



FACULTAD DE DERECHO

LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS EN LAS CRISIS MATRIMONIALES

Autor: Itziar Merino Larrea

5º E-3 B

Derecho Civil

Tutor: Profesor Alberto Serrano Molina

Madrid

Abril, 2017

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como finalidad analizar y estudiar la guarda y custodia de los hijos tras las crisis matrimoniales. Tras la decisión de divorcio, separación o nulidad –en la actualidad, cada vez son más los casos–, los menores corren un gran riesgo. Por este motivo, nacen numerosos problemas a la hora de determinar el régimen de guarda y custodia que se ha de aplicar. Vamos a profundizar en dos modelos de guarda y custodia de los menores. Por un lado, la guarda y custodia unilateral o exclusiva, que supone la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores. Por otro lado, la guarda y custodia compartida, que implica la atribución de la guarda y custodia a ambos progenitores. A la hora de tomar la decisión sobre la atribución de uno u otro régimen es muy relevante tener en consideración el interés superior de los menores.

PALABRAS CLAVE: divorcio, crisis matrimonial, custodia, hijo, menor, progenitor.

ABSTRACT

This Bachelor Final Project has the objective of analysing and studying the children's custody after a marital crisis. Once the spouses have decided to file for a divorce, separation or nullity –currently, the cases are increasing–, the children are taking a risk. For this reason, by the time the custody regime has to be decided, many problems arise. We will analyse in depth two types of custody. On the one hand, the exclusive or unilateral custody, which means that the custody is attributed to one parent. On the other hand, the joint custody, which attributes the custody to both parents. When deciding which regime shall be attributed, it is essential to take into account the minor's superior interest.

KEY WORDS: *divorce, marital crisis, custody, child, minor, parent.*

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	i
ABSTRACT.....	ii
ABREVIATURAS.....	v
1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.....	3
2.1. Concepto	3
2.2. Factores legales de atribución de la guarda y custodia de los hijos	8
2.2.1. <i>El interés del menor</i>	8
2.2.2. <i>La audiencia de los hijos</i>	10
2.2.3. <i>La no separación de los hermanos</i>	12
2.2.4. <i>Determinación del tiempo de convivencia con los hijos</i>	14
2.2.5. <i>Dictamen de especialistas</i>	15
2.2.6. <i>Informe del Ministerio Fiscal</i>	16
2.3. Otros factores que tienen incidencia en la atribución de la guarda y custodia de los hijos	17
2.3.1. <i>Existencia de enfermedades mentales y psíquicas</i>	17
2.3.2. <i>Adicción a las drogas o alcoholismo</i>	19
2.3.3. <i>Predisposición del progenitor custodio a facilitar su relación con el otro progenitor</i>	20
2.4. Tipos de guarda y custodia	20
2.4.1. <i>Guarda y custodia ejercida por uno solo de los progenitores</i>	21
2.4.2. <i>Guarda y custodia compartida</i>	22
2.4.3. <i>Guarda y custodia ejercida por una tercera persona</i>	22
3. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	23
3.1. Concepto	23
3.2. Regulación	24
3.2.1. <i>La regulación en la Ley 15/2005 de 8 de julio</i>	24
3.2.2. <i>Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio</i>	25
3.3. Tipos de guarda y custodia compartida.....	26
3.3.1. <i>Custodia compartida simultánea</i>	27

3.3.2.	<i>Custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los hijos</i>	27
3.3.3.	<i>Custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los hijos</i>	28
3.3.4.	<i>Custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores</i>	29
3.4.	Aspectos materiales: derecho de alimentos y atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar	29
3.4.1.	<i>Derecho de alimentos</i>	30
3.4.2.	<i>Vivienda familiar</i>	31
3.5.	Aspectos personales: derecho de visita	33
4.	CONCLUSIONES	36
	BIBLIOGRAFÍA	38

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil Español
CE	Constitución Española
CCAA	Comunidades Autónomas
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
<i>Ibid.</i>	Allí mismo
<i>Idem.</i>	El mismo, lo mismo
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
<i>Op. Cit.</i>	Obra citada
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

En el momento en el que surge una ruptura matrimonial y se pone fin a la normalidad familiar, es imprescindible resolver los conflictos tales como la atribución de la guarda y custodia del menor, la designación del uso de la vivienda familiar o determinar el derecho de visita, dando prioridad al interés superior del menor dada su vulnerabilidad en las mencionadas circunstancias.

De esta manera, cuando una familia está integrada por uno o más hijos, una de las decisiones primordiales a tomar es el tipo de salvaguarda que se les va a otorgar. Se va a buscar siempre lo que sea mejor para ellos, especialmente, lo más conveniente para el desarrollo de su personalidad.

De acuerdo con la nueva redacción del artículo 92 del Código Civil, la regla general es que los padres de mutuo acuerdo decidan entre una custodia exclusiva o una custodia compartida. No obstante, a falta de acuerdo, el Juez decidirá el régimen que se atribuirá, siempre prevaleciendo el interés de los menores sobre el de los progenitores.

La guarda y custodia en las crisis matrimoniales, es un tema de gran actualidad dadas las numerosas rupturas matrimoniales que surgen hoy en día, además de las numerables modificaciones que ha sufrido.

Este trabajo de fin de grado tiene como finalidad analizar y estudiar el cuidado de los menores tras las crisis matrimoniales. Para lograr este objetivo, se analizarán sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales sobre la función de la misma. Además, el estudio se apoyará en la legislación que sea de aplicación y en diversas obras doctrinales que cubren el tema en cuestión.

Respecto a la estructura del mismo, se distribuye en dos capítulos principales. Por un lado, el cuidado de los menores en términos generales y, por otro lado, la guarda y custodia compartida.

En relación con el primer bloque, se hace referencia a los aspectos generales de la guarda y custodia, la regulación jurídica en el Código Civil español, los factores que inciden en su atribución así como los distintos tipos en los que han sido agrupados por nuestra doctrina.

En el segundo bloque, se profundiza en la atribución compartida. Concretamente se desarrolla el Anteproyecto de Ley que el Partido Popular trató de introducir en el años 2015. Además, abordaremos los cuatro tipos de guarda y custodia compartida así como los aspectos materiales y personales de la misma. Entre los primeros, vamos a hacer referencia a la prestación de alimentos y a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar. Entre los segundos, se va analizar el derecho de visita.

El motivo de profundizar en este modelo se debe a que su implementación ha incrementado del 2% al 25% en los últimos 10 años. Un artículo publicado en el periódico *20minutos*¹, el 6 de febrero de 2017, recoge que “desde que la figura de la custodia compartida entró en el Código Civil en 2005, su uso ha ido a más de forma continuada. En el año 2005 el 2% de padres tenían la compartida; en 2015, ya eran una de cada cuatro exparejas con hijos, según el INE”.

Para finalizar, se realizan una serie de conclusiones en los que se resaltan los puntos más relevantes del tema analizado.

¹ LARRAÑETA, A., “La custodia compartida del 2% al 25% en 10 años”, *20minutos*, 6 de febrero de 2017 (disponible en <http://www.20minutos.es/noticia/2941485/0/custodia-compartida-espana-ley-comunidades-autonomas/>; última consulta 28/3/2017; última consulta 1/04/2017).

2. LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

2.1. Concepto

El menor edad hasta que tiene lugar su emancipación, normalmente por alcanzar la mayor edad (o bien, por alguna de las otras causas previstas en el Código Civil), carece de la capacidad suficiente para atender por sí mismo al cuidado de su persona y bienes por lo que el Derecho concede a los padres una serie de facultades dirigidas a protegerle en los ámbitos personal y patrimonial así como a prepararle para que un día llegue a poder gobernarse por sí solo ante los retos que le va a presentar su futuro.

Al conjunto de todas esas facultades es lo que se conoce con el nombre de patria potestad.

Como advierte CASTÁN TOBEÑAS²: "... esta denominación es en el Derecho moderno muy impropia, porque la institución de que se trata no es ya una potestad absorbente como la *patria potestas* romana, sino una autoridad tuitiva, y no corresponde exclusivamente al padre, puesto que la ejerce también la madre..."

¿En qué consiste? El artículo 154 del Código civil establece lo siguiente: "*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.*"

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

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

2º. Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

² CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Tomo V. Derecho de Familia. Volumen segundo: relaciones paterno-filiales y tutelares*, Reus, Madrid, 1995, pp. 269-270.

*Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad*³.

En primer lugar, por lo que se refiere a la titularidad y ejercicio de esta función parental, nuestro Código civil (desde su reforma por Ley 11/1981, de 13 de mayo), los atribuye a los dos progenitores³.

¿Qué personas están sometidas a la patria potestad? De acuerdo con los artículos 108, 154 y 176 CC, la regla general es que lo están: los hijos no emancipados, matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos, hasta que acontezca su emancipación. Como excepción, quedan también sujetos los mayores de edad que hayan sido declarados incapacitados para los que el legislador admite la prórroga o la rehabilitación de esta institución jurídica⁴.

Después de indicar quiénes son los titulares de la patria potestad y las personas sujetas a ella, corresponde ahora concretar cuál es su contenido. A este respecto, el artículo 154 CC tras enunciar el principio general que preside el ejercicio de la patria potestad, esto es, que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental, pasa a continuación a descubrirlo, estando integrado por 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”.

³ A un progenitor se le puede negar la posibilidad de llegar a ser titular de la patria potestad respecto de su hijo. En este sentido, el artículo 111 CC prevé: *“Quedarán excluidos de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentarán derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:*

1. Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2. Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos, el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión excepto si lo pide él mismo o su representante legal.

