



UDC – ICACOR



MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

**GUARDA Y CUSTODIA
DE LOS HIJOS MENORES EN LAS CRISIS DE PAREJA
(PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DE SU ATRIBUCIÓN JUDICIAL)**

**TUTELA E CUSTODIA
DOS FILLOS MENORES NAS CRISES DE PARELLA
(PERSPECTIVA XURISPRUDENCIAL DA SÚA ATRIBUCIÓN XUDICIAL)**

**GUARDIANSHIP AND CUSTODY
OF MINOR CHILDREN IN COPUPLE CRISES
(JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVE OF ITS JUDICIAL ATTRIBUTION)**

Autor: GUILLERMO MARTÍNEZ TAPIA

Tutor: RAFAEL COLINA GAREA

Convocatoria: ENERO–FEBRERO 2020

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

Abreviaturas.....	1
I.- Consideraciones preliminares.....	2
II.- Precedentes legales y jurisprudenciales en la atribución de la guarda y custodia.....	4
1. Precedentes legales	4
A. Contexto preconstitucional	4
B. Contexto postconstitucional.....	6
2. Precedentes jurisprudenciales (doctrina del Tribunal Supremo).....	13
III.- Criterios jurisprudenciales vigentes en la atribución de la guarda y custodia.....	20
1. Criterio primordial: el indeterminado principio <i>favor filii</i>	20
2. Principio de rogación.....	22
3. Relaciones familiares	24
A. Apoyo familiar	24
B. Incumplimiento de las obligaciones paterno filiales	24
C. Conflictividad entre progenitores e influencia de éstos sobre los hijos	26
a) Caso extremo: polémico Síndrome de Alienación Parental.....	28
b) Posible consecuencia: atribución de la guarda y custodia a terceras personas	30
D. Trascendencia del principio de no separación de hermanos	30
4. Domicilio familiar	33
A. Distancia entre los domicilios	33

B. Autorización/Denegación del traslado de domicilio (y centro escolar): remisión a los Expedientes de Jurisdicción Voluntaria.....	35
C. Sometimiento a liquidación de la vivienda	37
5. Jornada laboral.....	40
6. Modificación sobrevenida de las circunstancias	40
7. Supuestos de violencia en el ámbito familiar	44
8. Incidencia en la determinación, en su caso, de la pensión de alimentos	46
9. Intervención del Ministerio Fiscal.....	48
10. Relevancia del informe psicosocial.....	49
IV.- Conclusiones	52
V.- Apéndices	56
1. Bibliografía.....	56
2. Legislación	57
A. Normativa estatal.....	57
B. Normativa autonómica.....	57
3. Jurisprudencia	58
A. Tribunal Constitucional	58
B. Tribunal Supremo	58
C. Audiencias Provinciales.....	60
a) Sentencias	60
b) Autos (Expedientes de Jurisdicción Voluntaria)	61
D. Juzgados de Primera Instancia.....	61

**Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)**

Abreviaturas

AP	Audiencia Provincial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
EJV	Expediente de Jurisdicción Voluntaria
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
JPI	Juzgado de Primera Instancia
INE	Instituto Nacional de Estadística
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LO	Ley Orgánica
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
MF	Ministerio Fiscal
Nº	Número
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RD	Real Decreto
Rec.	Recurso
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
S.A.P.	Síndrome de Alienación Parental
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
Pág.	Página

I.- Consideraciones preliminares

Generalmente, hablar de la guarda y custodia implica tratar una rama del Derecho Civil particularmente delicada, en la que el elemento subjetivo goza de una relevancia inusual en relación con las demás. Es por ello que Juzgados y Tribunales, a la hora de dictar las correspondientes sentencias, siguen una serie de directrices expuestas, en su mayoría, con un enfoque más abstracto que concreto y ateniéndose a las circunstancias de cada supuesto de hecho (dicho sea de paso que, como podremos comprobar a lo largo del presente trabajo, no es sencillo concretar las citadas pautas a seguir).

No se trata de dilucidar qué parte tiene razón en las obligaciones derivadas de la celebración de un contrato, de comprobar si la partición de una herencia sigue o no los cauces legales, de esclarecer si un sujeto es o no titular de un determinado derecho real, cuestiones todas ellas reguladas en base a unas pautas legales que permiten a los Jueces adoptar unas u otras decisiones desde un punto de vista mucho más objetivo. Incluso no se trata de determinar si un cónyuge tiene derecho o no a percibir una pensión compensatoria, pues a diferencia de la pensión alimenticia, la fijación de la primera procede en una serie de supuestos tasados en el Código Civil.

Podría parecer razonable que, en caso de separación o divorcio, si uno de los miembros de la pareja se encuentra en una situación económica más favorable respecto del otro, ya tiene derecho a que se le atribuya la guarda y custodia de sus hijos porque tal circunstancia invitaría a pensar que podría hacer frente a las necesidades de éstos en mejores condiciones que el otro. Nada más lejos de la realidad, pues el eje central sobre el que gira toda sentencia que versa acerca de esta materia es el interés superior de los hijos o, como estudiaremos más adelante, el principio *favor filii*, ponderado éste en base a criterios personales (su propio bienestar), familiares (el ambiente en el que se encontrará más cómodo) o económicos (cuánto será necesario invertir para cubrir sus necesidades vitales), valorados todos ellos en su conjunto.

Se trata, en definitiva, de decidir qué progenitor (si lo hubiere) puede garantizar en mayor medida, el bienestar de sus hijos una vez cesada la convivencia conjunta.

