civilmente del derecho-deber de la custodia de los hijos comunes a ambos progenitores, llamando a la familia extensa a través de una supuesta suspensión de la autoridad familiar (arts. 91 p.º 1 letra d y 85 a 88 del Código de Derecho Foral), pues ello comportaría sacar al menor de su ambiente y entorno familiar habitual, quien de esa manera perdería sus referentes paternos cotidianos automáticamente y por imperativo legal. Resulta obvio que de encontrarnos ante hipótesis de violencia habitual ejercida a presencia de la menor por ambos progenitores, la solución pasa precisamente por sacar al menor de su entorno, pero en tal caso, no es fruto de un imperativo normativo, sino que el interés prevalente del menor lo exige. Por ello, siendo que no cabe ninguna duda que en el Código de Derecho Foral, como en toda la normativa del sistema positivo español, el criterio rector de cada decisión que afecta a un menor de edad, es el interés prevalente de éste, habrán de analizarse las circunstancias específicas de cada caso concreto para elegir cuál es el régimen de custodia procedente».*

*Dicha fundamentación jurídica, que comparte plenamente el Delegado de Zaragoza, se ajusta a la previsión de supuestos excepcionales a que se refiere la FGE en la Circular 6/11; efectivamente, en ésta se dice que «Si el legislador prohíbe la custodia compartida en esos supuestos, lógico es que tampoco se le pueda otorgar la guarda y custodia individual al progenitor imputado. No obstante, podemos encontrarnos ante supuestos excepcionalísimos, en los que los Sres/as Fiscales en atención al superior interés del menor, de conformidad con el artículo 3 de Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y artículo 2 de*

estadístico, en materia de violencia doméstica, que suponen las agresiones mutuas entre parejas o ex parejas<sup>768</sup>:

#### *“1.2.6 AGRESIONES MUTUAS*

*En no pocas Fiscalías el grueso estadístico en materia de Violencia Doméstica lo suponen las agresiones mutuas entre parejas o ex parejas que, por lo que hace a la agresión de la mujer al hombre, se engloban en este apartado, juzgándose en el mismo proceso que la agresión del hombre a la mujer, por evidente conexidad.*

*En unas ocasiones se califican los hechos por el art. 153. 1 contra el varón y art. 153. 2 contra la mujer; en otras los tribunales han adoptado el criterio de considerar que desaparece el elemento subjetivo de dominación al desvanecerse el abuso de poder por una u otra parte, estimando que los hechos son constitutivos de faltas del art. 617.1 CP. También hay que destacar que una parte relevante de estos procedimientos suele acabar en archivo por renuncia de ambas partes –hombre y mujer– a continuar con el procedimiento. Siendo ambos denunciantes y denunciados y pudiendo acogerse al derecho a no declarar, el procedimiento se ve abocado, irremediabilmente, al archivo”.*

En estos casos, cabe destacar que el archivo penal de la causa, propiciado por los evidentes intereses de las partes de no resultar condenados, no puede hacernos olvidar la presencia de un menor que puede estar en riesgo, en atención a la gravedad de los hechos, roles parentales, desamparo, etc., por ello que los poderes públicos deban habilitar los mecanismos adecuados que permitan averiguar cuál es la situación real de dicho menor.

Así las cosas, se deben conjugar los derechos del menor con su realidad concreta, caso por caso, debiendo preverse en el texto propuesto la excepcionalidad de atribuir a un tercero la guarda del menor.

Esta medida extraordinaria habrá de adoptarse cuando concurren factores como la relevancia o entidad de los hechos, la habitualidad de los mismos, la duración de las penas recíprocas, la reincidencia, la peligrosidad de los hechos para el menor, la idoneidad de los progenitores, etc., los cuales imposibilitan que la guarda pueda ser otorgada a éstos conjuntamente o a alguno de ellos, con independencia de las consecuencias meramente penales.

Por último, la limitación o suspensión de los derechos de estancias, visita y comunicación paterno-filial sólo puede producirse en atención a circunstancias graves o reiteradas, tras valorarse adecuadamente las circunstancias del caso concreto, como expone el texto del Dictamen del Consejo de Estado al ALECP: *“no cabe duda de que la comisión de un delito de violencia de género o doméstica queda comprendido dentro de las ‘graves circunstancias’ a que se refiere el precepto. Pero -como el propio Anteproyecto reconoce- la entidad y gravedad del delito cometido, la naturaleza y duración de la pena fijada y la reincidencia y peligrosidad del progenitor son circunstancias que han de tenerse en cuenta a la hora de ponderar la mayor o menor gravedad del supuesto en*

---

*la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deban informar en otro sentido”.*

<sup>768</sup> Volumen I: Actividad del Ministerio Fiscal. Capítulo III Fiscales Coordinadores y Delegados para Materias Específicas. Páginas 333 y 334.

*cuestión. Por ello y teniendo en cuenta que el régimen de estancia, relación y comunicación con los hijos menores tiene implicaciones diversas a las de la guarda y custodia, debería valorarse la opción de mantener el esquema actual, de forma que, sin establecer una prohibición general de relación con los hijos menores, se facultase al Juez para limitar o suspender o derecho en función de tales circunstancias”.*

### **8.3.- LA DISCUTIBLE PROHIBICIÓN DE ACUDIR A LA MEDIACIÓN EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA**

Por último y como aspecto controvertido, resulta significativo que la LOMPIVG, en su art. 44.5, tenga vedada la mediación al proceso familiar, y, sin embargo, permita el proceso mutuo acuerdo, lo cual, sin duda, constituye un evidente contrasentido: *“en todos estos casos está vedada la mediación”.*

En el mismo sentido está redactada la EM IV del ALECP<sup>769</sup>: *“se incorpora expresamente la posibilidad, no la obligación, de que los progenitores, de común acuerdo o por decisión del Juez, acudan en cualquier momento a la mediación familiar para resolver las discrepancias derivadas de su ruptura, debiendo ser aprobado judicialmente el acuerdo al que lleguen, lo que lleva a introducir ciertas precisiones en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ello, sin perjuicio de mantener la prohibición de la mediación en los supuestos en los que una de las partes del proceso sea víctima de actos de violencia de género o doméstica. La mediación familiar resulta así un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad y fomentar el ejercicio consensuado de la corresponsabilidad parental, tras la ruptura”.*

Conforme a ello, el art. 2bis, apartado 3º de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, según redacción propuesta por el ALECP dice: *“se excluyen de la mediación prevista en los apartados anteriores los conflictos en los que las partes estén implicadas en supuestos de violencia doméstica, de género o en atentados contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de la otra o de los hijos”.*

Según la definición ofrecida por la UE, la mediación *“es una forma alternativa de resolver disputas que tiene como objetivo establecer la gestión positiva de los conflictos. Su objetivo es persuadir a las partes para que encuentren una solución aceptable y satisfactoria para ambas con la ayuda de un tercero”*<sup>770</sup>.

De este modo, la mediación es una forma pacífica de resolución de conflictos entre partes con intereses encontrados y de carácter no obligatorio y confidencial, institución que no entraña riesgo para las partes y que sí puede generar beneficios considerables, ya que

---

<sup>769</sup> Folio 8.

<sup>770</sup><http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/20150201PVL00040/Mediador-para-la-sustracci%C3%B3n-de-menores>.

intenta evitar el juicio, que supone una confrontación de partes y la solución por un tercero<sup>771</sup>.

---

<sup>771</sup> Las bondades de la mediación son destacados por los Juzgados de familia: “a tal efecto se pone en conocimiento de las partes que el *SERVICIO DE MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL ES UN SERVICIO GRATUITO* que ofrece las siguientes *VENTAJAS*:

*-ES UN PROCESO MAS BREVE* y que por eso mismo reduce la carga emocional y dolorosa asociada en todo proceso de ruptura.

*-Se desarrolla por un EQUIPO DE PROFESIONALES* de reconocida experiencia y capacidad, de absoluta neutralidad objetividad e imparcialidad que garantiza asimismo la plena confidencialidad de lo que se trate.

*-NO IMPLICA DILACIÓN ALGUNA* porque se realiza de manera simultánea al proceso judicial sin suspender el proceso judicial, salvo que ambas partes lo soliciten por la proximidad de un acuerdo.

*-ES UN PROCESO ABSOLUTAMENTE GRATUITO* y en todo caso la mediación siempre resulta más económica que la vía judicial, pues en varias sesiones se puede alcanzar un acuerdo (que será examinado por los Letrados de ambas partes) y que solo necesita ser ratificado judicialmente, evitando trámites procesales y sobre todo, dado el elevado grado de cumplimiento de los acuerdos obtenidos en mediación, la proliferación de incidentes judiciales múltiples con su correlativo elevado coste económico.

*-INCREMENTA EL PROTAGONISMO DE LOS PROGENITORES* y con ello su responsabilidad de las personas al adoptar las decisiones que les afectan e ellos y en su caso a los hijos comunes, contando en todo momento con el asesoramiento posterior de sus respectivos Letrados.

*-EVITA LA JUDICIALIZACIÓN INNECESARIA DE LOS CONFLICTOS* y sobre todo derivar en una dinámica de creciente confrontación innecesaria entre los progenitores, con el consiguiente efecto perjudicial para los hijos menores.

*-MEJORA LAS RELACIONES FUTURAS ENTRE LOS INTERVINIENTES*, aspecto muy relevante en respecto a las relaciones posteriores a la ruptura de la convivencia en las que los progenitores mantienen sus funciones parentales.

*-FAVORECE EL APRENDIZAJE O «CONOCIMIENTO TÁCITO»* por los progenitores de técnicas de solución de conflictos.

*La asistencia de los Letrados a la sesión informativa es facultativa.*

*Las partes de común acuerdo podrán optar por otro Servicio de Mediación diferente, siendo el ofrecido de tipo gratuito y aprobado por el CGPJ para prestar servicios en los Juzgados de Familia de Sevilla”.*

Por su parte, Juan Francisco Mejías Gómez (Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia de Torrente –Valencia-): “La mediación: una forma innovadora de solución de conflictos”, publicado en *elderecho.com* el 25 de abril de 2013, destaca: “a mi juicio, la mediación constituye una herramienta fundamental para la buena convivencia, por los valores que entraña en sí misma. Tales valores nos enseñan a respetar al contrario, a intentar comprender su posición mediante un procedimiento esencial; la escucha.

*En esta línea Folber y Taylor, en su libro “Mediación. Resolución de conflictos sin litigio”, expresan que “la mediación es una alternativa a la violencia. Es posible definirla como un proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa, con objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.*

*La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas. Por lo tanto, constituye un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes”.*

Es más, podría decirse que, como propugnan los propios mediadores, aunque no se llegue a un acuerdo, el intento de mediación nunca fracasa, ya que permite que las partes definan los hechos u objeto de la controversia, allanando, así, el terreno para concretar el debate en el proceso judicial posterior, o fijación de los hechos controvertidos contenida en el art. 428.1 de la LEC-2000.

No obstante las bondades y ventajas de la mediación, la LOMPIVG la impide expresamente, argumentándose, para ello, dos razones esenciales: la primera, por su incardinación en la jurisdicción penal, donde tradicionalmente viene prohibida, y, la segunda, por la desigualdad de las partes, atendiendo a las “*supuestas*” relaciones de discriminación y dominio, etc. entre las partes, como expone la EM de la citada Ley.

Pese al claro tenor literal de la Ley, este sistema de resolución de conflictos, en los casos con menores y GCC, resulta, sin duda alguna, un mecanismo útil a las partes<sup>772</sup>, a lo que se suma la premisa de que nada impide que los progenitores acudan al proceso de mutuo acuerdo o bien seguidos por un cónyuge con el consentimiento del otro.

La mediación sí está admitida, en cambio, en otros supuestos, como el de sustracción internacional de menores, en cuyo ámbito se crea la figura *ad hoc* del Mediador del Parlamento Europeo para Casos de Sustracción Internacional de Menores, cuya función es “*ayudar a los padres a que encuentren la mejor solución para el bienestar de su hijo. Para que los padres y los hijos no tengan que sufrir el estrés emocional y psicológico que se deriva de los procedimientos judiciales, el Mediador del PE facilita información e informa de la existencia de un método alternativo para solucionar la disputa, es decir, la mediación*”<sup>773</sup>.

Pese a ello, la EM del ALECP, con confirmación en la nueva redacción que propone para el ya citado art. 2bis apartado 3º de la Ley de Mediación, excluye la mediación en los supuestos de violencia.

Al respecto, el Informe del Consejo Fiscal al ALECP, sobre el apartado tercero del proyectado art. 91, destaca: “*en primer lugar parece preferible referirse a las partes, más que a los padres, pues no todas las medidas sobre las que la mediación puede versar afectan a tal esfera.*”

*En segundo lugar debiera el precepto aclarar cuál sería el efecto del rechazo de las partes a la propuesta de mediación del Juez. Entendemos que en tal caso debiera continuar la tramitación del procedimiento judicial, respetando así el derecho a la tutela judicial efectiva”.*

---

[http://www.elderecho.com/tribuna/civil/mediacion-solucion-conflictos-Mejias\\_11\\_534055001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/mediacion-solucion-conflictos-Mejias_11_534055001.html)

<sup>772</sup> Acerca de ello, *vid.* Borja Jiménez Muñoz: “En defensa de la mediación familiar”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 39, abril-junio 2008. Páginas 26 a 36.

<sup>773</sup><http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/20150201PVL00040/Mediador-para-la-sustracci%C3%B3n-de-menores>.

## 8.4.- CONCLUSIONES

El marco jurídico protector del interés superior del menor está contenido, de forma profusa y ciertamente confusa, en diversas normas (el CP, la LOPJM, la LOMPIVG, el C.c., y ahora también por el ALECP<sup>774</sup> y la reciente Ley Orgánica 8/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia), razón por la cual no es preciso reforzar la normativa en esta materia, a la vista del amplio conjunto o abanico normativo.

Dicho esto, como primera conclusión debemos convenir que en los supuestos de protección del menor ante la violencia ejercida por el mayor sobre el menor, ya sea por violencia doméstica o de género, no procede, en ninguno de los supuestos aquí analizados, aplicar la regla del automatismo o de las generalizaciones.

La valoración de los hechos o de las circunstancias del menor y la labor prospectiva del juzgador ha de realizarse independientemente de la incardinación en unos u otros tipos delictivos, sin atender tampoco a calificaciones penales, que no son, en modo alguno, vinculantes, ya que el juez debe ponderar los efectos de tales hechos sobre el menor, al objeto de tomar la decisión más adecuada para proteger su interés del menor.

En estos supuestos, ha de realizarse una valoración integral de forma casuística, atendiendo a las circunstancias concretas de cada menor y siempre bajo el prisma del ISM<sup>775</sup>, determinando las medidas menos intervencionistas y más adecuadas a la protección del menor. En caso contrario, la automaticidad conllevaría, con toda seguridad, una instrumentalización de estas medidas, una judicialización de la vida familiar y, lo que es más importante, una auténtica desprotección del menor.

En este ámbito, cobra especial significado la interpretación y aplicación flexible y casuística del concepto jurídico indeterminado “*interés del menor*”, conforme a la normativa y principios informadores vigentes en materia de GCC.

De este modo, en atención al ISM, en estos supuestos son aplicables los principios de proporcionalidad, necesidad e intervención mínima de las medidas que hayan de adoptarse en las relaciones paterno-filiales, debiendo establecerse o adoptarse aquellas medidas ajustadas al menor, auténtico epicentro del proceso.

No debe descartarse, en mi opinión, “*ab initio*”, la posibilidad de otorgar la guarda compartida o individual en favor del padre o la madre en supuestos de episodios de

---

<sup>774</sup> El texto propuesto ha sido criticado por el informe del Consejo Fiscal al ALECP, vistas las medidas ya existentes que no aconsejan implantar nuevas medidas: “*debiera el Prelegislador reflexionar si es necesaria una nueva previsión normativa en este contexto, en el que ya existe un abanico de posibilidades legales...*”.

<sup>775</sup> En este sentido, se pronuncia Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga: “*Marco Jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*”, Barcelona, Bosch, 2013. Página 1365, cuando describe los supuestos o conductas de los progenitores que pueden entrañar riesgos, físicos o morales, para los menores (drogadicción, alcoholismo, ludopatía, prostitución, vida desordenada): “*no obstante como venimos manifestando reiteradamente, incluso estas graves conductas han de ser valoradas por los tribunales, en conjunción con las restantes circunstancias y siempre bajo el prisma del interés del menor*”.

violencia doméstica, machista o recíproca, independientemente del progenitor infractor en igualdad de género también en el ámbito penal.

El juez, en estos supuestos, debe pronunciarse, inexcusablemente, conforme a la nueva redacción del art. 65 de la LOMPIVG sobre la forma de ejercer la patria potestad y la guarda y custodia, habiendo perdido el legislador, en mi opinión, la oportunidad de crear la figura o herramienta del informe de valoración del riesgo sobre el menor a los efectos paterno-filiales, como medio de conocer su afectación respecto al episodio violento, y las medidas más acordes con su gravedad y trascendencia para la vida del menor.

A mi parecer, no resulta razonable identificar, de forma generalizada o automática, progenitor infractor con “*mal padre*”, a los efectos de la GCC. Podemos encontrarnos supuestos de malos tratos puntuales y leves, o situaciones en las que el menor es de corta edad y no ha presenciado los hechos, o cuando el progenitor *de facto* ya ostentaba la GCC y está se venía desarrollando de forma adecuada, y, con posterioridad, acaece un hecho punible.

El proceso judicial debe estar “*construido*” exclusivamente en torno a las necesidades de protección del menor y no en atención a factores externos (vgr. la prescripción del delito cometido).

En consecuencia, debe concretarse y evaluarse la existencia de un riesgo sobre el menor, independientemente del sexo del infractor, si dicho riesgo afecta a su salud y desarrollo y en qué medida, siendo preciso acreditarlo mediante informes sociales, médicos, psicológicos, etc., los cuales pongan en conexión el episodio violento y el perjuicio del contacto paterno-filial. En mi opinión, no debe importar, de ningún modo, la existencia de un riesgo emocional, en el sentido de que el episodio de violencia, por sí sólo, se considere que influya de forma automática en la menor, independientemente de su edad o su conocimiento del hecho, por la mera exposición del menor a la violencia machista como parte del maltrato infantil, en forma de violencia psicológica que incide en su desarrollo emocional y madurativo. En este sentido, considero correcta la solución aportada por la ya mencionada **SJVM núm. 1 de Denia de 13 de diciembre de 2012**.

En esta línea, de evaluación del riesgo con carácter previo a la adopción de medidas paterno-filiales, considero correcta la previsión de la LVRF, en su art. 5 apartado 6º: “*...siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas...*”.

Por lo expuesto, propongo adicionar al apartado 8 del proyectado art. 92bis del ALECP el siguiente texto:

*“Las medidas establecidas en los artículos anteriores y en éste, requerirán, para la prohibición del régimen de convivencia individual, compartida o de estancias, que sean acordes con las necesidades del menor y que resulte acreditado, mediante informe de evaluación integral de éste, que suponen un riesgo objetivo para aquél, las cuales se podrán modificar o suspender si se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior del menor”.*

Los poderes públicos, ante la noticia de un posible desamparo, delito o, en definitiva, peligro genérico para el menor, habrán de coordinar adecuadamente todos sus recursos al

objeto de evaluar inmediatamente la posible situación de riesgo que para el menor pueda suponer.

Esta evaluación puede realizarse, de la misma manera a la que ya se realiza por la valoración del riesgo (penal) de las víctimas de violencia de género, atendiendo a la posible existencia de dos víctimas (la mujer y el menor) pero debiendo protegerse a ambos con un enfoque diferente: a la mujer al objeto de evitar o romper el denominado “*círculo de violencia*” y al menor a fin de preservar la relación paterno-filial siempre que existan unas condiciones mínimas para ello, y, en caso de no pudiera quedar garantizada la protección del menor o no resultar conveniente a su interés la GCC, arbitrar las medidas precisas en función del conjunto de circunstancias concurrentes a su concreta realidad.

Para ello, el legislador debería dotar del presupuesto necesario que permita la creación de unidades familiares de valoración del riesgo, para que informen y den a conocer las medidas de protección y guarda más adecuadas para el menor, de la misma manera que se evalúa el riesgo para la mujer víctima de violencia de género<sup>776</sup>.

Este informe de evaluación dotaría al Juez de un medio no vinculante pero esencial, para arbitrar las medidas protectoras más ajustadas al menor, sin que, en mi opinión, deba considerarse excepcional que el órgano judicial establezca un régimen de estancia, relación y comunicación respecto del hijo, salvo en aquellos supuestos en los cuales resulte acreditada la existencia de un riesgo grave para el menor.

---

<sup>776</sup> Estas evaluaciones del riesgo las vienen realizando tanto las unidades especializadas de las fuerzas de seguridad como la UVIG (Unidades de Valoración Integral de Violencia de Género) conforme al contenido del art. 31 y de la DA 2ª de la LOMPIVG, respectivamente.



**CAPÍTULO VIII**  
**ALIMENTOS Y ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA**  
**EN LOS SUPUESTOS DE GUARDA COMPARTIDA**

**8.1.- INTRODUCCIÓN**

**8.2.- GUARDA COMPARTIDA Y ALIMENTOS**

**8.3.- GUARDA COMPARTIDA Y ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

**8.4.- CONCLUSIONES**

## 8.1.- INTRODUCCIÓN

La reiteradísima Ley 15/2005 incorporó legalmente modalidad GCC, pero no contempló la incidencia de la misma en aspectos sustantivos tan decisivos para la praxis familiar tras el cese de la convivencia como la pensión alimenticia a favor de los menores sometidos a esta nueva modalidad de guarda o los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en estos supuestos.

Esta ausencia de regulación es debida, probablemente, a la necesaria flexibilidad que requieren los numerosos sub-modelos de la GCC, los cuales ya han sido analizados en el correspondiente capítulo de este trabajo.

Ello ha sido puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, como destaca la **STS de 24 de octubre de 2014**, en su **FD 3<sup>o</sup>**<sup>777</sup>: *“el Código Civil ha incorporado modificaciones importantes en su artículo 92 en materia de atribución de la guarda y custodia compartida, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y la declaración de inconstitucional y nulo el inciso ‘favorable’ del informe del Ministerio Fiscal contenido en su número 8, en la STC 185/2012, de 17 de octubre. Lo que no hay es una regulación específica para adaptarla a esta nueva modalidad de custodia posiblemente por las variables que el sistema comporta”*.

La pretendida igualdad o *“neutralidad de género”* promovida legalmente, en el sentido de un reparto de estancias más equilibrado entre los progenitores, no se tradujo en criterios nuevos para la cuantificación de la prestación de alimentos de los hijos (menores de edad y mayores dependientes económicamente) ni para la atribución de la vivienda familiar<sup>778</sup>, aspectos ambos esenciales y vinculados entre sí<sup>779</sup>.

De este modo, el art. 92 del C.c. pasó a regular aspectos generales de la GCC, dejando a la autoridad judicial la concreción de las restantes cuestiones<sup>780</sup>.

Sin duda alguna, la abundante casuística y litigiosidad en materia de familia se centra, principalmente, en la guarda de los hijos, pero también en los efectos o pronunciamientos inherentes a ella, como la atribución del uso de la vivienda familiar y de la pensión de alimentos (de la que se discute, incluso, su devengo), litigiosidad, en gran medida,

---

<sup>777</sup> Id Cendoj: 28079110012014100540.

<sup>778</sup> Ha de tenerse en cuenta que se trata tanto de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar como del ajuar (objetos de uso ordinario en ella) *ex* arts. 96 y 103.2 del C.c.

<sup>779</sup> Esta vinculación entre pensión de alimentos y atribución de la vivienda ha sido siempre valorada en el orden judicial y ahora también se recoge, expresamente, en la propuesta de nueva redacción del art. 96.4 del ALECP: *“la atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge”*.