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”.

⁴ Art. 171 CC: *“La patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título (...)”.*

Por lo tanto, cabe distinguir tres campos de actuación muy relacionados entre sí, en primer lugar, lo que cabría denominar el ámbito personal de la patria potestad, en segundo lugar, la esfera patrimonial y, finalmente, la representación del hijo menor de edad.

Es el primero de ellos, el ámbito personal de la patria potestad, el contexto en que se ha de desenvolver el presente trabajo pues en él se encuentra la guarda y custodia del menor.

Para RAGEL SÁNCHEZ⁵, “[l]a guarda y custodia de los hijos consiste en una situación de convivencia mantenida entre un menor o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquél por parte de éste o éstos”.

En situaciones de normalidad familiar, ambos deben proveer de manera conjunta, a estos cuidados teniendo que oír siempre a sus hijos (si tuvieran suficiente juicio) antes de adoptar decisiones que le afecten.

Las dificultades comienzan cuando esa normalidad familiar se rompe y trae como consecuencia una crisis en la convivencia entre los padres y los hijos. Así es, como advierte SERRANO MOLINA “...Cuando unos progenitores, casados o no, toman la decisión de dejar de vivir juntos como consecuencia de una ruptura de pareja son varias las cuestiones que con respecto a sus hijos menores de edad deben abordar. Especialmente, las siguientes: la primera, decidir quién de los dos va a continuar conviviendo con los niños y, en consecuencia, determinar el ámbito de la respectiva responsabilidad parental, sobre todo, teniendo en cuenta el diverso contenido que configura la patria potestad; la segunda, fijar el modo en que el progenitor que “se tiene que ir de casa” va poder continuar relacionarse con sus hijos; la tercera, quién se queda con el uso de la vivienda familiar y en cuarto y último lugar, cómo va a contribuir cada uno al cumplimiento de la obligación que tienen, ambos, de alimentarlos...⁶”.

Dicho con otras palabras, la guarda y custodia de los hijos supone, tanto para la madre como para el padre, el cuidado en los asuntos cotidianos de sus hijos.

Al producirse una crisis matrimonial (nulidad; divorcio; separación legal) la convivencia entre los padres se acaba y, en consecuencia, el cuidado diario del hijo ya no

⁵ RAGEL SÁNCHEZ, L., “La guarda y custodia de los hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 15, 2001, p. 289.

⁶ SERRANO MOLINA, A., “Los menores en situaciones de crisis familiares” en *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 290-291.

puede ser desempeñado por ambos de forma simultánea. Si no se decreta una privación de la patria potestad, la responsabilidad de los padres para con el menor permanece tras la ruptura. Las grandes decisiones sobre su hijo les continúan por lo tanto correspondiendo a ambos pero ¿Qué sucede con la guarda y custodia?

Uno de los más graves problemas lo pone de manifiesto ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y se refiere al propio contenido en sí de esta institución. En efecto, el legislador "... no ha hecho, ni siquiera de manera ligera, una concreción de qué facultades de las que integran la patria potestad, están comprendidas en el cuidado y educación o en la guarda y custodia y cuales permanecen en la patria potestad..." A juicio del mismo autor, "tradicionalmente, viene siendo considerado, que el contenido residual se identifica con lo que es permanente, importante y trascendente, fundamentalmente en materia de nacionalidad, vecindad y domicilio, capacidad de obrar, educación, formación y sanitaria de cierta envergadura. 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 vida. En consecuencia, quedarían fuera de la guarda y el cuidado las decisiones o el complemento de capacidad del menor en materias como la nacionalidad, la vecindad y el domicilio, y, en general su capacidad de obrar. En cuanto a la educación, la formación y la salud habría que distinguir entre aquellas determinaciones cotidianas, de menor importancia y trascendencia, de las que impliquen mayores consecuencias o riesgos. Aquéllas quedarían en la custodia o cuidado y estas últimas entrarían en la patria potestad⁷".

Así deslindado el contenido de la guarda y custodia, es a la autoridad judicial a quien corresponde distribuirlo en el tiempo entre los progenitores; una decisión que con frecuencia irá unida a la de tener que determinar a quién se le concede el uso de la vivienda familiar así como a la concreta contribución respecto a la pensión por alimentos.

La regulación básica sobre la guarda y custodia en supuestos de crisis matrimonial está en el artículo 92 CC, el cual debe su actual redacción a la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio y a la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre que declaró inconstitucional un concreto aspecto de su apartado octavo.

⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., "Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos", *Temas de actualidad en Derecho de Familia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 39 y 40.

Dicho precepto prevé lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. El inciso «favorable» contenido en el apartado 8.º del artículo 92, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha sido declarado inconstitucional y nulo por Sentencia TC (Pleno) de 17 de octubre de 2012.

2.2. Factores legales de atribución de la guarda y custodia de los hijos

Siguiendo a CRUZ GALLARDO, vamos a exponer a continuación los criterios que en su juicio se utilizan para determinar el régimen de guarda y custodia conveniente tras la ruptura del matrimonio. Se puede distinguir, por un lado, los factores materiales: a) el interés del menor; b) la audiencia del menor; c) la no separación de los hermanos y d) la determinación del tiempo de convivencia con los hijos. Y, por otro, los factores de carácter procedimental: a) el dictamen de especialistas y b) el informe del Ministerio Fiscal⁸.

Acto seguido se analizan otros factores empleados en las resoluciones judiciales para determinar qué progenitor es el encargado de la guarda y custodia de los hijos.

2.2.1. El interés del menor

Como advierte BERMUDEZ BALLESTEROS, “El criterio básico y rector en la determinación de la persona a quien se le va a otorgar la guarda y custodia es siempre el de la supremacía del interés del menor frente a cualquier otro, incluido el de los progenitores⁹”.

Este principio del interés superior del menor está reconocido en nuestro Ordenamiento jurídico por el artículo 39 CE y por la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰ adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 así como, principalmente, por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección

⁸ CRUZ GALLARDO, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, p. 239.

⁹ BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a. S., “Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, n. 2, 2001, p. 2 (disponible en www.aranzadi.aranzadidigital.es; última consulta: 9/03/2017).

¹⁰ Convención ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

del Menor, modificada hace apenas dos años con el fin de impulsar la protección de los menores por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

El apartado primero del artículo 2 de la citada Ley Orgánica 1/1996 establece lo siguiente: "*1. 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.*"

No se pone de acuerdo ni nuestra doctrina ni nuestra jurisprudencia a la hora de dar una definición de lo que es el interés superior del menor. Así, siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ, él entiende que, el interés del menor no se encuentra en la opinión personal del menor (dada su escasa formación), sino que se ubica en “la perfección de su educación, concebida fundamentalmente desde arriba e impuesta al niño por quien dirige su vida¹¹”. No obstante, existen posturas que contradicen esa opinión y que identifican el interés del hijo en sus gustos. O, incluso, otra tendencia que coloca el interés del menor en función de su edad y su personalidad.

Por lo que se refiere a nuestra jurisprudencia, son numerosas las resoluciones judiciales en las que se tiene en cuenta el interés del menor pero no resulta fácil hacer una afirmación genérica pues dicho interés del menor se termina concretando en atención a cada caso; en función de las distintas circunstancias que lo caracterizan.

Como ejemplo de nuestra postura, nos vamos a detener en la reciente sentencia del Tribunal Supremo¹² de 20 de abril de 2016. El caso que se planteaba era el siguiente:

En el presente caso, D. Eloy interpuso demanda de divorcio contra D^a. Milagros, solicitando que la guarda y custodia de sus dos hijos menores se ejerciera de manera compartida entre ambos progenitores. Admitida a trámite la demanda, la demandada

¹¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Guarda y custodia de los hijos*. Bosch, Barcelona. 1996, pp. 41 y ss.

¹² STS, n. 263/2016, de 20 de abril de 2016 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ. 2016/3664). Fecha de la última consulta: 6 de marzo de 2017.

contestó la misma oponiéndose al régimen de guarda compartida y solicitando la atribución exclusiva de la guarda y custodia de los dos menores a la madre.

La sentencia dictada por el Juez declara la disolución del matrimonio y atribuye la guarda y custodia de los dos hijos menores a D^a. Milagros con la patria potestad compartida, quedando los niños en el hogar familiar, estableciendo una pensión y un régimen de visitas para D. Eloy. Éste último recurrió solicitando la práctica de prueba psicosocial para la determinación de la conveniencia para los menores de la custodia compartida, siendo la solicitud rechazada por la Audiencia.

El TS afirma que a pesar de que el padre tiene la capacidad para poder ejercer la guarda y custodia de sus hijos, no es adecuado el régimen de custodia compartida, una vez valorados los intereses de los menores. Por lo tanto, se establece que lo apropiado es continuar con el régimen actual de la madre con un régimen de visitas para el padre.

La Sala, en el momento de decidir sobre el régimen de custodia, ha hecho hincapié en que prevalece el interés del menor. Buena prueba de ello es que “se hace preciso decidir la cuestión suscitada atendiendo 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 (...) las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, (...) para su desarrollo” (fundamento de derecho quinto).

En definitiva, la decisión adoptada en este caso por el tribunal ha protegido el interés superior de los menores a la hora de tomar la decisión sobre su guarda y custodia.

2.2.2. *La audiencia de los hijos*

El derecho del menor a ser oído y escuchado en todos los asuntos que le conciernen se recoge en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996. ALFONSO RODRÍGUEZ, puntualiza que el mismo recoge la audiencia del menor no como un deber sino como un derecho¹³.

