



FACULTAD DE DERECHO

# LA EVOLUCIÓN JURÍDICA Y EL FUTURO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Autor: María Álvarez de Mon Ramírez

4º E1 BL

Derecho Civil

Tutor: Jaime Bofill Morientes

Madrid  
Abril 2018



## **RESUMEN Y PALABRAS CLAVE**

### **Resumen**

La custodia de los menores tras la separación o ruptura matrimonial es una cuestión de gran relevancia que evoluciona junto con nuestra sociedad. Hoy en día existe un abanico muy amplio de modelos familiares y situaciones tras la separación de las mismas.

La custodia compartida es una opción posible en la resolución de estos conflictos. El establecimiento de la misma en el ordenamiento jurídico español es cada vez más frecuente llegando a ser considerada, por determinados sectores, como la opción más conveniente para el interés del menor.

Tras el análisis de los cambios producidos en la sociedad y las familias en el último siglo, así como de su situación actual, se realiza un estudio de la ley, la jurisprudencia y la doctrina actual en España en materia de custodia compartida. A su vez, se lleva a cabo la comparativa dentro del territorio nacional así como respecto a otros países de la Unión Europea.

### **Palabras clave**

Guarda, custodia, custodia compartida, menor, progenitores, ley, jurisprudencia, doctrina, actualidad, opinión, tendencia, interés del menor.

## **ABSTRACT AND KEY WORDS**

### **Abstract**

The custody of minors after separation or marital breakdown is a matter of great relevance that evolves together with our society. Today there is a wide range of family models and situations after the separation of families.

Joint custody is a possible option in the resolution of these conflicts. The establishment of the same in the Spanish legal system is becoming more frequent being considered, by certain sectors, as the most convenient option for the interest of minors.

After analysis of the changes produced in society and families in the last century, as well as their current situation, it is made a study of the law, jurisprudence and the current doctrine in Spain regarding joint custody. In addition, is carried out a comparison within the national territory as well as to other countries of the European Union.

### **Key words**

Guard, custody, joint custody, child, parents, law, jurisprudence, doctrine, present, opinion, tendency, interest of the child.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

LISTADO DE ABREVIATURAS .....	6
CAPÍTULO I – INTRUDUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO II - HECHOS, TENDENCIAS Y ESTADÍSTICAS .....	9
2.1 - La sociedad actual.....	9
2.2- La familia tradicional.....	12
2.3- La familia actual.....	13
2.4 - El futuro de la familia en España.....	14
CAPÍTULO III - NORMATIVA ACTUAL .....	16
3.1 - Código Civil.....	17
3.2 - Regímenes Forales.....	18
3.2.1 Aragón.....	19
3.2.2 Comunidad Foral de Navarra.....	19
3.2.3 Cataluña.....	20
3.2.4 País Vasco.....	21
3.2.5 Comunidad Valenciana.....	21
CAPÍTULO IV – LA JURISPRUDENCIA ESENCIAL EN CUSTODIA COMPARTIDA.....	23
CAPÍTULO V – SITUACIÓN ACTUAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA .....	30
5.1 Tipos de custodia compartida.....	31
5.2 Criterios para su concesión.....	32
5.3 Ventajas e inconvenientes.....	34
5.4 Supuestos con dificultad e imposibilidad de concesión de la custodia compartida. .....	35
5.5 Últimas noticias de actualidad.....	36
CAPÍTULO VI - CONCLUSIONES .....	37
BIBLIOGRAFÍA .....	40

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

TS – Tribunal Supremo.

TC – Tribunal Constitucional.

AP – Audiencia Provincial.

CE – Constitución Española.

CC – Código Civil.

INE – Instituto Nacional de Estadística.

FJ – Fundamento jurídico.

## **CAPÍTULO I – INTRODUCCIÓN**

En el presente trabajo, la autora lleva a cabo el análisis del régimen de guarda y custodia compartida en España así como su avance a lo largo de los últimos años. El proyecto se ha realizado mediante el estudio de la ley, jurisprudencia y doctrina existentes en relación con la custodia compartida en el ordenamiento jurídico español.

En el mundo actual, son comunes los procesos de crisis matrimoniales que desembocan en separación o divorcio. Ello produce una alteración para el menor que debe ser salvaguardado y protegido por los progenitores, en primer lugar, y el ordenamiento jurídico en segundo, para así acordar la medida más beneficiosa para aquel.

La intención y propósito general del presente trabajo es conocer y exponer en profundidad la actualidad de un tema tan importante como es la custodia de los menores en los supuestos de separación y divorcio.

A su vez, junto con el objetivo amplio y general mencionado, se ha tratado de alcanzar otros objetivos de igual importancia pero con un carácter más específico:

- Análisis y síntesis de la legislación actual en España en materia de custodia incluyendo sus antecedentes.
- Estudio de las tendencias jurisprudenciales y la doctrina más importantes en nuestros días en lo que a custodia compartida se refiere.
- Dar respuesta a interrogantes tan relevantes como si la custodia compartida es realmente el método más adecuado para salvaguardar el interés del menor y si éste es considerado, en la actualidad, el régimen común y general de resolución de crisis matrimoniales o sin embargo, se trata de un régimen excepcional como anteriormente era considerado.

Para el análisis del tema se ha llevado a cabo una metodología basada en un estudio exhaustivo de un amplio abanico de fuentes del derecho español. Inicialmente se han estudiado las leyes actuales que regulan en España la custodia de los menores y sus antecedentes, para posteriormente, completar el estudio con un análisis de la jurisprudencia y doctrina más importante en los Juzgados y Tribunales españoles.

Para llevar a cabo el objetivo planteado, se ha elaborado una búsqueda y estudio de legislación, sentencias dictadas por distintos tribunales y juzgados del ámbito civil, libros, revistas y artículos de prensa.

El trabajo ha sido dividido en 5 capítulos.

El primero de ellos es la introducción en el cuál la autora recoge el objetivo del trabajo, la estructura del mismo y la metodología empleada.

El segundo capítulo tiene como objetivo analizar la sociedad española de hoy, para poder partir del análisis de las familias y personas que la componen hacia la ley y jurisprudencia que ordena y regula el tema de la custodia en caso de separación o ruptura matrimonial.

En el capítulo tercero, la autora lleva a cabo el estudio de la legislación presente en nuestro ordenamiento así como de su evolución y antecedentes. Para ello, es necesario conocer, además del régimen común, la regulación de la custodia compartida de los menores en los regímenes forales, tarea desempeñada y recogida en este capítulo.

A continuación, en el cuarto capítulo se expone la jurisprudencia esencial en materia de custodia compartida citando las sentencias más relevantes y comentando, en base a las mismas, las últimas tendencias.

El capítulo quinto, expone las características más importantes de la custodia compartida en España así como los tipos, ventajas e inconvenientes, utilizando, principalmente la doctrina perteneciente a este área.

Por último, se recogen las conclusiones de la autora una vez analizada la ley y jurisprudencia de la custodia compartida presente en nuestros días.

## **CAPÍTULO II - HECHOS, TENDENCIAS Y ESTADÍSTICAS**

### **2.1 - La sociedad actual.**

Para llevar a cabo el análisis de la custodia compartida en España junto a su evolución, tendencias, estadísticas y actualidad, es preciso conocer la sociedad, y más en concreto, la familia española. ¿Es igual la familia de hoy en día que la de hace 30 años? ¿Nos encontramos ante un concepto rígido y cerrado de la familia o abierto con un amplio abanico de variedades? ¿Cómo afecta la familia de hoy en día a la estructura de la sociedad española? ¿Se ve la familia afectada por pensamientos de carácter ideológico o moral?

El análisis de la situación de la familia en nuestro país es tarea compleja y requiere del estudio de la propia sociedad a nivel general, ya que la familia constituye la base estructural de toda sociedad<sup>1</sup>. No podremos entender la situación actual de la familia, y en concreto de la custodia compartida, si primero no entendemos la situación actual de la sociedad.

La sociedad española del siglo XXI es fruto de un proceso de grandes transformaciones entre las que resulta destacable el rápido avance y desarrollo de la tecnología e innovación. Se trata de una sociedad asentada en el estado de bienestar, con igualdad de condiciones laborales para el hombre que la mujer en la que el rendimiento y éxito profesional destaca con mayor relevancia que anteriormente en la vida de las personas. Causa directa de este proceso es el retraso en el momento de tener hijos por parte de las parejas ya que el proceso de formación postuniversitaria es mayor y, además, el crecimiento profesional es más largo y exigente por lo que las personas adquieren capacidad económica para tener hijos durante un periodo de tiempo más largo.