<sup>780</sup> Existen dos tablas orientadoras para calcular las pensiones alimenticias, una elaborada por el Magistrado D. Antonio Javier Pérez Martín (*Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova) y otra elaborada por el CGPJ (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias>).

En ambos casos, se trata de tablas de carácter orientativo y, por tanto, no vinculantes, que no contemplan los supuestos de GCC.

agravada por la disparidad de criterios jurisprudenciales vertidos al respecto, así como por las distintas y variopintas batallas libradas por los progenitores<sup>781</sup>.

El juzgador debe discernir si la petición de GCC es un intento o uso fraudulento de dicha modalidad de guarda bajo la cual subyacen otros motivos como el no abonar alimentos y/o atribuirse la vivienda familiar<sup>782</sup>.

El legislador del año 2005 promovió, mediante, el reconocimiento expreso de la GCC, la erradicación del padre “*pagador*”, pero no tuvo en cuenta la complejidad que conlleva la puesta en marcha de dicho régimen de guarda, la cual requiere la disponibilidad de dos (o tres) viviendas, requisitos muy costosos económicamente y de difícil ejecución en cualquier momento, pero más en la actual crisis económica (impagos de hipotecas, embargos, subastas, etc.), premisas éstas que han sido caldo de cultivo para no proponer o bien denegar la GCC ante las dificultades económicas y logísticas de su implantación.

Ello provoca la preocupación del legislador, como puede comprobarse en la regulación propuesta en el ALECP, en cuya EM se dedica íntegramente el apartado VI a la pensión de alimentos y a la atribución de la vivienda familiar, dándose nueva redacción a los arts. 93, 96, 142 y 152 del C.c. También estas cuestiones han sido contempladas por las diferentes regulaciones autonómicas en materia de GCC<sup>783</sup>.

A continuación las abordo, si bien sin poder profundizar como debiera, pues ello excedería, con creces, el objetivo de estas páginas.

## **8.2.- GUARDA COMPARTIDA Y ALIMENTOS**

Como ya hemos expuesto, de un lado, el régimen de relaciones, estancia o visitas y comunicación del menor con su progenitor, y, de otro, la determinación de la prestación por alimentos son cuestiones íntimamente ligadas, ya que, en función de las necesidades del menor y de la mayor o menor convivencia entre el progenitor y el hijo, se determinará una mayor o menor cuantificación de la pensión alimenticia.

---

<sup>781</sup> Así lo expone José Domínguez Monforte (Abogado): “Custodia compartida disensual: rara avis”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 37 octubre-diciembre de 2007. Página 284 dice: “...con ánimo de imponer castigo al contrario o para lograr el beneficio económico que reporta la pensión alimenticia y el uso del domicilio que se adjudica con la atribución de la guarda y custodia simple a uno solo de los padres, teatralizando la abnegada dedicación a los hijos...”.

<sup>782</sup> En este sentido, destaco, entre otros muchos, el caso en el cual se produce una llamativa solicitud del progenitor de GCC, con la intención de no abonar alimentos y adjudicarse el uso y disfrute de la vivienda, el cual fue enjuiciado por la SAP de Las Palmas (Sección 3ª) de 30 de abril de 2014 (JUR 2014, 184563), FD 2º: “*la súbita postulación de la custodia compartida en demanda reconventional parece vinculada a la intención del padre de no abonar alimentos y obtener el uso del domicilio privativo que pertenece a su esposa, como de hecho, en cuanto a la primera parte, viene a reconocer en el recurso de apelación, al señalar que tiene dificultades para pagar alimentos en metálico, pero que dispone de mucho tiempo para cuidar al hijo. Dedicar tiempo al cuidado del hijo es sin duda deseable, pero también lo es allegar recursos económicos para levantar las cargas de su alimentación, a lo que el apelante se muestra escasamente dispuesto*”.

<sup>783</sup> En relación a los alimentos, art. 8 de la LAIRF; arts. 233-2 (apartados 2b y 4) y 233-4 CCCat.; arts. 77.2 y 82 del CDFA; arts. 3 y 7 de la LRFV; y art. 10 LPVRF. En cuanto a la vivienda, art. 7.1 de la LAIRF, arts. 233-20, 233-21 y 233.22 del CCCat., art. 6.1 LVRF, art. 12, apartado 4º de la LPVRF.

En materia de alimentos es preciso distinguir los dispensados al menor de edad (sujeto a patria potestad)<sup>784</sup> respecto de los del mayor de edad<sup>785</sup>.

En ambos casos los alimentos sirven para cubrir sus necesidades ordinarias (previsibles y periódicas) y las extraordinarias (imprevisibles y puntuales), atendiendo a la capacidad económica de los progenitores y a las necesidades reales (no creadas) del hijo<sup>786</sup>.

Sin embargo, es reiterado por nuestros tribunales el contenido ético y constitucional de la obligación de dar alimentos de los hijos menores (art. 39 de la CE), la cual constituye una obligación de Derecho Natural, reconocida a nivel internacional, según el art. 27 de la CDN (“*todo niño tiene derecho a beneficiarse de un nivel de vida adecuado para su desarrollo y es responsabilidad primordial de padres y madres proporcionárselo. Es obligación del Estado adaptar medidas apropiadas para que dicha responsabilidad pueda ser asumida y que lo sea de hecho, si es necesario, mediante el pago de la pensión alimenticia*”), derivada del hecho mismo de la procreación, de carácter incondicional y de inexcusable cumplimiento<sup>787</sup>.

Dicha obligación alimenticia debe ser entendida en un sentido amplio y, para la determinación de su cuantía deben valorarse las necesidades (reales y asumidas) de los hijos, atendiendo a criterios de proporcionalidad respecto a la capacidad económica de los padres (binomio "necesidad" de quien ha de recibirlos y "posibilidad" de quien deba satisfacerlos), de modo que, en cada caso concreto, se habrá de ponderar adecuadamente ambos factores.

---

<sup>784</sup> Sobre la equiparación del hijo mayor con discapacidad al menor sujeto a patria potestad a efectos de alimentos, *vid.* Inmaculada Vivas Tesón (Profesora titular de Derecho civil): “La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales”, en *RCDI*, 2014, núm. 745. Páginas 2510-2552.

<sup>785</sup> Dicha diferenciación se vislumbra en la distinta regulación del ALECP, en su art. 93.4: “*si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes*”.

<sup>786</sup> Sobre la distinción entre las necesidades reales del menor y las creadas, cito a Ana Laura Cabezuelo Arenas (Profesora Titular de Derecho Civil): “Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*. Núm. 5, 2009 (BIB 2009(695): “*enlazando con el comentario de la sentencia anterior, resulta fundamental que el Juzgador deslinde aquellos supuestos en los que se sirve realmente al interés del menor, satisfaciendo sus necesidades, de otros en los que se utilizan los más variados recursos para acceder a unas cantidades que el progenitor custodio destinará a sus propios fines. Pues hemos de tener presente que, aunque al deudor de las pensiones corresponda un deber de vigilancia y control acerca de cómo administra los fondos el guardador, existen ciertas barreras que no puede traspasar, pues nos conducirían, ni más ni menos, que a anular o a dejar vacío de contenido el papel que ha de desempeñar el progenitor custodio. La Jurisprudencia menor reacciona, de esta manera, contra ciertas comprobaciones o inspecciones que los alimentantes pretenden imponer a fin de cerciorarse de que realmente se atiende a las necesidades de los alimentistas, por estimar que se cercena con ellos el ámbito de la guarda y custodia*”.

<sup>787</sup> El art. 22 quáter, apartado f de la LOPJ dispone: “*en materia de alimentos, cuando el acreedor o el demandado de los mismos tenga su residencia habitual en España o, si la pretensión de alimentos se formula como accesoria a una cuestión sobre el estado civil o de una acción de responsabilidad parental, cuando los Tribunales españoles fuesen competentes para conocer de esta última acción*”.

Tres son los problemas principales en relación a la guarda de los hijos y la prestación de alimentos del menor: su establecimiento, la forma o determinación de su cuantía, su duración (devengo y límite temporal).

El art. 142 C.c. nos indica que son alimentos *“todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”*, incluidas *“la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”*.

El legislador establece en el art. 154 C.c. que la patria potestad comprende el deber de alimentar a los hijos, educarlos y procurarles una formación integral en proporción a la capacidad y necesidad del alimentante y alimentista, y el art. 110 C.c. establece que dicho deber subsiste aunque el progenitor no ostente la patria potestad.

Es preciso distinguir entre alimentos ordinarios y extraordinarios, como hace la **STS de 15 de octubre de 2014** cuando precisa el concepto de gastos extraordinarios en su **FD 1º**<sup>788</sup>: *“debiendo tenerse en cuenta que gastos extraordinarios son aquéllos que no se pueden prever, tales como actividades extraescolares y gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o seguros privados sanitarios correspondientes; por lo tanto, no son gastos extraordinarios los libros, matrículas y material escolar, pues son gastos perfectamente previsibles que deberán ser atendidos con el importe de la pensión alimenticia. Además dentro de los gastos extraordinarios se debe distinguir entre los necesarios (como pueden ser por ejemplo el cambio de unas gafas), que no requieren el previo consentimiento del progenitor no custodio, y los no necesarios (como pudieran ser unas clases de tenis, por ejemplo), que sí precisan del previo conocimiento y consentimiento del progenitor no custodio”*.

En cambio, en su **FD 5º** alude a los gastos ordinarios: *“los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos. Sin esos gastos los hijos no comenzarían cada año su educación e instrucción en los colegios. Y porque se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódicos (lo periódico no es solo lo mensual) y, por lo tanto, previsibles en el sí y aproximadamente en el cuánto.*

*2. La consecuencia es obvia: son gastos que deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia, esto es, la cantidad que cada mes el cónyuge no custodio debe entregar al cónyuge custodio como contribución al pago de los alimentos de los hijos comunes”*.

---

<sup>788</sup> RJ 2014, 5811.

Acogen esta doctrina jurisprudencial la LVRF (art. 3 apartados e y f y art. 7) y la LPVRF (art. 10)<sup>789</sup>.

También el ALECP, que, más detalladamente, propone una nueva redacción para el art. 93, apartado 2º del C.c., catalogando gastos ordinarios (habituales, previsibles y pactados), extraordinarios<sup>790</sup> (imprevisibles y no periódicos) y voluntarios (convenientes) en los siguientes términos: *“deben considerarse gastos necesarios ordinarios aquellos que los hijos precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, quedando incluidos los relativos a alimentación, con independencia del lugar o por quien se preste<sup>791</sup>, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia.*

*Serán gastos necesarios extraordinarios aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles y no periódicas de los hijos y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico.*

*No se considerarán incluidos en ninguno de los párrafos anteriores aquellos gastos voluntarios que no respondan a necesidades de los hijos, aunque sean continuados, salvo que se consideren convenientes para ellos, debiendo ser asumidos de forma consensuada por los titulares en ejercicio de la patria potestad”.*

Respecto a los alimentos, el Informe emitido por el Consejo Fiscal propone la siguiente redacción<sup>792</sup>: *“tratando de reflejar la intención del Legislador pero respetando un mínimo orden sugerimos la siguiente redacción: los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y, aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, siempre que no tenga recursos propios para atender sus necesidades. También comprenden los alimentos el sustento, habitación, vestido y asistencia del alimentista cuando alcanzada*

---

<sup>789</sup> Puede destacarse, en el art. 10.2, la inclusión como ordinarios de los habituales, previsibles y cualquier otro pactado por los progenitores: *“deben considerarse gastos necesarios ordinarios los que los hijos e hijas precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, así como cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales”.*

Se contemplan como extraordinarios los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos e hijas, siempre que exista acuerdo sobre ellas: *“por el contrario, serán gastos extraordinarios, a los efectos de lo dispuesto en este artículo, aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles e indeclinables de los hijos e hijas y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o por seguro médico, así como los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos e hijas, siempre que exista acuerdo sobre ellas”.*

Acerca de los gastos de carácter voluntario se establece: *“no se considerarán incluidos en ninguno de los párrafos anteriores aquellos gastos voluntarios que, aunque sean continuados, no respondan a necesidades de los hijos e hijas pero se consideren adecuados para ellos, en cuyo caso serán abonados únicamente por el progenitor que así lo estime”.*

<sup>790</sup> El concepto y régimen procesal en materia de gastos extraordinarios es distinto respecto a los ordinarios. Vid. art. 776, apartado 4º de la LEC-2000.

<sup>791</sup> El Informe del CGPJ al ALECP (al folio 49) critica, por innecesario y ambiguo, el inciso propuesto *“con independencia del lugar o por quien se preste”.*

<sup>792</sup> Folio 44.

*la mayoría de edad y habiendo completado su educación carezca de medios y se encuentre en búsqueda activa de empleo”.*

Nuestro C.c. no establece los criterios para establecer la pensión de alimentos, ni establece una edad máxima, ni qué significa *“independencia económica”*.

La redacción propuesta por el ALECP para el art. 142 del C.c. añade a su tenor literal actual y conforme a la jurisprudencia vertida sobre la materia, una limitación respecto al mayor de edad: *“y no tenga recursos propios para sufragar los gastos de alimentos, o una vez completada se encuentre en búsqueda activa de empleo”*.

El Informe del CGPJ al ALECP<sup>793</sup> destaca, en relación al cambio de redacción propuesto que *“si bien no supone un cambio relevante que afecte a la praxis judicial, sí refuerza la obligación, a cargo del alimentista, de desarrollar una conducta proactiva de cara a obtener recursos económicos suficientes para garantizar su subsistencia”*.

Y más adelante dice: *“sería adecuado que la búsqueda activa de ocupación por cuenta ajena no fuera el único criterio a tener en cuenta, de manera que el propósito firme y decidido de ejercer una actividad económica por cuenta propia también fuera tenido en consideración, de cara al mantenimiento de la prestación por alimentos”*.

Sí establece límite de edad (en concreto, 26 años) la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón<sup>794</sup>, en su art. 66, referido a los gastos de los hijos mayores o emancipados:

*“1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete.*

*2. El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.”*

Al respecto, se pronuncia la **STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 4 de julio de 2012, FD 4º**<sup>795</sup>: *“en efecto, resultando acreditado que la citada había cursado estudios universitarios hasta obtener una diplomatura y realizar un máster, lo que la capacitaba para el ejercicio de una profesión, a partir de la fecha de conclusión de estos estudios -y, desde luego, en la fecha de interposición de la demanda- dejó de tener derecho a dicha pensión en los términos establecidos en la sentencia de separación conyugal de sus padres. Como ha expresado esta Sala en sentencia de 30 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 399), interpretando el art. 66 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, el Preámbulo de dicha ley evidencia la excepcionalidad de la previsión contenida en el art. 66, lo que en el texto del precepto se*

---

<sup>793</sup> Folio 69.

<sup>794</sup> BOE de 26 de enero de 2007.

<sup>795</sup> RJ 2012, 8805.

*concreta " en la exigencia concurrente de dos circunstancias para que se mantenga el deber de los padres de sufragar gastos de enseñanza y educación de los hijos más allá de la mayoría de edad: que no haya completado el descendiente su formación, y que no tenga recursos propios. Y, aun concurriendo tales circunstancias, existe todavía una doble limitación: que sea razonable mantener la exigencia del cumplimiento de la obligación, y que, temporalmente, sea normal el tiempo empleado para llegar a obtener la formación".*

Por su parte, el CCCat., en su art. 260, apartado 4º establece: *"si la persona que tiene derecho a recibir alimentos es descendiente de la persona obligada y la necesidad deriva de causa que le es imputable, mientras ésta subsista, sólo tiene derecho a los alimentos necesarios para la vida"*.

En el ALECP se produce una ampliación de las causas de extinción de los alimentos (art. 152.5 del C.c.<sup>796</sup>), la cual ha sido criticada por el Informe emitido por el Consejo Fiscal<sup>797</sup>: *"entendemos que la modificación no está suficientemente justificada. No parece que contraer matrimonio o entablar análoga relación de afectividad, o dejar de residir en el domicilio familiar deban ser por sí causas de extinción de la obligación de alimentos, si el alimentista sigue sin recursos y en situación de desempleo involuntario"*.

En relación al nacimiento de la obligación de dar alimentos, el art. 148 del C.c. establece su devengo desde la interposición de la demanda en la cual se reclamen: *"la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda"*.

---

<sup>796</sup> *"Cuando el alimentista sea descendiente mayor de edad del obligado a dar alimentos y adquiera la independencia económica por disponer de ingresos que le permitan costearse sus propias necesidades, o esté en disposición y condición de procurárselos por sí mismo, aun cuando no los tenga si su situación de insolvencia es achacable a su mala conducta o a la falta de aplicación al trabajo. Así mismo cesará cuando no haya terminado su formación por causa que le sea imputable, o una vez completada, no se encuentre en búsqueda activa de empleo.*

*También se extinguirá cuando el hijo mayor de edad contrajese matrimonio o mantuviera análoga relación de afectividad, o dejase de residir en el domicilio familiar, no pudiendo incluirse en este último supuesto las ausencias temporales o involuntarias del mismo"*.

<sup>797</sup> Folio 45.



Recientemente, ha reiterado el Tribunal Supremo en su **S. de 15 de junio de 2015** la doctrina al respecto<sup>798</sup>, estableciendo su ejecutividad desde la fecha en que se dicte el fallo de la resolución que fije los alimentos, como expone en su **FALLO**<sup>799</sup>: *“reiterar como doctrina jurisprudencial la siguiente: «Cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente»”*.

Claro lo anterior, y descendiendo ya a la materia que me ocupa, en los supuestos de GCC, como ya he expuesto, se pretende erradicar la figura del padre *“sólo pagador”* (o *“sólo visitador”*) promoviendo la figura de los progenitores corresponsables de la formación y asistencia integral del menor, lo que se alcanza mediante una equiparación de estancias, lo que conlleva la no fijación de pensión alimenticia alguna, al sufragar cada progenitor los gastos del menor cuando estén bajo su compañía.

De este modo, son mayoritarios los pronunciamientos judiciales que acuerdan no establecer una pensión de alimentos en dicha modalidad de guarda (cuando los ingresos de ambos progenitores guardan similitud), puesto que cada progenitor atiende los gastos alimenticios cuando el menor está en su compañía.

---

<sup>798</sup> STS de 14 de junio de 2011 (RJ 2011, 4527), FALLO: *“2º Se sienta la siguiente doctrina: Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda”*.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 7879), FD 2º: *“en este sentido al establecer la sentencia recurrida que las pensiones alimenticias se devengarán desde la fecha de la sentencia, infringe por inaplicación el artículo 148.1 del Código Civil que establece que se abonarán desde la fecha en que se interponga la demanda, y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en las Sentencias de la Sala de fechas 3 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7123) y 14 de junio de 2011 (RJ 2011, 4527) declarando expresamente esta última que “Se sienta la siguiente doctrina: “Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad, situaciones de crisis de matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda”*.

También la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 19 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6196), FD 5º: *“2. Ahora bien, de inmediato es preciso diferenciar la primera resolución, esto es, la que por ser primera fija la pensión alimenticia, y las posteriores que la modifiquen.*

*El artículo 148 es aplicable a la primera, no a las demás. Así lo establece esta Sala en varias sentencias. La ya citada de 3 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7123) estableció, con base en el artículo 106 del Código Civil y 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda. La justificación aparece expuesta a continuación: porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación. En consecuencia, las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicte, porque solo entonces sustituyen a las dictadas antes”*.

<sup>799</sup> RJ 2015, 2289.

Así lo reconocen, entre otras, la **SAP de Girona (Sección 1ª) de 26 de febrero de 2014**<sup>800</sup>, la **SAP de Tarragona (Sección 1ª) de 11 de marzo de 2014**<sup>801</sup>, la **SAP de Asturias (Sección 1ª) de 4 de abril de 2014**<sup>802</sup>, la **SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 8 de abril de 2014**<sup>803</sup> y la reciente **SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) de 4 de marzo de 2015**, la cual establece en su **FD 1º**<sup>804</sup>: *“en materia de alimentos (artículos 142 y 146 del Código Civil), la sentencia de instancia, tras razonar que la custodia compartida habitualmente conlleva que cada progenitor se haga cargo de la satisfacción de las necesidades de los hijos comunes durante sus correspondientes períodos de convivencia cuando los ingresos de ambos progenitores guardan similitud, sin embargo, y como quiera que ello no ocurre en el caso de autos, pues la capacidad económica del actor es mayor, la sentencia acogió la voluntad del padre de ‘...hacerse cargo de todos los gastos escolares y del seguro médico de los menores, así como de los demás gastos sanitarios de los hijos y de los restantes gastos extraordinarios que sean pactados por las partes o aprobados por el Juzgado’”*<sup>805</sup>.

Pese a ello, nada impide que el Juez acuerde el establecimiento de una pensión alimenticia a favor del menor en régimen de GCC, en aquellos supuestos en los cuales las circunstancias económicas, patrimoniales y personales de un progenitor sobre el otro sean muy distintas y el ISM así lo aconseje<sup>806</sup>.

Al respecto, resultan de interés las Conclusiones del VIII Encuentro con la abogacía especializada en Derecho de Familia, celebrado en Madrid los días 25, 26 y 27 de septiembre de 2013<sup>807</sup>:

*“5º.- En supuestos de custodia compartida siempre será de aplicación la proporcionalidad prevista en el artículo 146 del Código Civil con arreglo a la capacidad económica de los progenitores y a los tiempos de estancia con cada uno de ellos.*

*6º.- Del mismo modo, para la determinación de la contribución a los gastos extraordinarios se deberá acudir igualmente al principio de proporcionalidad del art. 146 CC, huyendo de la distribución automática y/o mecánica de dichos gastos extraordinarios al 50% entre ambos progenitores”.*

---

<sup>800</sup> JUR 2014, 115097.

<sup>801</sup> JUR 2014, 114405.

<sup>802</sup> JUR 2014, 12592.

<sup>803</sup> JUR 2014, 126822.

<sup>804</sup> JUR 2015, 98848.

<sup>805</sup> En el mismo sentido, entre otras muchas: La SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 8 de abril de 2014 (JUR 2014, 126822); la SAP de Asturias (Sección 1ª) de 4 de abril de 2014 (JUR 2014, 12592); SAP de Tarragona (Sección 1ª) de 11 de marzo de 2014 (JUR 2014, 114405); SAP de Cuenca (Sección 1ª) de 4 de abril de 2014 (JUR 2014, 126443); la SAP de Alicante (Sección 4ª) de 31 de enero de 2014 (JUR 2014, 119200); la SAP de Alicante (Sección 4ª) de 30 de enero de 2014 (JUR 2014, 118517).

<sup>806</sup> SAP de Baleares de 16 de abril de 2012 (Id Cendoj: 07040370042012100143), FD 2º.

<sup>807</sup> EDO 2013/181580.

En la misma línea, se pronuncia la jurisprudencia, como en la **STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 1 de julio de 2013, FD 4<sup>o</sup>808**: *“la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente.*

*Ello supone que, aun en el caso de custodias compartidas, el juzgador debe analizar las posibilidades económicas de los padres en relación con las necesidades de los hijos, para, en función de los parámetros indicados, resolver lo que proceda conforme a derecho en orden a los alimentos precisos para cubrir sus necesidades de carácter ordinario y extraordinario”.*

El ALECP contempla las pautas para el cálculo de la pensión alimenticia en su redacción propuesta para el art. 93, apartado 3º del C.c.: *“para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los menores, los recursos económicos de cada progenitor, el tiempo de permanencia de los menores con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares, en su caso, y el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes.*

*Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos voluntarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto”.*

Según el Informe emitido por el Consejo Fiscal<sup>809</sup>, *“también parece adecuada y equitativa la previsión de que para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tenga en cuenta, además de las necesidades de los menores y los recursos económicos de cada progenitor la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar”.*

De esta forma, nuevamente el legislador (y el sentido común) nos impone valorar las necesidades concretas del menor entendidas como gastos ordinarios y extraordinarios (incluso voluntarios) así como las capacidades económicas concretas de sus progenitores.