¹³ ALFONSO RODRÍGUEZ, E., “Comentario al art. 92 del Código Civil”, p.1. (Disponible en www.aranzadi.aranzadidigital.es; última consulta: 21/03/2017).

Este precepto prevé que no se ha de discriminar a los hijos por su edad o discapacidad sino que han de ser oídos y escuchados y se ha de tener en cuenta su opinión en base a su edad y nivel de madurez. Además, determina que el nivel de madurez suficiente se considera que es cuando haya cumplido doce años.

Asimismo, el artículo 92 CC (analizado con anterioridad), recoge en sus apartados segundo y sexto que cuando el Juez deba tomar alguna decisión que afecte al menor, cuidará el derecho del menor a ser oído. No obstante, ALFONSO RODRÍGUEZ observa que la dicción del artículo no determina la edad que deberían tener los menores o las circunstancias que deberían darse para hacerse valer¹⁴.

El Tribunal Constitucional ha estudiado las consecuencias jurídicas que genera la exclusión de la facultad del menor a ser oído. El TC¹⁵ en su sentencia de 6 de junio de 2005, considera la nulidad del procedimiento judicial debido a la omisión de la audiencia del menor de edad.

No obstante, en una sentencia posterior, STC¹⁶, de 29 de junio de 2009, se establece que en el procedimiento judicial “(...) 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 solo 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) (...)”¹⁷.

Cabe destacar, con CRUZ GALLARDO, que “la trascendencia de la audiencia del menor corresponde a los procesos judiciales matrimoniales contenciosos, siendo innecesaria la intervención en los procesos matrimoniales de mutuo acuerdo¹⁸”. En las resoluciones judiciales contenciosas, en la elección de la guarda y custodia se considera la opinión del menor cuando éste tiene un alto grado de madurez y su ejercicio es sopesado como la mejor manera de que el interés del menor sea protegido. Es importante

¹⁴ *Idem.*, p. 1.

¹⁵ STC, n. 152/2005, de 6 de junio de 2005 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RTC. 2005/152). Fecha de la última consulta: 6 de marzo de 2017.

¹⁶ STC, n. 163/2009, de 29 de junio de 2009 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RTC. 2009/163). Fecha de la última consulta: 6 de marzo de 2017.

¹⁷ Art. 92.6 CC: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

¹⁸ CRUZ GALLARDO, B., *op. cit.*, nota 8, p. 78.

que el Juez observe si la voluntad del menor ha sido formada correctamente puesto que muchas veces una mejor económica influye en la opinión del menor. Por tanto, la audiencia del menor está sujeto a la protección de su interés.

2.2.3. *La no separación de los hermanos*

De acuerdo con BERMUDEZ BALLESTEROS, “[e]s uniforme la tendencia seguida por los tribunales, a la hora de decidir sobre la atribución –o modificación– de la guarda y custodia de los menores, en el sentido de respetar la previsión contenida en el párrafo 4º del artículo 92 CC: “procurar no separar a los hermanos”. Dicho criterio se impone, salvo casos excepcionales, sobre el deseo manifestado por los propios hijos¹⁹”.

La no separación de los hermanos no es un imperativo legal obligatorio, sin embargo, este criterio, se impone de hecho. Las sentencias de los jueces han de estar muy bien motivadas en caso de determinar la separación de los hermanos.

El objetivo de esta previsión legal es conservar la unidad familiar, a pesar de la ruptura matrimonial, y evitar que los hermanos se formen en entornos distintos. Además, en una situación de crisis matrimonial, los hermanos están más emocionalmente afectados y conviene que convivan juntos para afrontarlo y mantener el equilibrio psicológico. Como indica el Tribunal Supremo²⁰: “(...) es conveniente mantener juntos a los hermanos, pues asignar la guarda y custodia de los niños al padre y de la niña a la madre produciría un distanciamiento entre ellos que debe evitarse pues podría dar lugar a una crisis afectiva entre ellos” (fundamento de derecho primero).

Recientemente se ha publicado en el diario *El mundo*. es una noticia titulada *Custodia diferenciada: una con mamá, el otro con mamá y papá*²¹ en la cual se hace eco de una sentencia del 17 de octubre de 2016 dictada por el Juez del Juzgado de Primera Instancia²² nº 28 de Madrid en la que se ha probado que tanto el padre como la madre gozan de la

¹⁹ BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a. S., *op. cit.*, nota 9, p. 7.

²⁰ STS, n. 696/2004, de 12 de julio de 2004 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ. 2004/4344). Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2017.

²¹ FERNÁNDEZ LANTIGUA, I., “Custodia diferenciada: una con mamá, el otro con mamá y papá”, *El Mundo*, 27 de enero de 2017 (disponible en <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/01/27/588a2d3a22601dbe198c02ab.html>; última consulta 7/03/2017).

²² SJPI, n. 313/2016, de 6 de octubre de 2016 (versión electrónica – base de datos elderecho.com. Ref. RJ. 2017/61545). Fecha de la última consulta: 9 de marzo de 2017.

“aptitud necesaria para [el] cuidado y atención [de sus hijos] y, [además ambos tienen] un horario laboral que le[s] permite atender adecuadamente las necesidades de los hijos cuando se encuentren en su compañía” (fundamento de derecho segundo). El que la madre alegue que ha sido ella la que se ha encargado de cuidar a sus hijos, no puede suponer un obstáculo que elimine las ventajas que ofrece la custodia compartida.

Se trata de una sentencia muy novedosa ya que a pesar de que ambos progenitores están capacitados para cubrir las necesidades de sus dos hijos y como consecuencia, para ejercer la custodia de los mismos, se ha establecido un régimen de custodia diferente para cada hijo. Se determina que la hija se quede bajo la custodia exclusiva de la madre mientras que para su hermano pequeño se ha dictado la custodia compartida por lo que pasará el mismo tiempo con ambos progenitores. Además, se ha establecido que la hija comunicará con el padre fines de semana alternos "haciendo coincidir estas visitas siempre con las estancias del hijo" (fundamento de derecho cuarto). De esta forma entiende la juez que la separación de los hermanos tendrá escasa incidencia en ellos.

Se trata de “un mismo proceso de divorcio, una misma situación económica de los adultos, una misma sentencia y, en cambio, dos modalidades de atención a los menores”.

¿A qué se debe el distinto tratamiento en el régimen de custodia? Esta fórmula híbrida y novedosa se debe al principio del interés de los menores y a la diferente etapa evolutiva de cada uno. En este sentido, en el caso de la hija se ha establecido que la custodia materna es la más conveniente y positiva para ella y, para el hijo menor, la custodia compartida ya que la custodia unilateral supondría “privilegiar a uno en detrimento del otro sin motivo ni razón alguno” (fundamento de derecho segundo). Además, se ha señalado que la mejor solución para el hijo es la custodia compartida ya que le permite mantener su relación con ambos progenitores.

Hemos dicho que los tribunales intentan no separar a los hermanos y aunque pueda parecer que los distintos regímenes establecidos para cada hijo pueda afectar la relación entre los hermanos, el magistrado de este caso sustenta que “tendrá escasa incidencia práctica máxime si se establece que en los fines de semana los dos menores se encuentran bajo la custodia del mismo progenitor” (fundamento de derecho segundo).

2.2.4. Determinación del tiempo de convivencia con los hijos

BERMÚDEZ BALLESTEROS recoge que, por regla general, los órganos jurisdiccionales tienden a conceder la guarda y custodia al progenitor que no trabaje y como consecuencia tenga más tiempo para cuidar a los hijos. En el caso de que ambos trabajen, suele primar el progenitor que ostente un trabajo con mayor estabilidad, “que se desarrolle en el mismo lugar donde residan los menores y durante un horario flexible o lo menos incompatible con la atención que precisan éstos²³”. No es un dato indicativo la tenencia de medios económicos puesto que en algunas ocasiones es un factor concluyente en la decisión del tribunal pero en otros supuestos no.

En este sentido, por ejemplo, la SAP²⁴ de Segovia, de 21 de enero de 1999, otorga a la madre la custodia de los hijos. En este caso, el padre tiene mayor poder adquisitivo y un mejor puesto de trabajo, “lo que proporcionaría a los hijos un mejor presente y unas mayores expectativas de futuro (...)” (fundamento de derecho segundo). No obstante, su trabajo se encuentra a más de 100 km de la residencia familiar, por lo que es más apropiado otorgar la custodia a la madre ya que tiene un puesto de trabajo que también es estable.

En una STS²⁵ de 3 de marzo de 2016, se desestima la custodia compartida y se atribuye la custodia exclusiva a la madre de una niña de 18 meses. Se determina que es lo más beneficioso para la menor, puesto que desde su nacimiento, ha sido su madre la que se ha dedicado habitualmente del cuidado de la menor. Además, en este caso, se ha tenido en cuenta el trabajo de los progenitores a la hora de atribuir el tipo de custodia. Por un lado, la madre es profesora y además de tener jornada reducida, su trabajo se encuentra en el mismo pueblo donde vive. Por el contrario, el padre es bombero y tiene un trabajo que implica hacer guardias de 24 horas y además, vive a 35 km del domicilio. Como consecuencia, la Sala concluye que la madre “tiene más disponibilidad de tiempo para el cuidado y la atención de la menor” (fundamento de derecho primero) y por ello se le atribuye la custodia exclusiva de la niña.