A su vez, no es tan frecuente el papel de la mujer al cargo exclusivo de los hijos mientras el marido trabaja, con la consecuencia del retraso del momento de formar una familia y la disminución del número de hijos por la incorporación de la mujer al mundo laboral. Tanto es así, que, en determinadas familias de la sociedad de hoy, la estructura se ha invertido por completo y es el padre quien dedica más tiempo a los hijos y las tareas

---

<sup>1</sup> Martí Fluxá, R. La familia en la España de hoy, *El Mundo*, 27 de abril de 2016. (Disponible en <http://www.elmundo.es/opinion/2016/04/27/571fa5daca47418e5c8b45bd.html>; última consulta 11/01/2018).

domésticas y ordinarias de la vida familiar, y la mujer la que invierte más tiempo en el trabajo fuera de casa<sup>2</sup>.

Es patente a día de hoy que vivimos en un mundo globalizado y altamente competitivo, por ello, el desarrollo profesional y la expansión internacional son pilares en la vida de las personas del siglo XXI, lo que implica mayor empleo del tiempo en el trabajo y menor tiempo dedicado a la formación de la familia y a los hijos. A su vez, el desarrollo de la tecnología y la innovación nos permite llegar a controlar aspectos y circunstancias que antes eran inimaginables y que, como consecuencia lógica, también tienen incidencia directa sobre las familias. Antes resultaba impensable poder controlar tan exhaustivamente la natalidad o el momento de quedar embarazada una mujer, sin embargo, en la actualidad las parejas son capaces, a través de distintas técnicas, de adaptar sus inquietudes profesionales y personales a la formación de su propia familia. El desarrollo y la innovación abren la posibilidad a las parejas de decidir y controlar el momento de formar la familia, el número de hijos que desean tener e incluso el tiempo de espera entre cada uno de ellos.

La sociedad de hoy, a su vez, es más individualista. Tiempo atrás, lo normal y habitual llegado a una edad era tener una pareja y formar una familia, sin embargo, la mentalidad solitaria e individual ha ganado terreno en nuestros días. Es frecuente hoy quien busca su desarrollo, éxito y crecimiento profesional y no considera la opción de unirse a otra persona para formar una familia, lo cual siempre implica a otros, ya sea solo por el mero hecho de tener hijos y convertirse en alguien de quien otros dependen. El exceso de independencia lleva a determinadas personas, sobre todo en ciertas clases sociales, a no desarrollar una familia por el hecho de no atarse nunca a nadie y tener que ejercer la responsabilidad y obligaciones que ser padre conlleva<sup>3</sup>. Además, esta mentalidad y la innovación, lleva a otra novedad de nuestros días, la existencia de mayor número de familias monoparentales. Quien desea tener hijos y no pareja, gracias a la abundancia de

---

<sup>2</sup>Del Campo, S. y Rodríguez-Brioso, M. “La gran transformación de la familia española durante la segunda mitad del siglo XX”. *Reis*, 100/02, pp. 103-117.

<sup>3</sup>López, T. “Hacia el suicidio demográfico: por qué los jóvenes millennials no tienen hijos”, *La Vanguardia*, 30 de marzo de 2017. (Disponible en <http://www.lavanguardia.com/vida/20170330/421322088617/una-experta-dice-que-los-milenials-renuncian-a-tener-hijos-al-tener-que-elegir-entre-tener-trabajo-o-ser-padres.html>; última consulta 11/01/2018).

técnicas de reproducción y asistencia, puede lograrlo, por lo que mantiene cierto individualismo unido a la experiencia y satisfacción de ser padre<sup>4</sup>.

Debemos mencionar, por otra parte, la importancia del consumismo en nuestros días. Existe mayor nivel de vida y bienestar en gran parte de la sociedad, lo cual nos conduce a una mentalidad consumista y buscadora de la mayor comodidad posible. Ello tiene gran repercusión en las familias debido a que se desarrolla la mentalidad de tener un número menor de hijos, pero con más medios y posibilidades para cada uno. Los padres desean dotar a sus hijos de las mejores condiciones y calidad de vida posible por lo que renuncian a tener más hijos y poder darles las condiciones normales o básicas para tener menos y, sin embargo, dotarles de las mejores posibilidades y condiciones posibles. Así, adecuan la formación de sus familias a su capacidad económica y su mentalidad ambiciosa y consumista, buscando tener todo lo que pueda estar a su alcance para mejorar su calidad de vida.

Resulta importante hacer mención al proceso de secularización que sufre nuestra sociedad actual<sup>5</sup>. Hace años estaba más influenciada por la moral y la ética, incluso por la religión (tradicionalmente católica), lo cual afectaba directamente a la formación de las familias considerando como inimaginable determinadas prácticas que hoy están presentes en nuestra sociedad. Anteriormente, podía resultar contrario a ciertas ideologías o pensamientos el control de la natalidad o la formación de una familia fuera del esquema tradicional de un hombre y una mujer una vez hubieran contraído matrimonio. Sin embargo, la realidad actual es distinta y la disminución de la influencia directa que la ética, moral o religión tenían en nuestra sociedad repercute en la formación de familias con esquemas distintos o incluso en un descenso del número de familias que hay en España.

---

<sup>4</sup> Jordán Villacampa, M. "Familias monoparentales, inseminación artificial y derechos humanos". *Revista de Derecho*, Universidad de Valencia, pp. 1-5.

<sup>5</sup> Martí Fluxá, R. "La familia en la España de hoy", *El Mundo*, 27 de abril de 2016. (Disponible en <http://www.elmundo.es/opinion/2016/04/27/571fa5daca47418e5c8b45bd.html>; última consulta 12/01/2018).

## **2.2 - La familia tradicional.**

Llegados a este punto y ante la sociedad planteada con anterioridad, cabe profundizar en el concepto actual de familia, para lo cual es necesario determinar el concepto anterior y tradicional de la misma.

No cabe la menor duda que la familia es, en cualquier Estado, pilar fundamental y estructural de la sociedad y por tanto de otros campos como la política o la economía. El fin último de cualquiera de estas disciplinas es la persona y sus intereses y derechos, por lo que la familia constituye un pilar fundamental, ya que es ella la fuente de personas que constituyen la sociedad. Fomentar o no el crecimiento de las familias, educarlas y formarlas en unos u otros aspectos, dictar medidas perjudiciales o beneficiosas para las mismas, dicen mucho de la política, ley y economía de un país y en definitiva de la propia sociedad que lo conforma. Lo que uno aprende y vive en la familia lo guardará para siempre y para muchas personas, ésta constituirá las únicas relaciones personales que construya, por lo que analizar la familia y utilizarla para el progreso de un país, llega a ser un canal eficaz y útil para aquellos que ejercen tareas de mando de una sociedad.

Tradicionalmente, la familia estaba constituida por los padres (hombre y mujer), los cuales habrían contraído matrimonio con anterioridad al momento de tener hijos y con vistas a que su matrimonio fuera único y hasta el final de sus vidas. La natalidad de esta época era superior ya que los padres, influenciados por la mentalidad tradicional y principalmente religiosa de entonces, no solían someter a excesivo control el número de hijos que tenían. A su vez, los hijos eran biológicos o en algunos casos fruto de la adopción, pero no consecuencia del empleo de prácticas artificiales, las cuales no estaban tan desarrolladas y eran consideradas, por muchos sectores, inmorales<sup>6</sup>.

Las personas se casaban antes por lo que el tiempo para tener hijos era más extenso que en la actualidad. Eran abundantes las familias numerosas, en las cuales, cada hijo tenía los mismos medios y posibilidades que sus hermanos y vivían con lo que la economía de sus padres les permitía, lo cual les suponía, en ocasiones, tener una vida más modesta y austera que la de los niños a día de hoy.

---

<sup>6</sup> Nogueira, C. “La transformación de la familia española”, *El País*, 2005. (Disponible en [https://elpais.com/diario/2005/06/19/sociedad/1119132011\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2005/06/19/sociedad/1119132011_850215.html); última consulta 12/01/2018).

### 2.3 - La familia actual.

A lo largo de toda la historia, la familia ha sido siempre un concepto dinámico, afectado por las distintas transformaciones que ha ido sufriendo la sociedad. Como consecuencia, nos encontramos en la actualidad, ante una pluralidad de variantes que integran el concepto de familia: parejas del mismo sexo, familias monoparentales, parejas de hecho, parejas sin hijos, familias con hijos fruto de técnicas artificiales... Ante el gran abanico de posibilidades, cabe preguntarse, ¿qué transformaciones ha sufrido la familia para llegar al esquema de nuestros días?

Es importante conocer primero la natalidad de España y su aumento o reducción respecto de los últimos años. Según el Instituto Nacional de Estadística, en 2016 nacieron en España 408.384 niños, lo que implica, un 2,8% menos que en el 2015<sup>7</sup>. A su vez, es destacable la natalidad que había en España hace medio siglo, (en el año 1950 nacieron 558.965 niños<sup>8</sup>), para poder comprobar la transformación de las familias en las últimas décadas. Es decir, en medio siglo el número de nacimientos en España ha disminuido alrededor de 200.000 niños. Si bien es cierto, el descenso de la natalidad tiene varias causas.