### **8.3.- GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

En materia de GCC y vivienda familiar, son tres los aspectos que han de valorarse, conjuntamente, para determinar la atribución del uso de la misma.

En primer lugar, ha de valorarse el ISM, que es el interés prevalente que se superpone a cualquier otro concurrente en esta materia, siendo el menor el más necesitado de protección (en concreto, de habitación); en segundo lugar, ha de valorarse el interés del

---

<sup>808</sup> RJ 2013, 6389.

<sup>809</sup> Folio 39.

progenitor más necesitado de protección, atendiéndose a la equiparación de estancias que conlleva la GCC; y, en tercer lugar, conforme a la previsión actual o interpretación que ha de realizarse de la realidad social, procede analizar la posible limitación temporal del uso de la vivienda.

El uso del domicilio o vivienda se configura como un derecho de naturaleza familiar<sup>810</sup> y un factor determinante en la regulación de la GCC, el cual, unido a la realidad social *ex art. 3 del C.c.* y a la carestía de la vivienda en un contexto de crisis económica obliga (antes y ahora) a ponderar y fijar la interpretación del art. 96 del C.c. en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Esta interpretación ha de realizarse prestando especial atención al interés más necesitado de protección pero también a la titularidad del domicilio familiar (privativo de uno de los cónyuges o integrantes de la pareja, de ambos o perteneciente a un tercero), de ello la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución de su uso.

La atribución del uso de la vivienda familiar venía siendo integrada en el derecho de alimentos<sup>811</sup> (art. 142 C.c.), si bien, hoy día, requiera un régimen legal propio.

En relación al tema de la GCC, la atribución del uso de la vivienda habitual o familiar presenta carencias normativas, sobre todo, teniendo en cuenta que los distintos sub-modelos de aquélla (vgr. niño-nido y niño-maleta), los cuales, en ocasiones, exigen contar con dos viviendas, o bien la alternancia en el uso del inmueble.

El art. 96 del C.c., dentro del Capítulo IX del C.c. relativo a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, dice en sus dos primeros párrafos, en su redacción vigente desde el 10 de agosto de 1981:

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

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

---

<sup>810</sup> Ana Martín Muñoz (Abogada): “El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad”, en *Revista de Derecho de Familia*. Núm. 44 julio-septiembre 2009. Página 67.

<sup>811</sup> STS de 3 de abril de 2014 (RJ 2014, 1950), FD 1º: “*es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 C.C.). La pensión alimenticia recogida en el art. 142 no comprende solo el concepto de habitación sino también el sustento, el vestido, la asistencia médica y la educación*” y que si “*fijamos uno de ellos inmovilizándolo, al identificar de manera inflexible el derecho de habitación con la vivienda familiar, se puede perjudicar el interés del menor ya que se pueden resentir los demás conceptos de la obligación alimenticia que podrán verse disminuidos si el progenitor obligado a proporcionar los alimentos carece de los recursos de que podría disponer si su participación en la vivienda común puede realizarla y obtener una liquidez que le permitiría atender con mayor suficiencia y proporcionalidad todos los conceptos que integran su deber de procurar alimentos a sus hijos*”.

En relación a la limitación temporal del uso de la vivienda, se pronuncia la **STS de 17 de octubre de 2013, FD 1<sup>o</sup>**<sup>812</sup>: *“por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011).*

*Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011 (RJ 2011, 7325), “aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, se opone a lo que establece el art. 96.1 CC.*

*Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”<sup>813</sup>.*

Así las cosas, debo destacar que el art. 96 del C.c. no se adapta al régimen de GCC y a sus distintos sub-modelos. En cambio, esta “nueva realidad” sí ha sido regulada por las legislaciones autonómicas.

En el caso de la LAIRF, destaca el interés parental más necesitado de protección a la hora de establecer la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar (por razones objetivas, esto es, patrimoniales y de capacidad económica). En concreto, el art. 7.1 de la LAIRF expone: *“en los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares”.*

---

<sup>812</sup> JUR 2013, 328049.

<sup>813</sup> En la misma línea, la posterior STS de 28 de noviembre de 2014 (JUR 2014, 287793). FD 2º: *“efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor” y, en su FALLO, apartado 5º: “se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.*

Destaca la limitación temporal del uso, el art. 81 del CDFA indica: *“la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”*.

Por su parte, el legislador catalán se ocupa de la atribución del uso de la vivienda familiar en los arts. 233-20, 233-21 y 233.22 del CCCat. En primer lugar, establece la libertad de pacto de los progenitores en relación a la atribución de la vivienda familiar, lo que se determina como regla principal (art. 233-20.1), y, subsidiariamente, en caso de desacuerdo, el Juez en los supuestos de GCC establecerá la atribución de la vivienda familiar al progenitor más necesitado de protección (art. 233-20.3, apartado a). Dicha atribución habrá de ser limitada temporalmente, siendo susceptible de prórroga (art. 233-20.5)<sup>814</sup>.

En el caso de la LVRF, intenta conjugar el criterio preferencial del ISM con el del progenitor que tuviera, objetivamente, mayores dificultades de acceso a otra vivienda. En concreto, el 6.1 LVRF dispone: *“a falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”*.

El extenso art. 12, en su apartado 4º, de la LPVRF parece decantarse por una preferencia de la vivienda familiar en alternancia, y, subsidiariamente, procederá su atribución al progenitor más necesitado de protección, compatibilizando éste con el ISM: *“si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas”*.

Por su parte el pre-legislador, en el ALECP, propone una nueva redacción (también extensa) para el vigente art. 96 C.c. sobre el uso de la vivienda familiar, conjugando lo más conveniente para el ISM, en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda: *“el Juez podrá aprobar, si lo considera conveniente para la protección del interés*

---

<sup>814</sup> SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 23 de julio de 2014 (JUR 2014, 233941), FD 1º: *“respecto a la atribución del uso alternativo de la vivienda esta Sala también se ha pronunciado en el sentido de declarar que debe atenderse al tenor literal de los preceptos legales que regulan esta materia, art. 233-20 para las parejas matrimoniales y art. 234-8 para las parejas estables, que diferencian entre atribución del uso de la vivienda familiar y distribución. Así dice el Art. 233-20 que “los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar... y... también pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por periodos determinados...” En cambio en el apartado 2 del mismo artículo dice que en si no hay acuerdo o si éste no es aprobado, la autoridad judicial ha de atribuir el uso de la vivienda familiar...” para a continuación, regular los casos en que atribuye dicha vivienda por razón de la guarda de los hijos o por razón de necesidad. Es evidente pues, que únicamente los cónyuges o los miembros de la pareja estable pueden acordar el uso alternativo del domicilio familiar, sin que pueda adoptar tal medida la autoridad judicial en un proceso en el que no haya acuerdo de las partes sobre esta forma de organización familiar. Este es el criterio además, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que en sentencia de 5-9-2008 y 1-3-10, dijo respecto al uso alternativo del domicilio familiar, “que se vayan alternando los progenitores en el domicilio y queden en él los hijos, no producen más que incomodidad para todos y es fuente segura de conflictos”*.

*superior de los menores, las medidas que pacten los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquéllas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda digna. Igualmente deberá determinarse un domicilio de los menores a efectos de empadronamiento”.*

Esta propuesta puede esquematizarse del siguiente modo: a) atribución del uso de la vivienda familiar; b) régimen jurídico de los gastos que origina la vivienda familiar y c), disposición de la vivienda familiar.

En relación a la atribución de la vivienda, y como ya he expuesto, debe intentarse separar adecuadamente el ISM del interés del progenitor que se irroge una falsa voluntad o abnegación filial, como expuso la **SAP de Madrid (Sección 24ª) de 28 de septiembre de 2011, FD 1**<sup>815</sup>: *“en cuanto a la guarda y custodia compartida no es procedente al no concurrir los requisitos que se vienen exigiendo para su viabilidad. La ley 15/2005 de 8 de julio, en su artículo 92, establece que el Juez ha de indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda en el caso concreto. Deben ponderarse, entre otras, las circunstancias de carácter objetivo para acordar la modalidad de custodia más adecuada al menor en concreto. Así, deben analizarse la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurando la continuidad en el entorno; las relaciones con la familia amplia, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio; cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; el rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por el desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores, en su caso; la constancia de que queda deslindada la idoneidad de la custodia, con el interés por la obtención de réditos materiales indirecto, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción o ahorro de pensiones. En este caso tal pretensión se vincula claramente al interés manifiesto del padre de continuar con el uso de la vivienda familiar, motivo que no puede ser acogido en cuanto al afectar la medida al desarrollo integral de los hijos, debe ser el interés de éstos el que debe sobreponerse en aras a obtener el mejor desarrollo de su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo”.*

La redacción propuesta para el art. 96.1 por el ALECP<sup>816</sup> establece, en primer lugar, su preferencia por la libertad de pacto de los progenitores, acuerdo que debe ser congruente con las medidas acordadas en materia de guarda y custodia de los hijos y que debe respetar el principio del ISM, en este caso, concretada en una vivienda digna para el menor.

---

<sup>815</sup> JUR 2012, 912.

<sup>816</sup> *“El Juez podrá aprobar, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, las medidas que pacten los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquéllas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda digna. Igualmente deberá determinarse un domicilio de los menores a efectos de empadronamiento”.*

El art. 96.2 del ALECP regula la atribución judicial del uso del inmueble, siendo contemplado el supuesto o modalidad de GCC con domicilio familiar alternado entre los progenitores, y para el caso de no haberse acordado esta posibilidad, subsidiariamente, su atribución al progenitor más necesitado de protección respecto al acceso a la vivienda:

*“En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad.*

*Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos”.*

En relación al sub-modelo de GCC con alternancia de la vivienda familiar o “nido”, opina José Domingo Monforte<sup>817</sup> lo siguientes: *“la atribución del uso de la vivienda familiar coligada a la guarda jurídica es una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales limitadoras (vid. sentencia del Tribunal Supremo de 17 octubre de 2013 [RJ 2013, 7255]). El interés que se protege en dicha norma no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor ante una situación de crisis de pareja, salvo pacto de los progenitores que deberá a su vez ser controlado por el juez. Criterio que se mantiene y reafirma en la Sentencia de 3 de abril de 2014 (RJ 2014, 1950), insistiendo en que cualquier otra interpretación «... implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (art. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor...».*

*Sin embargo, el modelo de custodia y nido compartido se deniega sistemáticamente en la casuística jurisprudencial por calificarlo de fuente segura de conflictos, atendiendo en lo general a que dicho régimen de alternancia impone un alto nivel organizativo compartido en el ámbito de la intendencia doméstica que abarca desde las provisiones de suministros relativos a la alimentación, a los cuidados de los equipamientos del hogar. Exige, por otra parte, la tolerancia recíproca del desarrollo natural de las nuevas relaciones de pareja de quienes fueron cónyuges y el que éstas se puedan adaptar a la vida trashumante que implica la alternancia, compartiendo dormitorios, armarios, productos de limpieza y un sin fin de elementos materiales de los que las personas suelen utilizar en su vida ordinaria. Sin que sea necesario especificar la complejidad que deriva de que, puedan mantener nuevas relaciones familiares. (Vid sentencia AP de Barcelona de 30 de Enero de 2014). Estas exigencias llevan a su rechazo y a que ésta sea tratada como excepcional, residual y de última opción”.*

En cuanto a gastos propios de la atribución de la vivienda familiar, y según la jurisprudencia imperante, el progenitor al que le ha sido atribuido su uso debe asumir

---

<sup>817</sup> José Domingo Monforte (Abogado): “Custodia y nido compartido: todo cambia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 891, 2014 (BIB 2014\3390).



íntegramente el pago de los gastos corrientes, y la parte proporcional en función de su cuota de titularidad. En concreto, el propuesto art. 95.5 del C.c. por el ALECP dispone lo siguiente: *“mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios”*.

En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución, no siendo ésta una mención propia de las resoluciones en materia de familia, pero que, sin duda, afecta a la capacidad económica de los progenitores, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario<sup>818</sup>.

Por su parte, el Informe del CGPJ al ALECP<sup>819</sup> destaca que, en relación a los gastos, no se ha contemplado el submodelo de GCC con alternancia del uso de la vivienda, sugiriendo, por tanto, su incorporación al texto proyectado: *“por otra parte, el precepto comentado no regula el supuesto en que la vivienda familiar sea utilizada alternativamente por cada uno de los interesados, caso este que sí se prevé en el segundo párrafo del artículo 96.2. Tal omisión debería ser completada, teniendo en cuenta que el devengo de los gastos que se citan no siempre coincidirá con los periodos de ocupación del inmueble por uno y otro cónyuge”*.

#### **8.4.- CONCLUSIONES**

Tras esta breve incursión en materia tan compleja como es la relativa a los alimentos y a la atribución de la vivienda familiar (íntimamente ligadas, por lo que han de ser valoradas conjuntamente), en mi opinión, tampoco en los supuestos de GCC existen reglas generales, imperando en ellos el ISM.

Valoro positivamente que el pre-legislador expresamente contemple en ALECP la prevalencia de *“lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos”*, junto al reconocimiento explícito de la estrecha vinculación entre estos dos aspectos en la propuesta de nueva redacción del art. 93.3 y del art. 96, apartado 4º del C.c.

---

<sup>818</sup> STS de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013, 4936), FD 6º: *“la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en el caso es el de separación de bienes”*.

<sup>819</sup> Folio 61.

Asimismo, ha de tener una acogida favorable la propuesta de regular y definir qué son gastos alimenticios ordinarios y extraordinarios, prevista por el ALECP para el art. 93.2 del C.c., así como la propuesta de pautas a tener en cuenta para calcular los mismos (art. 93.3).

También es positiva la previsión normativa de que la modalidad de guarda no impedirá establecer el pronunciamiento sobre la pensión de alimentos, en la cuantía que se estime necesaria.

En este aspecto, sería conveniente fijar legalmente una cantidad mínima o umbral indispensable o de mínimos respecto a las necesidades de todo menor, conforme a los criterios jurisprudenciales en la materia (un mínimo de subsistencia o vital). Ello constituiría una medida de protección económica al menor, con base en el art. 39 CE, garantizándose, así, una cantidad de subsistencia para el menor<sup>820</sup>. En mi opinión, esta cantidad no deberían descender de los 150,00 euros mensuales por menor<sup>821</sup>, salvo en supuestos de auténticos y acreditados estados de precariedad económica del obligado.

---

<sup>820</sup> Recuérdese que, a nivel estatal, se ha creado el Fondo de Garantía del Pago de alimentos. Vid. DA 53ª de la Ley 42/2006: “se crea un Fondo, que se dotará inicialmente con 10 millones de euros, destinado a garantizar, mediante un sistema de anticipos a cuenta, el pago de alimentos reconocidos a favor de los hijos menores de edad en convenios judicialmente aprobados o resolución judicial, en los supuestos de separación legal o divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, procesos de filiación o de alimentos.

*En el plazo de seis meses, se regularán las condiciones y requisitos de acceso a estos anticipos, así como los procedimientos de abono y reembolso de los mismos”.*

Para Albert Azagra Malo (LLM Candidate University of Chicago Law School): “El Fondo de Garantía del Pago de alimentos”, en *Revista para el análisis del Derecho InDret*. Octubre 2008: “el Fondo de Garantía de Pago de Alimentos mejora la protección de los acreedores de pensiones alimenticias reconocidas judicialmente e impagadas. Sin embargo, la cobertura del Fondo tiene un ámbito subjetivo y temporal muy limitado. Asimismo, la adopción de mecanismos de Derecho público no puede orillar la de otros de Derecho privado, en particular, la constitución de fiducias destinadas al pago de alimentos y el diseño de reglas de atribución de la guarda y la custodia y de establecimiento régimen de visitas que promuevan las relaciones personales entre alimentante y alimentista y, en consecuencia, desincentiven el impago”.

<sup>821</sup> De forma mayoritaria, las diferentes AAPP vienen estableciendo una cantidad en el entorno cercano de los 150,00 euros al mes. Así, entre otras, la SAP de Córdoba (Sección 2ª) de 19 de abril de 2012 (JUR 2013, 54730), FD 1º: “sí, hay que partir de que hay un mínimo vital en los alimentos en beneficio de personas desempleadas, que esta Sala fija en esa cantidad de 150 euros al mes por alimentista, ya que, dado el carácter preferente de los alimentos a los hijos sobre cualesquiera otras obligaciones económicas que una parte tenga que soportar, debe respetarse esa cantidad mínima, con independencia de la difícil situación económica que pueda venir padeciendo el alimentante”; la SAP de Sevilla (Sección 2ª) de 10 de mayo de 2012 (JUR 2012, 300542), FD 2º: “sin embargo, a juicio de este Tribunal, la cuantía de la pensión alimenticia para atender las necesidades de los hijos comunes no puede bajar del umbral de los 150 euros mensuales por cada hijo, como mínimo vital de subsistencia, por precaria que sea la situación económica del progenitor alimentante, salvo en hipótesis de verdadera y acreditada indigencia por ausencia total y absoluta de recursos económicos” y la SAP de Toledo (Sección 2ª) de 6 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 68177), FD 3º: “frente a esa valoración del Juez a quo, sólo tenemos que decir, que existiendo obligación de alimentar, el mínimo vital, incluso para los casos de ausencia de recursos, viene señalándose aproximadamente en 150 € al mes, considerándose que por menos, no se cumple con la obligación natural y legal”.

En este aspecto, considero conveniente completar el art. 148 del C.c. conforme a la doctrina del TS en la materia, razón por la cual propongo la siguiente redacción:

*“La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.*

La resolución fijará un mínimo, que salvo en supuestos muy excepcionales y acreditados, no podrá ser inferior a 150 euros mensuales, debiendo establecer también los parámetros y las fechas de actualización”.

También considero acertada la propuesta acerca de la definición y atribución de gastos ordinarios de conservación y de obligaciones contraídas respecto a la vivienda, por razón de su adquisición de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución, conforme a la redacción del art. 96.5 del C.c. por el ALECP.

En estos supuestos resulta conveniente, en mi opinión, proporcionar al juzgador la total realidad económica del menor y la familiar, junto con la propuesta la GCC. En este aspecto los jueces y tribunales vienen exigiendo la aportación de ingresos y rentas de los progenitores pero, rara vez, se especifican cuáles son las necesidades económicas del menor.

Esta total realidad aritmética o económica (en el caso de los ingresos y de los gastos) suele verse dificultada por aquellas actividades profesionales o empresariales de difícil constatación o comprobación como las agrícolas, las ganaderas, las profesionales libres, empresariales, etc., así como la objetiva aportación de los gastos de alquiler, hipotecas, suministros, etc.

Ahora bien, dicho esto, el establecimiento de la GCC debe suponer que cada progenitor asuma los gastos ordinarios del menor en el tiempo en que lo tenga en su compañía y los extraordinarios en un 50%.

En relación a la vivienda resulta aún más complejo establecer un estándar de actuación, si bien considero acertado valorar, primeramente, cuál es el ISM, y, en un segundo lugar, el interés del progenitor más necesitado de protección, conjugando, cuando fuera posible, la limitación temporal del uso de la vivienda.

## CONCLUSIONES FINALES

No trataré, en las próximas páginas, de pormenorizar o relacionar las conclusiones ya realizadas al final de cada capítulo, a cuyo contenido me remito.

Más bien quiero realizar unas reflexiones, de carácter general, exponiendo mis impresiones o valoraciones finales del trabajo.

En primer lugar, destaco la dificultad de la materia abordada, la cual he podido comprobar por la abundante y, a veces, contradictoria jurisprudencia en materia de GCC.

En la praxis judicial, los pleitos que versan sobre la guarda de menores o sobre modificación de relaciones familiares revisten una mayor complejidad respecto al resto de los asuntos que se afrontan en cualquier despacho de abogados.

Ello es debido a que a la dificultad intrínseca de cualquier proceso contencioso, se unen, inexorablemente, otros factores de índole metajurídica (el componente personal y familiar) que constituyen un grave obstáculo para que las partes alcancen una solución amistosa ante posiciones claramente enfrentadas y enrocadas en la intransigencia y el no diálogo, de ahí el esfuerzo del legislador en la implantación del sistema de mediación, cuyo seguimiento tutelado por un tercero (o dirigido) considero que es siempre beneficioso, incluso, en los supuestos de sustracción de menores y de violencia intrafamiliar, pues sin duda el diálogo, la concienciación, el análisis sosegado del conflicto y las propuestas planteadas serán beneficiosas para encontrar la mejor solución a la recomposición familiar, y, en particular, de los menores como sujetos de protección por estar su familia en conflicto o ellos en peligro.

Cobra especial relevancia en esta materia el ISM, concepto reiteradísimo tanto a nivel internacional, estatal y autonómico para la adopción de cualquier medida, y que precisa su adopción inmediata (valga recordar que el art. 771.1 de la LEC-2000 tiene prevista la celebración en los 10 días siguientes) y la concreción en cada caso.

En sede judicial, y desde el punto de vista probatorio, la dificultad de los procesos familiares sobre GCC estriban en la valoración judicial conjunta que ha de realizarse de las numerosas pruebas a practicar, así como de las diversas circunstancias concurrentes a valorar (periciales, interrogatorios, testificales, exploración a menores, documentales, ingresos económicos, patrimonio, etc.).

El órgano jurisdiccional, además de enfrentarse antes estos elementos probatorios, se enfrenta a la ausencia de medios materia y humanos que generan la sobrecarga judicial y de forma especial al factor humano, ya que estos procesos están presididos, en gran medida, por las actuaciones de los progenitores, claramente interesadas, en ocasiones, en “vencer al otro” o ser favorecidos por la resolución, sin separar sus intereses particulares del interés de su hijo, en la auto-creencia de que lo mejor para ellos, será también lo mejor para aquél.

Junto a lo anterior, también es constatable el dinamismo de los conceptos y de las necesidades familiares, que ha removido las ideas clásicas o tradicionales, ya que la familia “está viva” y, por ello, se enfrenta a nuevos conceptos y a nuevos retos y circunstancias sociales.

La sociedad española, anclada en valores esencialmente machistas hasta hace bien poco tiempo, había relegado el papel de cuidadora principal de la prole a la madre, idea que se enfrenta al reparto ideal e igualitario de funciones de los progenitores en favor de los menores y que choca frontalmente con la realidad logística de la conciliación de la vida laboral y familiar<sup>822</sup>, así como otros factores o circunstancias de cada familia concreta (valga aquí la expresión coloquial: “cada familia es un mundo y la mía dos”), lo que unido a la realidad de cada menor hace muy difícil establecer patrones generales o abstractos en materia de familia.

Esta realidad requiere normas claras y precisas, por ello, considero necesario que las regulaciones incorporen las definiciones de los conceptos utilizados bajo el epígrafe “*definiciones*” o similar al principio del articulado. Dicha técnica legislativa permitiría, por un lado, erradicar ciertas acepciones como custodia o visitas, y definir, de forma más precisa, otras como estancias y guarda conjunta, evitando, con ello, las disfunciones del sistema y la confusión con la guarda individual, las cuales conllevan, actualmente, al solapamiento e incorrecta aplicación del modelo de GCC y que el ALECP no resuelve.

Otro aspecto de creciente preocupación y que debe ser legalmente abordado son los derechos del progenitor no guardador o la determinación de las decisiones que quedan sujetas a la denominada “*patria potestad residual*”, lo que tampoco ha sido definido por el ALECP, siendo muy conveniente que tanto éste como los distintos pronunciamientos judiciales pormenorizaran su contenido.