²³ BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a. S., *op. cit.*, nota 9, p. 6.

²⁴ SAP de Segovia, n. 23/1999, de 21 de enero de 1999 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. AC. 1999/2887). Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2017.

²⁵ STS, n. 130/2016, de 3 de marzo de 2016 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ. 2016/2184). Fecha de la última consulta: 30 de marzo de 2017.

2.2.5. *Dictamen de especialistas*

De acuerdo con el planteamiento de CUENCA ALCÁINE, el dictamen de especialistas es una prueba esencial que utiliza el Juez para establecer en cada caso las medidas que representen el interés del menor de la mejor manera posible²⁶.

Generalmente, se solicita el dictamen para tomar la decisión sobre cuál de los progenitores es el más idóneo para tener la guarda y custodia de los hijos y para determinar el régimen de visitas más adecuado para el padre no custodio.

En el informe psicológico social se debe incluir a toda la familia. Asimismo, se debe estudiar a todos sus miembros y las distintas interacciones establecidas entre ellos.

Estos dictámenes no tiene carácter vinculante y su valoración en el marco del proceso viene a ser la de un medio de prueba más de los utilizados en el mismo.

¿Cuál es el objetivo de este informe? CUENCA ALCÁINE establece que en los casos en los que se ha de determinar la custodia, el informe estará sujeto a las “preguntas efectuadas por el órgano jurisdiccional de oficio o a solicitud de las partes”, que han de ser contestadas de manera simple y minuciosa aportando al Juez información relevante, fundada y clara²⁷.

Dado que el objetivo del dictamen es facilitar información al Juez para aconsejarle en la toma de la decisión correspondiente, no será válido un dictamen que no aporte pruebas fidedignas de cada componente de la familia y de la relación entre sus miembros.

CUENCA ALCÁINE califica el dictamen de especialistas como una prueba pericial puesto que valora hechos o situaciones relevantes a un asunto específico y adquiere certeza sobre los mismos, para ello serán necesarios conocimientos prácticos o científicos²⁸. Esta prueba pericial está recogida en el capítulo VI de los medios de prueba, concretamente en el artículo 299 de la LEC. De acuerdo con esta ley se distinguen dos clases de peritajes: el de parte, con peritos designados por ella y, el de designación judicial, artículo 339 de la LEC.

²⁶ CUENCA ALCÁINE, B., “Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia”, 2014 (disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4925-los-dictamenes-psicosociales-en-los-procesos-de-familia/>; última consulta: 27/03/2017).

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

2.2.6. Informe del Ministerio Fiscal

El artículo 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF²⁹), establece que este órgano tiene por misión: "... *promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*". Y de modo especial, en lo que más concierne al presente trabajo, el artículo 3 apartado 7 prevé que para el cumplimiento de dichas misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: "*Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*".

En este papel de órgano defensor de los intereses de los menores, el Ministerio Fiscal no podía quedar al margen de la regulación de la guarda y custodia.

Así, concretamente, el apartado octavo del artículo 92 CC (establece la custodia compartida a instancia de una de las partes) recoge el carácter excepcional de la guarda y custodia compartida, dado que la regla general se basa en la existencia de un acuerdo entre los progenitores (artículo 92.5 CC). De este modo, cuando no exista ese acuerdo, la atribución del régimen de guarda compartida dependerá del cumplimiento de unos requisitos: la solicitud por parte de uno de los progenitores, el informe "favorable" del Ministerio Fiscal y la garantía de protección del interés del menor. El precepto establece que el Juez podrá imponer el régimen de guarda compartida solamente si el informe del fiscal es favorable. No obstante, la sentencia del TC³⁰, de 17 de octubre de 2012, ha declarado inconstitucional el inciso "favorable". Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, esta limitación que imponía la ley, no está fundamentada en ninguna razón de peso. Defiende que la decisión de otorgar una custodia compartida no debería estar sujeta a la opinión exclusiva del Ministerio Fiscal, impidiendo que el juez pueda valorar las demás pruebas realizadas. De este modo, "[e]l interés prevalente de los hijos menores, así como la inexistencia de un acuerdo entre los progenitores son motivos con suficiente peso constitucional como para afirmar que el informe del Ministerio Fiscal, sea o no favorable,

²⁹ Ley 50/1981, de 30 de diciembre (BOE. Legislación consolidada. Última consulta: 09/03/2017).

³⁰ STC, n. 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RTC. 2012/185). Fecha de la última consulta: 1 de abril de 2017.

no puede limitar la plena potestad jurisdiccional³¹”. Como consecuencia, para establecer la custodia compartida se requiere un informe del Ministerio Fiscal pero su nota de favorable o no favorable no será vinculante en la decisión que adopte el Juez.

2.3. Otros factores que tienen incidencia en la atribución de la guarda y custodia de los hijos

La ruptura de un matrimonio no aparece de manera automática, sino que viene precedida por una serie de conflictos que son los que provocan la crisis matrimonial. En este apartado se pretende analizar aquellos factores que influyen en la ruptura matrimonial y, como consecuencia, en la atribución de la guarda y custodia de los hijos (*supuesto de adicción a las drogas o alcoholismo y supuesto de predisposición del progenitor custodio a facilitar su relación con el otro*), así como la influencia que tienen esos factores en la modificación de la guarda y custodia o en la extensión del derecho de visita (*supuesto de existencia de enfermedades mentales y psíquicas y supuesto de adicción a las drogas o alcoholismo*).

Los principales factores son los siguientes:

- ✓ *Existencia de enfermedades mentales y psíquicas*
- ✓ *Adicción a las drogas o alcoholismo*
- ✓ *Predisposición del progenitor custodio a facilitar su relación con el otro*

2.3.1. Existencia de enfermedades mentales y psíquicas

La existencia de enfermedades mentales y psíquicas surgidas con posterioridad al establecimiento del régimen de guarda y custodia, puede determinar la modificación del régimen o bien una modificación en el derecho de visita.

BERMÚDEZ BALLESTEROS determina que si concurren enfermedades psíquicas en el guardador, es habitual modificar la guarda y custodia siempre y cuando dicha

³¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario a la sentencia de 17 de octubre de 2012”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 91, 2013, p. 2.

enfermedad no existiera antes de la sentencia de separación o divorcio; o de haber existido anteriormente, la enfermedad se haya agravado³².

Hay ocasiones en las que la favorable evolución de una enfermedad psíquica puede considerarse casusa suficiente para modificar la custodia. En este sentido, a modo de ejemplo, la SAP³³ de Pontevedra, de 21 de noviembre de 1995, modifica el régimen de custodia. En presente caso, la mujer había sido diagnosticada con un trastorno de personalidad y tras someterse a un tratamiento, evolucionó de manera positiva. Como consecuencia, la Audiencia recogió que “el hecho decisivo es que esta evolución favorable ha continuado y en el momento actual (...) hará más de ocho meses que se le ha retirado el tratamiento tras verificar su mejoría (...) lo que termina la capacidad de la madre para hacerse cargo de los hijos” (fundamento de derecho segundo).

LATHROP GÓMEZ hace hincapié en que los tribunales de justicia asignan al progenitor que padece un “trastorno bipolar, con episodios maníacos” o de otro tipo, el ejercicio modulado del derecho de visita, bajo la atención o vigilancia de personal apropiado y en un centro adecuado para ello³⁴.

En este caso, cabe hacer mención a la SAP³⁵ Baleares, de 12 de noviembre de 2004. En esta sentencia se destaca que el aspecto más importante a tener en cuenta “para la fijación de un régimen de visitas adecuado es la enfermedad de la madre” (fundamento de derecho segundo). Ésta última padece de un “trastorno bipolar, con episodios maníacos”, en el que se presenta “comportamiento patológicos en el contexto de un episodio maníaco” (fundamento de derecho segundo).

La sentencia concluye diciendo “nos hallamos ante una enfermedad crónica que puede presentar brotes agudos en los que presenta un comportamiento conflictivo inadecuado para el menor, aunque el mismo no sea sujeto pasivo directo de los mismos, los cuales difícilmente pueden aparecer o serán de muy inferior intensidad si sigue un tratamiento psiquiátrico continuo” (fundamento de derecho segundo).

La Sala ha de velar por los intereses del menor. Por este motivo, se determina que “el régimen de visitas se desarrolle bajo la supervisión de personal especializado,

³² BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a. S., *op. cit.*, nota 9, p. 7.

³³ SAP de Pontevedra, n. 465/1995, de 21 de noviembre de 1995 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. AC. 1995/2223). Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2017.

³⁴ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, p. 193.

³⁵ SAP de Baleares, n. 453/2004, de 12 de noviembre de 2004 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. EDJ. 2004/198311). Fecha de la última consulta: 13 de febrero de 2017.

especialmente en el momento de la entrega y recogida del menor, y en un centro o dependencia apropiados a determinar por el Juez, con acomodación a las circunstancias cambiantes que puedan producirse en el futuro” (fundamento de derecho primero).

2.3.2. *Adicción a las drogas o alcoholismo*

La adicción a las drogas o al alcoholismo surgida con anterioridad al establecimiento del régimen de guarda y custodia incide a la hora de determinar la modalidad del mismo. Si este tipo de hábito de conductas de consumo, del que no se puede prescindir o resulta frecuentemente muy difícil hacerlo por razones de dependencia, surge con posterioridad, entonces supondrá sin duda un cambio en la atribución llevada a cabo en un principio.

