



UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

**Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas
(DADE)**

**EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y
JURISPRUDENCIAL DE LA CUSTODIA DEL
MENOR EN CASOS DE CRISIS
MATRIMONIALES**

Trabajo Fin de Grado

Curso Académico 2023/2024

Alumna: Sánchez Sorroche, Elena

Tutora: López Sánchez, Cristina

RESUMEN

En el ámbito de las relaciones paternofiliales, el artículo 92.1 del Código Civil establece que “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”. De aquí se extraen una serie de consecuencias, en relación con diversas materias, y una de ellas es la custodia del menor, ya que normalmente, tras la nulidad, separación o divorcio los progenitores dejan de vivir juntos y es necesario decidir con quién permanecerán los hijos. Esta consecuencia en concreto ha sufrido diversas variaciones a lo largo del tiempo debido a los cambios que se han dado en la sociedad española y en lo que se considera conveniente para los menores en cuanto a con quien deben convivir.

La custodia compartida se ha convertido en uno de los temas que más dudas genera en materia de Derecho de Familia, algo comprensible teniendo en cuenta que la jurisprudencia en torno a esta forma de ejercer la guarda y custodia no deja de aumentar. A ello se suma que España ha vivido grandes cambios en materia de custodia en las últimas décadas, ya que hemos pasado de un sistema en el que la custodia monoparental era la norma general a un escenario nuevo donde la custodia compartida debe ser, según nuestro Tribunal Supremo, la opción aplicable “por defecto”. Sin embargo, la realidad muestra que la custodia monoparental sigue siendo más frecuente estadísticamente, por lo que parece claro que aún queda recorrido en la normalización de la custodia compartida.

Por tanto, en el presente trabajo se lleva a cabo un análisis de la evolución de la custodia del menor en casos de crisis de matrimoniales, con ayuda de jurisprudencia y legislación, y se hace referencia a las legislaciones autonómicas donde actualmente se da una solución diferente sobre la materia.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
II. MEDIDAS DEFINITIVAS: ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR	6
III. LA PATRIA POTESTAD	7
1. Titularidad	8
2. Ejercicio	8
2.1 Custodia monoparental	8
2.2 Custodia compartida	9
IV. LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR	9
1. Evolución histórica, legislativa y jurisprudencial	9
1.1 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil .	9
1.2 Ley de divorcio de 1932	11
1.3 Ley de divorcio de 1981 (Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio)	12
1.4 La Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo	13
1.5 El interés del menor como criterio a seguir	13
1.6 La atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores	14
1.7 Rechazo jurisprudencial al régimen de guarda y custodia compartida	16
1.8 El cambio en la potestad de guarda	18
2. Situación legal actual	19
2.1 Introducción de la custodia compartida	19
2.2 Normativa reguladora de la guarda y custodia en la actualidad	20
2.3 La custodia compartida como criterio más conveniente teniendo en cuenta el principio de protección del interés superior del menor	21
2.4 Casos en los que no procede la custodia compartida	23
2.5 Análisis del artículo 92 del Código Civil	24
3 Cuestiones de interés relacionadas con la custodia de los menores	27
3.1 Tipos de custodia	27
3.2 De la custodia monoparental a la custodia compartida	29
3.3 Ventajas de la custodia compartida	35
3.4 Criterios utilizados por los jueces	36
3.5 Amplio margen a la autonomía de la voluntad	36

3.6 La voluntad de los hijos de cara a establecer o modificar el régimen de custodia.....	37
3.7 ¿Es posible la custodia compartida si uno de los progenitores se niega? ...	38
3.8 ¿Qué se entiende por interés superior del menor actualmente?	39
4 Legislación autonómica.....	40
4.1 La custodia compartida no es un régimen excepcional, respecto de la individual	40
a) Derecho de Navarra	40
b) Derecho Civil Aragonés.....	41
4.2 La custodia compartida no solo no es excepcional, sino que se considera lo más conviviente para el menor.....	42
a) Derecho de Cataluña	42
b) Derecho del País Vasco	43
4.3 Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunitat Valenciana	43
V. CONCLUSIONES.....	45
VI. BIBLIOGRAFÍA	48
VII. ANEXOS	49



I. INTRODUCCIÓN

El principal objetivo de este trabajo consiste en conocer a fondo la evolución de la atribución de la guarda y custodia del menor. Este es uno de los problemas que surge ante la separación o divorcio de la pareja y que existe hace mucho tiempo, incluso antes de la legalización del divorcio en España, dando lugar a distintas soluciones a lo largo del tiempo.

Por ello, a continuación, se lleva a cabo un estudio de la evolución histórica, social, legislativa y jurisprudencial de la custodia de los hijos menores, destacando la variación a lo largo del tiempo del papel del padre, de la madre y del menor, hasta llegar a la actualidad y a la primacía del interés superior del menor, la cual no se encontraba en el texto original del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. De esta forma, ha surgido mi motivación para enfocar el trabajo en esta cuestión, ya que es algo que está muy relacionado con las distintas épocas que se han vivido en España y ha ido evolucionando a la par que ha ido evolucionando la sociedad.

En lo referente a la estructura, en primer lugar, se hace referencia a una serie de conceptos que ayudan a entender mejor el tema, como son las medidas definitivas y la patria potestad, ya que la guarda y custodia del menor, es una medida definitiva y deriva de la patria potestad. En segundo lugar, se lleva a cabo el estudio sobre la atribución de la guarda y custodia del menor, tratando de dividirlo en dos bloques, en el primer bloque se analiza la evolución desde los inicios y en el segundo bloque se lleva a cabo un estudio centrado en el siglo XXI con ayuda tanto de legislación como de jurisprudencia, pudiendo así tratar más a fondo los aspectos más actuales. Además, para tratar con más profundidad la situación actual, se hace referencia a cuestiones que pueden resultar de interés relacionadas con la guarda de los menores, a legislaciones autonómicas y a resultados estadísticos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística para poder llegar a un estudio más detallado. En último lugar, se llega a una conclusión tanto de la evolución desde los inicios, como de la situación actual respecto a la custodia de los menores en España.

II. MEDIDAS DEFINITIVAS: ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR

La atribución de la guarda y custodia del menor es una de las medidas definitivas que dicta el juez en los casos de separación y divorcio en relación con los hijos. Por ello, en primer lugar, cabe analizar que son las medidas definitivas en estos casos.

Las medidas definitivas son aquellas que dicta el juez al terminar el juicio de separación o de divorcio, modificando o sustituyendo las provisionales adoptadas al inicio del procedimiento. A ellas se refiere el artículo 91 del Código Civil, según el cual, en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo en cada caso las que procedan. Estas medidas podrán ser modificadas posteriormente en el caso de que se alteren sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de establecerlas. Sin embargo, en el caso de la custodia de los hijos, según la reiterada doctrina jurisprudencial, para proceder a un cambio del régimen de custodia, no es preciso que el cambio de circunstancias sea “sustancial”, sino que basta con que sea “cierto” e instrumentalmente dirigido al interés del menor. Así ocurre en la STS 5 abril 2019 (Tol 7216461), la cual ha atribuido al padre la custodia inicialmente concedida a la madre, por padecer esta una enfermedad psíquica que hacía inviable la continuación del sistema de custodia inicialmente establecido, poniendo el acento en la enfermedad que padece, proyectada sobre el interés de la menor¹.

¹ REYES LÓPEZ, M. J., ALVENTOSA DEL RÍO, J., ATIENZA NAVARRO, M. L., CHAPARRO MATAMOROS, P., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., ORTEGA GIMÉNEZ, A., SÁIZ GARCÍA, C., SERRA RODRÍGUEZ, A., MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p.111.

III. LA PATRIA POTESTAD

Para entender el contenido y funcionamiento de la guarda y custodia conviene empezar haciendo una breve referencia a la patria potestad. Esta institución comprende el conjunto de los derechos y deberes que tienen los padres con respecto a sus hijos y encuentra su fundamento en el deber natural de los progenitores de un menor de velar por este tanto en el orden personal como patrimonial. La patria potestad incluye tres derechos/deberes (art. 154 CC): velar por los hijos, lo que implica tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; representarlos; y administrar sus bienes. La guarda y custodia se integra en el primero de los mencionados ámbitos, es decir, en el derecho/deber que tienen los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía.

La patria potestad se trata de un concepto relacionado con la atribución de la guarda y custodia del menor. Sin embargo, aunque se encuentren relacionados, no tienen el mismo significado, ya que la guarda y custodia se refiere a la fijación de con quién convivirá de forma habitual el hijo en caso de separación o divorcio y la patria potestad se refiere a un derecho-deber de los progenitores respecto al menor, relacionado con la representación y cuidado de los hijos: alimento, vestido, habitación, educación, salud, etc.

Cuando los padres conviven, la guarda y custodia de sus hijos queda subsumida en el ejercicio cotidiano de la patria potestad y, por ende, corresponde conjuntamente a ambos progenitores. Sin embargo, cuando los padres dejan de vivir juntos, resulta difícil que los hijos puedan vivir con ambos simultáneamente, siendo necesario atribuir la compañía y cuidado directo de los mismos a uno de ellos (o a ambos, pero de forma ordenada en el tiempo). A ello responde la figura de la guarda y custodia².

Para un mejor entendimiento del tema, también cabe realizar una breve distinción entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad.

² DE VERDA BEAMONTE, J. R.: *GPS Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p.151.

1. Titularidad

La titularidad de la patria potestad se corresponde con el poder general que la Ley concede a los padres sobre los hijos menores o incapaces, integrado por las propias facultades, derechos y obligaciones que el artículo 154 del Código Civil prevé³.

Como regla general, ante una separación o divorcio, ambos progenitores conservan la titularidad de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad. Sin embargo, el juez puede acordar la privación cuando en el proceso se revele causa para ello (art. 92.3 CC), la cual consistirá en el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la misma (art. 170 CC). Por lo que, si se priva a uno solo de los progenitores, la titularidad recaerá, exclusivamente, en el otro; y si, por el contrario, la privación afecta a los dos progenitores, habrá que constituir una tutela⁴.

2. Ejercicio

Por otro lado, respecto al ejercicio de la patria potestad cabe distinguir dos situaciones; una cuando existe una custodia monoparental y otra cuando existe una custodia compartida.

2.1 Custodia monoparental

En el caso de una custodia monoparental, se aplica el artículo 156 del Código Civil, el cual dispone, que, si los progenitores viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel con quien el hijo conviva.

En muchas ocasiones no se pediría una custodia compartida, si se diera directamente al progenitor no custodio una participación en la adopción de las decisiones que afectan a los hijos comunes y se estableciera un régimen de visitas amplio y flexible.

³ Art. 154 CC: “La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

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

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial”.

⁴ REYES LÓPEZ, M. J., ALVENTOSA DEL RÍO, J., ATIENZA NAVARRO, M. ^A L., CHAPARRO MATAMOROS, P., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., ORTEGA GIMÉNEZ, A., SÁIZ GARCÍA, C., SERRA RODRÍGUEZ, A., MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: *op. cit.*, p. 113.

Sin embargo, es cierto que la autoridad judicial, a solicitud fundada del progenitor no custodio, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el progenitor custodio. Esto es lo que suele suceder en la práctica, en los casos en que hay una custodia monoparental, pues una cosa es que los menores vivan con uno solo de los padres y otra, muy distinta, que la patria potestad deba ser ejercida, exclusivamente, por aquel con el que conviven.

2.2 Custodia compartida

Cuando existe custodia compartida, no se aplica la regla general del artículo 156 del Código Civil, pues, conviviendo el menor con los dos progenitores en períodos sucesivos, corresponde a ambos el ejercicio de la patria potestad. Cabría, en principio, que, aun existiendo un régimen de custodia compartida, los progenitores pactaran en el convenio regulador o que el Juez decidiera, “en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges” (art. 92.4 CC). Pero esta posibilidad es más teórica que real, porque es extraño que, siendo la custodia compartida, los padres pacten un ejercicio individual de la patria potestad, como también que la acuerde el Juez, sin proceder a un cambio del régimen de custodia⁵.

IV. LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR

1. Evolución histórica, legislativa y jurisprudencial

1.1 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil

La guarda y custodia del menor, tanto su atribución como los regímenes existentes, han ido evolucionando a lo largo del tiempo.

En primer lugar, de cara a la modernización de la familia española, destaca la promulgación del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Con anterioridad a 1889, en España, no existía una legislación específica que regulara el divorcio o la custodia de menores en caso de separación o conflicto entre una

⁵ REYES LÓPEZ, M. J., ALVENTOSA DEL RÍO, J., ATIENZA NAVARRO, M. ^A L., CHAPARRO MATAMOROS, P., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., ORTEGA GIMÉNEZ, A., SÁIZ GARCÍA, C., SERRA RODRÍGUEZ, A., MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: *op. cit.*, p. 114.

pareja. En esta época, la normativa legal no contemplaba el divorcio como se conoce actualmente, y no existían disposiciones claras sobre la custodia de los menores en casos de separación o conflictos matrimoniales. La Iglesia Católica tenía una gran influencia en los asuntos relacionados con el matrimonio y la familia en España. El matrimonio era considerado indisoluble, por lo que el divorcio no estaba permitido según las leyes canónicas de la Iglesia, por tanto, las separaciones y cuestiones de custodia de los hijos eran tratadas bajo un contexto diferente al de las regulaciones legales actuales. Además, el marido tenía un papel directivo y protector frente a la mujer y los hijos, la patria potestad recaía principalmente en el padre, que tenía el control y la autoridad sobre sus hijos menores, por lo que la madre tenía un papel secundario en términos legales en la crianza de los hijos. Por tanto, la patria potestad era otorgada al padre, y en su defecto, a la madre.