En Derecho de familia, se requiere que las diferentes normas estén orientadas hacia los menores, pero también hacia las mujeres y a los hombres en pie de igualdad. Por ello, se hace preciso que legalmente se promueva el bienestar de la familia como unidad, y, al mismo tiempo, el de sus componentes de forma individual, para lo que es necesaria una ambiciosa propuesta normativa integral y transversal. Hacia ello caminamos, pues recuérdese que la LOMPIVG significó la protección de la mujer en el seno de la familia y, recientemente, el legislador ha ampliado el campo de protección al menor, mediante la Ley 8/2015 y la Ley 26/2015. Sin embargo, el sistema de protección familiar seguirá siendo insuficiente en tanto no se aborde esta reforma de protección total como individuos aislados (padre, madre e hijo) y como familia.

En este aspecto hay que ser optimista, pues el Gobierno ya ha puesto en marcha el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017<sup>823</sup>, pero sus resultados están por ver, y, sin duda, requieren un abordaje normativo integrador de todas las materias que comprende la realidad del menor y la familiar.

En materia de GCC, como reiteradamente señala nuestro TS, debe instaurarse un modelo de normalidad. Dicho modelo es deseable, pero, a mi modo de ver, la situación de corresponsabilidad y de organización familiar que conlleva no es apta para todas las familias, por lo que la preferencia no tiene cabida como principio general, ya que no se puede jerarquizar o regular la existencia de menores preferentes o primarios y menores

---

<sup>822</sup> En este aspecto, todavía recuerdo mi experiencia personal del 4 de noviembre de 2014, día que asistí a la primera tutoría de mi hija (de 3 años) para informarnos sobre las pautas y los procesos de aprendizaje del curso. De los 50 progenitores convocados de los 25 alumnos, asistimos mi mujer y yo, y otras 16 madres. Ningún padre, excepto yo, y ningún padre y madre de manera conjunta, excepto nosotros.

<sup>823</sup> <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2015/140515-consejo.aspx>.

secundarios, en función de su sistema de guarda.

En cuanto a la guarda de menores, sólo puede atenderse a las necesidades concretas de cada menor, las cuales han de ser analizadas caso por caso, ya que lo preferente o preferible para un menor puede no serlo para otro. Además, la implantación de un régimen de guarda requiere, inexcusablemente, la propuesta por parte de uno de los progenitores, debiendo descartarse su implantación de oficio.

El sistema judicial debe requerir, asimismo, la intervención inmediata y participación efectiva del menor en las cuestiones que le afectan. Prueba de su importancia es que dicha intervención se ha visto normativamente reforzada (arts. 2 y 9 de la LOPJM y art. 156 del C.c.), insistiendo el legislador en la obligación del juzgador de escuchar y oír al menor en todos los procesos y decisiones judiciales que puedan afectarle, preservando su intimidad y sus posibles riesgos emocionales.

En este aspecto, sin embargo, se sigue apreciando la necesidad de incrementar los mecanismos de garantía en el proceso consensual de guarda. Además, el legislador nacional debería articular un protocolo procesal de actuación judicial sobre la forma de llevarse a cabo la audiencia la menor, ante la actual indeterminación de dicha comparecencia, que no ha abordado la reciente redacción del art. 9 de la LOPJM. Otro tanto puede decirse, desde la óptica procesal, respecto a los informes técnicos.

Esta disfunción provoca que las comparecencias del menor y los informes técnicos sean diferentes o atiendan a criterios diferentes en función del lugar o del Juez dirige el proceso. Debe el legislador comprender que esta indefensión e inseguridad jurídicas, ya generaron la “actuación” de las regulaciones autonómica en materia de GCC.

En mi opinión, lo deseable hubiera sido que el legislador nacional hubiera afrontado, de manera inmediata, estas disfunciones de la GCC (en concreto, el informe favorable y la excepcionalidad), lo que, sin duda, habría mitigado o impedido la profusa regulación territorial en materia de GCC, la cual ha generado la implantación de distintas soluciones en función de la ley sustantiva aplicable al menor o su residencia, en un “abanico legal” que puede constatarse por la falta de unidad de pautas o criterios a la hora de evaluar el ISM en los supuestos de GCC.

Esta disparidad de pautas o regulaciones también se evidencia en materia tan sensible como la violencia ejercida sobre los menores tanto a nivel nacional como territorial. Al respecto, considero inaceptable vincular el episodio violento acaecido sobre el mayor respecto del menor, sin evaluar las consecuencias de aquél sobre éste, por ello considero equivocado pretender “*ab initio*” denegar la posibilidad de otorgar la GCC, la individual, o las estancias en favor del padre o la madre infractor, sin entrar siquiera a hacer una valoración de las circunstancias concurrentes al caso.

El Estado debería concienciarse sobre la necesidad de regular, de forma unitaria, toda la normativa de protección del menor, así como de implantar las herramientas necesarias para que la evaluación del riesgo sobre el menor sea una realidad, pues poco podrá hacer el Juez, más que pronunciarse, si no cuenta con los medios materiales y humanos adecuados (como sabemos, los equipos psicosociales son insuficientes y, por tanto, están colapsados) que le permitan ser informado respecto a la citada valoración.

El epicentro de la privación de la patria potestad o de la prohibición de GCC, de la individual o de las estancias no es la comisión de ciertos delitos, sino la repercusión de estos hechos sobre el menor, así como su protección en relación con el progenitor infractor.

Finalmente y en relación a la pensión de alimentos y a la atribución del uso de la vivienda familiar en estos supuestos, ha de valorarse positivamente que el pre-legislador regule, de manera explícita, en el ALECP tanto la prevalencia de *“lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos”* como la estrecha vinculación entre estas dos importantes cuestiones en la propuesta de nueva redacción del art. 93.3 y del art. 96, apartado 4º del C.c., así como la de definir qué son gastos alimenticios ordinarios y extraordinarios (art. 93.2) y la de pautas que deben tenerse en cuenta para calcular los mismos (art. 93.3).

En mi opinión, el pre-legislador debería aprovechar esta oportunidad para proteger al menor estableciendo un umbral mínimo o vital de subsistencia en materia de alimentos para cualquier modalidad de guarda, lo que requeriría la modificación del art. 148 del C.c. conforme a la propuesta realizada al abordar el estudio de dicha cuestión.

Por último, no quiero dejar de exponer que el éxito de la GCC depende, en gran medida, de las facilidades que tanto el legislador estatal como el intra-estatal están promoviendo, sin duda, en favor de la neutralidad parental. Pero se hace preciso una coeducación y una concienciación o implicación paterna que permita la implicación efectiva de ambos progenitores como titulares de una coparentalidad responsable que respete los derechos de cada progenitor, concienciación social que puede apreciarse en ciertos territorios de España, incluso antes de la aparición de la correspondiente normativa en materia de GCC, como puede constatarse con los datos estadísticos ofrecidos, que vienen a demostrar que la media nacional del 18% de GCC es insuficiente.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA<sup>824</sup>

### 1997

Encarnación ROCA I TRÍAS (Coord.)  
*Derecho de familia*  
Tirant lo Blanch. 1997

### 2001

M<sup>a</sup> Elisa ESCOLÁ I BESORA  
“Competencia objetiva y funcional”  
*Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*,  
Alonso-Cuevillas Sayrol (coord.), Volumen I  
Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2001. Páginas 293-306

### 2004

AAVV  
*La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*  
AEAF. Dykinson. 2004

Herminia CAMPUZANO TOMÉ  
“La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las audiencias provinciales”  
*Aranzadi Civil*. Núm. 22, 2004 (BIB 2005\563)

Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA  
*La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*  
Dykinson. 2004

### 2005

Ana SEISDEDOS MUIÑO  
“Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación  
matrimonial: primera aproximación al nuevo texto del código civil (Ley 15/2005)”  
*Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 22, 2005 (BIB 2005\2649)

Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA  
*Matrimonio y divorcio*  
Dijusa. Septiembre 2005

Inmaculada VIVAS TESÓN  
“La guarda y custodia compartida de los hijos en la práctica judicial más reciente”  
*El Derecho* (EDO 2005/188140)

---

<sup>824</sup> Ordenada cronológica y alfabéticamente, ya que la materia objeto de estudio requiere un análisis detenido atendiendo al momento coyuntural de la elaboración doctrinal.



## 2006

Fátima DOMÍNGUEZ CASTELLANO

“La guarda y custodia compartida. Situación anterior y actual tras la reforma operada por la ley 15/2005, de 8 de julio 2005, en materia de separación y divorcio”

*Revista Sepin*. Mayo 2006. Núm. 55 (SP/DOCT/2836)

Roberto LLORENTE PINTOS

“El régimen de visitas: la corta edad como impedimento para la pernocta”

*Revista de Derecho de Familia*. Núm. 33, octubre-diciembre 2006

## 2007

Ángeles DE PALMA DEL TESO

“Las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia de protección pública de menores”

*Revista d'estudis autonòmics i federals*. Núm. 5, 2007. Páginas 413-445

José DOMINGO MONFORTE

“Custodia compartida disensual ‘rara avis’”

*Revista Derecho de familia*. Núm. 37 Octubre-Diciembre 2007

Aurelia María ROMERO COLOMA

“La falta de relación del progenitor con el hijo (o hijos) menor de edad como causa de privación de la patria potestad”

*Revista de Derecho de familia*. Núm. 36. Julio-Septiembre de 2007

Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA

*Derecho de familia y de la persona*

Bosch. 2007

## 2008

Albert AZAGRA MALO

“El fondo de garantía del pago de alimentos”

*Revista Indret*. Núm. 4, 2008

Carlos LASARTE ÁLVAREZ

*Principios de Derecho civil VI, Derecho de familia*

Marcial Pons. 2008

Fabiola LATHROP GÓMEZ

*Custodia compartida de los hijos*

La Ley. 2008

Dolores VIÑAS MAESTRE

“Guarda y custodia”

*Revista Sepin*. Febrero 2008 (SEPIN P/DOCT/3601)

## 2009

Ana Laura CABEZUELO ARENAS

“Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?”

*Revista Aranzadi Doctrinal*. Núm. 5, 2009 (BIB 2009\695)

Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO

“Guarda y custodia compartida: ¿se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”

*Diario La Ley*. Núm. 7206/2009 AÑO XXX (BIB 2009\4126)

Susana HERNANDO RAMOS

“El Informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida”

*Diario La Ley*. Núm. 7206/2009 AÑO XXX (BIB 2009\4125)

Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ (Coord.)

*Los procesos de familia: una visión judicial*

Colex. 2009

Ana MARTÍN MUÑOZ

“El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad”

*Revista de Derecho de Familia*. Núm. 44, julio-septiembre 2009

Isabel MORÁN GONZÁLEZ

“Custodia compartida y protección de menores”

*Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 2, 2009

Antonio Javier PÉREZ MARTÍN

*Tratado de Derecho de familia*

Lex Nova. 2009

Cristóbal PINTO ANDRADE

*La custodia compartida*

Bosch. 2009

## 2010

María BALLESTEROS DE LOS RÍOS

“Comentario a la Sentencia de 11 de marzo de 2010”

*Cuadernos cívitas de jurisprudencia civil*. Núm. 84, 2010 (BIB 2010\1561)

Mercedes CASO SEÑAL y Adolfo JARNE ESPARCIA

“La audiencia del menor en los procedimientos de familia: guía de recomendaciones para la práctica de la exploración judicial”

*Revista Sepin*. Abril 2010 (SP/DOCT/4487)

Margarita CASTILLA BAREA

“Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”

*Aranzadi Civil*. Núm. 7, 2010 (BIB 2010\1563)

Cristina FERNÁNDEZ GIL

*La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*

Tecnos. 2010

Margit GAFFAL

“Comentario a la sentencia de 28 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 7257)”

*Cuadernos cívitas de jurisprudencia civil*. Núm. 84, 2010 (BIB 2010\1544)

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO

“Criterios de atribución de la custodia compartida”

*Revista Indret*. Julio 2010

Agustín MACÍAS CASTILLO

“Guarda y custodia compartida: ‘deslocalización’ de los hijos como efecto legal inherente al divorcio”

*Actualidad Civil*. Núm. 12, 2010 (BIB 2010\1845)

Andrés RODRÍGUEZ BENOT

“El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”

*Cuadernos de Derecho transnacional*. Vol. 2, Nº. 1, 2010. Páginas 186-202

Aurelia María ROMERO COLOMA

“La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica”

*Diario La Ley*. Núm. 7504, 2010.

## 2011

Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Francisco Javier ORDUÑA MORENO, Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ

*Código civil comentado*

Editorial Cívitas. 2011

José Manuel DE TORRES PEREA

“Custodia compartida. Una alternativa exigida por la nueva realidad social”

*Indret*. Núm. 4, 2014

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE

“La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”

*Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011. Páginas 133- 176.

Antonio Javier PÉREZ MARTÍN

“Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida”

*Boletín de Derecho de Familia El Derecho*. Núm. 110, de 1 de marzo de 2011 (EDB 2011/7242)

Andrés RODRÍGUEZ BENOT y Alfonso YBARRA BORES

“Crónica sobre derecho procesal civil internacional”

*Revista electrónica de estudios internacionales*. Núm. 21, 2011

Almudena MORENO MÍNGUEZ

“Conciliación de la vida laboral y familiar en el modelo de flexibilidad en España desde una perspectiva de género”

*Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*. Enero de 2011

Isaac TENA PIAZUELO

“Custodia compartida en Aragón (ley 2/2010): ¿niños ‘de primera’?”

*Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 1, 2011 (BIB 2011\21)

Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA

“La oculta y oscura vecindad civil”

*Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 832, 2011 parte Tribuna. Página 2

## 2012

Consuelo BAREA PAYUETA

*Los inconvenientes de la custodia compartida*

Ediciones Consuelo Barea. Mayo 2012

Bernardo CRUZ GALLARDO

*La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*

La Ley. Mayo 2012

Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (coord.)

*Derecho de familia*

Cívitas. 2012

Vicente GIMENO SENDRA

*Derecho procesal civil. Los procesos especiales*

Colex. 2012

Javier NANCLARES VALLE

“La custodia de los hijos en el Derecho civil de navarra”

*Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 1, 2012 (BIB 2011\1379)

María Teresa PICONTO NOVALES y Elisabet ALMEDA SAMARANCH (coords.)

*La custodia compartida a debate*

Universidad Carlos III, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Dykinson. 2012

Encarnación ROCA I TRÍAS (Coord.)

*Memento experto. Crisis matrimoniales*  
Francis Lefebvre. 2012

José Antonio SERRANO GARCÍA  
“La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia”  
*Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2012, El Justicia de Aragón.  
Páginas 181 y ss.

Carlos VILLAGRASA ALCAIDE  
“La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades”  
*La custodia compartida a debate* (PICONTÓ NOVALES y ALMEDA SAMARANCH, coords.).  
Universidad Carlos III, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.  
Dykinson. 2012. Páginas 77-100.

## 2013

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.)  
*Comentarios al Código civil*  
Bosch. 2013

Carmen PÉREZ CONESA  
“Análisis crítico de las reformas del código civil propuesta por el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”  
*Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 8, 2013 (BIB 2013\2402)

Antonio Javier PÉREZ MARTÍN  
“Primera lectura del anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad separación y divorcio”  
*Revista de la AEAFA*. Núm. 69, Julio 2013

Aurelia M<sup>a</sup> ROMERO COLOMA  
“Los inconvenientes para la concesión de la custodia compartida”  
*Actualidad jurídica Aranzadi*. Núm. 873, 2013. Página 5

José Luis SARRIEGO MORILLO  
“Los olvidados derechos de los progenitores no custodios”  
*Revista de Derecho de familia*. Núm. 19, 2013

Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA  
*Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de la pareja*  
Bosch. 2013

## 2014

Rafael ALCÁZAR RUÍZ  
“Diseño de una escala para la evaluación de la custodia compartida en el ámbito judicial”

*Azarbe: Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*. Núm. 3. 2014. Páginas 271-277

Ana Isabel BERROCAL LANZAROT

“Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida”

*La Ley Derecho de Familia*. Núm. 3, 2014

Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Derecho Internacional Privado*

Comares. 2014

Iciar CORDERO CUTILLAS/Antonio FAYOS GARDÓ

“La custodia compartida en las distintas legislaciones españolas. La nueva lista de bienestar del menor en el anteproyecto de reforma del Código”

*La Ley Derecho de Familia. Revista sobre familia y menores*. Núm. 1. 2014. Páginas 4-12

José DOMINGO MONFORTE

“Custodia y nido compartido: todo cambia”

*Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 891, 2014 (BIB 2014\3390)

José María ESCALONA LARA

“La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias prácticas”

*La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*. Núm. 1. 2014. Páginas. 59-65.

Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ

*Derecho Internacional Privado*

Aranzadi. 2014

Juan Pablo GONZÁLEZ DEL POZO

“Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental”

*Revista de Familia*, 1 de abril de 2014

Carmelo HERNÁNDEZ RAMOS

“Beneficios y perjuicios de la guarda y custodia compartida y la individual para los menores afectados”

*La Ley Derecho de Familia*, 17 de noviembre de 2014

Francis LEFEBVRE

*Pensión de alimentos: las 100 cuestiones más consultadas*

Francis Lefebvre. 2014

Óscar Daniel LUDEÑA BENÍTEZ

“El Derecho de familia de la Unión Europea: Cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los estados miembros”

*Revista Jurídica de Castilla y León*. Núm. 32. Enero de 2014

María PÉREZ GALVÁN

“La exploración de los menores en los procesos de familia”  
*La Ley Derecho de Familia*, 18 de noviembre de 2014

Isaac RAVETLLAT BALLESTÉ

“El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Antecedentes a la Observación general núm. 14 (2013)”  
*La Ley Derecho de Familia*, 13 de noviembre de 2014

José Luis RODRÍGUEZ LAÍN

“El secreto de las comunicaciones en el derecho de familia (control parental y valor probatorio de comunicaciones entre integrantes de un núcleo familiar)”  
*Revista de Derecho de Familia*. Núm. 65. 2014

Luis SANZ ACOSTA

“Consolidación de la doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida”  
*Actualidad civil*. Núm. 3, 2014

Inmaculada VIVAS TESÓN

“La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales”  
*RCDI*, 2014. Núm. 745. Páginas 2510-2552.

## 2015

Francisco José ALONSO ESPINOSA

“Custodia compartida e interés superior del menor”  
*Diario La Ley*. Núm. 8556, 8 de Junio de 2015

Sonia CALAZA LÓPEZ

*Procesos de familia y división de patrimonios*  
Cívitas. 2015

María Aurora LÓPEZ AZCONA

“El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida”  
*Revista Boliviana de Derecho*. Núm. 19, 2015. Páginas 206-235

Pedro Manuel LÓPEZ ROMERO y Francisco José ALONSO ESPINOSA

“Custodia compartida e interés superior del menor”  
*Diario La Ley*. Núm. 8556. 2015

Javier MARTÍNEZ CALVO

“Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales”  
*La Ley Derecho de familia*, 4 de Mayo de 2015

María SERRA MUÑOZ

“La sustracción internacional de menores en España”  
*Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 909. 2015

## SELECCIÓN JURISPRUDENCIAL

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS	27-2-1980	RJ 1980\1012	Acuerda la guarda de la hija a favor del padre, en este momento converso a la Religión Católica, y Testigo de Jehová, la madre, circunstancialmente a tener en cuenta, ya que incluso la vida de la menor, pueda estar afectada: <i>“de quedar al cuidado de la madre, de no poder ser objeto de una transfusión de sangre si ello fuera necesario,...”</i> .
STS	19-10-1983	RJ 1983\5333	CONSIDERANDO 2º. Concepto, ejemplo corruptor de la madre. La Sala analiza un supuesto de hecho en el que la madre (soltera) mantiene relaciones con un hombre casado y separado de su esposa. Esta conducta es calificada como reprobable desde el punto de vista social, pero sin alcanzar trascendencia suficiente para determinar la privación del derecho a la guarda, que está orientado en favor de la menor.
STS	11-10-1991	RJ 1991\7447	FD 2º. Destaca el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores, incluido entre los que la doctrina denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado. Esto conlleva la indisponibilidad del derecho a la patria potestad y a la guarda de los menores, que cristaliza en su irrenunciabilidad e imprescriptibilidad.
STS	18-10-1996	RJ 1996\7507	FD 4º, en relación a la patria potestad destaca el aspecto personal relativo a la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, y el económico: <i>“evidentemente, la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual, supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada, y a este respecto, los presupuestos establecidos en las sentencias recaídas en primera y segunda instancia fueron los siguientes: -no consta suficientemente probada una conducta agresiva del demandado hacia la hija, -en cuanto al aspecto económico se ha probado que el padre enviaba a la madre unas cantidades mínimas durante el año 1984, sin que conste si tales entregas continuaron, -consta que la tenía incluida en la cartilla de Seguridad Social, -se ha seguido relacionando con la hija”</i> .



STS	31-12-2001	Roj. 10458/2001	FD 2º. No procede la privación de la patria potestad cuando la desatención es forzosa y temporal: <i>“la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta que la situación de desatención respecto a los hijos de la recurrente fue forzosa y temporal (apenas duró tres días), y se debió a problemas familiares graves, de manera que esta actitud no justificaba una constitución de tutela, sino sólo la de una mera guarda temporal- se desestima”</i> .
STS	9-7-2002	RJ 2002\5905	FD 1º. Concepto de patria potestad como derecho inherente de la paternidad y maternidad y en nuestro ámbito tiene indudable carácter de función tutelar que la configura como institución en favor de los hijos.
STS	10-12-2003	RJ 2003\8648	FD 1º. Sobre las naturaleza jurídica mixta de los convenios reguladores: <i>“la naturaleza de los convenios reguladores viene representada por constituir un efectivo negocio de naturaleza mixta, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial que no elimina ni desplaza su naturaleza esencial de tipo contractual privada, ya que su elaboración dimana de la voluntad de los otorgantes que se expresa en el acto material de llevar a cabo la división y adjudicación del haber ganancial”</i> .
STS	11-10-2004	RJ 2004\6642	FD 2º. Establece como causa de privación de la patria potestad al padre haberse probado el incumplimiento (no pagó nunca) respecto a su hija la pensión de alimentos - y fue reclamada judicialmente-: <i>“la consideración del incumplimiento especificado como grave no impide el control previsto en el artículo 158 del Código Civil, reiterado en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero (protección jurídica del menor), ni el derecho del menor a ser oído, ni a su información adecuada, debiendo buscarse su desarrollo integral, de acuerdo con su personalidad, ni las prestaciones alimenticias impuestas al padre que contempla el artículo 110 del Código Civil, que trascienden a la patria potestad y función familiar, todo ello conforme a las previsiones contenidas en su artículo 39 de la Constitución Española, de manera que tampoco resultará inútil recordar la protección familiar contenida en los artículos 226 y 228 del Código Penal de 1995, nada de lo cual impedirá en el futuro que, en beneficio o interés de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieren cesado las causas que motivaron la privación (artículo 10-2 del Código Civil)”</i> .
STS	8-10-2009	RJ 2009\4606	FD 5º. En el que viene a diferenciar o exponer los diversos sistemas jurídicos de Derecho comparado relativo a la GCC, en aquellos casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), frente a otros modelos que permiten otorgarla con la falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, etc.) <i>“los sistemas de guarda compartida vigentes en Derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada</i>

*caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores”.*

STS 10-1-2011 RJ 2012\3642

Esta vino a criticar la ausencia de criterios o pautas legales para la averiguación del ISM sin que esto impida la GCC, en su FD 3º: *“los criterios que se deben de valorar en la atribución de la guarda y custodia compartida, también han sido analizados por esta Sala. Así en la sentencia de 8 octubre 2009, RC núm. 1471/2006 (RJ 2009, 4606), se señaló que “ [...] el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.*

STS 7-4-2011 RJ 2011\3152

FD 4º. Sobre la valoración de los informes técnicos: *“en la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 (RJ 2010, 7302) y 8 octubre (RJ 2010, 7445) y 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2340) y 28 septiembre 2009 (RJ 2009, 7257). La reforma de 2005 acordó que con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes y que el Juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor. Pero a partir de aquí, la decisión del juez está sometida al criterio de escrutinio general, es decir, que solo podrá ser revisada por esta sala cuando sea arbitraria (caso de la STS de 1 octubre 2010), o bien llegue a conclusiones erróneas (casos de*

las SSTS de 10 marzo 2010 (RJ 2010, 2329) y 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606) ), porque debe repetirse que el juez no está vinculado por los informes de los profesionales, que debe apreciar y expresar las razones de su decisión, porque las sentencias deben ser siempre motivadas (art. 120.3 CE) y art. 218.2 LEC), para evitar la arbitrariedad”.