De este modo, la tenencia de hábitos perjudiciales para los hijos, como la drogodependencia o el alcoholismo, del mismo modo que en el caso de la existencia de enfermedades mentales, deberán haber aparecido con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio, o haberse agravado en caso de su existencia anterior para poder llevar a cabo una modificación del régimen previamente establecido. En este sentido, la SAP³⁶ de Asturias, de 31 de enero de 1998, modifica la guarda y custodia que ejercía la madre y se la concede al padre dado que la primera sufría problemas de alcoholismo.

Tras una ruptura matrimonial, los menores de edad suelen sufrir una serie de trastornos y desequilibrios, que son acrecentados si uno o ambos padres tienen una adicción al alcohol o a las drogas. Por este motivo, para evitar que afecte al equilibrio emocional del menor, se atribuye la guarda y custodia al padre no afecto a la adicción. La SAP³⁷ Castellón de 19 de junio de 2007 establece que el alcoholismo impide el ejercicio de la guarda y custodia al progenitor que lo padezca si su intensidad causa desatención en los cuidados necesitados por los menores de edad.

Del mismo modo, en el supuesto en el que la adicción a las drogas o al alcohol fuere causa de privación de la custodia, la superación de dicha adicción conlleva una causa suficiente para cambiar las medidas anteriores.

³⁶ SAP de Asturias, n. 56/1998, de 31 de enero de 1998 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. AC. 1998/3005). Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2017.

³⁷ SAP de Castellón, n. 94/2007, de 19 de junio de 2007 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2007/320791). Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2017.

Cabe destacar que conservar la relación paterno-filial es imprescindible para el desarrollo adecuado de la personalidad del menor. Por este motivo, el hecho que un padre se vea afectado por una adicción al alcohol o a las drogas, no debe, por principio, suponer una ruptura en la relación con el menor. No obstante, se puede interrumpir esa relación en situaciones en las que sea notorio el peligro que corre el interés del menor. En tales sucesos, es habitual que los Tribunales de justicia establezcan un régimen de visitas vigilado mediante la presencia de un psicólogo o trabajador social que aseguren que el derecho de visita se desarrolle de manera correcta.

2.3.3. Predisposición del progenitor custodio a facilitar su relación con el otro progenitor

Un factor destacado a la hora de elegir al progenitor custodio es su capacidad para tener una relación de cordialidad puesto que protege el interés de los hijos al favorecer el desarrollo de la personalidad del menor. Tal capacidad suele darse en aquellos padres con equilibrio psicológico, defensores de un mismo proyecto educativo y que valoran las amistades y el ambiente que rodea al menor. Como consecuencia, el juez valorará positivamente al progenitor que cumpla con esas características a la hora de atribuir la guarda y custodia del hijo.

2.4. Tipos de guarda y custodia

El Código Civil recoge los elementos esenciales para ejercer la función de guarda y custodia de los hijos tras la ruptura matrimonial. Estos elementos permiten que la convivencia con los hijos menores de edad se pueda realizar de tres formas diferentes: la guarda y custodia exclusiva o unilateral, la guarda y custodia compartida y la guarda y custodia ejercida por una tercera persona diferente a los progenitores.

2.4.1. Guarda y custodia ejercida por uno solo de los progenitores

También denominada guarda y custodia unilateral o exclusiva. Consiste en la atribución a uno de los dos progenitores, de manera exclusiva, el cuidado diario de los hijos y, al otro, un derecho a visitar y comunicarse con ellos.

Este derecho del progenitor que no tiene consigo a sus hijos menores o incapacitados a poder visitarlos, a comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía viene recogido en el artículo 94 CC, el cual establece que: "*... 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. Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.*"

Según CRUZ GALLARDO, la necesidad de comunicación que tiene el ser humano es el principal fundamento del derecho de visita. Con el fin de que la personalidad del menor se desarrolle de manera adecuada, es imprescindible que exista un derecho de visita para el cónyuge no custodio así como para los abuelos³⁸.

El derecho de visita es de carácter personalísimo, intransmisible, indispensable e irrenunciable y no está orientado en beneficio de los familiares que procuran mantener el contacto con los hijos, sino a favor de los intereses del menor de edad. Como consecuencia, podrá ser limitado o suspendido si el menor corre algún peligro o riesgo.

En la práctica, de acuerdo con lo analizado en la obra de CRUZ GALLARDO, el contenido frecuente del derecho de visita engloba: la estancia del padre durante los fines de semanas (de viernes a domingo), además de las visitas entre semana, y las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano³⁹.

Son diversas las dificultades que pueden plantearse al respecto de este derecho. Por ejemplo, destacar los problemas relacionados con la recogida y devolución del menor o

³⁸ CRUZ GALLARDO, B., *op. cit.*, nota 8, p. 282.

³⁹ *Idem.*, p. 296.

con la infracción de los deberes que la resolución judicial hubiera impuesto para los que el propio artículo 94 CC prevé incluso la suspensión o limitación de la relación familiar.

2.4.2. *Guarda y custodia compartida*

Significa que se alternan periodos temporales de estar el padre o la madre al cuidado de sus hijos. En el apartado segundo de este trabajo, se desarrollará dicha modalidad de custodia.

2.4.3. *Guarda y custodia ejercida por una tercera persona*

En principio, hay una presunción *iuris tantum*, que permite prueba en contrario, de que los menores con quien mejor están es con ambos progenitores y, en su defecto, con uno de ellos o con ambos de forma alterna⁴⁰.

No obstante, de manera excepcional, la custodia de los hijos podrá encomendarse a un tercero, regulado en el artículo 103.1 CC. Esta decisión se adopta cuando concurren causas graves que estipulen que en interés del menor, su custodia deberá ser ejercida por un tercero.

En estos casos se suele encomendar la guarda a otros miembros de la familia (generalmente abuelos o tíos), u otras personas que lo consintieran, y de no haberlos, a una institución educativa o benéfica, confiriendo el Juez las funciones tutelares⁴¹.

Dada la experiencia y los valores que los abuelos pueden aportar a sus descendientes, la figura de los abuelos adquiere gran relevancia en la relación familiar⁴². La facultad de guarda y custodia de los hijos ejercida por miembros diferentes a los padres se denomina guarda familiar, y quien la desempeña, guardador familiar.

⁴⁰ Revista Derecho de Familia, “Posibilidad de atribuir la guarda y custodia de los menores a un familiar de la madre fallecida. Visitas por los abuelos”, *Elderecho.com*, 2014 (disponible en http://www.elderecho.com/actualidad/Posibilidad-custodia-familiar-fallecida-Visitas_25_671000002.html; última consulta 2/04/2017).

⁴¹ BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a. S., *op. cit.*, nota 9, p. 2.

⁴² POUSSIN, G. Y LAMY, A., *Custodia compartida, cómo aprovechar sus ventajas y evitar sus inconvenientes*, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2005, p. 45. (Traducción al español de la obra *Réussir La garde alternée. Profiter des atouts, éviter les pièges*, Éditions Albin Michel, S.A., 2004).

Gracias a la reforma introducida en el Código Civil por la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, la regulación de la relación familiar con los abuelos, parientes y allegados adquiere seguridad legal.

Actualmente la figura jurídica del guardador familiar surge con frecuencia. Dicha figura autoriza a los padres mantener la titularidad de la patria potestad, y se delega en el guardador las funciones derivadas de la patria potestad.

3. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

3.1. Concepto

A pesar de que el legislador no define el concepto de custodia compartida, la doctrina proporciona una definición extensa. Se basa tanto en una igualdad jurídica de ambos padres como en su responsabilidad parental. Han de ponerse de acuerdo para decidir el día a día de los hijos. La idea es que aunque haya habido una ruptura matrimonial, la relación paterno-filial se conserva igual a excepción de la carencia de convivencia⁴³.

LATHROP GÓMEZ, define la custodia compartida como “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 sucesivos más o menos predeterminados⁴⁴”.

Se ha de entender la palabra “compartida” como la división del cuidado del menor en periodos similares. Hay personas que piensan erróneamente que la custodia compartida es equivalente a un tiempo de convivencia matemáticamente igual entre ambos progenitores. No obstante, la custodia compartida no supone una igualdad proporcional del tiempo de convivencia sino que pone punto y final a la situación en la

⁴³ SAP de Pontevedra, n. 480/2012, de 21 de septiembre de 2012 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2012/319517). Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2017.

⁴⁴ LATHROP GÓMEZ, F., *op. cit.*, nota 34, p. 39.

que uno de los progenitores permanece implicado en la vida el hijo y el otro totalmente ajeno⁴⁵.

3.2. Regulación

3.2.1. La regulación en la Ley 15/2005 de 8 de julio

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, recoge por primera vez de manera expresa la función de guarda y custodia compartida.

La Exposición de Motivos de la mencionada Ley prevé lo siguiente: “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”. Como consecuencia, los progenitores deben determinar si la guarda y custodia es unilateral o compartida.

Además, la Ley en cuestión recoge expresamente la función de guarda y custodia compartida. En la Exposición de Motivos se establece que “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”.

El objetivo de la reforma es impulsar el acuerdo mutuo y el principio de mínima intervención judicial, solo para aquellas situaciones en las que no quepa pacto o cuando el acuerdo sea dañino para los hijos.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 536.

3.2.2. *Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio.*

El Partido Popular se había comprometido en su programa electoral a “promover la actualización de nuestro derecho de familia para adaptarlo a las nuevas realidades sociales, favoreciendo la mediación y la corresponsabilidad de los padres, y salvaguardando los derechos e intereses del menor⁴⁶”. A raíz de este compromiso, el Consejo de Ministros aprobó el 19 de julio de 2013 un Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio. No obstante, la Ley no llegó a ver la luz dada la convocatoria de elecciones generales⁴⁷.