Como consecuencia, al no haber un enfoque uniforme respecto a la custodia del menor en España, esto podía variar según la región y el período histórico. Las prácticas y regulaciones específicas podrían diferir en función de diversos factores, incluyendo las tradiciones locales y las influencias legales y religiosas. Las cuestiones de custodia, si surgían, podían ser manejadas de forma privada por las partes involucradas, o buscar la intervención de autoridades eclesiásticas o civiles para resolver disputas.

Fue a partir de la promulgación del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publicó el Código Civil, cuando se establecieron unas bases legales para la regulación de la patria potestad y la custodia de los menores en el ámbito de la familia.

En esta inicial redacción del Código Civil de 1889, se establece que el matrimonio se disuelve únicamente por la muerte de uno de los cónyuges (artículo 52 CC) y unas enumeradas y concretas causas legítimas de divorcio (artículo 105 CC⁶). En consecuencia, como efecto de una sentencia de divorcio, se establece que los hijos quedan bajo la potestad y protección del cónyuge inocente (artículo 73 CC). Además, el divorcio sólo podía ser pedido por el cónyuge inocente (artículo 106 CC) y únicamente producía la suspensión de la vida común de los casados (artículo 104 CC).

⁶ Estas causas son el adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido solo cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer, los malos tratamientos de obra o las injurias graves, la violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión, la propuesta del marido para prostituir a su mujer, el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución y la condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua.

Tras analizar los artículos, se puede observar cierta regulación, pero también que la mujer seguía teniendo un papel secundario, y el marido un papel protector y directivo ante la mujer fundado por la necesidad de protección de esta; así se puede observar en el artículo 57 CC, el cual establecía que “el marido debe proteger a la mujer y esta obedecer al marido”, y que permaneció sin revisar hasta 1975. Por otro lado, también podemos observar ese papel secundario de la mujer en los efectos de la patria potestad respecto a las personas de los hijos en el artículo 155 del Código Civil, el cual establece que “el padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto de sus hijos no emancipados: El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos (...)”. Además, como regla general, establecida en el artículo 70, los menores de 3 años (hijos e hijas) quedaban, en todo caso, al cuidado de la madre, siempre y cuando la sentencia no determinara otra cosa.

En definitiva, aunque la redacción inicial del Código Civil de 1889 atribuía la custodia al cónyuge inocente (art. 73 CC), se puede concluir que todavía en esa época prevalecía en la sociedad una visión patriarcal, por lo que las leyes reflejaban este enfoque dando preferencia a la figura paterna como cabeza de familia y responsable principal de la crianza.

1.2 Ley de divorcio de 1932

En 1932, durante la Segunda República, se promulgó la primera ley que regulaba el divorcio en España, basada como la ley precedente en el principio de culpabilidad, pero se introdujo la posibilidad de que los cónyuges acordaran de mutuo acuerdo la custodia de los hijos, siempre y cuando ese acuerdo fuera aprobado por el juez⁷. Por tanto, ante falta de acuerdo, los hijos seguían quedando en compañía del cónyuge inocente.

Por otro lado, en el caso de que ambos fueran culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidía con que progenitor quedaban los menores o en su caso establecía un tutor, conforme a las disposiciones del Código Civil. Y si la sentencia no disponía otra cosa, la madre tenía a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de cinco años⁸.

⁷ Art. 16 de la Ley de divorcio de 1932.

⁸ Art. 17 de la Ley de divorcio de 1932.

La Ley de divorcio de 1932 fue derogada por parte de la dictadura franquista por la Ley del 23 de septiembre de 1939. Sin embargo, aunque se anulara el divorcio por considerarse entonces el matrimonio único e indisoluble, fue reinstaurado en el año 1981, con el fin de la dictadura y la recuperación de la democracia, mediante la aprobación de la Ley 30/1981 de divorcio.

1.3 Ley de divorcio de 1981 (Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio)

La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (conocida comúnmente como ley de divorcio de 1981) constituyó un punto de inflexión, ya que volvió a permitir el divorcio y comenzó a establecer un enfoque más centrado en el bienestar del menor al tomar decisiones sobre la custodia. Por tanto, el cambio más drástico viene de la mano de la ley 30/1981, la cual modifica lo establecido con anterioridad en el Código Civil.

La importancia de esta reforma consistió precisamente en adoptar como criterio el interés de los hijos (art. 92 CC⁹) y, abandonar el criterio de culpabilidades. No obstante, lo cierto es que se mantenía la preferencia materna para la guarda y cuidado de los hijos e hijas menores de 7 años al continuar en vigor el artículo 159 del Código Civil.

Cabe destacar, que no se contemplaba aún la custodia compartida, por lo que se le otorgaba la custodia a un progenitor y al otro el derecho de visitas. Y a pesar de que no se especifica con cuál de ellos, la realidad es que en la mayoría de los casos la custodia se atribuía a las madres.

⁹ Art. 92 CC: La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírlos si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas.

1.4 La Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo

Ese criterio de preferencia materna, claramente discriminatorio para los padres de los menores de 7 años, fue suprimido por la Ley 11/1990, la cual tenía por objeto la aplicación del derecho de igualdad reconocido en nuestra Constitución (art. 14 CE) y evitar discriminaciones por razones de sexo¹⁰.

A partir de la modificación operada por esta Ley, el artículo 159 del Código Civil prescribe que, si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, a cuál de los dos progenitores habrá de confiar el cuidado de los menores. Finalmente, se utiliza exclusivamente como criterio, el interés de los hijos.

1.5 El interés del menor como criterio a seguir

A partir de la modificación operada por la Ley 11/1990, las sentencias se basan en el interés del menor. Así lo muestran, varios pronunciamientos, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 27 de enero de 1993¹¹, la cual establece que conforme a los arts. 91, 92, 93 y 94 del Código Civil, las medidas respecto de los hijos se adoptarán siempre en beneficio de los hijos y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de junio de 1996, el cual establece que, los Tribunales habrán de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses de los menores que son, sin duda, los más dignos de protección y que para una mejor y más justa solución, se deba acentuar el estudio y ponderación de las circunstancias específicas de cada supuesto concreto para alcanzar, de ese modo, la decisión más razonablemente justa y equitativa que ponga fin definitivamente a un litigio generador de insostenibles inseguridades y dudas, a las que resulta obligado poner término en beneficio de todos y muy especialmente del hijo, cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución¹².

¹⁰ En el ATC 438/1990, de 18 de diciembre, se razonó que “con la modificación operada por la Ley 11/1990, el legislador ha eliminado de la redacción del citado precepto (...) la preferencia en favor de la madre del cuidado de los hijos e hijas menores de siete años en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo entre los mismos, preferencia que ha sido suprimida en la nueva redacción que establece la Ley 11/1990, dictada, según su Preámbulo, con el fin de eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la norma fundamental”.

¹¹ AP Navarra, sentencia de 27 enero 1993. AC 1993\66.

¹² TORRERO MUÑOZ, M.: *Las crisis familiares en la jurisprudencia criterios para una mediación familiar: doctrina sistematizada (T. Supremo, AAPP Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla y Navarra) sobre causas de nulidad, separación y divorcio*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1999, p.89.

Efectivamente, el Juez, para la adopción de cualesquiera de las medidas recogidas en los arts. 91 y ss. del Código Civil, debe proceder con sumo rigor y cautela ya que se trata de cuestiones muy delicadas, fuente muchas veces de conflictos familiares, y en las que hay intereses en pugna. En estos casos deberá prevalecer siempre el interés del menor frente a cualquier otro tipo de interés, incluido el de los progenitores, y este es el criterio que deben tener también presente los Jueces y Tribunales al tiempo de dictar la resolución judicial. Para ello es fundamental que se sirvan de la ayuda de especialistas, como bien dice el artículo 92 del Código civil, pues solo a través del dictamen de los peritos se puede llegar a conocer realmente cuáles son los verdaderos sentimientos de los menores, ya que no pocas veces se hallarán mediatizados e influenciados por sus propios progenitores. Se trata de paliar el alcance negativo que tales situaciones pueden repercutir en los menores¹³.

1.6 La atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores

Con base en la legislación del momento, uno de los principales problemas que surgía entonces en torno a estas cuestiones, es el relativo a la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ya que, en la mayoría de los casos, necesariamente había que pasar a un ejercicio individual de la patria potestad en aplicación directa de lo prevenido en el artículo 156.5 del Código Civil. Así se establece en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de abril de 1998¹⁴, la cual señala que el ejercicio conjunto de la patria potestad que establece el artículo 156 del Código civil, no puede ser mantenido en la práctica, en lo que se refiere al deber/derecho de mantenerse en la compañía del menor, tras la separación matrimonial de los progenitores, por ser incompatible con el efecto propio del cese de la convivencia. A tal efecto, para un mayor acierto en la decisión, el artículo 92 del Código Civil ordena que las medidas sobre la atención y cuidado de los hijos serán adoptadas en beneficio de los menores, disponiéndose en los artículos 91 y 94 del referido texto legal que la sentencia de separación o divorcio establecerá las medidas consecuentes en relación con esta materia, garantizando la comunicación entre los menores y el progenitor en cuya compañía habitual no queden. También se encuentra en la normativa fórmulas para garantizar aquel

¹³ TORRERO MUÑOZ, M.: *op. cit.*, p. 90.

¹⁴ AP de Barcelona (Sección 12ª), sentencia de 2 abril 1998. AC 1998\669.

interés y facilitar al juzgador un más acertado discernimiento de las medidas a adoptar, como es el caso de la exploración judicial de los menores, reflejo del protagonismo que se intenta dar a estos para que puedan exponer de forma espontánea y libre el entorno en que viven y sus preferencias, salvo que se sientan presionados física o moralmente, por lo que resulta asimismo de una gran conveniencia la utilización por el juzgador de la prueba pericial de psicólogos y asistentes sociales con preparación específica adscritos a los Juzgados de Familia.

Por tanto, se aboga por decisiones que favorezcan el beneficio y el interés superior de los hijos en situaciones de crisis matrimonial. Tal y como indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 5 de mayo de 1995¹⁵ al señalar asimismo que “como recuerda el artículo 92.2 del Código Civil y en sentido similar el artículo 9.3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 29 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, el beneficio del menor y el interés superior del niño, son los criterios fundamentales que han de ser valorados a la hora de adoptar una decisión sobre la guarda y custodia de los descendientes en una situación de crisis matrimonial”.

Este mismo criterio es el seguido por la Audiencia Provincial de Valencia, en la sentencia de 25 de abril de 1995¹⁶, al poner de manifiesto principalmente que “la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paternofiliales, incluidas la guarda y custodia”. Así lo señala también, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de septiembre de 1997¹⁷ al decir que el interés de los menores debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el llamado *bonum filii*¹⁸ ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos del Código civil. En consecuencia, los propios pactos establecidos en el convenio suscrito por los progenitores no son homologables si resultan perjudiciales para

¹⁵ AP Navarra, sentencia de 5 mayo 1995. AC 1995\1067.

¹⁶ AP Valencia, sentencia de 25 abril 1995. AC 1995\679.

¹⁷ AP Barcelona (Sección 12ª), sentencia de 9 septiembre 1997. AC 1997\1915.

¹⁸ "*Bonum filii*" es una expresión latina que se traduce como "el bien del hijo" en español. En el contexto jurídico y legal, se refiere al principio fundamental de que el interés y bienestar de los hijos deben ser la consideración primordial en las decisiones relacionadas con cuestiones familiares, como la guarda y custodia en casos de separación o divorcio. Este principio establece que, en situaciones conflictivas entre los padres, el beneficio y protección de los hijos deben prevalecer por encima de otros intereses.

los menores, siendo susceptibles de limitación o suspensión de oficio si concurre grave circunstancia que así lo aconseje¹⁹.

En su caso, aunque no lo indique el precepto directamente, el ejercicio de la patria potestad por parte de los esposos puede ser parcial y distribuirse objetivamente o por funciones entre los cónyuges o con alternativas de temporalidad. Las razones de una decisión en tal sentido corresponden al prudente arbitrio judicial; siquiera parece que solo debe adoptarse, por sus inconvenientes respecto de los hijos con excepcionalidad²⁰.

Por ello, debido a ese carácter excepcional, lo más común entonces por parte de jueces y tribunales, consistía en la atribución de la guarda y custodia de los menores a uno de los progenitores, como la decisión más favorable para el beneficio del menor.

En esta época según la jurisprudencia, se argumenta que, en la práctica, el ejercicio conjunto de la patria potestad puede ser incompatible con el cese de la convivencia. Por tanto, se enfatiza la necesidad de que las medidas relacionadas con la atención y cuidado de los hijos se tomen en beneficio de estos, priorizando su interés por encima de cualquier otro y haciendo referencia también a la importancia de la exploración judicial de los menores para tener en cuenta sus deseos y sentimientos. Como solución al problema de la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, se destaca la primacía del interés de los hijos sobre cualquier otro a la hora de atribuir la guarda y custodia, siendo este principio fundamental y universal en el derecho.