Las personas en la actualidad tienen un proceso de formación universitaria y post-universitarias más largo, lo que implica que empleen más tiempo en el desarrollo académico y profesional, unido a su vez a la dificultad de encontrar trabajo, sobre todo en determinados sectores. Por ello, el momento de formar una familia se alarga hasta más o menos la década de los 30 años. Además, en la actualidad, no es sólo el hombre el que trabaja, por lo que el desarrollo laboral de la mujer afecta a la disminución del número de hijos y familias. Podemos comprobar que, en los últimos años, la edad media de la mujer para quedar embarazada del primer hijo es 31 años, lo que contrasta con respecto a mediados del siglo XX cuándo la edad media era de 25 años<sup>9</sup>.

A su vez, el avance de las técnicas de reproducción asistida permite el control de la natalidad y la existencia de familias distintas a las de épocas anteriores, pero abundantes

---

<sup>7</sup> INE (2017) Movimiento natural de la población (Nacimientos, Defunciones y Matrimonios) Indicadores demográficos básicos. Año 2016. Madrid: Instituto Nacional de Estadística.

<sup>8</sup> INE (1957) Matrimonios, nacimientos y defunciones en España - Años 1932 a 1956. Madrid: Instituto Nacional de Estadística.

<sup>9</sup> INE (2016) Edad media a la Maternidad por orden del nacimiento según nacionalidad de la madre. Madrid: Instituto nacional de Estadística.

en nuestros días. En la actualidad, el número medio de hijos por mujer es de 1,33, frente a la década de los 70 que era de 2,8 niños por mujer<sup>10</sup>.

Si bien, a ello se une a la secularización de la sociedad y la libertad ideológica, lo que implica que en la actualidad sea aceptable y común lo que en otro momento no era considerado como posible.

Es real en nuestros días, la abundancia de familias monoparentales o de familias desestructuradas y divididas a causa del aumento de divorcios y separaciones. La unión entre dos personas es distinta hoy en día que anteriormente ya que no existe la misma conciencia de exclusividad y permanencia del matrimonio. Las personas del siglo XXI consideran más normal el final de un matrimonio antes de la muerte y la unión con varias personas a lo largo de la vida, no de forma simultánea, si no consecutiva. Por ello, abundan las separaciones y por tanto las familias formadas por hijos de varios matrimonios o por personas en segundas o terceras nupcias.

El número de divorcios en España cerró en 2016 con la cifra de 96.824, un 0,3% más que en el año anterior. Sobre el total de estos casos, la custodia compartida se otorgó en el 28,3% de situaciones<sup>11</sup>.

Por lo tanto, la disminución de la natalidad, la incorporación de la mujer al mundo laboral y las nuevas formas de familia, afectan directamente a la disminución del número de familias y de hijos en nuestra sociedad.

#### **2.4 - El futuro de la familia en España.**

La familia está siendo transformada por las necesidades personales y abriéndose a nuevos modelos lo que seguirá produciéndose en las décadas siguientes. ¿Cuál es, por tanto, el futuro de la familia en la sociedad española?

Resulta destacable el proceso de secularización y la libertad ideológica a cerca de las relaciones de pareja y formas y ritos de constituir una familia. El matrimonio católico ha decrecido en las últimas décadas y es de esperar que prosiga en el futuro debido al

---

<sup>10</sup> Castillo, M. “La natalidad desciende a mínimos históricos en España y vuelve a perder población”, *Expansión*, 22 de junio de 2017. (Disponible en <http://www.expansion.com/economia/2017/06/22/594b9005468aeb6c4b8b46b9.html>; última consulta 12/01/2018).

<sup>11</sup> INE (2017) Estadística de nulidades, separaciones y divorcios. Año 2016. Madrid: Instituto Nacional de Estadística.

descenso en la sociedad de las creencias religiosas tradicionales. Mientras en la década de los 80 el 95,5% de los matrimonios era católico, en la actualidad lo son exclusivamente el 25%<sup>12</sup>. Debido a este fenómeno de secularización, muchas personas no llegan a contraer matrimonio por no hacerlo bajo un rito religioso y se produce el aumento de las parejas de hecho lo cual lleva a plantearse la constitución de éstas, junto con los hijos que tengan, como un modelo de familia.

A su vez, seguirá en aumento el control de la natalidad por parte de los padres y la existencia de 1 o 2 niños por mujer, la cual quedará seguirá quedando embarazada en la década de los 30 ya que su extensa formación académica y su presencia en el mundo laboral continuarán.

Por otra parte, las familias monoparentales ya experimentan un aumento en España que es de esperar en las próximas décadas. O bien familias constituidas por padres y madres separados o divorciados, ya que es de esperar que continúen en aumento el número de separaciones y divorcios, o personas que desde el inicio constituyan familias formadas por ellas mismas como único progenitor.

La familia, por tanto, continuará avanzando y siendo transformada en función de los cambios que se produzcan en las condiciones sociales, tecnológicas, económicas y políticas en España. Si bien, es de esperar que las políticas demográficas adoptadas favorezcan el aumento de la natalidad y las familias. A su vez, las políticas laborales de conciliación del trabajo y la familia, deberían conducir también a un aumento de las mismas ya que las personas tendrían más facilidades para constituir las<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Bastante, J. “El matrimonio católico se desploma en España”, *Religión Digital*, 23 de junio de 2017. (Disponible en <http://www.periodistadigital.com/religion/espana/2017/06/23/el-matrimonio-catolico-se-desploma-en-espana- apenas-un-cuarto-de-bodas-por-la-iglesia-en-2016-religion-iglesia.shtml>; última consulta 13/01/2018).

<sup>13</sup> Del Campo, S. y Rodríguez-Brioso, M. “La gran transformación de la familia española durante la segunda mitad del siglo XX”. *Reis*, 100/02, pp. 103-117.

### **CAPÍTULO III - NORMATIVA ACTUAL**

En el presente epígrafe se trata de analizar el abanico de leyes que regulan en el sistema jurídico español, el divorcio y la guarda y custodia compartida. Cabe iniciar el mencionado análisis con una pregunta: En el supuesto de que una pareja quisiera divorciarse y adquirir la custodia compartida de sus hijos, ¿a qué leyes reguladoras de esta materia deberían acudir para perseguir su cumplimiento a lo largo de todo el proceso? ¿Qué legislación le es aplicable, y en qué orden de prelación, a dichas personas?

En primer lugar, debemos mencionar que la custodia compartida en los supuestos de crisis matrimoniales y divorcios, pueden solicitarla a la autoridad judicial los dos progenitores, o excepcionalmente, uno de ellos. A su vez, no es necesario que exista justa causa, la solicitud de la misma puede basarse simplemente en el interés de los progenitores y del niño. Por lo tanto, según queda recogido por los Magistrados del Tribunal Supremo, el juez no puede concederla si no existe la solicitud de la misma por parte de alguno de los progenitores, por mucho que lo haga en interés y protección del menor<sup>14</sup>.

Una vez conocemos la necesidad de solicitud de la custodia compartida por una de las partes, hay que tener en cuenta la existencia de un factor de suma importancia en el derecho de familia y en la regulación del divorcio y la situación de los hijos posterior al mismo. Se trata de la vecindad civil, aquel estado civil que determina la sujeción de un persona - de nacionalidad española - bien al derecho civil común o bien al especial o foral. Es decir, condiciona qué legislación es aplicable en la situación planteada con anterioridad dependiendo del estado civil de cada progenitor.

Comenzaremos por la vecindad civil común por la cual se aplica el Código Civil, es decir, el derecho común, y que es aplicable en todas las comunidades autónomas de España salvo las que poseen un régimen foral especial.

En los supuestos de vecindad civil común, debemos mencionar dos leyes de aplicación estatal: 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 y la ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Subsidiariamente, en estos casos de vecindad civil común, es de aplicación el Código Civil.

---

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio 400/2016 FJ 3.

### 3.1 - Código Civil.

La regulación más importante en el ámbito civil del derecho en términos de vecindad común, comprende la regulación a cerca de la guarda y custodia en multitud de artículos. Éstos han sido modificados a lo largo del tiempo mediante leyes conforme a las necesidades de la sociedad cambiante para poder regular de la mejor manera posible, buscando el interés y bien del menor y los progenitores.

La ley 30/1981<sup>15</sup>, supuso un gran cambio en la sociedad del momento ya que modificó los artículos originarios del Código Civil a cerca de este tema. Determina en su artículo 86 las causas de divorcio estableciendo el cese efectivo de la convivencia conyugal durante uno, dos o cinco años ininterrumpidos dependiendo de las circunstancias. Además, cuando exista sentencia condenatoria firme contra uno de los cónyuges por atender contra ascendientes, descendientes o el otro cónyuge.

De la misma forma, establece en cuanto a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, en su artículo 90: “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”. De la misma forma, “la separación, nulidad y divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.

El artículo 94 determina que “el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar de este derecho...”.