Debido a las disfunciones del régimen en vigencia, esta reforma pretende regular la custodia compartida para que sea compatible con la de las diferentes CCAA con el objetivo de poner fin a las disparidades entre los regímenes forales y el estatal. Como explica el Anteproyecto, esto se debe a que por ejemplo en las Comunidades de Aragón y Valencia, se establece “la preferencia de la guarda y custodia conjunta por los progenitores, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el hijo”; en el caso de Navarra “no se posiciona preferentemente por ningún modelo de custodia, con lo cual deja plena libertad al Juez o Tribunal para decidir (...) la custodia individual o la compartida”; o en Cataluña dónde “tampoco establece literalmente preferencia por la guarda y custodia compartida”.

A continuación vamos a exponer las cuatro principales modificaciones que, a nuestro juicio, se quieren introducir a través de la presentación del citado anteproyecto de ley:

En primer lugar, el informe del Ministerio Fiscal deja de ser vinculante. Esto significa que el Juez, si lo considera conveniente, puede determinar la custodia compartida con independencia de si el informe del fiscal es o no favorable. Además, lo podrá determinar “tanto cuando lo solicitan los progenitores de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos insta la custodia para ambos o exclusiva para sí”. El objetivo de la introducción del artículo 92 bis CC es acabar con

⁴⁶ POPULARES COMUNIDAD DE MADRID, “Programa Partido Popular: Comprometidos con el bienestar” (disponible en <https://ppmadrid.es/comprometidos-con-el-bienestar/>; última consulta: 1/03/2017).

⁴⁷ MUÑOZ NARANJO, A., “El anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 15, 2015 (disponible en: <http://masterforense.com/pdf/2015/2015art3.pdf>; última consulta: 18/02/2017).

la regla general de la custodia monoparental pero sin imponer la guarda y custodia compartida como regla preferente.

En segundo lugar, se sustituye el concepto de “guardador o custodio” o de “visitas” por el término de “convivencia” y de “régimen de estancia” cuando se habla de las relaciones con el no conviviente.

En tercer lugar, en cuanto a las relaciones de los menores, “se extiende el derecho de los hijos a mantener relaciones personales con los hermanos u otros parientes y allegados, y no solo con los abuelos”.

Por último, “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”. A día de hoy no hace falta sentencia firme.

Por lo tanto, el objetivo principal del Anteproyecto es el de lograr un sistema legal sin la preferencia por la custodia exclusiva de la legislación actual. Se trata de que el modelo de custodia compartida se constituya como un régimen normal y no quedar relegado a un segundo plano.

3.3. Tipos de guarda y custodia compartida

A la hora de recoger las distintas modalidades de la custodia compartida, se tienen en consideración no solo las características individuales de los padres sino también la protección de los hijos.

Hay que tener en cuenta que no es posible que el legislador abarque todas las situaciones que podrían darse. Su cometido es el de crear un marco jurídico positivo lo bastante amplio para que en la práctica se acondicione a cada situación familiar.

Según CRUZ GALLARDO, se pueden distinguir las siguientes modalidades de custodia compartida⁴⁸:

⁴⁸ CRUZ GALLARDO, B., *op. cit.*, nota 8, p. 508.

3.3.1. Custodia compartida simultánea

A pesar de la separación, ambos progenitores continúan viviendo con sus hijos en la misma vivienda. La residencia ha de estar distribuida de tal manera que los progenitores puedan vivir de manera independiente pero a su vez permitiendo a sus hijos la disponibilidad de entrar a las dependencias de uno y otro progenitor.

3.3.2. Custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los hijos

Se trata de un tipo de custodia en la que los hijos permanecen en la residencia habitual mientras que los progenitores se turnan para vivir con los hijos en dicha vivienda.

Por un lado, cuenta con la ventaja de que los hijos mantienen su espacio vital y gozan de una mayor comodidad. Sin embargo, también existe la desventaja del coste económico puesto que supone que los progenitores han de tener otra vivienda para vivir durante el tiempo que no convivan con los hijos en la residencia familiar. Además, su aplicación puede ser complicada dada la posibilidad de que un progenitor vaya acompañado de una tercera persona. Para que el sistema tenga éxito, se requiere máximo respeto y tolerancia.

En la sentencia de la AP⁴⁹ de Barcelona, de 11 de marzo de 2013, vemos un caso en el que tras el divorcio del matrimonio, se ha establecido la guarda y custodia compartida por quincenas. Para su determinación, se ha tenido en cuenta el puesto de trabajo desempeñado por los progenitores (siendo lampista el padre y culminando su jornada a las 17 horas y, dependiente la madre terminando su jornada a las 21,30 horas – logró un cambio de jornada laboral consiguiendo terminar a las 16 horas). Respecto a la atribución del uso de la residencia familiar, a falta de acuerdo entre los progenitores, el Juez ha atribuido su “uso a cada una de las partes en forma alternativa, cada quince días, coincidentes con las estancias de los menores con cada uno de ellos, en el desarrollo del sistema de la guarda y custodia compartida” (fundamento de derecho tercero). De este modo, los hijos permanecerán siempre en el domicilio familiar y serán los padres quienes se trasladen cada quince días.

⁴⁹ SAP de Barcelona, n. 150/2013, de 11 de marzo de 2013 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2013/169985). Fecha de la última consulta: 27 de marzo de 2017.

3.3.3. Custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los hijos

Esta modalidad supone que el menor vive en la residencia de la madre y del padre en los momentos que le corresponda convivir con uno y otro. La dificultad de esta modalidad se encuentra en aquellos casos en los que los padres viven en poblaciones distintas, de hecho, muchos tribunales no la conceden por ese motivo. Respecto a la determinación del tiempo parcial, es de un 50% (equivalente a ciento ochenta y dos días al año).

Sentencias como la de la AP⁵⁰ de Barcelona, de 20 de mayo de 2016, recogen esta modalidad de custodia compartida en la que los menores se trasladan a casa del progenitor cuya custodia corresponda en ese momento. En el presente caso, la AP recurre la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en la que se establecía la custodia exclusiva a favor de la madre y se estima el cambio de régimen a la custodia compartida. El Juez entiende que se cumplen los requisitos: “el horario del padre le permite toda la disponibilidad del tiempo que el menor necesita, los domicilios de ambos progenitores se encuentran próximos y cercanos a la guardería donde asiste el menor, las relaciones entre los progenitores pueden calificarse de normales etc.” (fundamento de derecho primero).

En este caso, se establece la custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los hijos dada la cercanía de las casas de los progenitores: “los domicilio[s] de los progenitores se encuentran cercanos entre sí e igualmente cercanos al centro escolar al que acude el menor” (fundamento jurídico tercero). Respecto a la distribución del tiempo de convivencia del hijo con cada uno de sus padres, se establece que el menor vivirá en la casa de su madre de lunes hasta la entrada del colegio del miércoles; y vivirá en la casa de su padre desde el miércoles hasta la salida del colegio del viernes. En los fines de semana, el menor convivirá con cada progenitor de manera alternativa.

A continuación, analizamos una sentencia de la AP⁵¹ de Alicante, de 18 de abril de 2013, en la que se determina un régimen de custodia compartida con cambio de residencia, semanal, para los hijos. Aunque las residencias de los progenitores se encuentran en municipios diferentes, “la perito no ha considerado un obstáculo insalvable

⁵⁰ SAP de Barcelona, n. 376/2016, de 20 de mayo de 2016 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2016/196774). Fecha de la última consulta: 28 de marzo de 2017.

⁵¹ SAP de Alicante, n. 155/2013, de 18 de abril de 2013 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2013/278423). Fecha de la última consulta: 28 de marzo de 2017.

la distancia entre los domicilios donde se desarrollará la convivencia (...). El hecho de alternar la residencia en municipios distintos no ha de implicar necesariamente para los niños un cambio de hábitos, relaciones de amistad, familiares, etc. mayor que el que podrían experimentar si hubieran de vivir permanentemente en una gran ciudad” (fundamento de derecho tercero). De hecho, los niños van a un colegio que no se ubica en ninguno de los mencionados municipios.

En definitiva, a pesar de que los progenitores viven en municipios diferentes, no se considera una traba dado que en el presente caso, la distancia no afecta el interés de los menores.

3.3.4. Custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores

Consiste en la atribución del tiempo de convivencia con los hijos no de manera igualitaria, es decir, uno de los progenitores dispondrá de mayor tiempo de estancia con los hijos, y el otro menos. Este último, convivirá con sus hijos durante un tiempo y los periodos restantes, gozará del derecho de visitas.

3.4. Aspectos materiales: derecho de alimentos y atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar

Siguiendo a CRUZ GALLARDO es posible distinguir dentro de la guarda y custodia compartida, unos aspectos materiales y otros de carácter personal⁵². Entre los primeros, se va a hacer referencia a la prestación de alimentos y a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar. Entre los segundos, se va a analizar el derecho de visita. A continuación, vamos a adentrarnos en el régimen jurídico de los aspectos materiales.

⁵² CRUZ GALLARDO, B., *op. cit.*, nota 8, p. 523.

3.4.1. Derecho de alimentos

Los padres, tras una crisis matrimonial, deben seguir encargándose de las necesidades de sus hijos (educarles, alimentarles...), es decir, la obligación de cubrir esas necesidades no desaparece. Esto viene recogido en el apartado primero del artículo 92 CC que dice lo siguiente: “*La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*”.