1.7 Rechazo jurisprudencial al régimen de guarda y custodia compartida

Como ha indicado la jurisprudencia, la práctica demuestra que, de ordinario, lo realmente solicitado por el progenitor que se ve privado de la guarda y custodia es un régimen dirigido a obtener de los Tribunales un pronunciamiento favorable a que los menores estén durante unos determinados meses con un progenitor y los restantes meses con el otro. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los Tribunales siempre llegan a la conclusión de que es de imposible concesión al no resultar beneficioso para los menores. En su justificación puede destacarse la siguiente línea argumental²¹:

¹⁹ TORRERO MUÑOZ, M.: *op. cit.*, p. 92.

²⁰ LACRUZ BERDEJO, JL, SANCHO REBULLIDA, F. DE ASÍS., LUNA SERRANO, AGUSTÍN.: *Elementos de derecho civil. IV, derecho de familia* (4a ed.), 1997.

²¹ TORRERO MUÑOZ, M.: *op. cit.*, p. 93.

- “Desde los puntos de vista psicológico y pragmático, esta solución que ahora se patrocina, sería previsiblemente perjudicial para los menores, sometidos a toda inseguridad y abocados a una verdadera inestabilidad de vida y emocional, en función de actitudes temporalmente coincidentes de cada uno de los padres sobre ellos y previsiblemente contradictorias de la autoridad del otro progenitor” (sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de marzo de 1991).

- “Cierta es la igualdad de ambos progenitores para el desempeño de la custodia de unos hijos con esas edades, pero más cierto es que, por mero deseo de intervenir con más intensidad (el padre) en la educación y en su formación, se exagere en definitiva la nota de igualdad (repartiéndose, para demostrarla, la custodia temporal y alternativamente, y con todos sus inconvenientes), verificándola más bien en propio beneficio personal de uno de los progenitores, y en previsible perjuicio de los menores mismos, sometidos a cambios permanentes y a inevitables adaptaciones sucesivas con motivo de cada una de las irrupciones en dos familias tan desconectadas entre sí y tan descoordinadas en el tema” (sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de septiembre de 1992)²².

- “Aquel régimen de guarda y custodia compartida de manera tal que los quince primeros días del mes estaban con el padre y los siguientes quince días bajo la guarda y custodia de la madre, no puede ser el más procedente para una evolución razonable de la infancia y adolescencia de los hijos, a la que esencial es la estabilidad, cuando menos desde un punto de vista educacional” (sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 11 de noviembre de 1992)²³.

- “Ni es procedente el cambio, ni parece aconsejable el trasiego que implica el régimen semestral de cambio de custodia” (sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de diciembre de 1993).

- “No puede reconocerse este régimen de guarda y custodia al ser imprescindible un entorno estable y equilibrado que le proporcione al menor seguridad y solidez afectiva” (sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 13 de mayo de 1995. Sección 2ª)²⁴.

²² AP Valencia, sentencia de 17 septiembre 1992. AC 1992\1243.

²³ AP Navarra, sentencia de 11 noviembre 1992. AC 1992\1565.

²⁴ AP Navarra (Sección 2ª), sentencia núm. 119/1995 de 13 mayo. AC 1995\1647.

1.8 El cambio en la potestad de guarda

Dado el rechazo que mostraban los Jueces al régimen sucesivo de la guarda y custodia, la única posibilidad existente entonces era solicitar un cambio en la titularidad de esta, si bien su viabilidad, como ha puesto de manifiesto la Audiencia de Barcelona, en la sentencia de 5 de enero de 1998²⁵, se encuentra condicionada a que el/la actor/a ofrezca “un entorno afectivo y material” para los hijos mejor que el que vienen disfrutando con el otro progenitor, siendo necesario que para ello se valore su medio vital, convivencial, el sistema de relaciones sociales, vivienda, medios económicos, formación y capacidad para garantizar a las menores el desarrollo armónico de su personalidad. Por tanto, se debe acreditar carencias afectivas o materiales, con el otro progenitor.

Se trata, en suma, de probar que esa alternativa ofrece, como declaró la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de marzo de 1998²⁶, “unas mejores perspectivas para su formación y desarrollo, en sus diversos aspectos frente a la opción consolidada en el transcurso del tiempo”.

Así, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 29 de enero de 1993²⁷, se denegó el cambio de guarda solicitado por el padre al quedar constatado, tras la prueba pericial pertinente, que es con la madre “con la persona con la que tiene un vínculo más consistente, apreciando la perito en la niña necesidades afectivas maternas, así como que la madre cubre tales necesidades, señalando dicha perito que la niña está integrada a nivel escolar y muy adaptada al grupo y dinámica de clase, pudiendo afectarle en su desarrollo psicosocial un cambio importante en su vida”. Con igual criterio se pronunció la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 27 de enero de 1993²⁸.

En torno a las preferencias de los hijos, “el oírlos supone al propio tiempo tomar en consideración la opinión y voluntad del menor, así como sus deseos y preferencias, pero sin que le vincule necesariamente la opinión del menor, tema en el que se deberá, y de hecho así se hace, actuar con la mayor delicadeza, teniendo siempre presente las presiones o influencias que el menor hubiera podido sufrir de sus progenitores o terceros”²⁹.

²⁵ AP Barcelona (Sección 12ª), sentencia de 5 enero 1998. AC 1998\24.

²⁶ AP Madrid (Sección 22ª), sentencia de 3 marzo 1998. AC 1998\449.

²⁷ AP Navarra, sentencia de 29 enero 1993. AC 1993\67.

²⁸ AP Navarra, sentencia de 27 enero 1993. AC 1993\66.

²⁹ COSSIO MARTINEZ, M.: *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 19.

Ciertamente, podrá ser un elemento para tener en cuenta, entre otros muchos, pero que desde luego no debe considerarse vinculante para el Juez. Este es el criterio seguido prácticamente de modo unánime. En este sentido³⁰:

- La Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 9 de septiembre de 1997³¹, estableció que “el interés del hijo no puede valorarse solamente por los deseos expresados por éste”.
- La Audiencia Provincial de Madrid, en la sentencia de 3 de marzo de 1998³², advirtió que “...dicha voluntad no es vinculante de la decisión judicial al respecto, sino un elemento a valorar en tal punto, de mayor o menor repercusión, pero en el que ha de primar, por encima de cualquier otro factor, el beneficio del hijo”. Por tanto, no sirve de justificación, consecuentemente, alegar que ya lleva cinco años con su madre y le gustaría irse a vivir con su padre o que el Instituto está más cerca de casa de su padre.

2. Situación legal actual

2.1 Introducción de la custodia compartida

La Ley 15/2005 de 8 de julio se refiere a la modificación del Código Civil en relación con la separación y divorcio. Esta ley introdujo la posibilidad de la custodia compartida en caso de separación o divorcio de los padres, y con ella se otorga al juez la facultad de establecer esta modalidad de custodia si considera que es lo mejor para el interés del menor siempre que lo haya solicitado al menos un progenitor (art. 92 CC). También se introdujo la posibilidad de divorciarse sin que sea necesario que transcurra un año desde que se produce la separación.

El juez debe considerar principalmente el interés y bienestar del niño, tomando en cuenta factores como la relación entre los padres y el menor, la dedicación de los padres, la disponibilidad para el cuidado del niño, entre otros aspectos relevantes para el desarrollo del menor. La custodia compartida no implica que no haya de fijarse pensión

³⁰ TORRERO MUÑOZ, M.: *op. cit.*, p. 94.

³¹ AP Barcelona (Sección 12ª), sentencia de 9 septiembre 1997. AC 1997\1915.

³² AP Madrid (Sección 22ª), sentencia de 3 marzo 1998. AC 1998\449.

alimenticia, ni que cada progenitor se hará cargo de los gastos de sus hijos solo cuando estén a su cuidado.

En definitiva, esta ley introduce la posibilidad de la custodia compartida y busca un enfoque más equitativo basado en el interés superior del menor y en las circunstancias específicas de cada caso. Esta ley marcó un cambio importante en la legislación española, abriendo la puerta a un enfoque más igualitario en la toma de decisiones sobre la custodia de los hijos tras una separación o divorcio.

2.2 Normativa reguladora de la guarda y custodia en la actualidad

La Constitución Española recoge algunos principios que de un modo u otro inciden en esta materia, como el de igualdad (arts. 1, 14 y 39.2 CE), el de libre desarrollo de la personalidad (arts. 10.1 y 27.2 CE), el de protección de la juventud y la infancia (art. 20.4 CE) y, sobre todo, el de protección de la familia y de los hijos (art. 39 CE). Todos ellos constituyen el fundamento de la guarda y custodia.

En cuanto a la regulación del Código Civil, recoge previsiones que inciden en la guarda y custodia tanto en sede de ruptura matrimonial como en sede de patria potestad. Las reglas previstas en sede de nulidad, separación y divorcio se recogen en los arts. 90 (relativo al contenido mínimo del convenio regulador), 91 (que recoge la obligación de que el juez se pronuncie sobre la guarda y custodia de los menores), 92 (que es el que recoge las reglas para la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura matrimonial de sus progenitores), 94 (que regula el régimen de relación y comunicación entre los menores y el progenitor no custodio) y 103 (relativo a las medidas previas y provisionales). Cabe advertir que, las reglas previstas se aplican también a los supuestos de disolución de parejas no matrimoniales³³ (comúnmente denominadas parejas de hecho). Ello en virtud del principio de equiparación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, previsto en el artículo 39.2 de la Constitución Española y en el artículo 108 del Código Civil. También habrá que tener en cuenta las reglas relativas a la patria potestad, en especial las previstas en los arts. 154 (que recoge, entre otras cuestiones, el contenido de la patria potestad), 156 (relativo al ejercicio de la patria potestad), 159 (que se refiere al cuidado de los hijos menores en los supuestos en los que

³³ A modo de ejemplo: Tribunal Supremo, sentencia de 9 de octubre 2015. STS 551/2015.

sus padres no conviven y al derecho del menor a ser oído) y 160 (que recoge el derecho de ambos progenitores a relacionarse con sus hijos menores)³⁴.

Además, cabe señalar que algunas Comunidades Autónomas han entrado a regular la cuestión de la guarda y custodia de los hijos menores en los supuestos de ruptura matrimonial de sus progenitores. En concreto, han promulgado sus propias normas en esta materia las Comunidades de Aragón (Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, integrada actualmente en el Código de Derecho Foral de Aragón), Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña), Navarra (Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, integrada actualmente en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra), País Vasco (Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores) y Valencia (Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven). No obstante, la Ley valenciana ha sido anulada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre³⁵.

2.3 La custodia compartida como criterio más conveniente teniendo en cuenta el principio de protección del interés superior del menor

En la actualidad, tras la nulidad, separación o divorcio, los progenitores dejan de vivir juntos, y es necesario decidir con quién permanecerán los hijos, teniendo en cuenta el principio de protección del interés superior del menor. El artículo 92.5 del Código Civil, como regla general, establece que, “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”. No obstante, el legislador establece una serie de cautelas en favor de los menores. Así, “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba

³⁴ DE VERDA BEAMONTE, J. R.: *GPS Familia*, cit., p. 150.

³⁵ Tribunal Constitucional, sentencia de 16 de noviembre 2016. STC 192/2016.

practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda” (art. 94.6 CC). De no existir acuerdo de ambos progenitores en favor de la custodia compartida, esta solo podrá establecerse “excepcionalmente”, siendo necesario que la solicite, al menos, uno de los progenitores, que se recabe informe del Ministerio Fiscal (aunque dicho informe no sea vinculante) y que el Juez, al acordarla, fundamente “que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor” (art. 92.8 CC). No cabe, pues, que sea adoptada de oficio por el juez. Así lo dice el artículo 92.8 del Código Civil, que exige que el juez actúe “a instancia de una de las partes”³⁶.

La jurisprudencia, respaldada por el principio de protección del interés superior del menor, ha reinterpretado el carácter excepcional con el que el artículo 92.8 del Código Civil contempla la custodia compartida. En lugar de considerarla como algo excepcional, se tiende a verla como la opción más conveniente, ya que permite que los hijos mantengan relaciones efectivas con ambos progenitores incluso en situaciones de crisis, siempre que sea posible. Esta reinterpretación busca acercar el régimen de custodia compartida al modelo de convivencia previo a la ruptura matrimonial, garantizando a ambos padres la posibilidad de ejercer sus derechos y obligaciones parentales de manera equitativa en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que se considera más beneficioso para estos últimos. Se mantiene, eso sí, la exigencia de que la custodia compartida sea solicitada por, al menos, uno de los progenitores, por lo que el Juez no puede establecerla de oficio. La custodia compartida “debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”. Esta orientación jurisprudencial actual ha supuesto un aumento muy considerable de custodias compartidas, no solo nuevas, sino también por

³⁶ REYES LÓPEZ, M. J., ALVENTOSA DEL RÍO, J., ATIENZA NAVARRO, M. ^A L., CHAPARRO MATAMOROS, P., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., ORTEGA GIMÉNEZ, A., SÁIZ GARCÍA, C., SERRA RODRÍGUEZ, A., MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: *op. cit.*, p. 115.

transformación de las custodias monoparentales establecidas antes de que dicha orientación surgiese. Según la reiterada doctrina, para proceder a un cambio del régimen de custodia, no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial, sino que basta con que sea cierto e instrumentalmente dirigido al interés del menor. Además, el TS ha precisado que la mera existencia de malas relaciones entre los padres no es una circunstancia, que, por sí sola, impida la adopción de un sistema de custodia compartida, por lo que para no establecerla es preciso probar que las malas relaciones afectan de modo relevante al menor, causándole un perjuicio³⁷.