La última modificación del Código Civil llega de la mano de la ley 15/2005<sup>16</sup>, la cual, como recoge en su exposición de motivos, “persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial”. La misma ley recoge más adelante que “se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida”. La presente ley, a su vez, modifica

---

<sup>15</sup> 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 (BOE 20 de julio de 1981).

<sup>16</sup> Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE 9 de julio de 2005).

determinados artículos del Código Civil en lo que respecta al divorcio y custodia de los hijos, a los que haremos mención en adelante para conocer la regulación de dicha materia.

De esta forma, la normativa actual de las crisis matrimoniales y la guarda y custodia de los hijos haciendo referencia a la vecindad común la encontramos en el Código Civil en los siguientes artículos:

Artículo 81: Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro.

Artículo 92:

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

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

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

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

### **3.2 - Regímenes Forales.**

Como ocurre en abundantes materias de derecho, dentro del ordenamiento jurídico español, nos encontramos con Comunidades Autónomas, cuyos habitantes tienen vecindad civil especial o foral por lo que poseen un régimen distinto al régimen de aquellos que tienen vecindad civil común. Lo mismo ocurre en materia de Derecho de Familia y en concreto en cuanto al divorcio y el ejercicio de la guarda y custodia. En adelante mencionaremos las más importantes.

### **3.2.1 Aragón.**

La ley 2/2010<sup>17</sup>, establece en su artículo 6 la regulación en materia de guarda y custodia de los hijos de forma que “cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.

En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad”.

Además, el Juez “adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente” y podrá, antes de adoptar su decisión, “recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores”.

En cuanto a la custodia compartida, la objeción de la misma por parte de uno de los progenitores que trata de obtener la custodia individual, “no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor”.

Por último, 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 o se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad”.

### **3.2.2 Comunidad Foral de Navarra.**

La ley foral 3/2011<sup>18</sup>, en su artículo 3 establece que “cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos”. A su vez, en el caso de que la solicitud la realice uno 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

---

<sup>17</sup> Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (BOE 22 de junio de 2010).

<sup>18</sup> Ley foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (BOE, 12 de abril de 2011).

audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos”.

A su vez, si el juez decide la custodia compartida, “fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos padres el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad”.

Al igual que en Aragón, salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos ni procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal o se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

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, daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuir a favor de éste la guarda y custodia de los hijos.

### **3.2.3 Cataluña.**

La guarda y custodia queda recogida en la ley 25/2010<sup>19</sup>. En ella, se establece la necesidad del plan de parentalidad que debe concretar “la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales”. Es en dicho plan donde debe recogerse la forma acordada por los cónyuges para la guarda de los hijos.

A su vez, igual que en los regímenes forales citados con anterioridad, “la autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda” y “puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo”. De la misma forma, “en la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen”. Tampoco en Cataluña está permitido la atribución de la guarda y custodia al progenitor cuando contra uno de los progenitores exista “una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”.

---

<sup>19</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE, 21 de agosto de 2010).

En el régimen foral catalán, se hace mención a la obligación de alimentos ya que dicha obligación no es alterada por la forma de ejercer la guarda, pero “si 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”.

#### **3.2.4 País Vasco.**

En la presente comunidad, rige la ley 7/2015<sup>20</sup>. En ella se establece que “cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos”. Determina a su vez que la solicitud “deberá ir acompañada de una propuesta fundada del régimen de desarrollo de la custodia, incluyendo la determinación de los periodos de convivencia y relación, así como las formas de comunicación con el progenitor no custodio y, en su caso, con los demás parientes y allegados”.

También en este territorio, “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”. Ésta será adoptada por el juez cuando no sea perjudicial para el menor y podrá para ello recabar informes de especialistas para optar por la opción más beneficiosa.

Asimismo, cuando se trate de la custodia compartida, “el juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los miembros de pareja con los hijos e hijas, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos el ejercicio de sus derechos y obligaciones en igualdad” y salvo en determinadas situaciones se tratará de no separar a los hermanos.

#### **3.2.5 Comunidad Valenciana.**

La Comunidad Valenciana estuvo regulada en el ámbito de la familia y la guarda y custodia por la ley 5/2011<sup>21</sup>. La misma, establecía como regla general el ejercicio de la custodia compartida aun cuando existiera la oposición de cualquiera de los progenitores.

---

<sup>20</sup> Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOE, 24 de julio de 2015).

<sup>21</sup> Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (BOE, 25 de abril de 2011).

Sin embargo, ya no está vigente en nuestros días debido a una sentencia que la declaraba como inconstitucional dictada por el pleno del Tribunal Constitucional. Se trata de la sentencia 192/2016, de 16 de noviembre de 2016.

A modo de conclusión de la normativa de los regímenes forales, encontramos en el siguiente cuadro el resumen y la comparación entre unos regímenes y otros.

<b>SIMILITUDES DE LOS REGÍMENES FORALES</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Necesario común acuerdo o solicitud de una de las partes.</li> <li>- Oído Ministerio Fiscal y dictámenes y autos de expertos si es necesario.</li> <li>- No separación de los hermanos.</li> <li>- No concesión en caso de proceso penal o condena para un progenitor.</li> <li>- Concesión a pesar de oposición de una parte o malas relaciones.</li> </ul>	

<b>C.C.A.A</b>	<b>PREFERENCIA</b>	<b>RÉGIMEN APLICABLE</b>
Aragón	Concesión <b>preferente</b> de la custodia compartida	Establecimiento de un <b>régimen de convivencia</b>
Navarra	<b>No es preferente.</b> Plena libertad del juez para decidir	Establecimiento de un <b>régimen de convivencia</b>
Cataluña	<b>No es establecida como preferente.</b> Se tiende a ello	Existencia de un <b>plan de parentalidad</b>
País Vasco	<b>No es establecida como preferente.</b> Se tiende a ello	Existencia de un <b>régimen de desarrollo de la custodia</b>

## **CAPÍTULO IV – LA JURISPRUDENCIA ESENCIAL EN CUSTODIA COMPARTIDA**

Los tribunales españoles han ido adoptando medidas conforme a la legislación y necesidades de la sociedad del momento para regular de la mejor manera posible las situaciones de crisis matrimoniales y el sistema de guarda y custodia de los hijos tras las mismas. Es importante resaltar que, en todo procedimiento, el juez orienta su decisión hacia la búsqueda del mayor bien del menor, por lo que en ocasiones es llevado a situaciones más complejas que pueden dificultar el alcance de un fallo correcto y justo. Siguiendo el bien del menor como punto de mira de los jueces, las sentencias de los mismos son cambiantes conforme el paso del tiempo. En el presente epígrafe analizaremos, según los temas relevantes, las sentencias más importantes de la actualidad, las cuáles conforman una jurisprudencia actualizada, lo que nos permitirá comprobar la tendencia de las sentencias de los jueces españoles en materia de guarda y custodia.

Atendiendo a los requerimientos y situaciones de concesión de la custodia compartida de los hijos, la ley 15/2005, supuso cambios en el artículo 92 del Código Civil y estableció tres requisitos para la concesión en el supuesto de petición de la misma por una de las partes, sin común acuerdo de los progenitores. Se trata, en primer lugar, de la petición de una de las partes, junto con el informe favorable del Ministerio Fiscal y la búsqueda del interés del menor.

El requisito del informe favorable del Ministerio Fiscal ha sido muy controvertido y dio lugar a una sentencia de gran importancia en nuestro ordenamiento jurídico que falló declarando como inconstitucional la necesidad de la condición como favorable del mencionado informe. Se trata de la **sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012**, la cual es respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria atendiendo a la posible violación de artículos de la Constitución española, en concreto, los artículos 24, 39 y 117.3.

El artículo 117 CE determina en su apartado tercero que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normales de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Art. 117 de la Constitución Española.

Conforme a esta materia, la sentencia recoge lo siguiente:

En la cuestión constitucional sometida a este Tribunal, la norma de procedimiento es la que establece que, para que excepcionalmente el Juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la solicite sólo uno de los progenitores, debe concurrir un informe favorable del Ministerio Fiscal. Si tal garantía — establecida como requisito sine qua non — no se da, el órgano jurisdiccional no puede libremente adoptarla.

El órgano proponente basa su argumentación en dos razones. La primera es que el automatismo de la denegación de la guarda compartida a causa de un dictamen emitido por el Ministerio Fiscal es incompatible con la plenitud y exclusividad de que gozan los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, conforme establece el art. 117.3 CE<sup>23</sup>.

Por lo tanto, la cuestión a debatir es si la necesidad del informe favorable del Ministerio Fiscal limita la capacidad de Jueces y Tribunales españoles de acordar la custodia compartida en supuestos de crisis matrimoniales lo que sería positivo ya que, si el Ministerio Fiscal considerara como negativo o perjudicial para el menor la concesión de la misma, el juez no podría llevarlo a cabo y por tanto su capacidad de actuación se vería menguada. El ordenamiento jurídico debe buscar la independencia y libertad de los Jueces y Tribunales para acordar, conforme a la ley y lo que estimen oportuno, la sentencia acorde al bien y la justicia.