STS	7-4-2011	RJ 2011\3152	<p>FD 3º. La valoración de los hechos o labor prospectiva del ISM ha de realizarse independientemente de la incardinación en tipos penales determinados, esté el supuesto de hecho incluido o no en la lista del párrafo 7º del art. 92 C.c.: “se va a estudiar en primer lugar la segunda de las cuestiones introducidas en este recurso, es decir, la relativa a la condena por amenazas al cónyuge. El artículo 92.7 CC establece que no procederá esta guarda cuando uno de los cónyuges esté incurso en un procedimiento penal del tipo de los previstos en la primera parte de este párrafo, pero a continuación añade que “tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”. Es verdad que el delito por el que fue condenado el ahora recurrente no está incluido en la lista contenida en la primera parte del párrafo séptimo del artículo 92 CC, pero sí puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, la ley declara que no procede la guarda conjunta.</p> <p>Además, debe recordarse al recurrente que éste no fue el único argumento que llevó a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca a rechazar la guarda compartida, puesto que se utiliza como un criterio más entre los enumerados en la sentencia. No es decisivo porque aunque se eliminara este argumento, la medida acordada por la sentencia recurrida se mantendría, por las restantes razones, que son suficientes para conservar la decisión de la sentencia recurrida”.</p>
STS	12-5-2011	RJ 2011\3280	<p>FD 3º. Sobre la protección de la familia: “la protección de la familia y el interés del menor. El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”.</p>
STS	22-7-2011	RJ 2011\5675	<p>Sentencia dictada en relación a cómo debe interpretarse la acepción excepcional contenida en el art. 92.8 del C.c. previsto para la GCC disensual. Esta excepcionalidad ha de interpretarse, no como una excepción a la regla general, debe interpretarse referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, y no a que existan circunstancias específicas.</p>

STS	19-4-2012	RL 2012\5909	<p>FD 5º. Sobre la petición de parte en la GCC: <i>“el artículo 92 CC establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión "excepcionalmente", véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno sólo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse”.</i></p>
STS	27-4-2012	RJ 2012\6105	<p>FD 2º. Sobre la valoración de los informes técnicos: <i>“como afirma la STS 578/2011, de 21 julio (RJ 2011, 5438), en todos los casos examinados contenidos en las sentencias de contraste, "las Audiencias provinciales han decidido sobre una forma u otra de guarda teniendo en cuenta los informes periciales contenido en el procedimiento. Por tanto, no pueden servir como sentencias de contraste para asegurar que existe doctrina contradictoria entre ellas, porque al contrario, todas deciden teniendo en cuenta el interés del menor a la vista de los informes preceptivos según dispone el art. 92 CC. En definitiva, las sentencias que aporta son un pretexto para presentar el recurso, ya que cada una de ellas decide según las circunstancias de los casos planteados, teniendo en cuenta un argumento común para resolver la situación de hecho", que es el interés del menor. De este modo debe excluirse la concurrencia del interés casacional”.</i></p>
STS	29-4-2012	Roj. 2246/2013	<p>FD 2º, viene a concretar de manera esquemática la situación legal actual tras la promulgación de la Ley 15/2005: <i>“pues bien, el artículo 92 CC -STS 19 de abril de 2012- establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión "excepcionalmente", véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno sólo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del</i></p>

*niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de, al menos, uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse”.*

STS	29-6-2012	Roj. 4723/2012	<p>Sobre los requisitos de la privación de la patria potestad, siendo la menor el interés preferente a relacionarse con su padre, siempre que no se produzcan en su perjuicio, debiendo obviarse otros intereses. FD 5º: <i>“la STS 903/2005, de 21 noviembre, trataba de un supuesto en que se había condenado al padre por maltrato al propio hijo, privándole de la patria potestad, argumentando la sentencia citada que “El derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (Sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992, 22-5 y 21-7-1993) y en este sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviesen la misma nacionalidad, para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas sus dimensiones y lo mismo si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto” . Finalmente, la STS 779/1993, de 21 julio, aparece dictada en un caso en que los peritos judiciales consideraron que sería perjudicial para el menor la relación con la madre, lo que es precisamente lo contrario a lo planteado en el caso actual”.</i></p>
STS	29-4-2013	Roj. 2246/2013	<p>FD 3º. Valoración del ISM: <i>“la primacía debe ser de aquel régimen que se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda”.</i></p>
STS	29-4-2013	RJ 2013\3269	<p><b>DOCTRINA</b> en materia del ISM a efectos de GCC: <i>“se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.</i></p>
STS	26-5-2014	Roj. 2609/2014	<p>Terminología progenitor custodio. Y <b>DOCTRINA</b> sobre la determinación de la obligación de entrega y recogida del menor: <i>“se fija como doctrina jurisprudencial que para la determinación de quién es</i></p>

*el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto: a) Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual. b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables”.*

STS	29-5-2014	Roj. 3153/2014	<p>El art. 96 C.c. no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda al menor. FD 2º: <i>“la atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011).</i></p> <p>En el Fallo, apartado 5º dice: <b>“Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente:</b> <i>‘la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC’”.</i></p>
STS	2-7-2014	Roj. 2650/2014	<p>Se acuerda la GCC, la modalidad o periodicidad es tan amplia que sorprende no fuese nominada como GCC. FD 2º: <i>“resolución que impuso un régimen de visitas tan amplio a favor del esposo (fines de semana alternos, de jueves a lunes, y comunicación intersemanal en las tardes de los martes y jueves, además de las correspondientes a los periodos vacacionales) que sorprende que no se adoptara el que ahora se instaura mediante la estimación del recurso puesto que el cambio para los menores sería mínimo y sin duda más beneficioso”.</i></p>
STS	15-10-2014	Roj. 3900/2014	<p>La GCC sobre la base del ISM no de sus progenitores. FD 5º: <i>“la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, sin que este Tribunal pueda decidir sobre la conveniencia general o no de esta forma de protección de los hijos en los casos de ruptura matrimonial de sus padres, salvo si ello es conveniente para ellos en este momento y todo teniendo en cuenta que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias,</i></p>

*por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas”.*

STS	16-10-2014	Roj. 4240/2014	Acuerda la GCC, sobre la infracción de la doctrina jurisprudencial, relativa a las malas relaciones entre los progenitores. FD 2º: <i>“no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal. Por otro lado se acredita la favorable disposición de los menores, la gran aptitud de ambos padres para ostentar la custodia y que se abstienen de predisponer negativamente a los hijos, todo lo cual motiva la admisión del sistema de custodia compartida, como medida más favorable en interés de los menores”.</i>
STS	20-10-2014	RJ 2014\5376	El FALLO expone en relación a la fijación <b>DOCTRINA</b> sobre domicilio del menor o cambio de residencia al extranjero: <i>“se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: el cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él”.</i>
STS	20-10-2014	RJ 2014\5613	FD 5º. NULIDAD DE OFICIO. Transgresión del derecho a ser oído del menor: <i>“la aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005.</i> <i>Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada”.</i> FALLO: <i>“procede acordar la nulidad de oficio de la sentencia recurrida de 27 de marzo de 2013 de la Sección primera de la Audiencia Provincial de Orense, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad”.</i>
STS	22-10-2014	Roj. 4084/2014	Acuerda el sistema de GCC semanal, y en el FD 2º recuerda el cambio -extraordinario y sobrevenido- que establece el sistema de guarda conjunta como normal y no excepcional, y no vinculación al informe favorable del Ministerio Fiscal. <i>“complementario de todo ello es la reforma del C. Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor”.</i>

STS	24-10-2014	RJ 2014\5180	<p>FD 3º. Sobre el uso y la atribución de la vivienda en los supuestos de GCC, no recogido en el C.c., sí en las regulaciones de las CCAA: <i>“si lo han regulado otras leyes autonómicas: a) Código Civil de Cataluña, redactado por Ley 25/2010, de 29 de julio, relativo a la persona y la familia, en cuyo artículo 233.20 atribuye el uso al cónyuge más necesitado con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. b) El artículo 81 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares, señalando que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia y c) La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en cuyo artículo 6 señala que a falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda; atribución que tendrá carácter temporal siendo la autoridad judicial la que fije el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario”.</i></p>
STS	18-11-2014	Roj. 4608/2014	<p>FD 3º. Sobre la doctrina del TS en materia de ISM en supuestos de GCC, acordando la GCC -por semanas-, y pese al pacto anterior de los progenitores, FD 4º: <i>“ambas partes convinieron las medidas que habían de regir en el futuro sus relaciones y en ellas se dispuso que el menor permaneciera bajo el cuidado cotidiano de su madre, por lo que no resulta oportuno la modificación de la medida pese al cambio de residencia y de horario laboral del padre, e incluso la cordialidad en las relaciones entre ambos progenitores, que se esgrimen para hacer efectiva la medida, puesto que ha ofrecido “las condiciones necesarias para un desarrollo armónico y equilibrado del niño” y ello, pese a reconocer en el padre las condiciones necesarias para asumir, en plano de igualdad con la otra progenitora, la función debatida, porque “alteraría los hábitos y rutina diaria ” a la que viene acostumbrado. Es decir, la sentencia petrifica la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido”.</i></p>



STS	13-2-2015	Roj. 253/2015	FD 3°. Sobre la individualización del ISM, caso por caso: <i>“es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso; de un menor que a los seis años de edad sufre una experiencia traumática por el asesinato de su padre, con el que convivía, por su madre, que cumple en la actualidad condena de 18 años de cárcel, y que ha estado bajo la custodia de la tía paterna desde entonces. El interés en abstracto no basta”</i> .
STS	16-2-2015	Roj. 258/2015	Acuerda la GCC por semanas alternas, estimando el recurso interpuesto y en el FD 2° <i>in fine</i> recuerda el amplísimo sistema de visitas más próximo a una GCC que a un sistema monoparental. En el FD 3° indica los beneficios de la GCC en 4 apartados a razones: <i>“a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”</i> .
STS	16-3-2015	Roj. 615\2015	Sobre la situación de conflicto de los progenitores y cómo debe interpretarse. En esta Sentencia se analiza la situación de conflicto (condena por coacciones por cambio de cerradura y también discrepancias sobre el colegio o el tipo de educación del menor) de dos profesores universitarios con igual disponibilidad e ingresos, con divergencias que califica el juzgador de razonables, y por tanto no son un obstáculo a la GCC que la establece (a falta de acuerdo) de forma semanal.
STS	17-7-2015	RJ 2015\2784	FD 2°. No es una medida excepcional al GCC, sino debe ser el normal y deseable: <i>“2. Se ha de partir (STS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013 (RJ 2015, 553)) de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable, señalando la Sala (SSTS 29 de abril de 2013 (RJ 2013, 3269), 25 de abril de 2014 (RJ 2014, 2651), 22 de octubre de 2014, Rc. 164/2014 (RJ 2014, 5023)) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea. Ha supuesto un cambio sustancial de visión sobre la guarda y custodia compartida la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que la Sala se hace eco en las sentencias citadas (STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185))”</i> .

FD 2º. Sobre el ISM como rector de la política social y económica, influenciada por los textos internacionales: *“en toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales”*.

## SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Valencia (Sección 6ª)	22-4-1999	AC 1999\4941	FD 6º. Destaca que no se ha planteado la GCC, pero puede plantearse de oficio al no quedar el Tribunal constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en las materias que afecta al interés público o en beneficio de los niños, y de las relaciones con sus progenitores.
SAP de Guipúzcoa (Sección 1ª)	29-7-1999	AC 1999\1450	FD 1º. Sobre la GCC y el criterio o circunstancia de la conciliación de la vida familiar y laboral: <i>“resulta incuestionable que la jornada laboral del padre, tal y como aparece reflejada en las actuaciones permite al mismo no sólo disponer de mayor tiempo para ocuparse de las niñas, sino también por su estabilidad y regularidad en los honorarios, supervisar y de algún modo, ejercer de forma más directa dicha guarda y custodia, toda vez que tal y como se desprende del contenido de la certificación expedida por la Consejería de Interior del Gobierno Vasco al folio 98 y ss. Arantxa R. G. se encuentra sometida a una jornada laboral sumamente cambiante, distribuida en turnos de mañana, tarde y noche con permanencia incluso durante los fines de semana por lo que aun siendo compatible el desempeño de su actividad laboral con el cuidado de las hijas, no cabe duda que la especialidad de aquél le obligaría, puesto que además a diario ha de trasladarse hasta San Sebastián, donde presta sus servicios, con suma frecuencia a recurrir a terceras personas para que se hicieran cargo de las menores durante largos períodos de tiempo, por lo que de adjudicarse a aquélla la guarda y custodia en realidad las menores se verían obligadas a permanecer durante períodos sumamente largos, bajo la supervisión y cuidado de terceras personas...”</i> .
SAP de Madrid (Sección 22ª)	25-5-2001	AC 2001\1505	FD 4º. Establece como causa de privación de la patria potestad la desatención a la menor: <i>“el padre desatendió el crecimiento, alimentación, educación, la evolución y desarrollo vital, en definitiva, de Andrea de 13 años de edad en la actualidad, de la que no se ocupó y con la que no contactó durante tan largo tiempo y, quien acorde con todo ello, en la exploración judicial practicada en la inmediación de la primera instancia manifestó ‘no querer estar con el padre’, porque ‘lleva mucho tiempo sin verle y sin que se preocupase de ella’”</i> .
SAP de Cádiz (Sección 1ª)	27-5-2002	JUR 2002\191147	FD 1º. Sobre la denegación de la voluntad del menor, al no esgrimir razón o motivo, y por conllevar la separación de hermanos: <i>“José</i>

*Antonio no da ninguna razón o motivo para decantarse por mantenerse bajo la custodia del padre y no de la madre. Ningún obstáculo existe para que la madre de ambos menores pueda asumir la guarda y custodia de ambos, mientras que, por el padre, si bien se solicitó inicialmente la guarda y custodia de ambos hijos, en la actualidad se limita a solicitar la guarda y custodia de uno de ellos, pretendiendo, de esta forma, separar a los hermanos; por ello, el criterio adoptado por el juzgador a quo de mantenerlos unidos bajo la guarda y custodia de la madre ha de entenderse correcto y beneficioso para el desarrollo de los menores. El hecho de que en la actualidad ambos progenitores vivan cerca uno del otro (se afirma que a unos 500 metros), no es razón para separar a los hermanos; más bien todo lo contrario, favorece no solo el que vivan juntos, sino -que además podría favorecer el contacto de ambos con sus progenitores”.*

SAP de Córdoba (Sección 2ª)	16-10-2002	JUR 2002\274676	FD 3º. Establece como causa de privación de la patria potestad la desatención de la menor, más reprobable en los primeros meses o años de vida: <i>“total omisión por el demandado de los deberes de asistencia material y moral respecto del hijo menor, desde los primeros meses de su vida, cuando la atención de ambos progenitores son absolutamente indispensables, por lo que la medida de privación de la patria potestad, aunque en extremo dura para el padre, resulta una medida indispensable de protección de los intereses superiores del menor –actualmente integrado en la familia materna– o mejor dicho, necesaria para la protección integral del menor conforme al mandato constitucional”.</i>
SAP de Madrid (Sección 22ª)	25-10-2002	JUR 2003\29800	FD 3º. Confirma la decisión del juzgado y acuerda la GCC, solicitada de forma consensuada, y apoyada en informe pericial psicológico: <i>“ambos progenitores pueden brindar a los menores en un medio organizado y establece cuidados, afecto y atención, y en relación con el padre se indica (folio 16) que está preocupado por el bienestar de su hijos y desea que finalice la conflictividad”.</i>
SAP de Valencia (Sección 10ª)	4-2-2003	JUR 2003\93499	FJ 1º. Sobre la corta edad del menor (7 años) que desaconseja la GCC: <i>“no ha lugar a establecer la patria potestad compartida por ambos cónyuges de la menor atribuyéndose al padre apelante la guarda y custodia de ésta, ni a establecer un amplio régimen de visitas a favor de la madre (siempre que lo desee previa comunicación al padre), dado que, como informa el Ministerio Fiscal y consideró la</i>

			<i>Juzgadora "a quo", la corta edad de la niña, 7 años, aconseja que se atribuya la guarda y custodia a la madre, la que, ya lo venía haciendo, al desarrollarse el matrimonio en base al trabajo del padre y ser ella, como "ama de casa", la que se dedicaba a la atención de la niña."</i>
SAP de Cantabria (Sección 2ª)	16-5-2003	JUR 2003\353001	FD 2º. Sobre la igualación de roles entre los progenitores, que no puede ni debe relegar al padre al papel de "proveedor", pues se le negaría injustificadamente el derecho-deber de participación en las decisiones relativas al educación y formación de los hijos.
SAP de Lugo (Sección 1ª)	20-1-2004	JUR 2004\69840	FD 1º. Pernoctas a partir de los 3 años: <i>"en esta segunda alzada el informe del punto de encuentro revela como la relación de la menor con la familia paterna es buena, no obteniéndose en cambio ninguna colaboración de la materna. Si a ello se añade que dado el tiempo transcurrido, el psicólogo D. Millán aconseja ya las pernoctas a partir de los tres años; en lo que concuerda la psicóloga Doña Mariana, pues ya ha transcurrido un año desde la emisión de su informe. Para, finalmente el psiquiatra designado por el juzgado -verdadero perito, funcionario de carrera, de cuya objetividad no cabe dudar entiende que cumplidos los tres años el régimen se podría ampliar, calificándose las acusaciones de "gravísimas e infundadas" las efectuadas al marido"</i> .
SAP de Guadalajara (Sección 1ª)	11-9-2004	JUR 2004\47326	FJ ÚNICO. Sobre la pernocta paterna en supuesto de menores de corta edad (4 años): <i>"...no resultan atendibles los alegatos esgrimidos para conseguir la restricción del régimen de visitas, como tampoco puede serlo el atinente a la corta edad de la hija, pues con independencia de que existan opiniones que avalen la no conveniencia de la pernocta con el progenitor no custodio tratándose de menores de cuatro años, a tal criterio hay que oponer que el contacto y estancia de un niño de corta edad con el padre, es, a priori, una medida conveniente para el desarrollo del menor como medio de lograr que desde un principio se instaure una situación normalizada entre ambos, lo que evitará los cambios bruscos que implicaría introducir una pernocta transcurrido un tiempo prolongado de estancias solamente diurnas, no pudiendo desconocer además que la exclusión de dicha pernocta también incidirá en el régimen de visitas a establecer durante los periodos vacacionales, el cual se vería dificultado, cuando no impedido en su efectividad, si no se permitiera a la menor pernoctar con su padre; máxime cuando no se ha acreditado que exista</i>

*causa alguna que implique que ello pueda perjudicar a la niña... ”.*

SAP de Valencia (Sección 10ª)	18-1-2005	JUR 2005\64101	FD 1º. No a la GCC por no acreditarse mayores beneficios para el ISM, y apoyada en el texto del informe técnico: <i>“en cuyas conclusiones se dice literalmente que “en el conjunto de la información recogida no se han detectado indicios de desatención en el trato que Iris recibe en el hogar materno”, y que “el actual sistema de custodia y visitas ha permitido que la menor mantenga una fuerte vinculación afectiva con ambos progenitores”, y en consecuencia, “se considera que no se dan las condiciones necesarias para la práctica de un sistema de custodia compartida con éxito y se estima que dicho sistema no supondría mayores beneficios para la menor en comparación con la custodia y las visitas actuales”; por ello, no concurriendo otras pruebas objetivas que contradigan sólidamente las conclusiones de este informe, procede la desestimación de este motivo del recurso”.</i>
SAP de Toledo (Sección 2ª)	25-5-2005	JUR 2005\155403	FD 1º. La GCC como algo excepcional: <i>“aunque, de lege ferenda, la custodia compartida pueda ser en breve una realidad, y aunque de hecho exista y se mencione en algunas resoluciones judiciales, ha sido siempre sobre la base del común acuerdo entre los progenitores, porque en caso de desacuerdo, el art. 90 determina una sola persona (deberá indicarse la persona a cuyo cargo deben quedar los hijos). Es, por tanto, innegable que el compartimiento es algo excepcional, cuando las circunstancias lo demanden (económicas fundamentalmente) o cuando los padres así lo pacten, ya que la experiencia enseña, dice la SAP Las Palmas de 15 de abril de 2004, que la medida sólo es buena en la medida en que sea buena la relación entre los cónyuges, que es lo que permite la observancia del régimen entre quienes son capaces de postergar sus desencuentros personales en beneficio del hijo común. En el presente caso eso no se acredita”.</i>
SAP de Madrid (Sección 24ª)	14-9-2005	JUR 2005\234682	FD 2º. La patria potestad se configura en nuestro C.c. como un conglomerado de derechos y deberes de los progenitores respecto de la prole, en aras precisamente de la función protectora y formativa les corresponde a quienes han asumido la decisión de tener un hijo.
SAP de Córdoba (Sección 2ª)	24-4-2006	JUR 2006\230967	FD 2º. Requisitos de la GCC, denegación: <i>“muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores, buena comunicación y</i>

*cooperación entre ellos, residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de personalidad y carácter del hijo y los padres compatibles; edad del menor, que permita su adaptación, cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas, respeto mutuo por ambos progenitores, que no haya excesiva judicialización de la separación, existencia de un vínculo afectivo del con ambos padres y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida.*

*En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres”.*

SAP de Madrid 26-5-2006 JUR 2006\192098  
(Sección 22ª)

FD 2º. Sobre el ISM: *“con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.”.*

SAP de Barcelona 18-11-2006 JUR 2006\49072  
(Sección 18ª)

FD 1º. Sobre la denegación de la voluntad del menor, por su ambivalencia: *“ha adoptado una decisión que en principio podría considerarse contraria a la voluntad manifestada por el menor, en el bien entendido que dicha voluntad no resulta tan clara y contundente a la vista de todos los informes. Señalar al respecto que en el informe del Centre de Salut Mental Infantil i Juvenil aportado por la madre de fecha 12 de marzo de 2004 se hace constar que Xavier ha referido que no quiere irse de casa de su padre y que desearía que todo fuera como siempre, derivándose de todo ello y como se afirma en el informe técnico, la actitud ambivalente del menor frente a este tema”.*