2.4 Casos en los que no procede la custodia compartida

Los hijos son la preocupación principal dentro del proceso de separación que se está viviendo. Por ello, es importante conocer en qué casos se suele denegar la guarda y custodia compartida.

Progenitor incurso en un proceso penal

El artículo 94.7 del Código Civil establece que la custodia compartida no procederá en los casos en los que cualquiera de los progenitores esté involucrado en un proceso penal 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. Además, tampoco procederá si el juez observa, a partir de las alegaciones de las partes y las pruebas presentadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. En resumen, la custodia compartida se descarta en situaciones de procesos penales o indicios de violencia familiar o de género. Sin embargo, no existe obstáculo a la custodia compartida, cuando el proceso penal es sobreseído.

Distancia geográfica

También la jurisprudencia se opone al establecimiento de la custodia compartida cuando hay una gran distancia geográfica entre los domicilios de los padres, especialmente si los menores están en edad escolar. Se argumenta que los niños necesitan un marco de referencia estable y los traslados periódicos entre las residencias de los

³⁷ REYES LÓPEZ, M. J., ALVENTOSA DEL RÍO, J., ATIENZA NAVARRO, M. ^A L., CHAPARRO MATAMOROS, P., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., ORTEGA GIMÉNEZ, A., SÁIZ GARCÍA, C., SERRA RODRÍGUEZ, A., MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia) 4ª Edición, op. cit.*, p. 118.

padres podrían romper ese marco. Estos fallos se basan en el principio de protección del interés superior del menor como criterio interpretativo del artículo 92 del Código Civil. Sin embargo, esto depende del caso particular ya que, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de junio de 2017³⁸ se ha considerado, que no era obstáculo para la custodia compartida la circunstancia de que los domicilios de los progenitores estuvieran en dos localidades que distaban entre sí 46 km desde el momento en que el menor había sido escolarizado en un colegio de una tercera localidad, el cual se encontraba prácticamente equidistante de las dos localidades de residencia de los padres, por lo que resultaba “igual de gravoso para el menor el traslado al colegio desde una u otra localidad”.

Por otro lado, una de las cuestiones que ha sido discutida es si, si siendo la custodia monoparental, el progenitor custodio puede cambiar unilateralmente su domicilio y, en consecuencia, el de los hijos menores a su cargo, sin el consentimiento del no custodio. La cuestión ha sido zanjada a nivel legal por el vigente artículo 154. 3. 3º del Código Civil (redactado por Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio). Dice, así, que la patria potestad comprende la facultad de “Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial”.

2.5 Análisis del artículo 92 del Código Civil

En el Código Civil español, la regulación relativa a la custodia del menor se encuentra en los artículos 92 al 94. Estos artículos detallan aspectos relacionados con la guarda y custodia de los hijos en situaciones de separación, divorcio u otras circunstancias donde los padres no viven juntos. En concreto, el artículo 92 del Código Civil dedica sus apartados al régimen de guarda y custodia de los hijos menores, es decir a la determinación de la persona o personas que habrán de ocuparse del cuidado diario de los menores, a través de la convivencia habitual con ellos.

³⁸ Tribunal Supremo, sentencia de 9 junio 2017. STS 370/2017.

Custodia unilateral o monoparental

La práctica judicial pone de manifiesto que para atribuir la custodia de forma exclusiva a uno de los progenitores se valoran, entre otros factores, si alguno de ellos va a cambiar de residencia tras la ruptura y la incidencia que ello pueda tener en la estabilidad emocional de los hijos, el abandono de la vivienda familiar y los hijos tras la crisis de pareja y las razones por las que se actuó de ese modo, la actividad laboral (aunque los horarios de trabajo parecen cada vez menos determinantes, si se puede dejar a los menores al cuidado de otras personas), la influencia negativa que la nueva pareja de uno de los progenitores o las personas con las que conviva pueda ejercer en los menores, enfermedades psíquicas graves de los padres, habilidades para el cuidado de los hijos, delegación excesiva de funciones en los abuelos o terceras personas, sin perjuicio de un auxilio puntual, pertenencia a sectas religiosas que pudieran afectar negativamente al menor, adicciones y vida desordenada, predisposición de los progenitores para facilitar la relación del hijo con el otro³⁹. Como a continuación, se analiza en el presente trabajo, se puede observar que las sentencias dictadas en procesos matrimoniales muestran que este tipo de custodia otorgado concretamente a la madre es el que predomina todavía a pesar de la progresiva reducción que se produce a lo largo de los años. Además, la custodia unilateral, que ha de tener como complemento un sistema de relación del progenitor no custodio con los hijos, a no ser que esté justificada su suspensión, lleva inherente la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, según el artículo 96 del Código Civil⁴⁰.

Custodia compartida por los progenitores

La Ley 15/2005 afrontó la regulación de la custodia compartida o alterna, concibiéndola como excepcional respecto de la individual. Sin embargo, esa interpretación no fue acertada, según la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de julio de 2011⁴¹.

³⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil Tomo I, (Arts. 1 a 151)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.944.

⁴⁰ Artículo 96.1 CC: En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

⁴¹ Tribunal Supremo, sentencia de 7 de julio 2011. STS 496/2011.

Aunque las partes estén de acuerdo en el sistema, bien por proponerlo en el convenio, bien por haber llegado a él a largo del procedimiento, el Juez habrá de valorar la idoneidad del mismo para el interés de los menores, tanto en lo que se refiere a la fórmula genérica como al concreto reparto del tiempo entre los dos progenitores, que no tiene por qué ser paritario. En todo caso, la autoridad judicial debe atender a lo previsto en el artículo 92.6 del Código Civil antes de tomar una decisión, aunque los padres estén de acuerdo. El Juez no puede decretar la custodia sea compartida sin mediar petición de parte al respecto. El artículo 92. 8 del Código Civil, introduce expresamente el inciso “a instancia de una de las partes”, por lo que no puede llevarse a cabo su adopción de oficio por la autoridad judicial. En este sentido, se ha subrayado que la Ley 15/2005 introduce una regulación especial de lo que denomina “ejercicio compartido de guarda y custodia de los hijos” con dos modalidades, solicitud conjunta de ambos progenitores y, a instancia de uno solo de ellos. Por tanto, no cabe otorgar la custodia compartida si no media petición de, al menos, uno de los progenitores.

La esencia de la guarda compartida es que uno de los progenitores no desaparezca de la vida cotidiana de sus hijos quedando reducido su papel al de un mero visitador ocasional de los menores. Para adoptarla, el Juez debe, tomar en consideración el informe del Ministerio Fiscal sobre la idoneidad del régimen propuesto (aunque carece de carácter vinculante⁴²), oír a los menores con suficiente juicio si se estima necesario de oficio o a petición de las partes, valorar el resto de las pruebas aportadas, con especial atención, según el artículo 92.6 del Código Civil, y atender a la relación que los padres mantengan entre sí y con los propios hijos⁴³.

Por último, respecto a la atención de las necesidades de los menores, cabe mencionar que la práctica judicial muestra diferentes sistemas pactados en los convenios o decididos supletoriamente por el Juez, que van desde el más convencional, hasta otros en que el progenitor con mayor capacidad económica paga una pensión para los hijos solo en los meses en que estos vivan con el otro o los basados en la apertura de una cuenta a nombre de los menores donde ambos abonen una cierta cantidad (no necesariamente la misma) para gastos fijos, asumiendo el resto de los gastos el progenitor con quien en cada momento convivan los menores o consistentes en que cada uno paga los gastos ordinarios

⁴² La exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal, prevista en el artículo 92.8 del Código Civil, fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo en 2012.

⁴³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p.946.

durante los periodos de convivencia con el menor y ambos se obligan a contribuir a los extraordinarios en una determinada proporción (no necesariamente al 50%). Ciertamente, los sistemas posibles son muy variados⁴⁴.

3 Cuestiones de interés relacionadas con la custodia de los menores

3.1 Tipos de custodia

Los regímenes que puede adoptar la guarda y custodia son dos: exclusiva y compartida. Por tanto, no es un régimen de guarda y custodia propiamente dicho la denominada guarda y custodia partida o distributiva, referida a los supuestos en los que, existiendo varios hijos comunes, el cuidado de unos es asignado preponderantemente a uno de los progenitores y el del resto al otro⁴⁵, de modo que los menores no conviven entre sí (una posibilidad que, a tenor del artículo 95 del Código Civil, tiene carácter excepcional). Y es que, en estos casos, en relación con cada hermano, la custodia será siempre individual o compartida. Tampoco constituyen una modalidad de guarda y custodia en sentido estricto aquellos supuestos en los que el juez considera que no es conveniente para el interés del menor que ninguno de los progenitores asuma su guarda y custodia y decide atribuir la guarda del menor a un tercero distinto de estos, una posibilidad contemplada en el artículo 103.1 del Código Civil. Y es que, la guarda y custodia se integra dentro de la patria potestad, y, si tenemos en cuenta que los propios padres son los únicos que pueden ostentar la titularidad de dicha figura, parece lógico pensar que solo ellos podrán ser titulares de la guarda y custodia.

Como regla general, ambos progenitores mantendrán tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad, con independencia de a cuál de ellos se otorgue la guarda y custodia (salvo que, con carácter excepcional, las partes hayan pactado o el juez haya decidido que la patria potestad sea ejercida exclusivamente por uno de los padres⁴⁶). Las únicas facultades que el progenitor no custodio ve restringidas son la relativa a tener a los menores en su compañía, que se limita a los periodos de comunicación establecidos; y la adopción de ciertas decisiones de menor relevancia que, por razones prácticas,

⁴⁴ En este sentido, por ejemplo, se encuentra la siguiente sentencia del Tribunal Supremo, donde se procede a la apertura de una cuenta para gastos fijos: Tribunal Supremo, sentencia de 25 de mayo de 2012. STS 323/2012.

⁴⁵ A modo de ejemplo, se encuentra la siguiente sentencia del Tribunal Supremo, donde se otorga la custodia de los hijos menores a la madre y de los hijos de mayor edad (14 y 16 años) al padre: Tribunal Supremo, sentencia de 25 de septiembre de 2015. STS 530/2015.

⁴⁶ Art. 92.4 CC.

corresponderá al progenitor que se encuentre con el menor en cada momento. Por tanto, pese a que en ocasiones el progenitor custodio ejerce de hecho (que no de derecho) en exclusiva determinadas facultades inherentes a la patria potestad, en puridad el ejercicio de la misma es siempre compartido. De acuerdo con lo anterior, puede afirmarse que la guarda y custodia implica la convivencia diaria con el menor y su cuidado directo (abarcando aspectos como la alimentación, la educación y formación, la vigilancia y control, etc.), así como la adopción de decisiones cotidianas de menor importancia. En cambio, las decisiones de mayor importancia deberán ser adoptadas de forma conjunta por ambos progenitores, ya que, como se viene señalando, el ejercicio de la patria potestad se mantiene con carácter compartido⁴⁷.

La guarda y custodia exclusiva se caracteriza porque las funciones propias de dicha figura son conferidas a uno de los padres, si bien dejando a salvo el derecho del progenitor no custodio a mantener una relación habitual y constante con sus hijos (el tradicionalmente llamado derecho de visitas), así como el deber de contribuir a su manutención.

El establecimiento del régimen de custodia compartida supone que los menores convivirán con ambos progenitores por periodos alternativos. Por tanto, ambos padres se turnan en las responsabilidades de la guarda y custodia de los hijos, con períodos alternos de convivencia y aunque no es necesario un reparto equitativo del tiempo, en la práctica, la jurisprudencia tiende a establecerlo y la duración específica de los periodos de convivencia varía según la casuística. Se encuentran dos alternativas de configuración del régimen de guarda y custodia compartida: que los hijos permanezcan en la misma vivienda y los progenitores vayan rotando (situación a la que se suele aludir como “custodia nido”), o bien que sean los hijos los que roten entre las viviendas de sus padres (modalidad conocida como “niño maleta”).

⁴⁷ DE VERDA BEAMONTE, J. R.: *GPS Familia, op. cit.*, p.152.

Bajo el régimen de la guarda y custodia compartida en su modalidad de casa nido, el uso y disfrute del que hasta el cese de la convivencia ha constituido el domicilio familiar se atribuye a los menores, quienes permanecerán de forma permanente en la vivienda, siendo, en ese caso, los progenitores, quienes se irán alternando en el uso de esta por semanas alternas o en los periodos acordados en virtud de sentencia o convenio regulador. Esta modalidad de guarda y custodia compartida implica la necesidad de mantener tres viviendas a la vez, con el coste económico que ello conlleva; la casa nido, y otras dos para que cada uno de los progenitores pueda residir cuando no les corresponda estar en la casa nido. De esta forma, y a diferencia de lo que sucede en otras modalidades de guarda y custodia, ni se libera el domicilio familiar, ni se atribuye el uso y disfrute del mismo al progenitor más necesitado de protección, sino que este se atribuye a los menores, siendo ambos padres quienes se tendrán que ir alternando en el uso del mismo por el tiempo acordado o pactado.