Por otra parte, el artículo 24 CE recoge el derecho a la tutela judicial efectiva según el cual, según la presente sentencia, queda vulnerado “el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo<sup>24</sup>”.

A su vez, conforme al artículo 14 CE que recoge la igualdad de los españoles ante la ley y el 39 que determina la “protección social, económica y jurídica de la familia” y la “protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley<sup>25</sup>”, la sentencia que nos atañe considera que el conflicto existente entre las partes del proceso, “no justifica de manera razonable un tratamiento jurídico distinto sobre el carácter vinculante o no para el Juez del dictamen del Ministerio Fiscal<sup>26</sup>”.

---

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre 185/2012 FJ 2.

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre 185/2012 FJ 7.

<sup>25</sup> Constitución Española.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre 185/2012 FJ 8.

Es decir, haciendo depender la decisión del juez a cerca de la concesión de la custodia compartida del informe del Ministerio Fiscal se otorga tácitamente la capacidad de decisión a este, ya que los jueces están obligados al informe que proviene del mismo en el caso de ausencia de acuerdo entre las partes. Por lo tanto, el juez tiene plena capacidad para resolver de fondo el asunto, en el caso de acuerdo entre las partes, pero en el supuesto de que no lo haya, dicha capacidad es limitada y dependiente del informe del Ministerio Fiscal. La capacidad de decisión del juez y la igualdad que recogen los artículos de la Constitución Española deben ser salvaguardados en todos los supuestos sin diferencia alguna por la existencia o no de un común acuerdo entre las partes.

En segundo lugar, es de gran importancia en los últimos años las sentencias que determinan el **interés del menor**, el llamado favor filii, como el criterio más importante a tener en cuenta. Todo fallo proveniente de un tribunal o juzgado español acerca del tema de guarda y custodia de los hijos, debe estar fundamentado en la búsqueda del interés y bien del menor. En una crisis matrimonial que finaliza con la separación o divorcio entre los progenitores el mayor perjudicado es el menor y es él mismo el que el legislador y juez deben tener como protagonista en la toma de decisiones que le afecten. El establecimiento de un régimen u otro deberá ser dependiente, principalmente, de lo que se estime oportuno y bueno para el menor considerando otros factores como secundarios respecto a este. En los últimos años, la jurisprudencia ha tenido especialmente en cuenta este criterio plasmándolo en varias de sus sentencias.

Respecto al interés del menor, a pesar de haber sido dictada hace varios años, se considera doctrina jurisprudencial la sentencia del **Tribunal Supremo 257/2013 de 29 de abril**. En ella, se establecen los requisitos necesarios para que se establezca la custodia compartida determinando como los más importantes:

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; [...] 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<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril 257/2013 FJ 3.

La importancia y búsqueda del interés del menor lo encontramos en numerosas sentencias de los últimos años. La **sentencia del Tribunal Supremo 393/2017 de 21 de junio** recoge que: “el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre<sup>28</sup>”.

También la **sentencia del Tribunal Supremo 135/2017 de 28 de febrero** determina en su segundo fundamento jurídico, lo siguiente:

Lo que se pretende en el recurso es que, con los mismos hechos que la sentencia tuvo en cuenta para deducir este interés, se haga una valoración jurídica distinta, que es lo que esta sala va a hacer al no haberse protegido correctamente el mismo teniendo en cuenta que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste. [...] Las conclusiones de los informes psicosociales y de los demás informes periciales en los procedimientos judiciales deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de los mismos, siempre bajo el prisma del mejor interés del menor<sup>29</sup>».

Asimismo, el interés del menor se entrelaza junto con el derecho del mismo a ser oído si está en edad de poseer suficiente capacidad de juicio como para que su valoración sea tenida en cuenta. También la **sentencia del Tribunal Supremo 18/2018 de 15 de enero** reza así:

La exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida protección, y por ende no es propiamente una prueba, de forma que el interés del mismo no necesariamente ha de coincidir con su voluntad, debiendo valorar el juez su madurez y si sus deseos son propios del capricho o de influencias externas.[...] En atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo el interés del menor es posible que se deniegue su exploración, si bien de forma motivada, según la doctrina ya recogida<sup>30</sup>.

Es de gran frecuencia los casos de apelación en los que uno de los progenitores reclama el cambio de custodia establecido por los jueces en primera instancia buscando el interés del menor. Respecto a esto, la sentencia del **Tribunal Supremo 194/2016 de 29 de marzo de 2016** determina:

---

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio 393/2017 FJ 3.

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero 135/2017 FJ 2.

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero 18/2018 FJ 4.

En los casos en que se discute la guarda y custodia compartida, solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda<sup>31</sup>.

En contrapartida, y como modo de descubrir que el interés del menor es buscado por nuestros Jueces y Tribunales en los litigios matrimoniales incluso para la no concesión de la custodia compartida más reciente, la sentencia del **Tribunal Supremo 442/2017 de 13 de julio** en la cual el padre solicitaba la modificación de la custodia individual, que había sido establecida en primera instancia, por la custodia compartida. La misma reza así:

No hay base probatoria que permita inferir que la guarda y custodia compartida, tal como exige el artículo 92.8 del Código Civil, será lo más beneficioso para la menor a partir de los dos años de ésta [...]. En definitiva, por la parte apelante no se han aportado razones objetivas y fundadas que hayan sido acreditadas, que pongan de manifiesto error en la valoración de la prueba por la juzgadora de instancia y hagan aconsejable en beneficio de la menor cambiar la decisión en materia de guarda y custodia<sup>32</sup>.

El Tribunal consideró que no podía determinar la custodia compartida para cuando la menor tuviera dos años ya que en para esa ocasión, habría circunstancias desconocidas en el tiempo presente y quizá, llegado el momento, no era lo más beneficioso de forma que el padre de la menor no vio cumplida su petición de establecer el sistema de guarda y custodia compartida.

Existen también sentencias que no determinan la concesión de la custodia compartida por otras causas, entre las cuales, suele abundar la distancia física entre los padres o una situación perjudicial de uno de ellos que pueda afectar a los menores. La **sentencia del Tribunal Supremo 4/2018 de 10 de enero de 2018**, considerada como doctrina jurisprudencial y en la cual se plasma el interés del menor mencionado anteriormente, finalizó otorgando la custodia del menor a la madre reconociéndolo de la siguiente manera: “La distancia no solo dificulta, sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor<sup>33</sup>”.

---

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo 194/2016 FJ 3.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio 442/2017 FJ 2.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero 4/2018 FJ 3.

En tercer lugar, los Tribunales españoles consideraban, con anterioridad, el régimen de custodia compartida como una medida excepcional reservada para situaciones exclusivas. Sin embargo, ya en el año 2009 comenzó a haber sentencias que anulaban el carácter excepcional del mencionado régimen. Los Jueces y Tribunales establecen, cada vez en mayor medida, el régimen de custodia compartida como el deseable y mejor para el menor. La mencionada sentencia del **Tribunal Supremo 257/2013 de 29 de abril** determina en sus fundamentos de derecho:

Es la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo<sup>34</sup>” y añade “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>35</sup>.

También en la sentencia del **Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013** el órgano jurisdiccional de mayor rango se manifiesta por primera vez a favor de la custodia compartida como resultado de la búsqueda del interés del menor<sup>36</sup>. En la mencionada sentencia se produce una modificación de la custodia y guarda única por la compartida afirmando que “siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de un sistema de guarda y custodia compartida, hay que acordar esta medida por cuanto es la mejor manera de proteger al menor<sup>37</sup>”.

Más cercana a nuestros días sobre esta materia del carácter general o excepcional de la custodia compartida es la **Sentencia del TS 11/2018 de 11 de enero** la cual determina el régimen compartido de custodia en oposición al Juzgado de Instancia y la Audiencia Provincial que habían otorgado la custodia a la madre. La sentencia reza así:

La sentencia recurrida excluye la guarda y custodia compartida por la razón fundamental de que el menor estaba con su madre, y porque por su corta edad necesita rutina y estabilidad, lo que hace no recomendable introducir grandes cambios en su vida cotidiana, y todo ello pese a reconocer que la prueba practicada acredita la capacidad del padre para asumir, sin problema alguno, estos menesteres de guarda y

---

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril 257/2013 FJ 2.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril 257/2013 FJ 4.

<sup>36</sup> Ureña Martínez, M., “Comentario a la Sentencia de 19 de julio de 2013. Modificación de la guarda única por la custodia compartida con el argumento de que dicha medida es más beneficiosa para los hijos”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 94, 2014, p.1.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 280/2017 FJ 3.

custodia que, como ha recordado esta Sala, a partir de la sentencia 257/2013 (RJ 2013, 3269) , debe ser el normal y deseable<sup>38</sup>.