Dos son, principalmente, los problemas que se plantean en torno a la obligación de pagar alimentos. El primero, qué tipo de gastos ha de pagar cada uno según si se ostenta o no la guarda y custodia de los hijos y, el segundo, la determinación de la cuantía en sí de los mismos.

Comenzando con el primero, es necesario destacar la distinción entre los gastos ordinarios y los extraordinarios. Su análisis no es el objeto del presente estudio por lo que nos limitaremos a indicar que los primeros son los relativos a la vivienda, vestimenta o asistencia médica, que deberían ser cubiertos por el cónyuge que conviva con el menor. Por otro lado, los gastos extraordinarios relacionados con la educación (matrícula del colegio o universidad, los libros...) deberán ser satisfechos por ambos progenitores de manera proporcional a la capacidad económica de cada uno.

PINTO ANDRADE establece que dadas las discusiones entre los cónyuges para determinar de qué tipo de gasto se trata, sugiere crear un fondo para atenderlos, subvencionado por ambos progenitores con criterio de proporcionalidad en función de la capacidad económica de cada uno⁵³. Este fondo de garantía del pago de alimentos de los hijos viene recogido en el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos. El fondo se configura como un “fondo carente de personalidad jurídica” y gestionado por el “Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas” (art. 2 RD 1618/2007). De este modo, se garantiza el problema del impago de pensiones de alimentos sin incurrir en los gastos que supone la creación de un fondo con personalidad jurídica⁵⁴.

⁵³ PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 87.

⁵⁴ AZAGRA MALO, A., “El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos”, *Indret.com*, n. 4, 2008, p. 8.

Finalmente, por lo que concierne a la cuantía de la prestación, de acuerdo con el artículo 146 CC, la misma: “... *será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*”. Dicho con otras palabras, es necesario determinar la forma en que cada padre debe contribuir a las necesidades económicas del menor y siendo el de la proporcionalidad el criterio a seguir, habrá que tomar en consideración la capacidad económica de los progenitores⁵⁵.

Llegados a este punto, sin duda, quién mejor que ellos mismos para intentar alcanzar un acuerdo respecto a la cuantía que habrá de abonar cada uno en dicho concepto. No obstante, para los supuestos en que dicho acuerdo no se logre, el artículo 93 CC recoge que: “*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 (...)*”.

3.4.2. *Vivienda familiar*

El régimen de guarda y custodia compartida permite que la residencia familiar sea determinada como domicilio estable y fijo de los menores de edad, de manera que sean los cónyuges los que se trasladen a dicho domicilio durante su tiempo de convivencia con el menor.

Ahora bien, es necesario tener en consideración la capacidad económica de los progenitores así como si disponen de una vivienda alterna a la familiar. Asimismo, tampoco se puede descartar la posibilidad de vender el inmueble familiar y adquirir dos residencias que permitan desarrollar la custodia compartida de manera adecuada.

Respecto al cambio de domicilio de alguno de los padres en la custodia compartida, cabe mencionar que podría perjudicar al menor. Como consecuencia, deberá comunicarse la decisión al otro cónyuge y para permitir dicho cambio, deberán llegar a un acuerdo.

⁵⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso”, *Abogados de Familia*, n. 50, 2008, p. 3.

Vamos a comentar una reciente sentencia dictada por el TS⁵⁶, de 11 de febrero de 2016, relativa al uso de la vivienda familiar en la custodia compartida. En primer lugar, la madre interpuso una demanda de divorcio en la que solicitaba un régimen de guarda y custodia unilateral a favor de ella y también la adjudicación de la vivienda familiar para ella y sus hijos. El Juzgado de Familia dictó sentencia acordando un régimen de guarda y custodia compartida por meses y determinó la vivienda familiar para el uso y disfrute de los menores de edad y en compañía del progenitor con el que convivan cada mes. La Audiencia Provincial de Ávila dictó sentencia de apelación estableciendo un sistema de custodia unilateral a favor de la madre y como consecuencia, la asignación del hogar familiar para el uso y disfrute de los menores junto a su madre.

Por último, el TS casó la sentencia de la Audiencia provincial acordando el régimen de custodia compartida de los hijos repartiendo el tiempo según un acuerdo entre los progenitores y a falta de tal, el reparto del tiempo sería por semanas. La clave de la sentencia está en que respecto a la vivienda familiar, el TS establece que *“los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015, rec.545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales”* (fundamento de derecho sexto).

De acuerdo con CASTILLO JIMÉNEZ, el TS establece que cuando se acuerde el régimen de custodia compartida y se determinen tiempos de convivencia iguales con los menores a favor de cada progenitor, no es aplicable el artículo 96.1 CC: *“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*

⁵⁶ STS, n. 51/2016, de 11 de febrero de 2016 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ. 2016/248). Fecha de la última consulta: 27 de marzo de 2017.

queden”, sino que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 96.2 del CC: “*Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente*”. Por lo tanto, podríamos decir que el TS podrá otorgar el uso del hogar familiar a uno de los progenitores si se trata de proteger un interés familiar. No obstante, ese uso no será de carácter indefinido. Además, si los progenitores tienen igualdad económica, el uso de la vivienda familiar no se otorgará a ninguno de los progenitores (STS⁵⁷ de 17 de noviembre de 2015)⁵⁸. En definitiva, CASTILLO JIMÉNEZ concluye diciendo que lo importante de esta sentencia “es que está abierta la vía, en las custodias compartidas, para limitar el uso de la vivienda a favor de uno de los cónyuges⁵⁹”.

3.5. Aspectos personales: derecho de visita

EL derecho a que los padres y sus hijos mantengan contacto está recogido en el artículo 39.3 CE, en el artículo 9 de la Convención sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Asimismo, en el Código civil está contemplado tanto en sede de patria potestad (artículos 160 y 161 CC) como en el Título dedicado a las crisis matrimoniales (artículo 94 CC).

El derecho de visita es el derecho-deber que tienen los progenitores a ver a sus hijos. En un artículo de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, se define como un derecho de la personalidad: “el derecho de visitas es un derecho de contenido puramente afectivo que autoriza a su titular a expresar o manifestar sus sentimientos hacia otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin; tal derecho puede encuadrarse entre los de la personalidad y se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación jurídico familiar entre visitante y visitado⁶⁰”.

⁵⁷ STS, n. 658/2015 de 17 de noviembre de 2015 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ. 2015/5392). Fecha de la última consulta: 27 de marzo de 2017.

⁵⁸ CASTILLO JIMÉNEZ, I., “Uso de la vivienda familiar en la custodia compartida”, *Mundojuridico.info*, 2016 (disponible en <http://www.mundojuridico.info/uso-la-vivienda-familiar-la-custodia-compartida/>; última consulta el 27 de marzo de 2017).

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “El derecho de visitas en la reciente praxis judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. I, 1994, p. 2 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>; última consulta: 3/04/2017).

La finalidad del derecho de visita es favorecer el desarrollo del menor tanto a nivel personal como de educación, mediante la conservación de una relación afectiva con el progenitor con el que el menor no conviva⁶¹. Además, se busca prevalecer por encima de todo, el interés del menor.

La sentencia de la AP⁶² de Huesca, de 14 de abril de 1993 muestra como predomina el interés del menor: “(...) con el régimen de visita decretado no se protege el interés de la niña, que cuenta con cerca de tres años de edad, pues realmente el restringido sistema de visitas acordado priva a la menor de la relación con su padre a la que tiene derecho, la posibilidad de que el padre pueda tener en su compañía a Nerea cuatro horas cada dos semanas supone el que ésta no pueda llegar a conocer a su padre y establecer los lazos de cariño que deben presidir las relaciones entre padre e hija; de persistir dicho régimen la menor llegaría a los cinco años considerando a su padre poco menos que como un extraño que de vez en cuando la visitaba y esta situación no es aceptable ni creemos que atienda debidamente el interés de la niña. Por ello consideramos que el régimen de visitas que establece el fallo debe ser ampliado desde este momento y aplicar el previsto por la sentencia para cuando la menor cumpla los cinco años; el reiterado régimen podría tener justificación en los primeros meses de vida de Nerea, pero no en la actualidad, en que la niña puede establecer relaciones de afecto, apego y ternura con su padre de las que no puede privársele, pues independientemente de la frustración matrimonial la niña sigue contando con un padre y una madre y de ambos necesita la devoción a que es acreedora por su condición de hija de uno y otra”.

Esta finalidad reparadora del derecho de visita viene justificada en una sentencia del Tribunal Constitucional. Recoge que se “pretende proteger por encima de todo y con la mayor intransigencia la posición del más débil, que es el menor, quien debe encontrarse lo más cómodo posible ante la situación de separación de sus progenitores. No se puede obviar que la separación de los padres no puede ser fácil para los hijos y ello entre otras cosas porque supone la creación de dos vidas distintas en el menor, que le pueden reportar un desequilibrio que debemos mitigar en lo posible⁶³”.

⁶¹ *Ibid.*, p.3

⁶² SAP de Huelva, n. 230/1992, de 14 de abril de 1993 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. AC. 1993/565). Fecha de la última consulta: 4 de abril de 2017.

⁶³ STC, n. 4/2001, de 15 de enero de 2001(versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RTC 2001/4). Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2017.

Respecto a la titularidad del derecho, el artículo 160 CC recoge que es independiente de la atribución del ejercicio de la patria potestad. Aunque los progenitores no ejerzan la patria potestad, mantienen el derecho de relacionarse con sus hijos. MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁶⁴ establece que sólo se cede en caso de que exista un peligro determinado para la salud física o psíquica del menor.