SAP de Valencia (Secc. 10ª)	15-1-2007	JUR 2007\235243	FD 2º. Concepto GC, como quehacer cotidiano y doméstico, que difícilmente podría compartirse por quienes no viven juntos.
SAP de Barcelona (Sección 12ª)	13-2-2007	JUR 2007\204890	FD 4º. GCC imposibilidad ante la nula colaboración entre progenitores: <i>“en el caso de autos, siguiendo el anterior criterio, no se ha constatado que pueda acordarse la guarda y custodia de forma compartida de la hija común, como pretende el padre y ha acordado la Juzgadora a quo. La relación de colaboración entre las partes no parece viable en estos momentos, tal como quedó constatado en el acto de la Vista. La dificultad de llegar a acuerdos entre ellos fue evidente, de manera que no se considera como la situación idónea para poder acordar la guarda y custodia de forma compartida que precisa de una relación entre los progenitores en la que deben llegar a constantes acuerdos en temas relativos a la hija común, que de no alcanzarse se obtendría el resultado no deseado de continuos enfrentamientos entre los progenitores, con alteración de la necesaria estabilidad de la menor”</i> .
SAP de Sevilla (Sección 5ª)	8-5-2007	JUR 2007\42889	FD 2º. Principio de unidad familiar, que recomienda la no separación de los hermanos, que en este caso cede ante la notable integración y adecuado desarrollo del menor en el núcleo materno en beneficio y atención del menor. Es recomendable la convivencia entre los hermanos dado que favorece su desarrollo integral, sin embargo, en determinados supuestos, como el analizado, dadas las dificultades y obstáculos que representa el desarrollo del mayor de los hermanos se estima aconsejable esta separación, que debe mitigarse mediante contactos durante los periodos de visitas, y así se fortalezca y mejore.
SAP de Vizcaya (Sección 4ª)	17-5-2007	JUR 2007\350161	FD 3º. Presencia de GCC, en base al amplísimo régimen de visitas establecido, aunque no sea utilizando el <i>nomen iuris</i> de GCC, y sí el de guarda individual.
SAP de Vizcaya (Sección 4ª)	17-5-2007	JUR 2007\350161	FD 2º. Sobre el <i>status quo</i> del menor como límite: <i>“las situaciones de hecho que se consienten por los progenitores de los menores no pueden ser alteradas si no concurre una causa grave y sustancial que aconseje la modificación del "status quo" libremente consentido por las partes. Las situaciones de guarda y custodia, en derecho de familia, son siempre revisables en atención al superior interés de los hijos menores de edad, pero tal revisión debe necesariamente responder a que se acrediten situaciones de hecho que afecten</i>



*gravemente al estado moral o material del menor sometido a la guarda y que aconsejen modificar lo que hasta tal momento se venía manteniendo como normal".*

SAP de Barcelona 23-10-2007 JUR 2008\12059  
(Sección 12ª)

FD 1º. Sobre la no concesión de la GCC, y el criterio de la conciliación de la vida familiar y laboral, progenitor de profesión abogado: *"Finalmente es de observar que el progenitor, abogado de profesión, tiene una amplia jornada laboral, llegando a casa sobre las 20'30 a 21 horas, y además tiene abierto despacho profesional en Palma de Mallorca a donde se desplaza cuatro días al mes. El proyecto de guarda y custodia compartida supondría que el cuidado y atención de su hija no fuere desempeñado habitualmente por el padre, ante la falta de tiempo disponible, sino por su compañera sentimental. Se ha evidenciado en autos que no está cumpliendo estrictamente el régimen de visitas por consecuencia de deber de atender sus ocupaciones profesionales. La progenitora, que efectúa trabajos de traducción en el domicilio familiar, tiene tiempo más que suficiente para cuidar y atender a su hija en todas sus necesidades afectivas y personales. Por lo explicitado, y por la argumentación contenida en la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, que aceptamos y damos por reproducida, se considera pertinente y acorde con la protección de los intereses de la menor, que la misma permanezca bajo la guarda y custodia de la madre, si bien con ejercicio compartido de la patria potestad, y con un amplio régimen de comunicación paterno filial".*

SAP de Castellón 23-10-2007 JUR 2007\228244  
(Sección 2ª)

La GCC "nido" con periodos de alternancia de cinco meses, el hijo vivirá siempre en el domicilio familiar con el progenitor en cuya compañía esté en cada momento, siendo los padres los que habrán de cambiar de domicilio cuando no les corresponda vivir con su hijo.

AAP de Salamanca 30-10-2007 JUR 2008\85623  
(Sección 1ª)

FD 2º. Sobre la necesaria participación de ambos progenitores en los gastos de ortodoncia y nuevas gafas (no son de carácter urgente o inmediato) debiendo ser esta decisión sobre el gasto, compartida por ambos titulares de la patria potestad.

AAP de Madrid 7-11-2007 JUR 2007\61309  
(Sección 22ª)

FD 2º. Sobre la problemática concerniente al ejercicio cotidiano de la patria potestad, en concreto el padre solicita se requiera a la madre para que mantenga a la hija debidamente vestida, de acuerdo con la temperatura ambiente y que, para cualquier incidencia que afecte a su salud, se dirija a la pediatra de la menor.

Cuestión atribuida a la competencia exclusiva del Juzgador a quo, al quedar excluida del sistema ordinario de recursos.

SAP de Castellón (Sección 2ª)	21-1-2008	JUR 2008\156176	FD 1º. Sobre el requisito del informe favorable del MF como límite a la GCC, denegación: <i>“ahora bien, el C. Civil, tras la reforma introducida por Ley 15/2005 de 8 de julio, el art. 92 prevé la custodia compartida bajo unos requisitos que cuando no tienen como soporte la común voluntad de los progenitores (apartado 5 del art. 92), se contempla como excepcional, siempre bajo el prisma del interés del menor, y con informe favorable del Ministerio Fiscal (apartado 8 del precepto), que no concurre en el presente caso a la vista de la petición formulada por el mismo en el juicio de que la guarda y custodia de los menores siga atribuida a la madre ratificando las medidas acordadas en su día en la sentencia de separación, por lo que no cumplida esta exigencia legal, no ha lugar a fijar una guarda y custodia compartida, respecto de la cual la madre de los menores también se ha opuesto por entender que aquéllos están bien como están y en este sentido la sentencia de instancia al referirse a que el Ministerio Fiscal ha emitido informe desfavorable ha argumentado que dicha circunstancia no causa ninguna perturbación respecto de la situación de los menores”.</i>
SAP de Salamanca (Sección 1ª)	28-1-2008	JUR 2008\235618	FD 2º. Emplea de forma indistinta las expresiones “régimen de alternancia en la convivencia”; “régimen compartido” “guarda compartida” “ejerció compartido de la guarda y custodia de la niña” “guarda y custodia”; “guarda de la menor”; “medida de guarda y custodia de la menor”.
SAP Girona (Sección 2ª)	30-1-2008	JUR 2008\138233	FD 6º. Sobre la aplicación del C.c. a una persona de vecindad civil catalana: <i>“lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil. La aplicación de dicho precepto a un divorcio entre personas de vecindad civil catalana es como mínimo muy dudosa. A este respecto hay que recordar que el artículo 149.1.8 de la CE atribuye a algunas Comunidades Autónomas competencia legislativa en materia civil, con muy escasas excepciones, entre las que se encuentra en lo que aquí interesa, la competencia del Estado para regular las formas de matrimonio. Un simple estudio sistemático de la ubicación del precepto citado en la sentencia apelada dentro de la regulación que del matrimonio se contiene en el Código Civil, permite constatar que se halla incluido dentro del capítulo regulador de los efectos comunes a los casos de nulidad, separación o divorcio y no dentro del</i>

			<i>correspondiente a las formas del matrimonio. El CF de Catalunya, y bajo el mismo epígrafe, también regula dichos efectos. Si se atiende al sistema de fuentes del Derecho Civil catalán y a la interpretación e integración de sus normas, contenidas en los artículos 111 1 y 2 del Codi Civil de Catalunya, se aprecia que tan automática aplicación”.</i>
SAP de Madrid (Sección 24ª)	31-1-2008	JUR 2008\98007	FD 3º. La Sentencia destaca que la GCC, en puridad jurídica y terminológica implica romper el vínculo y con ello la separación física de cuerpos, es decir, ausencia de convivencia y de coexistencia en el mismo domicilio, una guarda y custodia periódicamente alternativa.
SAP de Jaén (Sección 3ª)	26-2-2008	JUR 2008\235196	FD 2º. Sobre la exigencia de la buena relación entre los progenitores para acordar la GCC, denegación: <i>“pues bien, desde esta perspectiva, la mayoría de la doctrina jurisprudencial exige, en cualquier caso, para la admisión de la guarda y custodia compartida, la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo o hijos comunes, ya que en caso contrario dicha medida puede convertirse en el germen de un espacio de inestabilidad y conflictividad en el que naufraguen emocionalmente, que conforman el punto referencial más vulnerable, y esa buena relación entre los progenitores, como señala el juzgador "a quo", no se da en el caso de autos”.</i>
SAP de Valencia (Sección 10ª)	26-2-2008	JUR 2008\191617	FD 2º. Resalta el hecho o la posibilidad de acordar la GCC -no es una novedad-, en cambio sí constituye novedad, el que se regule legalmente como modalidad alternativa de guarda.
SAP de Navarra (Sección 2ª)	28-2-2008	JUR 2008\288341	FD 2º. Resalta el hecho o la posibilidad de acordar la GCC -no es una novedad: <i>“por lo que se refiere a la custodia compartida, se trata de una modalidad de guarda y custodia reconocida expresamente por nuestro Código civil a partir de la reforma de la Ley 15/2005, aunque ya venían concediéndola los Juzgados con anterioridad en caso de existencia de acuerdo entre las partes”.</i>
SAP de Navarra (Sección 2ª)	28-2-2008	JUR 2008\288341	FD 2º. Resalta el hecho o la posibilidad de acordar la GCC, no es una novedad, ahora está rodeada de formalidades o cautelas: <i>“pese a este reconocimiento legal, la Ley rodea de toda una serie de garantías y formalidades la concesión de esta medida, lo cual pone de manifiesto que en esta materia debe operarse con una gran cautela. En particular, la guarda</i>

*y custodia procede cuando la solicitan ambos cónyuges, pero no basta con dicho consentimiento, sino que aun en tal caso el Juzgador debe oír al Ministerio Fiscal y explorar a los menores para apreciar si es lo mejor para ellos”.*

SAP de Islas Baleares (Sección 4ª)	12-3-2008	JUR 2008\332730	FD 2º. Sobre el grado de colaboración y cooperación o buena sintonía de los progenitores para acceder a la GCC: <i>“conforme indicó esta Sala en sentencia de fecha 11 de diciembre de 2007 (nº 527/07), es cierto que el sistema de guarda y custodia compartida ha sido mirado, de antaño, con cierto disfavor por doctrina y jurisprudencia y que, tal vez, precisa de una especial colaboración de los progenitores, no en orden a resolver sus conflictos interpersonales, sino en su relación con los hijos”.</i>
SAP Islas Baleares (Sección 4ª)	12-3-2008	JUR 2008\332730	FD 2º <i>in fine</i> . Sobre el disfavor legal agravado a la GCC: <i>“el disfavor sigue latente en la normativa, si no es que se ha agravado. Si antes resultaba defendible doctrinal y jurisprudencialmente, como se acaba de exponer, que la mencionada medida podía ser adoptada de oficio por el Juez, en mayor beneficio del menor afectado, dicha solución ha de ser hoy descartada. Tal como actualmente está diseñada o debe ser solicitada por ambas partes o, “excepcionalmente”, puede acordarla el juzgador a instancia de una sola de las partes, siempre que se obtenga informe favorable del Ministerio Fiscal y sea la “única” forma de proteger adecuadamente el interés del menor”.</i>
SAP de Guipúzcoa (Sección 3ª)	8-4-2008	JUR 2008\171463	FD 1º. No se estima adecuada la GCC, porque la verdadera esencia de esta figura radica en un reparto efectivo entre ambos progenitores del deber de cuidado del hijo, procurando con ello una mayor y mejor cobertura de sus necesidades.
SAP Madrid (Sección 22ª)	28-4-2008	JUR 2008\178170	FD 2º. Sobre el requisito del informe favorable del MF a la GCC, denegación: <i>“falta el requisito de informe favorable del Ministerio Fiscal previsto en el artículo 92-8 del C.C., es cierto que dicho requisito ha sido cuestionado por un amplio sector doctrinal que considera que incide negativamente en la facultad decisoria del Juez y que sería conveniente que, por reforma legislativa se suprimiera el requisito de que el informe del Fiscal tenga que ser favorable y se diera una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley dice que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal con independencia del</i>

*sentido del mismo, y hay una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas el 13-09-2006, pero mientras no se declare su inconstitucionalidad o se derogue el principio de legalidad que es la base de nuestro Ordenamiento jurídico determina que haya de estar a dicha exigencia”.*

SAP de Toledo (Sección 1ª)	16-5-2008	JUR 2008\330924.	FALLO. Se establece una guarda y custodia de forma o alternancia por periodos escolares completos, lo que conlleva el cambio del ejercicio de la guarda y custodia compartida al final de cada año escolar. El progenitor que no conviva con el menor, tendrá derecho de visitas los fines de semanas alternos y dos días inter semanales.
SAP de Toledo (Sección 1ª)	1-7-2008	EDJ 2008\188555	FD 2º. La GCC, no es necesariamente un reparto de periodos de tiempo idénticos, siendo preferible un reparto de responsabilidades.
SAP de A Coruña (Sección 4ª)	10-9-2008	AC 2008\1725	FD 3º. Expone como aceptables o válidas tanto la educación privada como la pública, si bien el cambio de colegio del menor y las decisiones relativas a su educación y formación habrán de ser adoptadas por ambos litigantes, como convinieron en el convenio regulador e impone el art. 156 del C.c.
SAP de Jaén (Sección 2ª)	22-1-2009	ARP 2009\10	FD 2º. Sobre la diferencia entre el derecho de los progenitores a corregir, y la violencia ejercida sobre el menor: <i>“corregir significa, en la acepción que aquí nos interesa y según el diccionario de la Lengua, advertir, amonestar, reprender, conceptos que suponen que el fin de la actuación es conseguir del niño que se porte bien, apartarse de una conducta incorrecta, educarte, en definitiva. Por otra parte, no hay que olvidar que este derecho ya viene limitado por el propio texto legal cuando se dice que dicha corrección será razonable y moderada. Si desgraciadamente en tiempos pasados se pensó que un castigo físico podía quedar incluido en este derecho, hoy día las cosas han cambiado y todos los profesionales están de acuerdo en que los castigos físicos no son pedagógicos y sólo sirven para extender y perpetuar conductas violentas. Por ello, estimamos que las violencias físicas constitutivas de infracción penal no pueden ser admitidas como algo digno de ser incluida en el derecho de corrección. Ciertamente algunas Sentencias como las de la Audiencia Provincial de Córdoba, Secc. 2ª de 9 de marzo de 2004, y Secc. 1ª de 17 de enero de 2008, la de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 20 de 9 de marzo de 2007, la de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, de 29 de octubre de 2007, estudiando la misma</i>

*cuestión, concluyen que efectivamente algunos supuestos de hecho en los que la insignificancia de la acción, como puede ser un cachete o azote en las nalgas o una simple bofetada sin intención alguna de producir un menoscabo físico por su levedad y que no causan lesión propinadas con intención de corregir un comportamiento insolente, violento o agresivo por parte del hijo menor que hace proporcionada tal acción, no merecen reproche penal, -que no olvidemos sólo podría ser calificado como el delito de maltrato en el ámbito familiar contemplado en el artículo 153, conforme a las modificaciones legislativas en la materia-, justificándose la absolución en la impunidad del hecho por aplicación del de intervención mínima”.*

SAP de Barcelona (Sección 18ª)	31-3-2009	SP/SENT/477410	FD 3º. Guarda individual, se deniega la ampliación del régimen de visitas al padre (no guardador) a dos tardes inter semanales con pernocta, ya que concederlo equivaldría a una guarda y custodia compartida, que se ha denegado. El juzgado considera suficiente el régimen de estancias con el padre con una tarde intersemanal con pernocta.
SAP de Lleida (Sección 2ª)	4-9-2009	SP/SENT/488992	FD 2º. Guarda individual, consistente en los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 8 de la tarde así como los martes y jueves desde la salida del colegio y hasta las 8 de la tarde. No se considera adecuado las pernoctas inter semanales, que de ser acordadas, convertirían prácticamente el régimen en una custodia compartida.
SAP de Valencia (Sección 8ª)	20-1-2010	JUR 2010\159269	FD 2º. Se reconoce al padre el derecho que le asiste a ser informado por el colegio sobre el proceso de aprendizaje e integración socioeducativa de su hijo en dicho centro educativo. No pudiendo ser remitido por el colegio al tablón de anuncios o a la página ‘web’.
AAP de Toledo (Sección 1ª)	27-5-2010	JUR 2010\237597	FD 2º. La decisión de realizar un gasto extraordinario del menor, es una facultad integrada en la patria potestad.
SAP de Burgos (Sección 2ª)	30-7-2010	JUR 2010\327825	FD 1º. Sobre la circunstancia -decisiva-relativa a la dedicación materna pasada a la familia y su interpretación: “c.- en cuanto a la dedicación y atención pasadas y presentes a los hijos, también se aprecia una mayor dedicación de la Sra Marí Juana, y sin que ello suponga desinterés del apelante por sus hijos. Es lo cierto que esa dedicación pasada más intensa de la madre determina y justifica, junto con los restantes elementos de juicio expuestos, que la custodia directa se atribuya

*a la madre. Así, la prueba documental y testifical articulada en el proceso ponen de manifiesto una presencia continuada y activa de la madre en las actividades educativas de sus hijos (actividades de inglés, f.328 o de natación, f. 329) y en la diaria y constante atención médica y asistencial que precisa el hijo Augusto, por ser imprescindible el suministro de anticolinérgicos y de cateterismo cada tres horas y media con las consiguientes y constates visitas al médico de cabecera y a especialistas en Burgos y Madrid y con la correspondiente adquisición de recetas y medicamentos (f. 53 y f. 327)”.*

SAP de Barcelona 13-10-2010 JUR 2010\383897  
(Sección 12ª)

FD 2º. Sobre el arraigo del menor a efectos de GCC: *“el pequeño ha nacido en España y el mayor vino a muy corta edad, por lo que prácticamente ambos siempre han vivido aquí en compañía de sus progenitores. El traslado al país de origen de su madre, quien lo abandonó a la edad de 23 años aproximadamente contando ahora más de cuarenta y al que han acudido en vacaciones a visitar a la familia extensa, no se estima conveniente en este momento y como consecuencia fundamentalmente de la crisis matrimonial, pues supondría alterar la situación familiar de forma radical y alejar a los hijos de su padre en una edad en la que ambos progenitores deben actuar como referentes siendo necesario que los hijos establezcan vínculos positivos con ambos. Las carencias o las particularidades del sistema educativo japonés en Barcelona apuntadas por la recurrente no se estima argumento suficiente para avalar un cambio de residencia que comporta apartar a los hijos del que ha sido su entorno habitual y privarles de la necesaria relación paterno-filial imprescindible en su actual proceso evolutivo. Tampoco se aprecia o comparte la pérdida de oportunidades o la limitación del futuro académico de los hijos comunes invocada por la recurrente en apoyo de su pretensión”.*

SAP de Álava 7-12-2010 JUR 2014\162778  
(Sección 1ª)

FD 1º. Sobre la denegación de la voluntad del menor, por conllevar la separación de hermanos y contraria a la voluntad del otro hermano: *“consecuentemente, resuelva lo que se resuelva, va a ser en contra del deseo de uno de los dos hijos. Pero el que se imponga la obligación de oír siempre a los hijos mayores de 12 años, no significa que; oídos también los hijos menores de 12 años porque se ha considerado que tienen suficiente juicio como para que su opinión también pueda ser oída, y, siendo distinto el deseo entre hermanos de uno y otro caso; deba resolverse conforme al deseo de los hermanos mayores y no pueda*

				<i>resolverse coincidiendo con el deseo de los hermanos pequeños. No es vinculante el deseo de ninguno. Como en cualquier otro supuesto, aunque en el presente tengamos esta dificultad añadida, lo que se resuelva va a depender de lo que resulte más beneficioso al interés de todos los hijos”.</i>
SAP de Murcia (Sección 4ª)	2-2-2012	JUR 2012\72090	FD 1º. Sobre la corta edad del menor que desaconseja la GCC: <i>“y así en el informe realizado por la Psicóloga, Doña Margarita, se indica que el régimen de visitas sea sin pernocta durante dos visitas inter semanales, debiéndose poner de manifiesto que el 28 de diciembre de 2011, fecha en que cumple tres años Andrés, el padre tendrá el mismo régimen de visitas que el señalado para su hija Berta. No hay, pues, lugar a modificar el régimen de visitas en el sentido interesado”.</i>	
SAP de Murcia (Sección 4ª)	16-2-2012	JUR 2012\90598	FD 2º. En dicha sentencia se expone el criterio jurídico aplicable al cambio de residencia sobrevenido, decidido unilateralmente por el progenitor custodio. Y concluye en su FD 3º: <i>“el cambio de domicilio de los menores no sólo afecta a su lugar de residencia, sino también a su centro de educación, al entorno de amigos, relaciones sociales, idioma, familia y a sus estancias con el otro padre no custodio, por lo que, tratándose de cuestiones relativas a la patria potestad (art. 154) se ha de adoptar de mutuo acuerdo entre los padres o, si no hay acuerdo, con autorización judicial (art. 156).”.</i>	
AAP de Madrid (Sección 22ª)	23-3-2012	JUR 2012\179560	FD 1º. Destaca el carácter integrante de los aspectos sanitarios del menor (información como el seguimiento e intervención de todos los tratamientos médicos) aspectos propios del ejercicio de la patria potestad.	
SAP de A Coruña (Sección 4ª)	9-5-2012	JUR 2012\205092	FD 3º. Sobre la no concesión de la GCC y el criterio de la conciliación de la vida familiar y laboral (ejecutivo): <i>“tampoco consta que la disposición horaria del padre sea más flexible, de manera tal que permita una mayor atención personal sobre la hija que la que le dispensa la madre, pues aun cuando goce de un horario susceptible de ser adaptado a sus necesidades, también lo es que tiene que cumplir con el número de horas estipuladas de 7 y media diarias. También tiene que viajar al extranjero, con estancias en ocasiones de varios días (f 275), incluso además de tal horario en la empresa Navantía, el demandante también da clases en la Universidad. Por todo lo expuesto consideramos que no procede la modificación del régimen de custodia fijado en la sentencia de divorcio,</i>	



*cuya ratificación insta igualmente el Ministerio Fiscal, sustituyendo el materno por el de custodia compartida postulada en la demanda rectora de este proceso”.*

SAP de Madrid (Sección 24ª)	5-6-2012	JUR 2012\231953	FJ 3º. Configurando la patria potestad, superada la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos, como una función, en la que se integran un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre los hijos, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes. Prima en tal institución la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece el art. 154 del C.c. y declara el Tribunal Supremo en Sentencias de 24 de abril de 1963, 8 de abril de 1975 y 5 de octubre de 1987, entre otras muchas. Y en tal concepción se insiste, con carácter genérico, a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, al proclamar la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.
SAP de Murcia (Secc. 4ª)	26-6-2012	SAP 1537/2012	MU FD 3º. Sobre la adecuada compatibilización de horarios laborales de los progenitores con los escolares o extraescolares del menor, permitiendo el horario laboral atender al menor y acudir a las actividades que desarrollan durante la semana y fines de semana: <i>“también es muy importante tener en cuenta las obligaciones laborales de los padres, de tal manera que la guarda y custodia será un régimen adecuado si los menores puedan tener una mayor relación con sus dos progenitores. Si dicha relación no se va a dar con la intensidad adecuada por las obligaciones laborales (horario, viajes, tipo de actividad) de estos, resulta evidente que no se trata de la opción más adecuada. La custodia compartida no supone que el menor sale de su ambiente familiar habitual (vivienda familiar) o se mantiene en el mismo para estar al cuidado de otra persona diferente a sus padres, pertenezca o no ésta al ámbito familiar del menor, pues de aceptarse ello se estaría alterando la finalidad de este tipo de régimen de custodia. En el presente caso ambos tienen igualmente un horario laboral que les permite atender a sus hijos fácilmente así como poder acudir con los mismos a las actividades extraescolares que desarrollan durante la semana y en los fines de semana, por lo que los menores están...”</i>
SAP de Murcia (Secc. 4ª)	26-6-2012	SAP 1537/2012	MU FD 3º. Sobre la GCC y la aptitud de los progenitores: <i>“En segundo lugar no se puede dudar de las aptitudes personales de ambos para el cuidado y atención de sus hijos. Ambos son profesionales que trabajan fuera del hogar</i>

*en cargos de responsabilidad y que están preocupados e implicados en la educación y el cuidado de sus hijos. El hecho de que cada uno de ellos pueda tener unos criterios educativos diferentes no afecta en modo alguno a la custodia compartida, pues es común dichas discrepancias educativas en cualquier matrimonio y en todo caso ello no debe afectar a los menores”.*

SAP de Girona (Sección 1ª)	29-6-2012	AC 2012\1356	FD 2º. Sobre las funciones del progenitor no guardador, cuando el padre tiene a su hijo lo que hace es ejercer la guarda y custodia del mismo, es decir, es el momento en el que lo tiene en su compañía, le indica las pautas educativas, lo alimenta de forma efectiva y le ayuda en todas sus actividades y necesidades, en definitiva, está ejerciendo plenamente la patria potestad.
SAP de Islas Baleares (Sección 4ª)	31-7-2012	JUR 2012\314055	FD 2º. Sobre el arraigo del menor y la voluntad de la madre de trasladarse a Madrid estando los hijos arraigado en Palma de Mallorca, derecho de libre circulación y fijación de residencia, del que ambos padres son titulares: <i>“debe tenerse presente que se trata de menores que han nacido y vivido siempre en Mallorca, que están escolarizados en Palma y que en esta ciudad tienen sus vínculos y sus amistades más allegadas. Por todo ello, procede considerar acertada la resolución judicial en lo que se refiere al continuismo en el ejercicio paterno de la guarda y custodia de los menores y el mantenimiento de su residencia en Mallorca, lo cual, no solo consolida la situación fáctica que venía produciéndose desde septiembre de 2011, sino incluso la jurídica derivada de la sentencia de instancia, tras la cual no constan disfunciones en el Rollo de Sala. Todo ello, bien entendido que el hecho de no autorizar la petición materna de traslado de los menores a Madrid, no supone estar privando a la madre de su derecho a la libre circulación, sino que se está resolviendo con arreglo al principal principio informador de la materia, el favor filii, siendo el interés de los menores preponderante incluso sobre legítimos derecho de los progenitores que, al entrar en colisión con aquel, subyace el mismo como preferente; sin olvidar que, de la misma manera que la madre tiene derecho a la libre circulación y fijación de residencia, también el padre titulariza el mismo derecho”.</i>
AAP de Madrid (Sección 24ª)	12-9-2012	JUR 2012\382288	FJ ÚNICO. Resalta la elección del centro educativo debe estar adaptado a las circunstancias y necesidades del menor (Alicia), viéndose obligado el centro tutelar de acogida obligado a pedir autorización judicial

por constituir dicha decisión una de las funciones propias de patria potestad contenida en el art. 156 del C.c.