De la misma forma, la **sentencia del Tribunal Supremo 280/2017** se refiere a numerosas sentencias (entre otras la sentencia del Tribunal Supremo 257/2013 mencionada anteriormente) como base de una doctrina que considera la guarda y custodia compartida como la mejor forma de buscar el bien del menor, el equilibrio y la igualdad. La misma lo recoge de la siguiente manera:

Considera, en particular, que la sentencia no valora otros parámetros que aparecen como hechos probados, [...], imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, conforme a la doctrina de esta sala contenida en las referidas sentencias, que establecen que este régimen de custodia habrá de considerarse normal e incluso deseable<sup>39</sup>.

Por último, además del Tribunal Supremo, podemos observar que numerosos órganos menores de nuestro ordenamiento jurídico también determinan la generalidad y normalidad del mencionado régimen. En la **sentencia 10/2017 de la Audiencia Provincial de la Coruña** podemos leer lo siguiente:

Considera el Tribunal que el interés de los menores, que ha de primar, exige la ratificación del régimen de guarda y custodia compartida acordado por la sentencia apelada, que ha de reputarse no solo el normal, sino también el deseable; toda vez que permite una relación más fluida e intensa entre ambos progenitores con respecto a los hijos comunes, lo que indiscutiblemente beneficia a éstos, al no colocarles en ninguna situación de privación, remitiéndonos al respecto a la jurisprudencia antes reseñada<sup>40</sup>.

Por lo tanto, podemos determinar que la situación actual no consiste exclusivamente en que los Jueces y Tribunales anulen el carácter excepcional del régimen compartido que primaba anteriormente en nuestro ordenamiento si no que llegan a promoverlo y considerarlo como óptimo y adecuado.

La jurisprudencia considera que las circunstancias pueden cambiar de tal forma sustancialmente que sea necesario reajustar el régimen establecido con anterioridad a las nuevas circunstancias sobrevenidas y adaptar también sus decisiones a las necesidades de la sociedad y el avance de la misma. De esta forma, la jurisprudencia ha avanzado, y

---

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero 11/2018 FJ 2.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 280/2017 FJ 3.

<sup>40</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 12 de enero 10/2017 FJ 1

continúa haciéndolo, hacia una regulación que quiere establecer la custodia compartida como la situación óptima y de mayor bien para los menores ya que, según Jueces y Magistrados, es cómo los niños mejor reparten el tiempo entre las partes y más seguridad afectiva y emocional les pueden proporcionar.

## **CAPÍTULO V – SITUACIÓN ACTUAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA**

El régimen de guarda y custodia compartida es llamado comúnmente de esta manera, pero también podemos encontrar otras denominaciones como guarda y custodia alterna, conjunta o sucesiva. Como ya hemos determinado a lo largo del trabajo, dicho régimen queda regulado en el artículo 92 y sucesivos del Código Civil.

En ocasiones, la custodia compartida ha sido comparada con la custodia exclusiva para un progenitor y un amplio régimen de visitas para el otro. Este sería un paso intermedio entre la custodia exclusiva y la compartida, sin embargo, el régimen de custodia compartida al que hacemos mención en este trabajo es el del reparto de manera exactamente igual del tiempo de convivencia y comunicación entre los dos progenitores y el menor. Se trata de un régimen que queda dividido en un 50% para cada progenitor, ese es la forma de custodia compartida más auténtica.

La definición de custodia compartida no aparece de manera cerrada en las leyes ni sentencias por lo que debemos acudir a los autores que llevan a cabo la tarea de definir y desarrollar el mencionado régimen.

Del abundante abanico de definiciones que existen en nuestro sistema jurídico, la que aporta Lathrop Gómez agrupa de forma concisa las características principales del régimen de guarda y custodia compartida. Dice así:

Aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos de tiempo más o menos predeterminados<sup>41</sup>.

Es un régimen cada vez más solicitado por las partes y acordado por los Jueces ya que la jurisprudencia y doctrina avanzan hacia la consideración del mismo como el régimen más

---

<sup>41</sup> Cruz Gallardo, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2012, p. 424.

óptimo para el menor lo que es contrario a la situación de hace décadas cuando era un régimen excepcional como se ha explicado en el epígrafe anterior.

Llegados a este punto, es necesario reflexionar acerca del motivo que persiguen los Tribunales al establecerlo cada vez más como régimen recomendable para las situaciones de crisis matrimoniales. La respuesta ha sido mencionada también con anterioridad: el bien del menor, el cual, debe ser oído si tiene la edad suficiente como para poder manifestar su opinión. La custodia compartida es considerada, cada vez más habitualmente como el régimen en el que el menor puede disfrutar del mismo tiempo con cada progenitor y recibir el afecto y cuidados de ambos de la misma manera y durante el mismo periodo de tiempo.

### **5.1 - Tipos de custodia compartida.**

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una lista tasada de tipos de custodia compartida y son muchas las modalidades de la misma. Sin embargo, por la manera en la que se puede obtener la concesión de la custodia compartida podemos distinguir dos tipos:

En primer lugar, la **consensual**, que se concede por común acuerdo entre las partes. En este supuesto son los propios progenitores los que en el convenio regulador solicitan la adopción de la guarda y custodia compartida. Salvo que concurran causas por las que no se puede determinar este régimen, será concedido por parte del juez.

En segundo lugar, existe el supuesto en el que la guarda y custodia compartida puede ser **solicitada por una sola de las partes** sin que la otra la quiera o solicite, por lo que el juez deberá analizar si es de interés y bien para el menor y las causas de solicitud de la misma. En el supuesto de que sea lo más beneficioso y las razones de fondo para que una de las partes la haya solicitado estén justificadas, el juez establecerá el mencionado régimen como el elegido para regular la situación del menor tras la crisis matrimonial.

Mención aparte supone los casos excepcionales en los que el juez lo considera beneficioso y ninguna de las partes la ha solicitado y, por tanto, el juez adquiere un papel mayor que en los dos casos anteriores. Ante estos supuestos cabe formular la pregunta de si es posible, en nuestro ordenamiento jurídico, conceder la custodia compartida de oficio.

En cuanto a la ley, el artículo 92 del Código Civil, ya recogido en capítulos anteriores, determina que el régimen de custodia compartido se concederá tras la petición de uno o ambos progenitores. A su vez, existen ciertos sectores de la doctrina que pone en tela de

juicio esta situación ya que podría vulnerar los principios dispositivo y de congruencia que rigen en el ámbito civil de nuestro ordenamiento jurídico. Por el principio dispositivo, corresponde a las partes el inicio del proceso judicial mediante la solicitud o demanda del interés que persiguen y la aportación de las pruebas. A su vez, el principio de congruencia, obliga al juez a no conocer y decidir más de lo que ha sido solicitado y aportado por las partes afectadas en el proceso y adecuar su decisión a ello. Por lo tanto, si un juez acordara de oficio el régimen de guarda y custodia compartida estaría vulnerando los mencionados principios ya que el mismo no habría sido solicitado por las partes por lo que la medida impuesta ya no sería conforme a la demanda de las partes.

Por otra parte, también existen sectores doctrinales que no consideran el incumplimiento del principio de congruencia suficiente como para imposibilitar la custodia compartida de oficio de manera completa ya que podría dar lugar a ocasiones en las que el interés del menor no sea protegido.

Si bien es cierto, en la jurisprudencia aparecen casos anteriores a la Ley 15/2005, de 8 de julio, en los que, en aras del interés superior del menor, los jueces han acordado la custodia compartida alegando que era el régimen más conveniente para el mismo a pesar de no haber sido solicitado por sus progenitores. Es el caso de la **sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 471/2006 de 12 de septiembre** o de la **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 2005**.

Sin embargo, desde dicha ley, la adopción de oficio de la custodia compartida no es un tema cerrado y prohibido de manera tajante ya que el debate continúa abierto, pero conforme a la lectura del artículo 92 del CC, la capacidad del juez para adoptar esta medida basándose exclusivamente en su criterio y voluntad es muy escasa, reducida y poco frecuente. El número de casos en los que aparece la custodia compartida de oficio es menor en los últimos años debido, en parte, a la entrada en vigor de la Ley 15/2005.

## **5.2 - Criterios para su concesión.**

Para el análisis de los criterios que son tenidos en cuenta para la atribución de la custodia compartida por parte del juez que conoce del litigio seguiremos varias sentencias de importancia en nuestro ordenamiento jurídico que han ido conformando doctrina jurisprudencial al respecto.

Más remotas en el tiempo, pero de gran importancia son la **sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 19 de abril** y la **sentencia del Tribunal Supremo 623/2009 de 8 de octubre**, las cuales determinan que en las leyes españolas no se recogen los criterios a tener en cuenta para la resolución del conflicto que plantean las rupturas matrimoniales en lo que al porvenir del menor se refiere. A su vez, recogen de la siguiente manera los criterios más importantes.

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>42</sup>.