La otra posibilidad denominada “niño maleta” significa que se adjudica el uso de la vivienda al cónyuge que tenga más dificultades para acceso a otra y los hijos cambian de domicilio cada “x” tiempo. La custodia compartida en la que quienes cambian de domicilio son los hijos es conocida como “niño maleta” y es la más habitual. Sin embargo, en este caso, la estabilidad de los menores puede verse reducida debido al cambio continuo de domicilios.

Estas modalidades siempre serán adoptadas teniendo en cuenta el interés del menor.

3.2 De la custodia monoparental a la custodia compartida

En las últimas décadas hemos vivido importantes cambios normativos y jurisprudenciales en materia de custodia en España. Antes de la reforma que supuso la Ley 15/ 2005, 8 de julio, la norma que regulaba la guarda y custodia en España era la Ley 30/1981, de 7 de julio, y el modelo que fijaba la norma de 1981 era la custodia monoparental, aunque ello no significaba una prohibición de la custodia compartida. Eso sí, su aplicación era muy residual. Es importante destacar que la redacción del artículo 92 del Código Civil tal y como se encontraba en ese momento no descartaba la posibilidad de aplicar dicho régimen.

Con este punto de partida, es una sentencia del Tribunal Supremo la que marca un punto de inflexión importante que más tarde daría lugar a un cambio legislativo con la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que regula la custodia compartida como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio, atendiendo a los requisitos establecidos en su articulado y siempre velando por el interés superior de los y las menores.

Se trata de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de 7 de julio de 2011, en la que se fijó como solución óptima generalizada la custodia compartida, siempre preferible a concederla en exclusiva a uno de los cónyuges. Todo ello, siempre que tal decisión opere en beneficio del menor, que es el objetivo principal al que deben atender los jueces cuando se encuentren con un caso de este tipo. En este sentido, el Supremo ha asegurado que con este procedimiento se busca proteger el interés del menor, ya que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, y esto ocurrirá siempre y cuando no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación e intimidad. De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas solo se convierten en relevantes cuando perjudiquen al interés del menor. El Tribunal dejó claro que la custodia compartida debería considerarse la más adecuada, incluso fundamentó que este régimen es el más aconsejable porque permite la efectividad del derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible⁴⁸.

Como se puede observar en los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, la custodia monoparental sigue siendo más frecuente estadísticamente, por lo que parece claro que aún queda recorrido en la normalización de la custodia compartida. la custodia monoparental, generalmente a favor de la madre, sigue siendo común en incluso mayoritaria en la mayor parte de los casos salvo en determinadas CCAA que han regulado de forma diferente la materia.

⁴⁸ DE VERDA BEAMONTE, J. R.: *op. cit.*, p.152.

En esta primera tabla, podemos observar según los datos números ofrecidos por el INE desde 2013 hasta 2021, una reducción de los casos en los que se otorga únicamente la custodia a la madre o al padre y un aumento de los casos en los que otorga una custodia compartida.

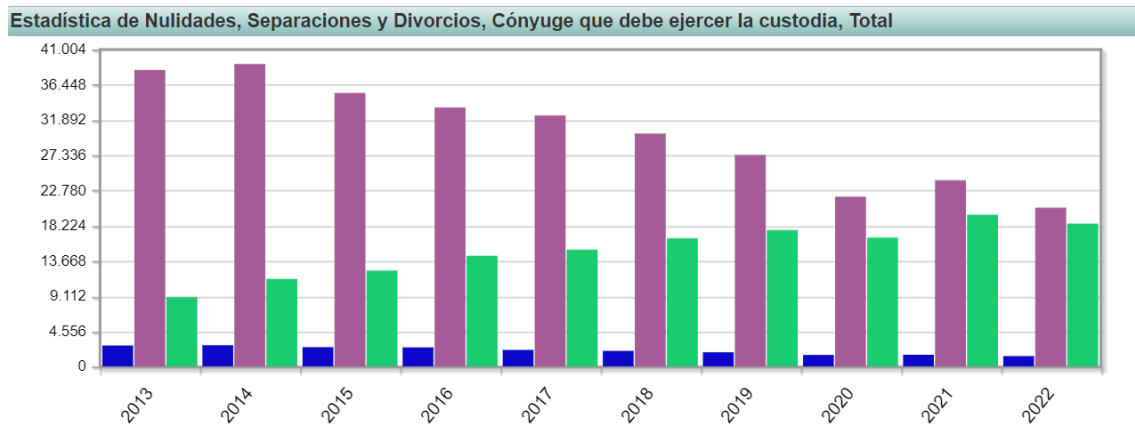
Tabla 1: Evolución nacional (datos numéricos)

	2021	2020	2019	2018	2017	2016	2015	2014	2013
Total divorcios									
Total	85.179	76.105	90.546	94.112	96.922	95.501	95.685	99.882	94.885
Padre	1.615	1.588	1.935	2.110	2.237	2.562	2.586	2.838	2.804
Madre	24.114	22.009	27.399	30.145	32.490	33.522	35.387	39.116	38.360
compartida	19.670	16.723	17.697	16.636	15.167	14.377	12.469	11.401	9.032
Otros	153	122	189	214	197	236	188	225	167
No	39.627	35.663	43.325	45.007	46.831	44.803	45.055	46.302	44.522
Divorcio de mutuo acuerdo									
Total	66.969	61.766	71.370	73.029	74.758	72.959	72.529	75.908	71.499
Padre	962	1.040	1.188	1.328	1.431	1.609	1.565	1.756	1.793
Madre	17.150	16.485	20.175	21.986	23.792	24.402	25.794	28.702	28.169
Custodia compartida	17.275	15.119	15.417	14.394	12.939	12.305	10.635	9.813	7.767
Otros	81	72	95	119	81	130	91	96	81
No	31.501	29.050	34.495	35.202	36.516	34.513	34.444	35.541	33.690
Divorcio contencioso									
Total	18.209	14.338	19.176	21.083	22.164	22.542	23.156	23.974	23.386
Padre	652	548	747	782	806	952	1.021	1.081	1.011
Madre	6.963	5.524	7.224	8.159	8.698	9.121	9.593	10.415	10.191
Custodia compartida	2.395	1.604	2.280	2.242	2.229	2.072	1.834	1.588	1.266
Otros	72	50	94	95	116	106	97	129	86
No	8.127	6.613	8.830	9.805	10.316	10.290	10.610	10.761	10.832

Fuente: INE.

Sin embargo, como podemos observar en esta segunda tabla, a pesar de que el número de casos en los que se otorga la custodia a la madre sigue siendo mayor que los casos de custodia compartida, cada año se van acercando más los datos.

Tabla 2: Evolución nacional (gráfico de barras).



Fuente: INE.

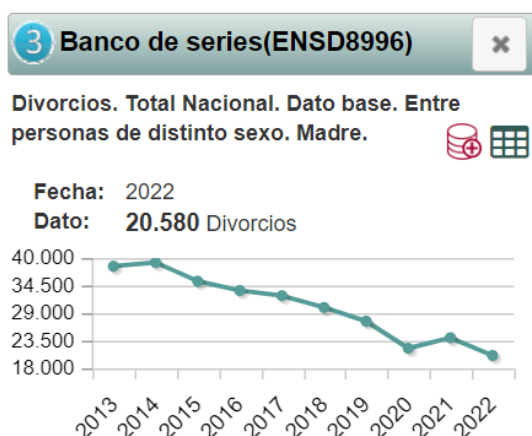
Cabe mencionar, teniendo que el número de divorcios también se ha visto reducido, que cada año se otorgan menos custodias monoparentales. Y lo único que aumenta con el paso de los años son los casos en los que se otorga custodia compartida.

Tabla 3: Evolución casos totales de divorcios (gráfico de líneas)



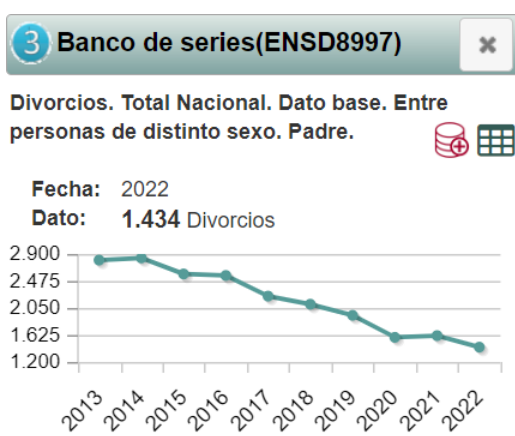
Fuente: INE.

Tabla 4: Evolución custodia materna



Fuente: INE.

Tabla 5: Evolución custodia paterna



Fuente: INE.

Tabla 6: Evolución custodia compartida.



Fuente: INE.

Por otro lado, llama la atención, que en las CCAA donde se ha legislado sobre la materia estableciendo una regulación distinta, se puede concluir que la custodia compartida si ha logrado superar a la custodia otorgada a la madre. Destacando por ello Cataluña donde encontramos el mayor número de custodias compartidas frente al resto de CCAA que han regulado sobre la materia.

Tabla 7: Evolución CCAA (datos numéricos 2013)

2013				
	Total	Padre	Madre	Custodia compartida
Total nacional	94.885	2.804	38.360	9.032
01 Andalucía	16.408	408	7.888	920
02 Aragón	2.143	55	745	330
03 Asturias, Principado de	2.215	69	820	151
04 Balears, Illes	2.376	61	787	301
05 Canarias	6.083	186	2.383	410
06 Cantabria	1.145	30	478	54
07 Castilla y León	3.931	99	1.689	239
08 Castilla - La Mancha	3.305	102	1.565	219
09 Cataluña	17.565	708	5.729	2.715
10 Comunitat Valenciana	11.376	295	4.393	1.626
11 Extremadura	1.462	38	753	64
12 Galicia	5.273	171	2.245	269
13 Madrid, Comunidad de	13.198	356	5.175	1.096
14 Murcia, Región de	2.813	83	1.432	131
15 Navarra, Comunidad Foral de	1.048	19	410	81
16 País Vasco	3.553	91	1.452	327
17 Rioja, La	597	14	261	52
18 Ceuta	215	9	91	9
19 Melilla	181	9	65	39

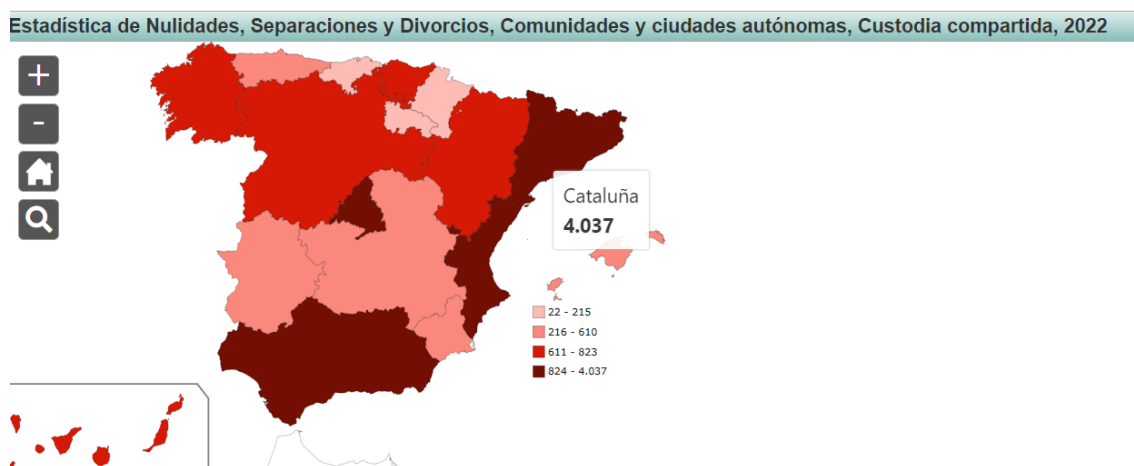
Fuente: INE.

Tabla 8: CCAA (datos numéricos 2022)

2022				
	Total	Padre	Madre	Custodia compartida
Total nacional	79.553	1.434	20.580	18.533
01 Andalucía	14.547	217	4.609	2.986
02 Aragón	2.136	48	483	689
03 Asturias, Principado de	1.731	35	437	306
04 Balears, Illes	2.163	38	320	610
05 Canarias	4.212	82	908	810
06 Cantabria	985	25	278	210
07 Castilla y León	3.120	64	793	716
08 Castilla - La Mancha	3.072	81	1.078	516
09 Cataluña	13.744	201	2.696	4.037
10 Comunitat Valenciana	9.482	168	2.173	2.541
11 Extremadura	1.446	29	478	261
12 Galicia	4.225	81	1.184	739
13 Madrid, Comunidad de	11.196	162	2.950	2.410
14 Murcia, Región de	2.647	86	977	498
15 Navarra, Comunidad Foral de	1.015	51	284	215
16 País Vasco	3.019	55	650	823
17 Rioja, La	472	2	129	115
18 Ceuta	204	6	102	22
19 Melilla	135	3	50	30

Fuente: INE.

Tabla 9: CCAA (mapa geográfico 2022)



Fuente: INE.