SAP de Barcelona (Sección 12ª)	23-10-2012	AC 2012\1564	FD 2º. Sobre la competencia internacional art. 769 de la LEC-2000 y su comprobación de oficio por los tribunales: <i>“corresponde a los tribunales comprobar de oficio su propia competencia internacional a tenor de lo que establece el artículo 769.4 de la LEC En aplicación de lo que establecen los artículos 8 y 9 del Reglamento (CE) 2201/2003, la competencia para conocer de este litigio que se sigue entre un padre residente en el Reino Unido y una madre que reside en España corresponde a los tribunales españoles, por haber radicado en España el último domicilio habitual de las menores como así lo entendió la parte actora al interponer la demanda ante el tribunal español (que coincide con el de la residencia actual de la demandada)”</i> .
SAP de Murcia (Sección 4ª)	20-12-2012	JUR 2013\34793	FD 2º. Sobre la prohibición de GCC en supuestos de violencia: <i>“el hecho de que la relación del padre con sus hijos sea de absoluta normalidad no implica que también lo sea con su ex- mujer, con la que habría de alternarse en el uso de la vivienda familiar si se acordara la custodia compartida”</i> .
AAP de Barcelona (Sección 12ª)	23-1-2013	JUR 2013\70042	FD 1º. En materia de discrepancia entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, en concreto sobre la elección de colegio y cambio de domicilio del hijo. Debiendo resolverse conforme a la LJV.
SAP de Tarragona (Sección 1ª)	30-1-2013	JUR 2013\131249	FD 2º. Sobre la GCC y el criterio de la conciliación de la vida familiar y laboral: <i>“en principio la adopción de la medida de la guarda a la madre, a pesar de reconocerse la dedicación del padre al hijo, se basa en la mayor vinculación afectiva, que el desarrollo de los acontecimientos posteriores no ha hecho más que poner en evidencia así como una mayor empatía de la madre frente a las necesidades del menor en razón de su edad y al hecho, nuevo pero ciertamente trascendente de que el padre tiene un horario laboral que dificulta sobremanera el seguimiento de un sistema de alternancia en el cuidado del hijo, toda vez que se dedica al transporte, debiendo pernoctar y ausentarse por periodos laborales que exceden a los de una jornada laboral ordinaria de su domicilio. La madre actualmente en desempleo, y también cuando se encuentra en situación laboral activa, habitualmente en una panadería de la localidad, presenta una mayor disponibilidad para atender al menor, y puede permanecer y atender al menor al salir del centro educativo</i>

SAP de Tarragona 30-1-2013 (Sección 1ª)	JUR 2013\131249	<p><i>al que asiste el mismo. Por el contrario, el padre se vería normalmente en la necesidad de delegar los cuidados atención al niño en otras personas próxima de su entorno familiar”.</i></p>
SAP de Asturias 15-2-2013 (Sección 4ª)	JUR 2013\97429	<p>FD 1º. Sobre la GCC y el mayor apego del menor a la madre, el padre de profesión transportista, tiene un horario laboral que dificulta sobremanera el seguimiento de un sistema de alternancia en el cuidado del hijo o de GCC, y su trabajo le obliga a pernoctar y ausentarse, frente a la madre actualmente en desempleo, y también cuando se encuentra en situación laboral activa, habitualmente en una panadería de la localidad, presenta una mayor disponibilidad para atender al menor, y pudiendo la madre atender al menor diariamente desde la salida del colegio: <i>“al hecho, nuevo pero ciertamente trascendente de que el padre tiene un horario laboral que dificulta sobremanera el seguimiento de un sistema de alternancia en el cuidado del hijo, toda vez que se dedica al transporte, debiendo pernoctar y ausentarse por periodos laborales que exceden a los de una jornada laboral ordinaria de su domicilio. La madre actualmente en desempleo, y también cuando se encuentra en situación laboral activa, habitualmente en una panadería de la localidad, presenta una mayor disponibilidad para atender al menor, y puede permanecer y atender al menor al salir del centro educativo al que asiste el mismo. Por el contrario, el padre se vería normalmente en la necesidad de delegar los cuidados atención al niño en otras personas próxima de su entorno familiar”.</i></p> <p>FD 2º. Sobre la prohibición de GCC en supuestos de violencia: <i>“el artículo 92 del Código Civil prevé expresamente que no procederá la guarda conjunta cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. Exigencia lógica pues la interrelación entre ambos padres que requiere el desarrollo en la práctica de una guarda y custodia compartida difícilmente podría llevarse a cabo, sin perjudicar al menor cuyo interés es prioritario, en casos como el presente de continua y acusada conflictividad entre los litigantes”.</i></p>
SAP de Islas Baleares 20-2-2013 (Sección 4ª)	JUR 2013\136746	<p>FD 1º. GCC, la audiencia expone que el juzgado se resiste darle el <i>nomen iuris</i> de guarda y custodia compartida, otorgándole la cualificación de guarda exclusiva, cuando, en la realidad, el reparto de tiempo de estancia del niño con ambos progenitores y de asunción de responsabilidades es equivalente.</p>

SAP de Teruel (Sección 1ª)	21-3-2013	JUR 2013\176150	FALLO. Autoridad familiar como patria potestad.
SAP de Teruel (Sección 1ª)	21-3-2013	JUR 2013\176150	FJ 1º. Sobre la opinión y voluntad del menor: <i>“no es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme Artículo 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión”</i> .
SAP de Murcia (Sección 4ª)	25-4-2013	JUR 2013\202016	FD 2º. Sobre el convenio regulador suscrito no vincula al Tribunal, pues el carácter de orden público de la materia exige la intervención del Ministerio Fiscal y la aprobación judicial: <i>“en primer lugar porque la custodia de los menores de edad no es un tema de libre disposición de las partes, por lo que lo acordado por las mismas no puede ser invocado como definitivo ante los Tribunales”</i> .
SAP de Alicante (Sección 4ª)	26-9-2013	JUR 2013\351309	FD 3º. Sobre vecindad civil de los progenitores y la aplicación del art. 14.3 C.c., la vecindad civil de los hijos es la que corresponde a su lugar de nacimiento.
SAP de Barcelona (Sección 12ª)	2-10-2013	JUR 2013\354342	FD 3º. Sobre la GCC como deseable incluso preferencial, pero no preferente: <i>“e) La “guarda compartida” es deseable, “preferencial”, pero no es “preferente”, como es deseable que los hijos puedan crecer en un hogar común, pero precisamente porque con la crisis se rompen los vínculos que lo hacen posible, la jurisprudencia exige que la atribución de la “guarda” sea extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados, y aunque ha de procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas, el “beneficio” no se presume y debe ser acreditado por quien la pretenda (como tampoco se presume el “beneficio” de un sistema de “guarda exclusiva”), y los tribunales han de hacer una aplicación extremadamente cuidadosa, subordinada a la protección jurídica (y psicológica) de los menores”</i> .
SAP de Madrid (Sección 27ª)	3-10-2013	JUR 2014\57383	FD 5º. Destaca la exigencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable: <i>“la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24.1CE, el cual únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito,</i>

*contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y eventualmente los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos determinantes de la decisión. De modo que la exigencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento Jurídico y no el fruto de la arbitrariedad”.*

SAP de Barcelona 24-10-2013 JUR 2013\356028  
(Sección 12ª)

FD 3º. Imposibilidad de optar por la GCC ante la falta de cooperación parental: *“se concluye, como ya se indicó en informe anterior de 2007, la concurrencia de contraindicaciones que hacen inviable la implantación de un sistema de guarda y custodia compartida, y ello se revela de la imposibilidad de consenso y comunicación parental, de la falta de respeto hacia la parentalidad del otro progenitor, y de las discrepancias en la praxis educativa. Todas estas circunstancias comprometen la filosofía de base de la custodia compartida, que impiden la coeducación y la cooperación parental”.*

SAP de Santa Cruz de Tenerife 4-12-2013 JUR 2014\105238  
(Sección 1ª)

FD 3º. En el presente caso, ante la alternativa, entre la revocación de la custodia compartida sobre el dato de la corta edad de la menor o el mantenimiento de la misma, la Sala resuelve el "dubio" planteado inclinándose por la alternativa de mantener el "statu quo" de este último año y medio, habida cuenta de la ausencia de incidencias o quejas, y vista la nueva tendencia doctrinal favorable a la custodia compartida: *“frente a este panorama favorable, opera en contra un elemento relevante que es la corta edad de la hija, hoy de 3 años y medio, edad en la que precisa atentos y constantes cuidados y una especial estabilidad en los hábitos y en el entorno, careciéndose -naturalmente- de elemento alguno en relación a las inclinaciones de la menor (vistas siempre con la cautela antes expuesta) ni de la deseable pericia psicológica o de trabajadores sociales en relación con el entorno familiar. Ahora bien, esta dificultad puede superarse habida cuenta de que, dado el período de tiempo transcurrido desde la adopción de la medida judicial en la instancia, ya ha transcurrido un año y medio en el que se viene realizando la custodia compartida sin que consten incidencias en este plazo”.*

SAP de Cuenca 5-12-2013 JUR 2014\9836  
(Sección 1ª)

FD 4º. Sobre la falta de correlación entre el cambio de residencia y el cambio de guarda:

*“los Tribunales vienen estableciendo que el cambio de residencia no puede suponer per se la pérdida de la guarda, (y en tal sentido se pronuncia, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, en Sentencia de 03.05.2007, recurso 16/2007, cuyo criterio compartimos), y menos cuando, como ya se ha dicho, tal cambio de residencia está totalmente justificado, (por los motivos laborales referidos), y es beneficioso para el menor, (ya que, como también se ha indicado, no debe separarse a un niño de corta edad, como es el caso, de su madre)”.*

SAP de Barcelona 17-12-2013 JUR 2014\54065  
(Sección 18ª)

FD 2º. GCC y cooperación de los progenitores: *“estos factores, ineludiblemente, interfieren la continuidad pedagógica de Isidora y se considera que le generan un sobre esfuerzo de readaptación continua al funcionamiento de ambos entornos parentales, ya que no contribuyen a su estabilidad emocional. Este punto de partida, pues, compromete cualquier modalidad de custodia, en especial la filosofía de base de la custodia compartida, ya que no posibilita el diseño de una actuación parental conjunta, basada en la coeducación y en la cooperación parental. Si ello es así, si además la menor con la madre también comparte sus vivencias y actividades propias de su edad con sus hermanos, mientras que cuando está con el padre ha de que quedarse con una canguro casi cada día de la semana de ocho a once de la noche más los días que el padre trabaja los fines de semana haciendo colaboraciones musicales, si además el régimen de comunicaciones cuenta con dos días intersemanales, es por lo que sin necesidad de mayores argumentaciones debemos desestimar este motivo de recurso, tal y como interesó el Ministerio Fiscal”.*

SAP de Castellón 17-1-2014 JUR 2014\119985  
(Sección 2ª)

AH 1º. La titularidad de la patria potestad es compartida por ambos progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, autorización judicial, para el ejercicio de la misma o adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes del menor como la salud, educación y formación de la menor.

*“En particular, quedan sometidas a este régimen y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia de la menor, y los posteriores traslados de domicilio de ésta que le aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, pública o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización*

*por la menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento de la menor, de menos de 16 años, a tratamientos o intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas a la menor y la realización por ésta de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y, en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores.*

*Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida de la menor distintas de las enunciadas, así como las de prestación de asistencia sanitaria en caso de urgente necesidad, corresponde adoptarlas al progenitor que tenga consigo a la menor, en el momento en que la cuestión se suscite”.*

SAP de Madrid 11-2-2014 JUR 2014\60368  
(Secc. 22ª)

FD 4º. Concepto GC, como una de las funciones de la patria potestad, en concreto "tener a los hijos en su compañía" que con el cese de la convivencia se desdobra en dos nuevas: la atribución de la custodia a un progenitor, y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro.

Son 'guarda y custodia' y 'régimen de visitas y estancias' dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía.

SAP de Palencia 20-2-2014 JUR 2014\71798  
(Sección 1ª)

FD 2º. Establece como causa de privación de la patria potestad la desatención de la menor en este caso por ausencias del domicilio familiar, teniendo que ocuparse del cuidado y atención de la menor, los abuelos maternos y la tía de la niña alegando causas laborales: “*constan sendos informes, uno de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León y otro del Área de Servicios Sociales de la Diputación de Palencia que vendrían a destacar por un lado la desatención por parte de la apelante respecto del cuidado de su hija, su actitud negligente, horarios diferentes, falta de colaboración, y por el contrario el buen hacer, cuidados y atención de los abuelos maternos evitando que su nieta se encuentre en estado de desprotección. A mayor abundamiento, el Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado Decano confirma las impresiones negativas respecto de la apelante en el sentido que ha delegado sus funciones de parentalidad en terceras personas, que ni colabora con los Servicios Sociales, ni asume su tanto de responsabilidad, y lo mismo puede decirse del historial que remite la Guardia Civil, puesto de Venta de Baños en relación con algunas diligencias en las que la apelante*



*aparece bien como denunciante, bien como denunciada”.*

SAP de Málaga (Sección 6ª)	27-3-2014	JUR 2014\281718	FD 4º. Sobre la mayoría de edad (18 años cumplidos) a efectos de la atribución de la GCC: <i>“ha de recordarse que la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos (artículo 315 CC (LEG 1889, 27) ), momento en que se produce la emancipación del hijo (artículo 314 CC) y la extinción de la patria potestad (artículo 169 CC), y dentro de ésta, el derecho de los padres a la guarda y tutela de los hijos. Esto hace, por una parte, que resulte inexplicable que en esta alzada se continúe interesando por el recurrente que se acuerde la guarda y custodia compartida de la hija Eva María, que alcanzó la mayoría de edad el NUM001 de 2012 (con anterioridad al dictado de la sentencia recurrida)”.</i>
SAP de Alicante (Sección 4ª)	4-4-2014	JUR 2014\254363	FD 2º. Enfermedades invalidantes -no toda enfermedad- a efectos de patria potestad: <i>“especificando que no toda enfermedad mental impide o es causa de privación de la patria potestad dado su carácter excepcional: “la privación de la patria potestad reviste un carácter excepcional, habiendo de basarse en circunstancias extremas, que determinen que la continuidad de las relaciones paternofiliales, ponga en peligro la educación o integridad del menor, no bastando la sola concurrencia de una circunstancia que, en principio, habilite dicha privación”.</i>
SAP de Cuenca (Sección 1ª)	4-4-2014	JUR 2014\126443	FD 1º. Sobre la valoración de la prueba - informe del Equipo Psicosocial- realizada por el Juez: <i>“sin embargo sobre la valoración de la prueba esta Sala mantiene de forma reiterada, asumiendo con ello lo que es una jurisprudencia constante, que dicha valoración es facultad de los Tribunales sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza, pero en forma alguna tratar de imponerla a los Juzgadores, pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgador de instancia hizo de toda la prueba practicada por la valoración que realiza la parte recurrente, función que corresponde única y exclusivamente al Juzgador ‘a quo’ y no a las partes, habiendo entendido igualmente la jurisprudencia que el Juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre, aunque nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez ‘a quo’ de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de</i>

*experiencia o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso, (SSTS de 26.01.1998 y 15.02.1999)”.*

SAP de Las Palmas (Sección 3ª)	30-4-2014	JUR 2014\184563	FD 2º. <i>“por tanto, se trata de resolver, motivadamente y en atención al interés preferente del menor, con arreglo a los criterios de fundamentación de la decisión jurisdiccional”.</i>
SAP de Las Palmas (Sección 3ª)	30-4-2014	JUR 2014\184563	FD 2º. <i>Sobre la GCC en relación a la práctica anterior de los progenitores: “el matrimonio ha durado unos 11 años, y en ese tiempo, que también lo ha sido el de vida del único hijo común, la madre ha asumido la mayor carga de cuidado y atención del hijo, según ha admitido el propio padre. Si bien ambos cónyuges trabajaban regularmente, el esfuerzo de conciliación familiar lo realizó básicamente la madre, no sólo en la atención al hijo en el seno del hogar, sino en sus actividades escolares y cuidados médicos. Y si eso sucedió antes de la separación de hecho, cuando ésta se produce meses antes de la demanda de divorcio, el hijo queda bajo la guarda de hecho de la madre, limitándose el padre a realizar visitas del hijo, sin solicitar la custodia compartida hasta que deduce reconvencción contra la demanda de divorcio de la contraparte, sin que tampoco en dicho escrito plantee como medida provisional al amparo del art. 103 del C.C. la inmediata custodia compartida. El hijo ha permanecido pues hasta la actualidad en guarda materna, sin que se hayan producido disfunciones en el ejercicio de dicha guarda con adecuada evolución formativa del menor”.</i>
SAP de Las Palmas (Sección 3ª)	30-4-2014	JUR 2014\184563	FD 2º. <i>Sobre la GCC y el criterio relativo a la falta de disposición, ya que el hecho que un progenitor trabaje y el otro no, no implica una mejor situación de un progenitor frente: “3.- Aptitudes de los padres.- No se niega la idoneidad de ambos progenitores para la guarda. El padre alega como dato a su favor que por su situación de desempleo ahora tiene mucho tiempo, más incluso que la madre, para la guarda de los hijos. Pero el hecho del alta laboral lógicamente no puede operar en contra de la madre cuando además desde el nacimiento del hijo ha conciliado sus cargas laborales con sus funciones parentales adecuadamente. Por otro lado, la situación de desempleo del padre es un factor temporal e inestable que no puede ser tenido en cuenta para una dilucidación del régimen de guarda con proyección de futuro, que es lo que hemos</i>

*de decidir en este instante, alejados de factores coyunturales”.*

SAP de Las Palmas (Sección 3ª)	30-4-2014	JUR 2014\184563.	FD 2º. Sobre la situación de desempleo de un progenitor no acredita que esté mejor posicionado para la guarda del menor. <i>“3.- Aptitudes de los padres.- No se niega la idoneidad de ambos progenitores para la guarda. El padre alega como dato a su favor que por su situación de desempleo ahora tiene mucho tiempo, más incluso que la madre, para la guarda de los hijos. Pero el hecho del alta laboral lógicamente no puede operar en contra de la madre cuando además desde el nacimiento del hijo ha conciliado sus cargas laborales con sus funciones parentales adecuadamente. Por otro lado, la situación de desempleo del padre es un factor temporal e inestable que no puede ser tenido en cuenta para una dilucidación del régimen de guarda con proyección de futuro, que es lo que hemos de decidir en este instante, alejados de factores coyunturales”.</i>
SAP de Lleida (Sección 2ª)	5-5-2014	JUR 2014\183004	FD 1º. Sobre la no concesión de la GCC y el criterio de la conciliación de la vida familiar y laboral (transportista): <i>“pero es que además, el demandado en el interrogatorio practicado reconoció que trabaja como transportista, realizando rutas por España, precisando que pernocta un día en casa y otro fuera. Concretó además, al preguntarle sobre en qué consiste su trabajo, que por la mañana va a limpiar el camión, a las 12 se va a comer y luego sale de viaje entre las 4, 5 o las 6 de la tarde y descargan por la noche. Lo expuesto determina que, atendiendo a sus horarios de trabajo y pernoctas fuera del domicilio, no resulte viable establecer un régimen de guarda compartida”.</i>
SAP de Lleida (Sección 2ª)	5-5-2014	JUR 2014\183004	FD 1º. Sobre la GCC en relación a la mayor empatía del menor con uno de los progenitores en detrimento del otro que puede producirse por motivos diversos: <i>“Ha quedado acreditado también que el progenitor de referencia del menor ha sido siempre y sigue siendo la madre, que desde que nació se ha ocupado de él, realizando incluso una jornada laboral reducida para atenderlo. Efectivamente, con los certificados aportados por el demandado se desprende que el mismo actualmente lleva un seguimiento personalizado del curso escolar y médico del menor, pero lo cierto es que del conjunto de la prueba practicada resulta que quien ha llevado siempre dicho seguimiento del menor desde su nacimiento es la madre, que es quien se ocupaba del menor el tiempo que duró la convivencia entre las partes”.</i>