En cuanto al lugar en que debe realizarse la visita, algunas sentencias defienden que debe hacerse en el domicilio del cónyuge que conviva con el menor. No obstante, depende de las circunstancias de cada familia.

Cabe hacer una mención a la diferencia en el ejercicio de este derecho en función de la edad del menor. Por un lado, cuando el hijo es pequeño no es consciente de la custodia compartida y por ese motivo la relación con ambos padres es más reiterada. Por otro lado, cuando el niño se va haciendo más mayor, los periodos para el ejercicio del derecho de visita se dilatan más en el tiempo.

⁶⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *op. cit.*, nota 61, p. 5.

4. CONCLUSIONES

En el presente Trabajo de Fin de Grado se realiza un estudio de la guarda y custodia de los menores tras las crisis matrimoniales. Concretamente se ha hecho hincapié en el modelo de custodia compartida y en la reforma de la Ley 15/2005. El objetivo de esta última es impulsar el acuerdo mutuo entre los progenitores y el principio de mínima intervención judicial, solo para aquellas situaciones en las que no quepa pacto o cuando el acuerdo sea dañino para los hijos.

Una de las bases de esta reforma es que ambos progenitores tienen tanto el derecho a conservar la relación paterno-filial como el deber de contribuir al cuidado y a la educación de los hijos.

El principal fundamento de la mencionada regulación se basa en la primacía del interés superior del menor. Sin embargo, analizada la jurisprudencia, hemos comprobado que en la práctica no es fácil aplicar una custodia compartida si los progenitores no colaboran.

Respecto a la custodia compartida en una situación en la que el informe del Ministerio Fiscal no sea favorable, no impedirá que el Juez atribuya la custodia compartida de los progenitores. Sería inconstitucional que prevaleciera la opinión del Ministerio Fiscal.

Una de las aportaciones primordiales de la investigación es que la custodia compartida pretende culminar la situación en la cual un cónyuge está envuelto en la vida del menor y el otro permanece ajeno. Actualmente se está fomentando la atribución de este modelo, por este motivo, hemos analizado las modificaciones más recientes así como el Anteproyecto de Ley que elimina el carácter de excepcionalidad de la custodia compartida.

A nuestro juicio, sería conveniente una futura investigación sobre la implementación del mencionado Anteproyecto. De este modo, pensamos que debería ser matizada la solución que pretende adoptar el Gobierno al permitir que el Juez imponga la custodia compartida aunque los progenitores hayan expresado su oposición. Un modelo que requiere alta colaboración, no tendría éxito si ninguno de los cónyuges está de acuerdo con el mismo.

Hemos distinguido una variedad de modelos de custodia compartida y concluimos que cada familia es diferente, por lo que en la práctica, el reparto del tiempo de

convivencia con uno y otro progenitor deberá estar sujeto a las circunstancias específicas de cada familia.

Para concluir, en el Derecho de familia no existen dos supuestos idénticos de manera que las soluciones que se apliquen en beneficio de un menor en un caso concreto, puede que en otro sean perjudiciales. Tanto la doctrina como las múltiples sentencias, han sentado como base unos factores que ayudan a atribuir un tipo de guarda y custodia u otro, siempre prevaleciendo el interés de los menores.

BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación

- Constitución Española, 1978.
- Código Civil, 1889.
- Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- 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.
- Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio.
- Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

2. Jurisprudencia

SAP de Huelva, n. 230/1992, de 14 de abril de 1993 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. AC. 1993/565). Fecha de la última consulta: 4 de abril de 2017.

SAP de Pontevedra, n. 465/1995, de 21 de noviembre de 1995 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. AC. 1995/2223). Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2017.

SAP de Asturias, n. 56/1998, de 31 de enero de 1998 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. AC. 1998/3005). Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2017.

SAP de Segovia, n. 23/1999, de 21 de enero de 1999 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. AC. 1999/2887). Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2017.

SAP de Baleares, n. 453/2004, de 12 de noviembre de 2004 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. EDJ. 2004/198311). Fecha de la última consulta: 13 de febrero de 2017.

SAP de Castellón, n. 94/2007, de 19 de junio de 2007 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2007/320791). Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2017.

SAP de Pontevedra, n. 480/2012, de 21 de septiembre de 2012 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2012/319517). Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2017.

SAP de Barcelona, n. 150/2013, de 11 de marzo de 2013 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2013/169985). Fecha de la última consulta: 27 de marzo de 2017.

SAP de Alicante, n. 155/2013, de 18 de abril de 2013 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2013/278423). Fecha de la última consulta: 28 de marzo de 2017.

SAP de Barcelona, n. 376/2016, de 20 de mayo de 2016 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2016/196774). Fecha de la última consulta: 28 de marzo de 2017.

SJPI, n. 313/2016, de 6 de octubre de 2016 (versión electrónica – base de datos elderecho.com. Ref. RJ. 2017/61545). Fecha de la última consulta: 9 de marzo de 2017.

STC, n. 4/2001, de 15 de enero de 2001(versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RTC 2001/4). Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2017.

STC, n. 152/2005, de 6 de junio de 2005 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RTC. 2005/152). Fecha de la última consulta: 6 de marzo de 2017.

STC, n. 163/2009, de 29 de junio de 2009 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RTC. 2009/163). Fecha de la última consulta: 6 de marzo de 2017.

STC, n. 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RTC. 2012/185). Fecha de la última consulta: 1 de abril de 2017.

STS, n. 696/2004, de 12 de julio de 2004 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ. 2004/4344). Fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2017.

STS, n. 658/2015 de 17 de noviembre de 2015 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ. 2015/5392). Fecha de la última consulta: 27 de marzo de 2017.

STS, n. 51/2016, de 11 de febrero de 2016 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ. 2016/248). Fecha de la última consulta: 27 de marzo de 2017.

STS, n. 130/2016, de 3 de marzo de 2016 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ. 2016/2184). Fecha de la última consulta: 30 de marzo de 2017.

STS, n. 263/2016, de 20 de abril de 2016 (versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ. 2016/3664). Fecha de la última consulta: 6 de marzo de 2017.

3. Obras doctrinales

ALFONSO RODRÍGUEZ, E., “Comentario al art. 92 del Código Civil”, p.1 (disponible en www.aranzadi.aranzadidigital.es; última consulta: 21/03/2017).

AZAGRA MALO, A., “El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos”, *Indret.com*, n. 4, 2008.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario a la sentencia de 17 de octubre de 2012”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 91, 2013.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a. S., “Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, n. 2, 2001 (disponible en www.aranzadi.aranzadidigital.es; última consulta: 9/03/2017).

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Tomo V. Derecho de Familia. Volumen segundo: relaciones paterno-filiales y tutelares*, Reus, Madrid, 1995.

CASTILLO JIMÉNEZ, I., “Uso de la vivienda familiar en la custodia compartida”, *Mundojuridico.info*, 2016 (disponible en <http://www.mundojuridico.info/uso-la-vivienda-familiar-la-custodia-compartida/>; última consulta el 27 de marzo de 2017).

CRUZ GALLARDO, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.

CUENCA ALCÁINE, B., “Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia”, 2014 (disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4925-los-dictámenes-psicosociales-en-los-procesos-de-familia/>; última consulta: 27/03/2017).

FERNÁNDEZ LANTIGUA, I., “Custodia diferenciada: una con mamá, el otro con mamá y papá”, *El Mundo*, 27 de enero de 2017 (disponible en <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/01/27/588a2d3a22601dbe198c02ab.html>; última consulta 7/03/2017).

LARRAÑETA, A., “La custodia compartida del 2% al 25% en 10 años”, *20 minutos*, 6 de febrero de 2017 (disponible en <http://www.20minutos.es/noticia/2941485/0/custodia-compartida-espana-ley-comunidades-autonomas/>; última consulta 28/3/2017).

LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso”, *Abogados de Familia*, n. 50, 2008.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “El derecho de visitas en la reciente praxis judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. I, 1994 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>; última consulta: 3/04/2017).

MUÑOZ NARANJO, A., “El anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 15, 2015 (disponible en: <http://masterforense.com/pdf/2015/2015art3.pdf>; última consulta: 18/02/2017).

PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009.

POPULARES COMUNIDAD DE MADRID, “Programa Partido Popular: Comprometidos con el bienestar” (disponible en <https://ppmadrid.es/comprometidos-con-el-bienestar/>; última consulta: 1/03/2017).

POUSSIN, G. Y LAMY, A., *Custodia compartida, cómo aprovechar sus ventajas y evitar sus inconvenientes*, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2005. (Traducción al español de la obra *Réussir La garde alternée. Profiter des atouts, éviter les pièges*, Éditions Albin Michel, S.A., 2004).

RAGEL SÁNCHEZ, L., “La guarda y custodia de los hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 15, 2001.

Revista Derecho de Familia, “Posibilidad de atribuir la guarda y custodia de los menores a un familiar de la madre fallecida. Visitas por los abuelos”, *Elderecho.com*, 2014 (disponible en http://www.elderecho.com/actualidad/Posibilidad-custodia-familiar-fallecida-Visitas_25_671000002.html; última consulta 2/04/2017).

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Guarda y custodia de los hijos*. Bosch, Barcelona. 1996.

SERRANO MOLINA, A., “Los menores en situaciones de crisis familiares” en *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIEGA, L., *Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos*”, en *Temas de actualidad en Derecho de Familia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.