3.3 Ventajas de la custodia compartida

La custodia compartida ofrece a los hijos la oportunidad de mantener una relación equitativa con ambos padres después de la ruptura, reflejando más de cerca la convivencia que tenían durante la relación de pareja de sus padres. Esto puede hacer que la transición sea menos traumática y evite sentimientos negativos en los niños, como el miedo al abandono, la lealtad o la culpa. Además, fomenta una actitud abierta hacia la separación, previniendo manipulaciones por parte de los padres.

La custodia compartida también asegura que ambos padres continúen ejerciendo sus derechos y responsabilidades parentales de manera equitativa, promoviendo una mayor concienciación sobre la contribución a los gastos de los hijos. No implica cuestionar la idoneidad de ninguno de los padres y evita dinámicas de dependencia en la relación con los hijos. Además, requiere la cooperación entre los padres, sirviendo como un modelo educativo de conducta para los menores.

3.4 Criterios utilizados por los jueces

La participación en las rutinas de los hijos, la facilidad para conciliar trabajo y vida personal, la proximidad geográfica, la coherencia en las prácticas educativas, el apoyo familiar, la relación entre los padres, los informes psicosociales y parecer de los especialistas, la edad del menor y su opinión, el informe del Ministerio Fiscal, las alegaciones de las partes y otras pruebas practicadas en la comparecencia, la recomendación de no separar a los hermanos, la presencia de posibles conductas constitutivas de violencia de género, las aptitudes de los progenitores, la contribución previa al cuidado de los hijos, la disponibilidad temporal de los padres y la estabilidad del menor, son factores clave considerados por los jueces al decidir sobre el tipo de custodia.

Cada caso es único, y la jurisprudencia tiende a ajustar las condiciones de custodia según las circunstancias cambiantes, priorizando siempre el bienestar y desarrollo integral de los hijos.

3.5 Amplio margen a la autonomía de la voluntad

En nuestro Derecho Civil, se otorga a las partes un amplio poder de decisión para regular las relaciones entre ellas y sus hijos después de la ruptura de la pareja. Los acuerdos alcanzados por las partes tienen preferencia sobre la intervención del juez, cuya actuación es subsidiaria. Esto significa que la determinación judicial del régimen de guarda y custodia solo se llevará a cabo en ausencia de un acuerdo entre las partes.

Por tanto, la ruptura matrimonial puede seguir dos caminos: el procedimiento contencioso o el de mutuo acuerdo. En el caso del procedimiento de mutuo acuerdo, son las propias partes las que, de común acuerdo, deciden las medidas que regirán su separación, incluido el régimen de guarda y custodia de sus hijos menores, mediante un convenio regulador que debe ser aprobado por el juez. Sin embargo, si las partes no logran llegar a un acuerdo sobre el régimen de guarda y custodia de sus hijos menores, será el juez quien lo establezca de acuerdo con lo establecido por la ley.

3.6 La voluntad de los hijos de cara a establecer o modificar el régimen de custodia

En la actualidad, entre los factores considerados para decidir sobre la custodia de los hijos en común, se encuentran los deseos expresados por los menores, lo cual es cada vez más importante en los casos de custodia.

En cuanto a la opinión del menor, a pesar de que es cada vez es más importante, la jurisprudencia sostiene de manera general que no es vinculante para el juez, y por ello, aunque en muchas ocasiones los tribunales siguen la opinión del menor, también se puede encontrar decisiones judiciales que se apartan de los deseos expresados por el menor, ya que todo menor es receptor de emociones y mensajes de quienes constituyen sus referentes principales, que son quienes pueden influir y manipular su voluntad creándose una imagen distorsionada del otro. De ahí la importancia de la exploración judicial para poder discernir una voluntad libre de una voluntad inducida. Así pues, lo que un menor quiera no tiene porqué coincidir con lo que sea mejor para él, por lo que los jueces pueden (y deben) resolver sin seguir estrictamente esa voluntad.

Respecto a esta cuestión, la normativa anteriormente establecía que el juez debía escuchar al menor cuando tuviera suficiente juicio y, en todo caso, cuando fuera mayor de doce años. Sin embargo, cambios legislativos a lo largo de los años han afectado a esta materia y se ha visto afectada por varias reformas, llevadas a cabo a través de tres leyes: la Ley 15/2005, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial y la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁴⁹.

La Ley 15/2005 eliminó la referencia a un límite de edad específico, aparentemente haciendo que la suficiencia de juicio fuera el único criterio a considerar. Posteriormente, la Ley 13/2009 modificó el procedimiento contencioso, estableciendo que se escuchará a los menores "si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años". Esta reforma parecía eliminar la obligatoriedad de escuchar a los menores con suficiente juicio, dejando la audiencia a discreción del juez. Sin embargo, la Ley 8/2021 ha vuelto a modificar el artículo 770.4 LEC, estableciendo claramente que en

⁴⁹ DE VERDA BEAMONTE, J. R.: *op. cit.*, p. 157.

procedimientos contenciosos es obligatorio escuchar a los mayores de doce años, ya sea de oficio o a solicitud de diversas partes involucradas⁵⁰.

Por otro lado, la jurisprudencia ha establecido que la falta de audiencia del menor cuando debería haberse llevado a cabo constituye una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En tales casos, la consecuencia es la nulidad de las actuaciones y la retroacción del procedimiento al momento en que debería haberse realizado la audiencia, según el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3.7 ¿Es posible la custodia compartida si uno de los progenitores se niega?

Los tribunales pueden obligar a uno de los progenitores a ejercer la custodia, así lo determinan varias sentencias que aseguran que sí.

Por ejemplo, existe un caso resuelto por el Juzgado de Primera Instancia de Leganés, en el que el padre rechazaba la custodia compartida, mientras que la madre sí consideraba que era la mejor opción. La madre buscaba reincorporarse al mundo laboral (algo improbable con una custodia monoparental a su favor) y el padre alegaba no tener tiempo para ejercer siquiera la custodia compartida debido a su trabajo. La sentencia fue clara: se acordó “atribuir la guardia y custodia a ambos progenitores de forma compartida por periodos de semanas alternas”, argumentando que “en definitiva, el padre no puede negarse a ejercer la custodia compartida si concurren los requisitos que justifican su establecimiento”. La sentencia aclara también que, si el padre “tiene dificultades para organizarse y prestar asistencia a su hija puede buscar la ayuda de terceras personas y una mayor flexibilidad laboral”⁵¹.

También así lo señala la Audiencia Provincial de Córdoba decretando un régimen de custodia compartida y obliga a un padre a cuidar a sus dos hijos menores, a pesar de su negativa. La Sala ha dictaminado que existe una necesidad de establecer un sistema "paritario y lo más equilibrado posible", esperando que sirva de estímulo a la implicación

⁵⁰ DE VERDA BEAMONTE, J. R.: *op. cit.*, p. 158.

⁵¹https://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-sentencia-impone-custodia-compartida-padre-para-involucre-cuidado-hija-202102050047_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Ffamilia%2Fpadres-hijos%2Fabci-sentencia-impone-custodia-compartida-padre-para-involucre-cuidado-hija-202102050047_noticia.html.

más intensa en la corresponsabilidad de ambos padres "para el desarrollo de los dos menores y en particular del hijo discapacitado"⁵².

3.8 ¿Qué se entiende por interés superior del menor actualmente?

En la actualidad, el Código Civil establece que el interés superior del menor es el principal criterio al determinar el régimen de convivencia con los hijos menores después de la ruptura de la pareja (arts. 90 b), 92.4, 92.8, 94 y 103.1 CC). Además, el artículo 2.4 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (en adelante: LOPJM) prevé que prevalecerá sobre cualquier otro interés.

A pesar de esta importancia, la ley no ofrece una definición clara de este concepto, dejándolo como un criterio jurídico indeterminado. La falta de precisión se debe a las dificultades de establecer reglas universales dadas las variaciones en las circunstancias y características individuales de cada menor. Por ello, la jurisprudencia ofrece criterios que los jueces deben considerar al determinar el interés superior del menor, proponiendo factores como la práctica anterior de los progenitores, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento de deberes parentales, el respeto mutuo, informes legales y otros elementos que contribuyen a garantizar una vida adecuada para los menores en un entorno complejo. También, en el Código Civil, aunque no ofrezca una definición clara, el artículo 92 proporciona criterios a considerar, como la opinión del menor, la recomendación de no separar a los hermanos, informes legales y la relación entre los padres y con sus hijos. También, la Ley de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) y las normativas autonómicas han abordado la cuestión con más detalle. En concreto, el artículo 2 de la LOPJM y disposiciones autonómicas como el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón y el artículo 233-11.1 del Código Civil de Cataluña ofrecen listas de criterios que los jueces deben considerar al determinar el interés superior del menor en relación con la guarda y custodia. Además, el artículo 2.3 LOPJM ha incluido también algunos elementos para la interpretación de dichos criterios⁵³.

⁵² <https://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/12730-un-juez-impone-la-custodia-compartida-a-un-padre-que-no-queria-cuidar-de-sus-hijos/>.

⁵³DE VERDA BEAMONTE, J. R.: *op. cit.*, p. 156.

4 Legislación autonómica

En España coexiste el Derecho Común con los Derechos Forales, y esto es debido a las competencias cedidas a las Comunidades Autónomas por la Constitución Española ⁵⁴, las cuales han mantenido y creado su propio Derecho Civil en las materias en las que tienen competencia, siendo entre ellas lo relacionado con el régimen de guarda y custodia compartida.

Por tanto, la solución es diferente en las más recientes legislaciones autonómicas sobre la materia, donde hay dos orientaciones⁵⁵:

4.1 La custodia compartida no es un régimen excepcional, respecto de la individual

En Navarra y Aragón, la custodia compartida no es un régimen excepcional, respecto de la individual, estableciendo el juez (a falta de acuerdo de los progenitores) una u otra modalidad, teniendo en cuenta el interés superior del menor ⁵⁶.

a) Derecho de Navarra

En el Derecho Foral de Navarra, la custodia compartida se rige por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, que modifica y actualiza la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. Esta ley establece la responsabilidad parental incluso en casos de falta de convivencia, indicando que los deberes y facultades inherentes a la responsabilidad parental se ejercerán según lo convenido entre los progenitores. En ausencia de un acuerdo, se ejercerán conjuntamente o por uno solo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro.

En cuanto al régimen de custodia, la ley no favorece un régimen sobre el otro, permitiendo que los progenitores lo establezcan mediante acuerdo o que sea el órgano judicial quien lo determine. La normativa dispone que, al solicitar la decisión del juez

⁵⁴ De acuerdo con el artículo 149.1. CE, en el cual se establecen las competencias exclusivas del Estado estableciendo la siguiente excepción en su apartado 8º: “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

⁵⁵ REYES LÓPEZ, M. J., ALVENTOSA DEL RÍO, J., ATIENZA NAVARRO, M. ^A L., CHAPARRO MATAMOROS, P., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., ORTEGA GIMÉNEZ, A., SÁIZ GARCÍA, C., SERRA RODRÍGUEZ, A., MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: *op. cit.*, p. 114.

⁵⁶ Ley 71.I de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra y art. 80.2 del Código de Derecho foral de Aragón, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 6/2019, de 21 de marzo.

sobre el ejercicio de la guarda y cuidado diario de los hijos menores, este podrá acordar la modalidad de guarda más conveniente para el interés de cada menor, ya sea compartida entre ambos progenitores o individual de uno de ellos. El juez debe tener en cuenta la solicitud, la propuesta de planificación de las responsabilidades parentales, informes periciales, la opinión del Ministerio Fiscal y otras personas relevantes. Además, se establece un listado de criterios a considerar al determinar el régimen, y si se opta por la custodia compartida, se debe establecer de manera que ambos progenitores tengan las mismas garantías.

b) Derecho Civil Aragonés

En Aragón, la custodia compartida se reguló inicialmente mediante la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de padres. Aunque esta ley ha sido derogada, su legislación persiste en el Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA). En esta comunidad autónoma, la custodia compartida es el régimen preferente, priorizándola sobre la custodia monoparental.

Según el artículo 77 del CDFA, los padres pueden establecer un pacto de relaciones familiares para determinar los términos de convivencia tras la ruptura. En casos donde no se haya establecido o no sea posible, el juez determinará las medidas, dando preferencia, siempre que sea lo más beneficioso para los menores, a la custodia compartida.

La normativa aragonesa promueve las relaciones continuadas entre padres e hijos incluso después de la ruptura de la convivencia. Se busca la participación igualitaria y compartida de ambos progenitores en la crianza, educación y ejercicio de la autoridad familiar. Las modalidades de custodia pueden solicitarse de común acuerdo o por separado, ya sea compartida o individual. En el caso de la custodia compartida, se debe garantizar la igualdad en los derechos y obligaciones de ambos progenitores. En situaciones de custodia individual, se establece un régimen de comunicación, estancias o visitas que asegure el derecho del otro progenitor al ejercicio de las funciones de la autoridad familiar.

Desde un punto de vista legal, se reconoce la distinción entre la patria potestad y la guarda y custodia, destacando que la última implica menos atribuciones que la primera y garantizando al no custodio la posibilidad de ejercer la autoridad familiar.