SAP de Valencia 12-5-2014 (Sección 10ª)	JUR 2014\175161	FJ 1º. La voluntad del menor, cualificada por su edad (14 años), y contraria a la GCC: <i>“esta voluntad de la menor contraria a la guarda compartida tiene especial fuerza habida cuenta de su edad, 14 años, que hace presumir en ella una madurez próxima a la que determina la mayoría de edad legal. Por ello, la Sala acuerda mantener el pronunciamiento de la sentencia, que se ha inclinado por la convivencia de la menor con su madre con un régimen de relación paterno-filial, por entender que es el sistema que mejor responde al interés de la hija”</i> .
SAP de Asturias 16-5-2014 (Sección 7ª)	JUR 2014\168293	FD 3º. La GCC en menor de 2 años: <i>“se trata de un sistema de guarda y custodia compartida decretado en diciembre de 2013, cuya evolución y seguimiento ha llevado a cabo el equipo psicosocial, que considera en su dictamen que ha producido un óptimo resultado y que ha resultado ser muy beneficioso para el desarrollo afectivo, emocional psicológico y material de la menor, que no ha experimentado problema alguno ni tiene por qué producirse una vez que se incorpore a la actividad escolar. Tampoco la edad de la menor Maribel de 2 años, constituye per se un impedimento, bien para fijar visitas normalizadas a favor del padre, bien para establecer un sistema de guarda y custodia compartida, a salvo de periodos puntuales en que las circunstancias del menor aconsejen residenciar aquella en la madre (como pudiera ocurrir durante el periodo de lactancia), lo que no se produce en el supuesto enjuiciado y obliga a confirmar la resolución en el motivo único de impugnación referida a la guarda, que al no modificarse, veda la fijación de los alimentos a favor de la apelante en el porcentaje solicitado, que se supeditan al cambio de guarda”</i> .
SAP de Asturias 16-5-2014 (Sección 7ª)	JUR 2014\168918	FD 2º. En el caso enjuiciado por la Audiencia de Asturias, en el que la madre solicita el cambio de residencia al empleador y al Juez de Gijón a Granada argumentando a ambos los beneficios del clima para el menor (por alergia de su hijo a los ácaros) pero sin acreditar que la salud del menor exija un traslado a otra zona con clima menos húmedo, dejando la madre en suspenso el traslado desde el momento en que supo que la guarda y custodia era compartida, de modo que no puede impugnar el establecimiento de la guarda y custodia compartida con el argumento de que le impide trasladarse a Granada: <i>“pues bien, en el presente supuesto, la madre, con el pretexto de que resulta beneficioso para la salud del menor, pretende que se le atribuya a ella la</i>

*guarda y custodia, para poder trasladarse con él a Granada, argumentando, además, que al comienzo de la crisis matrimonial había llegado a un pacto con su esposo a fin de trasladarse ambos a la Comunidad Autónoma de Andalucía, de la que ambos proceden, pero lo cierto es que, el esposo no desea ahora el traslado, y en cualquier caso, éste sería a la ciudad de Cádiz, no a Granada, con lo que sería imposible mantener en esas condiciones la guarda y custodia compartida, a lo que debemos añadir que tampoco ha quedado acreditado que la salud del menor exija un traslado a otra zona con clima menos húmedo, pues el informe aportado por el apelado en ésta segunda instancia, sostiene que no se puede garantizar que en un clima distinto no vaya a desarrollar el menor otro tipo de alergias distintas a las que padece... ”.*

SAP de Granada (Sección 5ª)	Granada	16-5-2014	AC 2014\1019	FD 2º. La GC atribuida a un tercero, no progenitor, está determinada sólo excepcionalmente, pudiendo ser encomendados a otra persona distinta sólo cuando concurren circunstancias excepcionales, que deberán ser interpretadas restrictivamente.
SAP de Madrid (Sección 22ª)	Madrid	27-5-2014	JUR 2014\245182	FD 4º. Sobre la GCC respecto al hecho de que durante el tiempo de convivencia no haya habido una distribución igualitaria de funciones asistenciales: <i>“la relación entre la menor y ambos progenitores es muy buena y desea permanecer más tiempo con cada uno de ellos. Ambos progenitores tienen habilidades parentales para cuidar a la menor, aunque anteriormente haya existido cuidado principal materno y ayuda paterna”.</i> <i>En definitiva, que conviene al interés primordial de la menor que se tome la medida de acordar la guarda y custodia compartida (SSTS de 1 octubre 2010, 11 febrero y 12 mayo 2011). Se considera que “Con ello se fomentara la integración de la menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, b) se evita el sentimiento de pérdida, c) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores, d) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. (STS 25-11-2013)”.</i>
SAP de Madrid (Sección 22ª)	Madrid	27-5-2014	JUR 2014\245182	FD 4º. Sobre la circunstancia relativa a la dedicación materna pasada a la familia y su interpretación: <i>3º La relación entre la menor y ambos progenitores es muy buena y desea permanecer más tiempo con cada uno de ellos. Ambos progenitores tienen habilidades parentales para cuidar a la menor, aunque</i>

*anteriormente haya existido cuidado principal materno y ayuda paterna”.*

*En definitiva, que conviene al interés primordial de la menor que se tome la medida de*

*acordar la guarda y custodia compartida (SSTS de 1 octubre 2010, 11 febrero y 12 mayo 2011). Se considera que "Con ello se fomentara la integración de la menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, b) se evita el sentimiento de pérdida, c) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores, d) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. (STS 25-11-2013).*

*FALLO: Se atribuye la guarda y custodia de la menor de forma compartida a ambos progenitores, distribuyéndose del siguiente modo, por semanas alternas, realizándose el intercambio en el propio colegio de forma que uno de los progenitores la dejará el lunes por la mañana en el colegio y el otro la recogerá a la salida”.*

SAP de Castellón 14-7-2014 JUR 2014\272276  
(Sección 2ª)

FD 3º. En la sentencia se debate la idoneidad de las visitas a un menor de corta edad no aconsejando las pernoctas, hasta un mayor nivel de autonomía del menor y se vaya retirando la lactancia materna: *“En definitiva, no se muestra la sentencia ni congruente ni acertada al respecto, por lo que deben retrasarse las visitas de fin de semana previstas entre progenitor y el menor Alfonso hasta el cumplimiento de los dos años, tal como se interesa en el recurso..*

SAP de Barcelona 23-7-2014 JUR 2014\233941  
(Sección 18ª)

FD 1º. Sobre la GCC y el criterio de la conciliación de la vida familiar y laboral: *“No se ha probado que el interés de la menor recomiende un cambio en su forma de vivir, en su cotidianeidad y en su rutina y la medida de guarda compartida no permite tampoco que el padre se haga cargo de su hija de forma óptima habida cuenta el horario laboral de tardes y la finalización de su jornada a las 22 horas”.*

SAP de Barcelona 23-7-2014 JUR 2014\234397  
(Sección 18ª)

FD 3º. Sobre la GCC y el cambio de domicilio y mayor apego materno: *“ahora la situación ha variado, pues la actora con el menor se han trasladado a vivir a una población que dista 100 km del domicilio familiar y localidad de residencia del demandado, lo que dificulta la implantación de la custodia compartida que éste solicita. Además, la forma de llevar a cabo el cambio de residencia con falta de información al padre sobre los pasos que la actora iba realizando para matricular al hijo común en el colegio de la nueva localidad de*

SAP de Guipúzcoa 16-9-2014 JUR 2014\276233  
(Sección 3ª)

*residencia así como empadronamiento, faltando a su obligación de información al padre, como cotitular que es de la potestad parental del menor, han determinado una mayor conflictividad entre ellos, solo a la actora imputable.*

*Ahora bien, a pesar de la censurable actuación de la Sra. Beatriz en relación al Sr. Eduardo, es el beneficio del menor el criterio preponderante en este momento, y atendiendo a este fin último esta Sala considera que su custodia debe atribuirse a la madre, pues es esta su referente primario y con quien el menor tiene la mayor vinculación”.*

FD 2º. Mayor afectividad del menor con un progenitor, que no vincula la decisión sobre la GCC: *“pues bien, proyectando dicha doctrina jurisprudencial al caso concreto, esta Sala ha de disentir de la decisión de la Juez "a quo" que descarta el régimen de guarda y custodia compartida, siguiendo el criterio del informe del Equipo Psicosocial, con base únicamente a la mayor vinculación afectiva de la menor con su madre, considerando dicha circunstancia insuficiente cuando de todo lo actuado no se vislumbra aspecto alguno de la custodia compartida que pueda incidir negativamente en la menor.*

*En efecto nos encontramos ante un supuesto en el que la vinculación afectiva de la menor con ambos progenitores es adecuada, si bien más sólida con la madre por haber permanecido con la misma con mayor frecuencia. También es clara la vinculación de ambos progenitores con su hija. Y no se cuestiona que ambos progenitores están capacitados para desarrollar de forma adecuada sus funciones parentales. Más en concreto en lo que hace al padre el amplio régimen de visitas establecido en Auto de medidas provisionales está teniendo un cumplimiento adecuado sin incidencia alguna, y la propia Sra. Eufrasia en la vista declara, tal y como viene a señalar en el informe Psicosocial, que el Sr. Luis Carlos tiene buena relación con su hija y añade que es un buen padre.*

*Por otra parte, se cuenta con un entorno socio-familiar igualmente favorable, ya que ambos progenitores son de la localidad de Arrasate, donde residen asimismo sus respectivas familias, padres y hermanos, quienes como declaran tanto el Sr. Luis Carlos como la Sra. Eufrasia están implicados activamente prestándoles la ayuda que precisan para el cuidado y atención de Laura en atención a sus respectivas obligaciones laborales, y la menor se viene relacionando con ambas familias con total normalidad siendo el vínculo afectivo igualmente adecuado con ellos.*

*En este punto por exigirlo los alegatos de la parte apelada en relación al proceder del Sr. Luis Carlos de solicitar una reducción de jornada una vez iniciada la vía judicial, (cabe añadir que dicha reducción ha supuesto la minoración de sus emolumentos prácticamente al 50 %), basta indicar que la medida que se insta de custodia compartida no puede valorarse como un sistema de penalización o recompensa a uno u otro de los progenitores en función de su mayor o menor dedicación a la familia antes de la ruptura de la relación de pareja por razones de horario laboral (por lo demás no consta en la causa que la Sra. Eufrasia hubiera renunciado a su actividad laboral a tal fin ó que la decisión de que el Sr. Luis Carlos siguiera trabajando como hasta entonces no fuera consensuada), cuando la actual realidad económico-laboral no permite precisamente establecer como base con carácter general que el horario laboral de uno de los progenitores resulte incompatible con una custodia compartida (que no tiene por qué implicar un reparto de tiempo de los menores con cada progenitor por partes iguales), enseñándonos además la realidad social que en casos como el presente de parejas jóvenes, se recurren si tienen dicha posibilidad al apoyo de terceras personas, bien de personal contratado o de su familia (como ha sido este caso y lo sigue siendo según las propias declaraciones de ambas partes que), para compatibilizar sus obligaciones familiares con las laborales al objeto de mantenerse y afianzarse en el mercado laboral, con el esfuerzo que ello supone”.*

SAP de Guipúzcoa 26-9-2014 JUR 2014\298695  
(Sección 2ª)

La GCC “nido”, el hijo menor permanecerá en el domicilio familiar -en todo momento-, y ambos progenitores, alternativamente, y en función de las semanas y de los períodos vacacionales que les corresponda convivir con el menor en dicho domicilio familiar.

SAP de Murcia 16-10-2014 JUR 2015\3709  
(Secc. 5ª)

Desaconseja la GCC en las condiciones propuestas por el padre y aceptadas por el Juzgado, por el uso alternativo de la vivienda familiar por los progenitores, así mientras no se resuelva la cuestión del domicilio diferenciado de padre y madre, se atribuye a la madre la guarda y custodia de los menores, atendiendo a que ella es la que ha venido desempeñando habitualmente esas tareas y a la inviabilidad de la custodia compartida en los términos propuesto.

SAP de Murcia 16-10-2014 JUR 2015\3709  
(Sección 4ª)

FD 3º. Concepto “casa nido”, ya que se acuerda por la sentencia que la casa actúe como ‘nido’, o lugar de residencia de los hijos,



SAP de Murcia 16-10-2014 JUR 2015\3709  
(Sección 4ª)

alternando los padres las entradas y salidas cada tres meses.

FD 3º. Sobre la GCC respecto al hecho de que durante el tiempo de convivencia no haya habido una distribución tendencialmente igualitaria: *“Por lo tanto, el hecho de que anteriormente la madre fuera la que de manera casi exclusiva atendiera directamente a los hijos, mientras que el padre se dedicaba a trabajar fuera de la casa, no es por sí un dato suficiente para rechazar la idoneidad de la custodia compartida, pues ello era consecuencia de una distribución de tareas mutuamente aceptada por las partes, no de un desinterés del padre por sus hijos, sino una acomodación a una distribución de roles, por general socialmente extendida, pero que la nueva situación no permite, y lo único que hay que examinar es si el padre está capacitado para asumir esas tareas, ...”*.

SAP de Tarragona 17-10-2014 JUR 2014\299200  
(Sección 1ª)

FD 3º. Fijación de GCC al cumplir el menor 3 años: *“Partiendo de lo referido y atendiendo al interés del menor y al propósito de causarle el menor impacto posible, se entiende conveniente mantener el régimen de guarda fijado en la sentencia recurrida, con la única modificación de que en los fines de semana el tiempo se amplía de 11 horas del sábado a 20 horas del domingo; a partir de enero de 2015 los fines de semana se extiende de viernes a 20 horas a domingo a 20 horas, para pasar a la custodia compartida a partir de que el menor cumpla 3 años, es decir del NUM000 de 2015, por semanas alternas, sin visitas inter semanales, salvo que los progenitores de mutuo acuerdo las establezcan, y con el mismo régimen de vacaciones ya fijado en la sentencia de instancia”*.

SAP de Castellón 24-10-2014 JUR 2015/56256  
(Sección 2ª)

FD 3º. Sobre la no automaticidad en la prohibición de GCC en supuestos de violencia: *“sobre lo primero, tal y como indica la parte apelante, no basta con el hecho de que esté abierto un procedimiento por presuntas amenazas y maltrato psicológico, promovido por la madre del menor contra el padre de este. El artículo 5.6 de la Ley Valenciana 5/11 exige, para que se pueda excluir a uno de los progenitores de la convivencia con el menor, que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, y, como requisito adicional, que "a tenor de que dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor". Nada se ha acreditado ni*

*razonado sobre que concurra dicho riesgo en el caso que nos ocupa. Desde luego, dicho riesgo no resulta del informe pericial elaborado en la causa penal (e incorporado al presente procedimiento), elaborado fundamentalmente para estudiar la veracidad del testimonio de la denunciante (folios 146 y s.s.), y cuyas conclusiones (folio 154) no permiten sustentar la concurrencia de dicho riesgo.*

*Sobre lo segundo, no existen informes sociales, médicos, psicológicos ni de ningún tipo en el que se indique que es necesario no establecer un régimen de custodia compartida para garantizar el interés superior del menor”.*

SAP de Toledo 6-11-2014 JUR 2015\68177  
(Sección 2ª)

FD 3º. Sobre el mínimo vital, que de forma mayoritaria las diferentes AAPP vienen estableciendo este en el entorno cercano de los 150,00 euros al mes. FD TERCERO: *“Frente a esa valoración del Juez a quo, sólo tenemos que decir, que existiendo obligación de alimentar, el mínimo vital, incluso para los casos de ausencia de recursos, viene señalándose aproximadamente en 150 € al mes, considerándose que por menos, no se cumple con la obligación natural y legal”.*

SAP de Barcelona 27-11-2014 JUR 2015\37900  
(Sección 12ª)

FD 2º. Sobre la capacidad de la progenitora para la guarda del menor: *“en consecuencia con lo anterior, lo que resulta útil de los informes periciales aportados en este caso es la exposición que en ambos se realiza de los instrumentos de diagnóstico utilizados que en el caso de la psicóloga de la madre, señora Paloma, ha sido el test PAI, y en el de la señora Covadonga, psicóloga del padre, es el test CUIDA. Aun cuando ninguno de los dos está diseñado específicamente para el análisis de la idoneidad de sistemas de guarda y custodia en casos de ruptura de los progenitores(puesto que el primero tiene como finalidad esencial la detección de patologías y el segundo para la idoneidad en la adopción), las conclusiones que se extraen de los mismos, en uno y otro informe son, en primer lugar, que no existe base patológica en ninguno de los miembros de la pareja y que la capacidad de establecer vínculos afectivos es en ambos casos óptima. También están dentro de la normalidad los niveles de asertividad, autoestima, flexibilidad, capacidad de reflexión y sociabilidad. La conclusión es que objetivamente no se desprende de la personalidad de los litigantes la existencia de condiciones subjetivas que puedan ser negativas para el cuidado de los menores. Cualquiera de los progenitores, en ausencia o si faltase el otro, puede desempeñar las*

SAP de Cuenca 5-12-2014 JUR 2014\9836  
(Sección 1ª)

*responsabilidades parentales de forma adecuada”.*

FD 5º. La corta edad del menor (1 año) impide la GCC: *“consideramos que al menos por el momento el adecuado es el establecido por el Juzgador de instancia en el Auto de 12.11.2013, ya que, a la vista de la corta edad del menor, (como ya se ha indicado ni siquiera tiene todavía dos años), y para evitar problemas de desorientación del mismo, entendemos que no es procedente que en la actualidad esté sometido a una frecuencia de viajes distinta y superior a la establecida, con ponderación, por el Juzgador a quo en el citado Auto; máxime cuando pensamos que, por un lado, ese régimen de visitas por el momento es suficiente para que el niño vaya sintiendo el intenso vínculo afectivo que le une con su padre y, por otro lado, que tal régimen por el momento también sirve para cubrir el desarrollo de la personalidad del pequeño”.*

SAP de Granada 5-12-2014 JUR 2015\84194  
(Sección 5ª)

FD 1º. Expone que cuando la sentencia penal recae una vez constituido el régimen de custodia compartida, y sin perjuicio de la valoración, no necesariamente podrá seguirse de ello la modificación de dicho régimen: *“Y, en segundo lugar, tenemos que atender a la limitación que impone la literalidad del art. 92.7 del CC, respecto del tiempo de su aplicabilidad en lo relativo a la guarda conjunta, como medida definitiva a acordar según el estado de cosas existente en el momento de dictar la sentencia de separación o divorcio. Lo cual excluye o, al menos, atenúa la posibilidad de su aplicación, como presupuesto de derecho necesario, para los casos, como el presente, en el que el régimen de custodia compartida ya se encuentre en vigor por así venir reconocido en sentencia firme. Porque la trascendencia del interés que subyace en la atribución de la guarda conjunta, impide que se pueda asimilar la decisión sobre su continuidad al mero reduccionismo de una sanción adicional a la pena impuesta por delito. De tal forma que cuando la sentencia penal recae una vez constituido el régimen de custodia compartida, y sin perjuicio de la valoración que hubiera de resultar de las circunstancias que concurren, no necesariamente podrá seguirse de ello la modificación de dicho régimen; ni, aún menos, la supresión del derecho de visitas”.*

SAP de Cantabria 5-2-2015 JUR 2015\67397  
(Sección 1ª)

FD 2º. Derecho del menor a mantener relación con su progenitor privado de libertad: *“si bien no consta que la privación de libertad considerada en 20xx haya variado, se dan ahora tres circunstancias que no fueron*

*consideradas en aquel momento. Una, la evolución penitenciaria del propio Sr. ... quien ha cumplido las 3/4 partes de su condena en octubre de 2014 así como que se prevé su licenciamiento definitivo para noviembre de 2016; otra, destacadísima, la admisión por la defensa de la madre en el acto de la vista de la apelación de la instauración de un régimen progresivo de visitas; y la tercera, la recomendación hecha por el Instituto de Medicina Legal sobre la conveniencia para el menor del establecimiento de una relación paterno filial”.*

SAP de Madrid (Secc. 6-2-2015 22ª)

JUR 2015\868854

FD 3º. Expone la reiterada y pacífica interpretación de "guarda y custodia" y "régimen de visitas y estancias" como dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía. FD 3º: *“Las razones en que se funda la recurrente no pueden bastar para alterar la resolución de primera instancia, cuya valoración de la prueba propuesta y practicada, además de obtenida a través del principio de inmediación, del que sólo limitadamente participa la Sala mediante el examen del soporte audiovisual en que se documenta la vista celebrada en las actuaciones a 13 de noviembre de 2013, no ha sido desvirtuada y es compartida en esta alzada, cuando el padre es perfectamente capaz de ejercer adecuadamente la totalidad de las funciones que conlleva la custodia en los tiempos en que con el niño le corresponde la permanencia, no se detecta en él ningún elemento incompatible con la crianza del hijo y observa de manera correcta sus necesidades de desarrollo en las áreas personal, escolar y social, habiéndose implicado en todos sus cuidados y atenciones, favoreciendo su desarrollo, con adecuada vinculación afectiva, mostrando conocimiento de los hitos evolutivos de su hijo y disponiendo de las suficientes habilidades parentales, sin que resulte desajuste ni indicador negativo. El Juez de primer grado se decanta por la custodia compartida en atención al concreto panorama de la familia que nos ocupa, del que da detalles precisos y pormenorizados, en fundamentos jurídicos completamente prudentes, sensibles, sensatos y razonables, que esta Sala comparte, suscribe y hace propios, dándolos por reproducidos en aras a la brevedad, habida cuenta su claridad expositiva”.*

SAP de Vizcaya 26-2-2015 (Sección 4ª)

JUR 2015\102101

FD 3º. Sobre el principio de *ius cogens* y prohibición de la "*mutatio libeli*" en materia de medidas sobre los menores: *“del principio del ius cogens en medidas sobre menores de edad: Las medidas dimanantes de cualquier*

*pleito atinente a la separación, a la nulidad o al divorcio que afectan a menores de edad, deben fijarse siempre en interés de los mismos, con independencia incluso de lo pedido por las partes en litigio, lo cual no vincula en absoluto al órgano jurisdiccional, por tratarse de cuestiones de orden público, según resulta de una reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial, siendo de destacar, entre otras muchas sobre el particular, las Sentencias de 2 de mayo de 1983 del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 1984 del Tribunal Constitucional y de 4 de marzo y 4 de octubre de 1999, 17 de enero de 2000, 23 y 26 de enero y 12 de marzo de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona, 24 de junio de 2009 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, y por tanto, acorde con esta consolidada jurisprudencia, no puede reputarse incongruente la sentencia que establece la modificación de las medidas en función del principio del 'favor minoris', pues si bien, tal como proclaman las mentadas resoluciones, el principio de congruencia es de inexcusable aplicación en las peticiones de separación, nulidad o divorcio y en las medidas afectantes exclusivamente a los consortes, pero no en lo concerniente a las medidas relativas a hijos menores de edad, debido al carácter tutelable de oficio, de ahí la necesaria intervención del Ministerio Público. Así pues, el órgano jurisdiccional no precisa sujetarse a los pedimentos de las partes, ya que, en cuanto a tales efectos, no rige en modo alguno el principio de prohibición de la 'mutatio libeli... ( )... y ello con independencia incluso de lo solicitado por los litigantes, si considera, como es el caso, que ello redundaría en beneficio del hijo por aplicación del principio del 'favor filii'".*

SAP de Islas Baleares 4-3-2015  
(Sección 4ª)

JUR 2015\98848

FD 1º. La GCC conlleva la equiparación de estancias entre los progenitores, son mayoritarias las sentencias que acuerda no establecer pensión de alimentos en los supuestos de GCC, ya que cada progenitor debe atender a los gastos alimenticios cuando el menor esté bajo su compañía: *“en materia de alimentos (artículos 142 y 146 del Código Civil, la sentencia de instancia, tras razonar que la custodia compartida habitualmente conlleva que cada progenitor se haga cargo de la satisfacción de las necesidades de los hijos comunes durante sus correspondientes períodos de convivencia cuando los ingresos de ambos progenitores guardan similitud, sin embargo, y como quiera que ello no ocurre en el caso de autos, pues la capacidad económica del actor es mayor, la sentencia acogió la voluntad del padre de ‘..hacerse cargo de*

*todos los gastos escolares y del seguro médico de los menores, así como de los demás gastos sanitarios de los hijos y de los restantes gastos extraordinarios que sean pactados por las partes o aprobados por el Juzgado”*.