Además, la sentencia restante continúa los criterios tenidos en cuenta recogiendo todos los que han sido mencionados con anterioridad y determinando su adecuación a la búsqueda del bien del menor y el establecimiento del régimen de custodia compartida como el deseable y más beneficioso.

También forman parte de la doctrina jurisprudencial y son de gran importancia en esta materia otras sentencias posteriores que continúan con las directrices marcadas por las dos sentencias mencionadas anteriormente y que confirman los criterios recogidos en las mismas. Se trata de la **sentencia del Tribunal Sentencia 961/2011 de 10 de enero**, la **sentencia del Tribunal Supremo 200/2014 de 15 de abril** y la **sentencia del Tribunal Supremo 48/2017 de 26 de enero**.

Como ya se ha mencionado, el principal criterio a tener en cuenta es el interés y bien del menor. A su vez, será de gran consideración la manifestación del menor si está en edad de ser oído y su palabra puede ser de ayuda para la decisión del juez. Además, los informes que lleven a cabo el Ministerio Fiscal y demás psicólogos y expertos en la materia.

---

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre 623/2009 FJ 5.

También podrá ser valorado la calidad de las relaciones entre cada uno de los progenitores y el menor con anterioridad a la separación o divorcio, así como las condiciones personales de los progenitores para el desarrollo de la guarda y custodia compartida, sus lugares de residencia y profesión y el cumplimiento de sus derechos y deberes como padre y madre. Del mismo modo, además de procurar el mantenimiento de los hermanos unidos, también puede ser valorable el número de hijos que los progenitores tienen en común y la edad de los mismos.

La jurisprudencia a su vez recoge también como criterios para la concesión de este régimen: el arraigo social y familiar del menor y evitar sustraerlo de su entorno y relaciones sociales, la vinculación afectiva entre los hijos y cada progenitor, la existencia de nuevas parejas sentimentales, el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, y los posibles riesgos para la formación o salud del menor.

### **5.3 - Ventajas e inconvenientes.**

En primer lugar, mencionaremos la sentencia del **Tribunal Supremo 2572/2017 de 27 de junio**, la cual recoge doctrina jurisprudencial respecto a las ventajas de la custodia compartida. La mencionada doctrina recoge varios aspectos positivos de la custodia compartida como “la integración de los menores con ambos padres y la estimulación de la cooperación de los padres en beneficio de los menores”<sup>43</sup>.

A su vez, en relación con lo anterior, la misma sentencia recoge la “disminución del sentimiento de pérdida” si el régimen es el de custodia compartida ya que el menor puede pasar tiempo con ambos progenitores.

Además, el régimen de custodia compartida tiene **ventajas** tales como el transcurso del tiempo y convivencia de los niños con ambos progenitores de manera que la relación establecida entre ellos antes de la crisis matrimonial puede ser mantenida por igual tanto con el padre como con la madre. A su vez, a las respectivas familias y a los abuelos, puede verlos el menor con la misma frecuencia por lo que no tiene como resultado una relación afectiva muy potenciada y otra más débil.

De esta manera, la custodia compartida evita la existencia del síndrome de alienación parental por el cual, en numerosas crisis matrimoniales, un menor llega a no querer pasar tiempo e incluso odiar a uno de los progenitores por la influencia del contrario. Si el

---

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio 2572/2017 FJ 2.

régimen es el de custodia compartida, este problema que tanto daño hace al menor, es menos frecuente ya que es igual para los dos progenitores.

Un **inconveniente** de la custodia compartida puede ser la **inestabilidad** que genera al menor el cambio y rotación de una casa a otra. De esta forma, el menor no tiene un lugar y punto de referencia y seguridad porque está constantemente cambiando. Sin embargo, en los últimos años y tras la Ley del año 2015, la jurisprudencia y doctrina consideran que este inconveniente es superado fácilmente por la estabilidad que adquiere al recibir el afecto y cuidado de ambos por igual. Es por ello, por lo que cada vez sea más frecuente la concesión de la misma, porque los inconvenientes que como todo régimen puede tener, se considera que son superados por las ventajas.

#### **5.4 - Supuestos con dificultad e imposibilidad de concesión de la custodia compartida.**

Existen ocasiones en los que es más costoso para las partes alcanzar la concesión del régimen de custodia compartida. Para analizar estos supuestos en los que este tipo de custodia no es la opción más conveniente, seguiremos a la doctora en Derecho y abogada especializada en Derecho de Familia, Aurelia Romero Coloma, quien recoge como ejemplos, que los progenitores tengan su residencia muy separada y supusiera para los hijos un exceso de **movimiento y transporte** el ir de una casa a otra y los desajustes en horarios de trabajo y estancia en casa de los mismos. A su vez, será más difícil la obtención de la custodia compartida cuando existan **desencuentros y malas relaciones** entre los progenitores y tengan estilos de educar distintos, lo que puede producir mucha inestabilidad e inseguridad para el menor<sup>44</sup>.

Como podemos observar entre el epígrafe anterior y el presente, cuando existen **situaciones logísticas complejas** para el menor los jueces dudan más en su concesión. A su vez, el establecimiento de la custodia compartida no supone la ausencia de comunicación entre los progenitores por lo que si las relaciones entre ambos son realmente perjudiciales y dañinas para el menor, los jueces se podrán mostrar más reticentes.

A su vez, tanto el Código Civil, como las distintas leyes autonómicas, la doctrina y la jurisprudencia recogen un supuesto en el que resulta **imposible** la concesión de la custodia

---

<sup>44</sup> Romero Coloma, A., “Los inconvenientes para la concesión de la custodia compartida”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, n. 873, 2013, pp. 1-6.

compartida. Se trata de la existencia de **sentencia firme de condena** contra uno de los progenitores del menor. El Código Civil recoge esta circunstancia en su artículo 92.7 el cual prohíbe la guarda conjunta cuando una de los progenitores “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”<sup>45</sup>. A su vez, el mismo artículo recoge los actos y conductas por parte de uno de los padres en los que exista violencia doméstica.

Sin perder de vista el bien e interés del menor, resulta evidente que en el supuesto en el que uno de los progenitores esté incurso en los procesos penales determinados por nuestro Código Civil o exista violencia doméstica, el mismo no estaría siendo salvaguardado por lo que los Tribunales españoles no fijarían nunca la custodia compartida como régimen a regular la vida del menor posterior a la ruptura de los progenitores.

### **5.5 - Últimas noticias de actualidad.**

Han sido divulgadas en la prensa y demás medios de comunicación, en los últimos meses, dos sentencias de la **Audiencia Provincial de Madrid y la de Córdoba** a las cuales llegaron dos casos distintos en los que el menor sufría algún tipo de discapacidad y el padre se había desentendido de sus funciones como progenitor recayendo sobre la madre el cuidado y atención del menor que es superior al de cualquier niño debido a la discapacidad.

El problema planteado era la incapacidad de la madre de abarcar el cuidado del menor que al ser discapacitado era superior al de cualquier hijo y la imposibilidad de reclamar ayuda del padre ya que éste había tomado la decisión de mantenerse al margen sin prestar el cuidado debido a su hijo. La madre solicitaba a la justicia española, el establecimiento de un régimen que permitiera que el padre se viera obligado a ayudarla en las tareas propias del cuidado del hijo que ambos comparten y a su vez es discapacitado. Ambas Audiencias Provinciales han fallado determinando que no puede recaer el cuidado exclusivamente en la madre por lo que establecen y obligan al cumplimiento de la custodia compartida provocando que **el padre no pueda desentenderse** de sus deberes y obligaciones y el complejo cuidado del menor quede a cargo de ambos<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Artículo 92 del Código Civil.

<sup>46</sup> Hernández Velasco, I., “Los padres divorciados, obligados por ley a cuidar de sus hijos”, *El Mundo*, 20 de febrero de 2018. (Disponible en <http://www.elmundo.es/papel/historias/2018/02/20/5a8b268222601dcd448b4656.html>; última visita 06/03/2018).

## CAPÍTULO VI - CONCLUSIONES

Tras la exposición de la custodia compartida y determinados aspectos de la misma en el ordenamiento jurídico español, procederemos a modo de cierre a analizar la situación actual de la misma y de otros países cercanos en base a dos grandes pilares analizados a lo largo del escrito: la ley y la jurisprudencia.

En cuanto a la **ley**, en España no encontramos un amplio número de artículos del Código Civil que abarquen este tema, si bien es cierto que su redacción es anterior a la generalidad del mencionado régimen. Por ello, los supuestos en los que puede darse se ven regulados por las leyes posteriores y la doctrina que se va creando en nuestro ordenamiento con el paso del tiempo.

Analizado el abanico de leyes dictadas en nuestro ordenamiento, cabría formular las siguientes preguntas: ¿Es España un país avanzado en término legislativos en materia de custodia compartida, u otros países con regímenes semejantes poseen una legislación más abundante y precisa? ¿Debería el ordenamiento jurídico español avanzar y mejorar la legislación de este régimen?