4.2 La custodia compartida no solo no es excepcional, sino que se considera lo más conviviente para el menor

En las CCAA de Cataluña y País Vasco, la custodia compartida no solo no es excepcional, sino que se considera lo más conviviente para el menor, por lo que es la regla general, salvo que el interés de los hijos aconseje una custodia monoparental⁵⁷.

a) Derecho de Cataluña

En la legislación catalana, específicamente en el Código Civil de Cataluña, se establece la atribución de la dirección de la familia a ambos progenitores, de común acuerdo y actuando en interés de sus miembros. Este principio se aplica a todos los modelos familiares y no se alteran las responsabilidades con los hijos en caso de ruptura, debiendo ejercerse conjuntamente siempre que sea posible.

En caso de separación o divorcio, la Comunidad Autónoma de Cataluña regula la custodia compartida mediante la Ley 25/2010, de 29 de julio. Se destaca la obligación de los padres de cumplir con sus responsabilidades compartidas hacia los hijos, incluso después de la ruptura. Se introduce el concepto de plan de parentalidad, que debe ser aprobado por el Juez y en el cual los progenitores proponen aspectos relacionados con el cuidado, educación y régimen de guarda y custodia de los menores.

El plan de parentalidad aborda temas como el lugar de residencia del menor, las responsabilidades de cada progenitor, el cambio de guarda, la comunicación con el progenitor no custodio, el régimen de estancias, la educación, actividades y otros aspectos relevantes.

En cuanto al modo de ejercer la custodia, se establece que debe seguir lo convenido en el plan de parentalidad. Y en caso de falta de acuerdo, la autoridad judicial determina el régimen, siempre atendiendo al carácter conjunto de las responsabilidades. A diferencia del Derecho Común, el Código catalán proporciona un listado de criterios a considerar, como la vinculación afectiva con los hijos, la aptitud para garantizar su bienestar, la cooperación entre los progenitores, el tiempo dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura, la opinión de los hijos, los acuerdos previos a la ruptura, y la situación de los domicilios y horarios de los progenitores.

⁵⁷ Art. 233-10 y 11 CC de Cataluña y art. 9.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

b) Derecho del País Vasco

En el País Vasco, la regulación de la guarda y custodia se lleva a cabo mediante la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en casos de separación o ruptura de los progenitores. Esta ley establece la custodia compartida como el régimen recomendable para los casos de ruptura familiar.

Según el artículo 9 de esta normativa, los progenitores pueden acordar de común acuerdo la custodia compartida, o en su defecto, uno de ellos puede solicitarlo al Juez, adjuntando una propuesta de desarrollo de la custodia.

A diferencia del criterio establecido por el Tribunal Supremo sobre la necesidad de una buena relación entre los progenitores, la ley del País Vasco disuelve este requisito, estableciendo en el artículo 9.2⁵⁸ que la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida, siempre en interés del menor. Esta disposición la posiciona como pionera en eliminar el requisito de una buena relación entre los progenitores para la custodia compartida.

4.3 Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunitat Valenciana

La norma regulaba las relaciones familiares tras la ruptura o no convivencia, dando preferencia y por tanto estableciéndose como norma general régimen de custodia compartida, el cual define en su artículo 3 apartado a) como “el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial”. Y hace referencia en el apartado b) al régimen de convivencia individual como el modo excepcional: “Por régimen de convivencia individual debe entenderse una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del

⁵⁸ Artículo 9.2 de la Ley 7/2015, de 30 de junio: “La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor.” (BOE-A-2015-8275).

derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso”.

La Ley mencionada entró en vigor en 2011⁵⁹, pero fue suspendida en julio del mismo año debido a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno⁶⁰. La suspensión se levantó el 3 de diciembre de 2011 pero finalmente fue declarada inconstitucional en noviembre de 2016 por el Tribunal Constitucional debido a su aprobación fuera de las competencias de la Comunidad Valenciana⁶¹. En concreto, se consideró que la Ley autonómica fue aprobada fuera de las competencias que el artículo 149.1 de la Constitución Española concede al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Valenciana y así se deja ver en la sentencia. Por tanto, esta ley 5/ 2011 es declarada inconstitucional por la STC 192/2016, de 16 de noviembre alegándose la falta de competencia de la Generalitat Valenciana. Sin embargo, según la misma sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ley, las decisiones judiciales tomadas bajo esta ley previa a su declaración de nulidad no se vieron afectadas, ya que se basaron en el beneficio del interés del menor.

A pesar de que este Tribunal ha reconocido la posibilidad legítima de la Comunitat Valenciana de legislar las normas civiles consuetudinarias, en el caso de la materia de Derecho de familia no se ha probado su vigencia en el territorio autonómico. Por tanto, cabe destacar, que la cuestión principal del asunto es la existencia o no en este caso de un Derecho civil foral o especial, pues es este el presupuesto indispensable para ejercer la competencia legislativa que el artículo 149.1.8 CE concede. Llegados a este punto, correspondía a la Comunidad Autónoma acreditar la pervivencia de las reglas consuetudinarias en materia de relaciones paternofiliales que estuvieran en vigor cuando se aprobó la Constitución de 1978 y se derogaron los Antiguos Fueros del Reino de Valencia, o al menos la existencia de otra institución civil distinta, pero "conectada", y todo ello para entender la competencia de la Comunidad para desarrollar ese "derecho civil propio". Según insiste el Constitucional, al igual que en los dos casos anteriormente citados, no se ha aportado prueba que permita apreciar la concurrencia de los requisitos

⁵⁹ Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Referencia: BOE-A-2011-7329.

⁶⁰ Recurso de inconstitucionalidad nº3859/2011. Interpuesto por el presidente del Gobierno respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Referencia: BOE-A-2011-12864.

⁶¹ STC 192/2016, de 16 de noviembre de 2016. Referencia: BOE-A-2016-12362.

que el artículo 149.1.8 exige; no hay pervivencia de normas consuetudinarias, luego no hay competencia para desarrollar unas normas que no existen. Todo ello lleva como consecuencia la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la norma, y ello no porque no se haya reconocido la posibilidad -legítima- de que pudiera hacerlo, sino porque no se ha demostrado la vigencia de las ya citadas "normas consuetudinarias" o costumbres que continuaran vigentes.

V. CONCLUSIONES

Primera. – Se puede observar que la dinámica ha ido cambiando con el paso del tiempo, debido a que se han ido produciendo transformaciones en la percepción social, lo que ha llevado a una evolución en las normativas legales hacia una mayor consideración del bienestar del menor y una distribución más equitativa entre ambos progenitores. Y, por ende, se ha visto reflejado en la jurisprudencia española. Por tanto, se podría decir que la custodia del menor ha ido evolucionando a la par que lo ha hecho la sociedad española.

Segunda. – Fue a partir de la redacción del Código Civil de 1889, el cual atribuía la custodia al cónyuge inocente, cuando se empezaron a establecer unas bases legales que regularan la custodia del menor. Por tanto, desde mi punto de vista en esta época prevalecía en la sociedad una visión patriarcal, por lo que las leyes reflejaban este enfoque dando preferencia a la figura paterna como cabeza de familia y responsable principal de la crianza.

Tercera. – Se abandonó el criterio de culpabilidades y se empezó a utilizar como criterio, la protección del interés del menor. Si bien, es cierto que solo se atribuía la custodia a uno de los progenitores y se daba preferencia a la figura materna. Por tanto, efectivamente se da una primera evolución destacable, tanto en la sociedad como en la atribución de la custodia. Se abandona esa visión patriarcal y la mujer deja de tener un papel secundario en la crianza de los hijos. Pudiendo observarse en la legislación, una cierta preferencia materna ante la única posibilidad entonces de atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores.

Cuarta. – Con la introducción en la ley de la custodia compartida como posible opción y en concreto a partir de 2011, se empezó a considerar la opción más conveniente para el interés del menor, y se puede observar que, a partir de 2011, los casos de custodia compartida han aumentado debido a que el principio de la custodia compartida ha sido establecido como la opción preferida en casos de separación o divorcio, priorizando el interés superior del menor. Sin embargo, a pesar de esta normativa, la custodia monoparental, generalmente a favor de la madre, sigue siendo común en incluso mayoritaria en la mayor parte de los casos salvo en determinadas CCAA que han regulado de forma diferente la materia. Desde mi punto de vista este fenómeno puede deberse a la tradición o a la distribución desigual de responsabilidades parentales, pero finalmente el sistema de guarda alterna constituirá en los próximos años el modelo principal de guarda y custodia, pues responde mejor a las necesidades de una sociedad moderna, en la que hombre y mujer comparten durante su vida en común funciones y responsabilidades, que deben alcanzarles por igual si se produce la ruptura.

Quinta. – Si se sigue en esta tendencia la custodia compartida superará a los casos de custodia monoparental materna. Sin embargo, a mi modo de ver, cabe mencionar que, si a nivel nacional la regulación hubiera sido similar al Derecho Foral de las CCAA, hoy en día tendríamos diferentes datos numéricos y existiría a nivel nacional también esa mayoría de custodias compartidas, ya que en la mayoría de CCAA donde han regulado la materia de forma diferente, hoy en día ya existen más casos de custodia compartida que de custodia monoparental, a diferencia del resto de CCAA.

Analizando los datos ofrecidos por el INE, en 2013 podemos observar que en todas las CCAA se atribuía mayoritariamente la custodia a la madre, y sin embargo los datos de 2022 muestran más casos de custodia compartida en Aragón, Illes Balears, Cataluña, Comunitat Valenciana y País Vasco. Por tanto, me llama la atención que, de esas cinco Comunidades Autónomas, tres de ellas ofrecen una solución distinta en sus legislaciones autonómicas sobre la materia: En Aragón la custodia compartida no se considera un régimen excepcional respecto de la individual y en Cataluña y País Vasco, la custodia compartida no solo no es excepcional, sino que se considera como lo más conveniente para el menor. Por ello, se puede observar que de cuatro Comunidades Autónomas que han regulado, solo Navarra no sigue la tendencia del resto, y por este motivo considero que si a nivel nacional la regulación hubiera sido similar al Derecho Foral de las CCAA, hoy en día tendríamos diferentes datos numéricos y existiría a nivel

nacional también esa mayoría de custodias compartidas, ya que en la mayoría de CCAA donde han regulado la materia de forma diferente, hoy en día ya existen más casos de custodia compartida que de custodia monoparental, a diferencia del resto de CCAA, salvo Illes Balears y Comunitat Valenciana.

Por otro lado, desde mi punto de vista, otra causa que influye es la existencia de lagunas en la legislación y por ello, debe complementarse con la jurisprudencia, la cual no es unánime en todas las CCAA.

Sexta. – El principal factor que influye en esta evolución es el cambio que se está produciendo en la sociedad con papeles más igualitarios del hombre y la mujer, y por ello cada vez hay más casos de custodia compartida y menos de custodia monoparental.

Séptima. – No existe en concreto una solución correcta para todos los casos, cada caso es único y tiene unas circunstancias y características distintas, y por ello cada caso debe ser analizado con exhaustividad para dar la solución más beneficiosa para el menor. Por tanto, no podría definir ningún tipo de solución como la mejor o más conveniente con carácter general, ya que cada pequeña decisión tomada en este asunto debe ser específica para el caso concreto, y lo que para un caso puede ser beneficioso para el menor, para otro caso puede no serlo y perjudicar al menor.

Octava. – La madre queda al cargo en la mayoría de los casos, y sigue siendo superior el número de casos en los que se otorga la custodia a la madre frente a los casos de custodia compartida en la mayoría de CCAA. Sin embargo, el porcentaje de casos en los que la custodia recaía únicamente sobre la madre ha ido disminuyendo en favor de la custodia compartida.

Novena. – La cuestión de la custodia compartida ha sido y es muy debatida en cuanto a la medida relativa al uso del domicilio, y a si deben ser los padres quienes salgan del domicilio, permaneciendo los menores en lo que se ha venido a denominar la “casa nido”, o si resulta más beneficioso que sean los propios menores quienes se trasladen al domicilio de cada progenitor en cada tiempo de estancias. Desde mi punto de vista, me parece preferible la salida de los menores y alternancia en el domicilio paterno y materno, sobre la determinación y establecimiento de una custodia compartida con “casa nido”, ya que me parece más beneficioso para todas las partes, haciendo posible a los progenitores tener su propio domicilio estable donde establecer un hogar.

Décima. – Los hermanos no deben ser separados. Es muy importante la convivencia entre ellos, los valores que se desarrollan y las experiencias vitales que comparten. Los hermanos suponen, en la mayoría de las separaciones y divorcios, un gran apoyo entre ellos en estas situaciones tan poco agradables. Por ello, el artículo 92.5 del Código Civil consagra la necesidad de no separar hermanos en caso de que los padres se separen o divorcien. Pero como siempre ocurre en Derecho de Familia, dependerá del caso ante el que nos encontremos, pudiendo en ocasiones no cumplirse este criterio general.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil Tomo I, (Arts. 1 a 151)*.

Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

COSSIO MARTINEZ, M.: *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997.

DE VERDA BEAMONTE, J. R.: *GPS Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

LACRUZ BERDEJO, JL, SANCHO REBULLIDA, F. DE ASÍS., LUNA SERRANO, AGUSTÍN.: *Elementos de derecho civil. IV, derecho de familia* (4a ed.), 1997.

REYES LÓPEZ, M. J., ALVENTOSA DEL RÍO, J., ATIENZA NAVARRO, M. ^AL., CHAPARRO MATAMOROS, P., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., ORTEGA GIMÉNEZ, A., SÁIZ GARCÍA, C., SERRA RODRÍGUEZ, A., MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

TORRERO MUÑOZ, M.: *Las crisis familiares en la jurisprudencia criterios para una mediación familiar: doctrina sistematizada (T. Supremo, AAPP Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla y Navarra) sobre causas de nulidad, separación y divorcio*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1999.