Poniendo la mirada en las leyes alemanas y francesas como legislaciones a comparar para la obtención de respuesta a estas preguntas, podemos determinar que España se encuentra en situaciones semejantes respecto a éstas.

El Código Civil alemán, como el francés, persigue como bien mayor a salvaguardar, el interés del menor y en base a ello, tienden, cada vez con mayor frecuencia, al régimen de custodia alterna aunque en ninguna ley o código, como en España, se establece como régimen a aplicar preferentemente.

La legislación francesa recoge el término de “residencia alterna” de manera muy general y otorga capacidad a los jueces para acordarla en los supuestos que sea beneficioso para el menor, incluso en los casos que exista oposición por parte de los progenitores. A su vez, Francia contempla una situación que no observa la legislación española y es el establecimiento de la custodia compartida durante un periodo que es considerado de prueba, para determinarla transcurrido el plazo como definitiva.

En Alemania, el Burgerliches Gesetzbuch (BGB) recoge, a diferencia de España la posibilidad de que la patria potestad sea compartida y respecto a la custodia, no recoge

de manera clara que el régimen de custodia compartida sea el que se establezca en la mayoría de los casos.

Por lo tanto, España se encuentra en una situación muy similar ya que la preferencia por la custodia compartida queda recogida más en las sentencias que conforman doctrina jurisprudencial que en sus leyes.

**En mi opinión**, la legislación española, como la de muchos países de la Unión Europea, podría avanzar con el objetivo de recoger en una ley específica, con mayor precisión, el régimen de guarda y custodia compartida, alegando la preferencia por el mismo junto con los requisitos y supuestos en los que debe acordarse. De esta manera, quedaría establecido por ley y no simplemente por las sentencias de los Jueces y Magistrados de nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a la **jurisprudencia**, una vez determinada la corriente más común en nuestros tribunales y hacia donde se orienta la misma, cabría formular varias preguntas acerca de la valoración e impacto que en la sociedad tienen las decisiones de los jueces en lo que a custodia compartida se refiere. Es decir, ¿se adaptan las sentencias a la actualidad de la sociedad española? ¿Valora la sociedad la tarea desempeñada por los jueces? Y por otra parte, ¿la gran corriente a favor de la custodia compartida presente en la actualidad realmente beneficia a los menores?

En el mundo en el que vivimos, con el modelo de Estado que está presente en España y tantos países de Occidente, el poder de decidir en una controversia o conflicto entre dos partes recae en el poder judicial y por tanto, en los Jueces y Magistrados que realizan su profesión de manera independiente desempeñando esta difícil tarea que, en mi opinión, ha de ser valorada y estimada por parte de la sociedad.

Más en concreto, en el mundo del Derecho de Familia, la tarea de los jueces es si cabe, más delicada debido a que la controversia es una separación o divorcio y lo que hay en juego es el futuro del menor fruto de dicha unión. Por lo tanto, la decisión de los jueces adquiere una importancia mayor, ya que el mayor afectado en cualquier caso va a ser un menor de edad. Según mi parecer, es una tarea reconocida por la sociedad, tanto la del juez como la de todo aquel que también está detrás de un proceso como es el que desencadena una crisis matrimonial. La tarea final del juez de ser objetivo y, con la mirada fija en el menor, sentenciar lo más conveniente para el mismo, sí es respetada y valorada

por todo el sector de la sociedad que, unido al otro progenitor o no, tiene hijos menores para los cuáles busca el mayor interés y bien.

**En mi opinión, las sentencias de los jueces y su tendencia actual a establecer el régimen de custodia compartida es acorde a las peticiones de la sociedad,** la cual, cada día la solicita más y que avanza a un modelo de familia que es más acorde a la misma ya que existen mejores condiciones para conciliar la vida familiar con el tiempo empleado en el trabajo y los progenitores participan más de la vida y educación de los menores, queriendo emplear su tiempo junto a ellos, razón por la cual, solicitan en muchas ocasiones el régimen de custodia compartida, para poder dedicarles el tiempo de la misma manera.

El proceso que se inicia con una crisis matrimonial y finaliza con la separación o divorcio, afecta y altera la vida del menor. Una vez la estabilidad y seguridad que produce la existencia de un único hogar con ambos progenitores en él, se rompe, es mejor para el menor que ante la imposibilidad de que eso exista, se establezca la custodia compartida ya que puede ver a los dos progenitores y recibir el cuidado y cariño de ambos que es necesario para su estabilidad. Es decir, una vez rota la relación entre ellos, es mejor que pueda existir la presencia de ambos en la vida del menor de la misma manera.

A su vez, desestabiliza al niño el cambio y traslado de hogar y de normas y manera de educar que recibe de cada progenitor cuando se encuentra con él, ya que todo cambio externo en el entorno de un menor afecta a su mundo interior pero, siguiendo a la jurisprudencia, es cierto que eso puede ser superado por la presencia de ambos progenitores antes mencionada.

Por lo tanto, el camino emprendido, y en el que nos encontramos, de **considerar la custodia compartida como beneficiosa y no como un régimen excepcional es, desde mi punto de vista, una respuesta correcta, por parte de los jueces, a la búsqueda del interés del menor.**

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Legislación**

- Constitución Española.
- Código Civil.
- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.
- Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.
- Ley foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

### **Jurisprudencia**

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre 185/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre 623/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril 257/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio 495/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo 194/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio 400/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero 135/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 280/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio 393/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio 2572/2017.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio 442/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero 4/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero 11/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero 18/2018.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 12 de enero 10/2017.

### Obras doctrinales

- Bastante, J. “El matrimonio católico se desploma en España”, *Religión Digital*, 23 de junio de 2017. (Disponible en <http://www.periodistadigital.com/religion/espana/2017/06/23/el-matrimonio-catolico-se-desploma-en-espana- apenas-un-cuarto-de-bodas-por-la-iglesia-en-2016-religion-iglesia.shtml>; última consulta 13/01/2018).
- Castillo, M. “La natalidad desciende a mínimos históricos en España y vuelve a perder población”, *Expansión*, 22 de junio de 2017. (Disponible en <http://www.expansion.com/economia/2017/06/22/594b9005468aeb6c4b8b46b9.html>; última consulta 12/01/2018).
- Cruz Gallardo, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2012, p. 424.
- Del Campo, S. y Rodríguez-Brioso, M. “La gran transformación de la familia española durante la segunda mitad del siglo XX”. *Reis*, 100/02, pp. 103-117.
- Hernández Velasco, I., “Los padres divorciados, obligados por ley a cuidar de sus hijos”, *El Mundo*, 20 de febrero de 2018 (Disponible en <http://www.elmundo.es/papel/historias/2018/02/20/5a8b268222601dcd448b4656.html>; última visita 06/03/2018).
- Jordán Villacampa, M. “Familias monoparentales, inseminación artificial y derechos humanos”. *Revista de Derecho*, Universidad de Valencia, pp. 1-5.
- López, T. “Hacia el suicidio demográfico: por qué los jóvenes millennials no tienen hijos”, *La Vanguardia*, 30 de marzo de 2017. (Disponible en <http://www.lavanguardia.com/vida/20170330/421322088617/una-experta-dice-que-los-milenials-renuncian-a-tener-hijos-al-tener-que-elegir-entre-tener-trabajo-o-ser-padres.html>; última consulta 11/01/2018).

- Martí Fluxá, R. “La familia en la España de hoy”, *El Mundo*, 27 de abril de 2016. (Disponible en <http://www.elmundo.es/opinion/2016/04/27/571fa5daca47418e5c8b45bd.html>; última consulta 11/01/2018).
- Nogueira, C. “La transformación de la familia española”, *El País*, 2005. (Disponible en [https://elpais.com/diario/2005/06/19/sociedad/1119132011\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2005/06/19/sociedad/1119132011_850215.html); última consulta 12/01/2018).
- Romero Coloma, A., “Los inconvenientes para la concesión de la custodia compartida”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, n. 873, 2013, pp. 1-6.
- Poussin, G. y Lamy, A. *Custodia compartida*, trad. Cañizares, P., Espasa, Madrid, 2005.
- Ureña Martínez, M., “Comentario a la Sentencia de 19 de julio de 2013. Modificación de la guarda única por la custodia compartida con el argumento de que dicha medida es más beneficiosa para los hijos”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 94, 2014, p.1.

### **Otra bibliografía**

- INE (1957) Matrimonios, nacimientos y defunciones en España - Años 1932 a 1956. Madrid: Instituto Nacional de Estadística.
- INE (2016) Edad media a la Maternidad por orden del nacimiento según nacionalidad de la madre. Madrid: Instituto nacional de Estadística.
- INE (2017) Movimiento natural de la población: Nacimientos, Defunciones y Matrimonios. Indicadores demográficos básicos. Año 2016. Madrid: Instituto Nacional de Estadística.
- INE (2017) Estadística de nulidades, separaciones y divorcios. Año 2016. Madrid: Instituto Nacional de Estadística.