INE. “Divorcios entre cónyuges de diferente sexo según tipo de divorcio y cónyuge que debe ejercer la custodia”. Disponible en: https://www.ine.es/buscar/searchResults.do?Menu_botonBuscador=&searchType=DEF_SEARCH&startat=0&L=0&searchString=custodia%20compartida. (Última consulta 14/02/2024)

VII. ANEXOS

JURISPRUDENCIA:

Tribunal Supremo:

Tribunal Supremo, sentencia de 7 de julio 2011. STS 496/2011.

Tribunal Supremo, sentencia de 25 de mayo de 2012. STS 323/2012.

Tribunal Supremo, sentencia de 25 de septiembre de 2015. STS 530/2015.

Tribunal Supremo, sentencia de 9 de octubre 2015. STS 551/2015.

Tribunal Supremo, sentencia de 9 junio 2017. STS 370/2017.

Tribunal Constitucional:

Tribunal Constitucional, sentencia de 16 de noviembre 2016. STC 192/2016.

Audiencias Provinciales:

AP Valencia, sentencia de 17 septiembre 1992. AC 1992\1243.

AP Navarra, sentencia de 11 noviembre 1992. AC 1992\1565.

AP Navarra, sentencia de 27 enero 1993. AC 1993\66.

AP Navarra, sentencia de 29 enero 1993. AC 1993\67.

AP Valencia, sentencia de 25 abril 1995. AC 1995\679.

AP Navarra, sentencia de 5 mayo 1995. AC 1995\1067.

AP Navarra (Sección 2ª), sentencia núm. 119/1995 de 13 mayo. AC 1995\1647.

AP Barcelona (Sección 12ª), sentencia de 9 septiembre 1997. AC 1997\1915.

AP Barcelona (Sección 12ª), sentencia de 5 enero 1998. AC 1998\24.

AP Madrid (Sección 22ª), sentencia de 3 marzo 1998. AC 1998\449.

AP de Barcelona (Sección 12ª), sentencia de 2 abril 1998. AC 1998\669.

TABLAS:

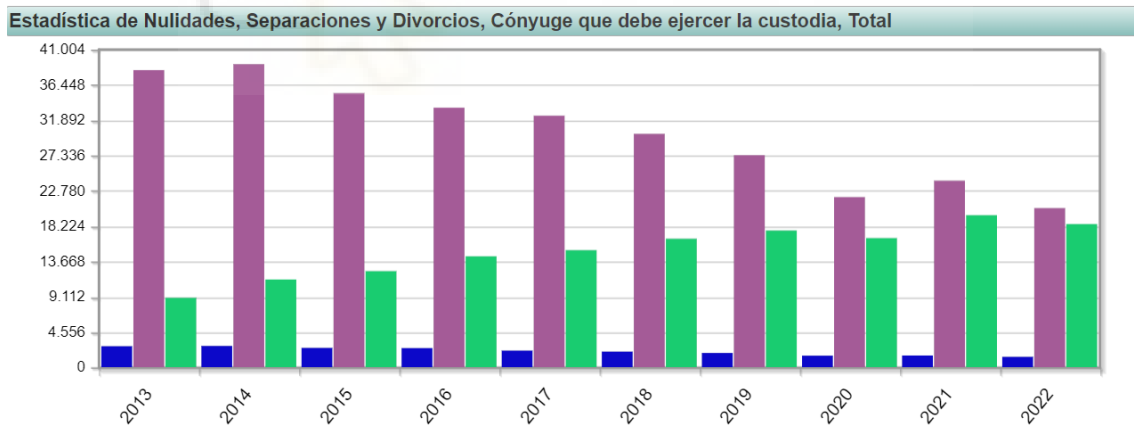
Tabla 1: Evolución nacional (datos numéricos)

	2021	2020	2019	2018	2017	2016	2015	2014	2013
Total divorcios									
Total	85.179	76.105	90.546	94.112	96.922	95.501	95.685	99.882	94.885
Padre	1.615	1.588	1.935	2.110	2.237	2.562	2.586	2.838	2.804
Madre	24.114	22.009	27.399	30.145	32.490	33.522	35.387	39.116	38.360
compartida	19.670	16.723	17.697	16.636	15.167	14.377	12.469	11.401	9.032
Otros	153	122	189	214	197	236	188	225	167
No	39.627	35.663	43.325	45.007	46.831	44.803	45.055	46.302	44.522
Divorcio de mutuo acuerdo									
Total	66.969	61.766	71.370	73.029	74.758	72.959	72.529	75.908	71.499
Padre	962	1.040	1.188	1.328	1.431	1.609	1.565	1.756	1.793
Madre	17.150	16.485	20.175	21.986	23.792	24.402	25.794	28.702	28.169
Custodia compartida	17.275	15.119	15.417	14.394	12.939	12.305	10.635	9.813	7.767
Otros	81	72	95	119	81	130	91	96	81
No	31.501	29.050	34.495	35.202	36.516	34.513	34.444	35.541	33.690

Divorcio contencioso									
Total	18.209	14.338	19.176	21.083	22.164	22.542	23.156	23.974	23.386
Padre	652	548	747	782	806	952	1.021	1.081	1.011
Madre	6.963	5.524	7.224	8.159	8.698	9.121	9.593	10.415	10.191
Custodia compartida	2.395	1.604	2.280	2.242	2.229	2.072	1.834	1.588	1.266
Otros	72	50	94	95	116	106	97	129	86
No	8.127	6.613	8.830	9.805	10.316	10.290	10.610	10.761	10.832

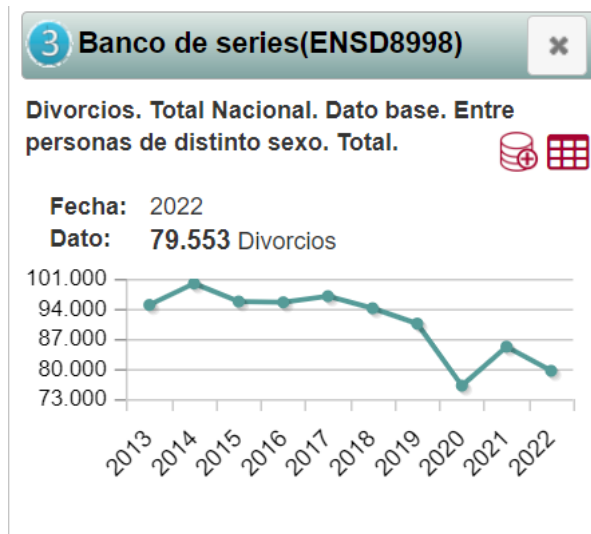
Fuente: INE.

Tabla 2: Evolución nacional (gráfico de barras)



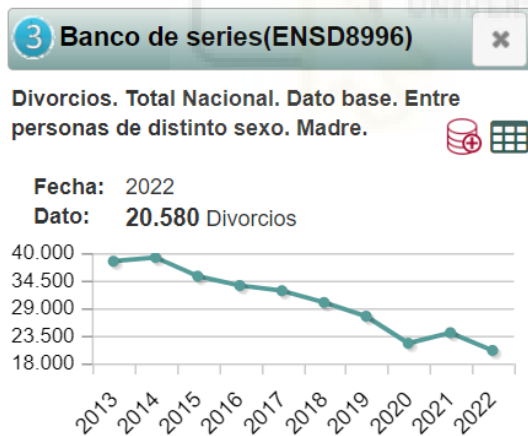
Fuente: INE.

Tabla 3: Evolución casos totales de divorcios (gráfico de líneas)



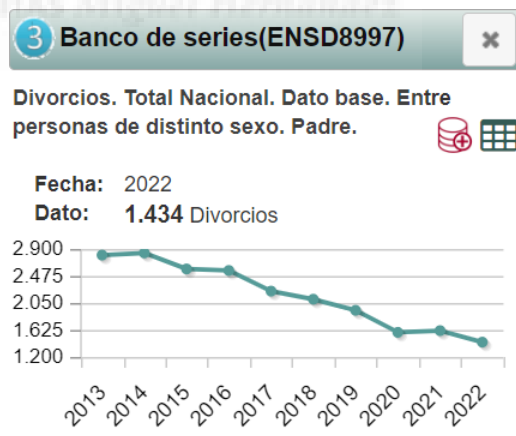
Fuente: INE.

Tabla 4: Evolución custodia materna



Fuente: INE.

Tabla 5: Evolución custodia paterna

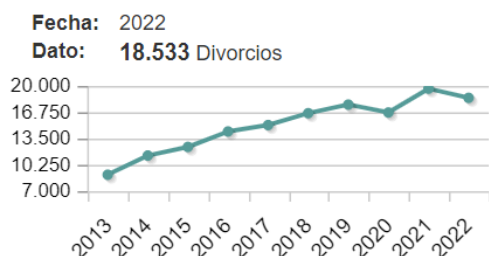


Fuente: INE.

Tabla 6: Evolución custodia compartida

3 Banco de series(ENSD8995) ✕

Divorcios. Total Nacional. Dato base. Entre personas de distinto sexo. Custodia compartida.



Fuente: INE.



Tabla 7: Evolución CCAA (datos numéricos 2013)

	2013			
	Total	Padre	Madre	Custodia compartida
Total nacional	94.885	2.804	38.360	9.032
01 Andalucía	16.408	408	7.888	920
02 Aragón	2.143	55	745	330
03 Asturias, Principado de	2.215	69	820	151
04 Balears, Illes	2.376	61	787	301
05 Canarias	6.083	186	2.383	410
06 Cantabria	1.145	30	478	54
07 Castilla y León	3.931	99	1.689	239
08 Castilla - La Mancha	3.305	102	1.565	219
09 Cataluña	17.565	708	5.729	2.715
10 Comunitat Valenciana	11.376	295	4.393	1.626
11 Extremadura	1.462	38	753	64
12 Galicia	5.273	171	2.245	269
13 Madrid, Comunidad de	13.198	356	5.175	1.096
14 Murcia, Región de	2.813	83	1.432	131
15 Navarra, Comunidad Foral de	1.048	19	410	81
16 País Vasco	3.553	91	1.452	327
17 Rioja, La	597	14	261	52
18 Ceuta	215	9	91	9
19 Melilla	181	9	65	39

Fuente: INE.

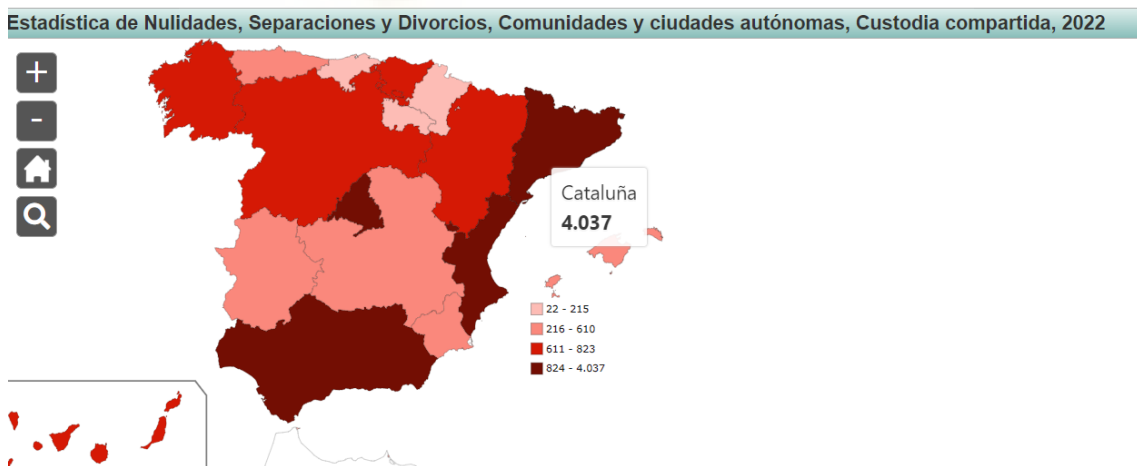
Tabla 8: CCAA (datos numéricos 2022)

2022				
	Total	Padre	Madre	Custodia compartida
Total nacional	79.553	1.434	20.580	18.533
01 Andalucía	14.547	217	4.609	2.986
02 Aragón	2.136	48	483	689
03 Asturias, Principado de	1.731	35	437	306
04 Balears, Illes	2.163	38	320	610
05 Canarias	4.212	82	908	810
06 Cantabria	985	25	278	210
07 Castilla y León	3.120	64	793	716
08 Castilla - La Mancha	3.072	81	1.078	516
09 Cataluña	13.744	201	2.696	4.037
10 Comunitat Valenciana	9.482	168	2.173	2.541
11 Extremadura	1.446	29	478	261
12 Galicia	4.225	81	1.184	739
13 Madrid, Comunidad de	11.196	162	2.950	2.410
14 Murcia, Región de	2.647	86	977	498
15 Navarra, Comunidad Foral de	1.015	51	284	215
16 País Vasco	3.019	55	650	823
17 Rioja, La	472	2	129	115
18 Ceuta	204	6	102	22
19 Melilla	135	3	50	30

Fuente: INE.



Tabla 9: CCAA (mapa geográfico 2022)



Fuente: INE.