Una decisión de esta envergadura, como es lógico, se impregna de una irrefutable subjetividad desde el momento en se hace necesario “adivinar” con quién van a estar mejor los hijos en un futuro a corto o largo plazo, lo cual se ha de llevar a efecto, como veremos, con sujeción a una serie de criterios más jurisprudenciales, basados en antecedentes de hecho similares, que legales.

Tradicionalmente, la atribución de la guarda y custodia se ha cimentado sobre una serie de criterios legalmente definidos, si bien el transcurso de los años vino acompañado de una “modernización” legislativa que ha ido otorgando progresivamente una mayor discrecionalidad a las sentencias relacionadas con la citada materia, lo cual no es más que la puesta en práctica del mandato constitucional contenido en nuestra Norma Suprema¹.

¹ Art. 117.3 CE: “el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a Juzgados y Tribunales”.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

Por todo cuanto antecede, el objeto principal del presente trabajo es fijar los patrones jurisprudenciales que todo abogado ha de tener presente a la hora de afrontar un pleito de estas características, ahondando en aquellas cuestiones especialmente controvertidas, y dando respuesta a cuantas dudas suelen surgir de ordinario cuando se trata de contender judicialmente por lograr la guarda y custodia de los hijos a favor de su cliente.

Para ello, y antes de analizar detalladamente los criterios a seguir por los Jueces a la hora de establecer un régimen de guarda y custodia, se procederá a examinar las referencias legales sobre la materia que, aunque escasas, no por ello resultan desconocidas. Este análisis nos permitirá comprobar la enorme relevancia que la jurisprudencia, en especial la del Tribunal Supremo, ha venido desempeñando, hasta el punto de ser considerada como la gran promotora de las reformas legales que han venido aconteciendo en los últimos tiempos.

Como se ha indicado, la guarda y custodia adolece de suficiente sustento legislativo que permita adoptar objetivamente un determinado régimen. Es esta circunstancia la que invita a asentar el presente trabajo sobre una recopilación jurisprudencial, pues no hay mejor modo de comprender la actual perspectiva judicial sobre cualquier materia que acudiendo a la praxis judicial diaria sobre la misma.

Este trabajo no pretende ser un manual para saber qué es la guarda y custodia o qué modalidades se hallan dentro de la misma, sino una guía de los criterios a seguir para poder pleitear eficazmente sobre este aspecto, y en los que fundamentar las pretensiones para así persuadir eficientemente al Juez de la idoneidad de las mismas.

Criterios, a fin de cuentas, y ante la mentada escasez legislativa, que exhiben la vigente “Perspectiva jurisprudencial sobre la atribución de la Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja”.

II.- Precedentes legales y jurisprudenciales en la atribución de la guarda y custodia.

Para comprender mejor la actual postura de la jurisprudencia española sobre la guarda y custodia, es menester en primer lugar recordar de dónde venimos desde un punto de vista legislativo. Ello nos permitirá entender, entre otros aspectos, por qué hoy en día cuantas investigaciones se llevan a cabo sobre los antecedentes legales y jurisprudenciales relativos a esta materia se pueden titular bajo el término evolución (aunque tal vez incompleta, como veremos), y no retroceso.

Quizás pueda parecer una obviedad lo indicado en el párrafo que precede, pero los apartados que a continuación se suceden demostrarán el carácter arcaico de las medidas relativas a la custodia de los hijos que regían antaño, lo cual no hizo sino apremiar cuantos avances ha venido experimentando la regulación acerca de la misma.

1. Precedentes legales

A. Contexto preconstitucional

Dos eran las reglas básicas que guiaban la atribución de la guarda y custodia con carácter previo a la aprobación del Texto Constitucional en 1978: en primer lugar, el principio de culpabilidad, inmutable durante las normas aprobadas durante el citado periodo; en segundo lugar, la edad de los hijos, que si bien experimentó alguna variación en cuanto a la cifra, ésta resultó irrelevante a efectos de determinar el progenitor que se haría cargo de su cuidado. Ambas reglas se englobaban, a su vez, en otra implícita, pero igualmente inalterable hasta no hace mucho tiempo: el sistema de custodia exclusiva o monoparental como modelo preferente a la hora de adjudicar la misma a uno u otro consorte.

Sin perjuicio del parecer de cada uno acerca de la consideración de la “culpabilidad” o “inocencia” como elemento decisorio en una separación o divorcio, que han de ser objeto en un estudio sobre la evolución del matrimonio y no sobre la materia que aquí nos atañe, lo cierto es que en aquellos supuestos en que uno de los progenitores lograba probar la culpabilidad del otro, adquiría *per se* el derecho a ostentar la custodia de los hijos que hubieran nacido constante el vínculo conyugal.

Esta tesitura se puso de manifiesto por primera vez en la **Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870**, la cual premiaba la inocencia del progenitor que hubiera procedido de buena fe, si bien ese premio sólo se podía disfrutar, en caso de encarnar el marido la figura del cónyuge inocente, a partir del momento en que los hijos alcanzaran la edad de tres años, puesto que la madre conservaba “en todo caso a su cuidado a los hijos menores de tres años hasta que cumplan esa edad, a no ser que expresamente se haya dispuesto otra cosa en la sentencia”².

² Art. 88 de la Ley de Matrimonio Civil de 18/06/1870.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

Más tarde tuvo lugar la primera redacción del CC, aprobado por **Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil**. El mismo, con base en la norma de 1870, dio un paso más (hacia atrás) al incluir un nuevo criterio a la hora de otorgar la guarda y custodia de los hijos a uno u otro progenitor: su sexo, criterio que entraría en juego a partir de la edad de tres años. Así, en los supuestos en que ambos cónyuges procedían a la disolución del vínculo matrimonial de buena fe (es decir, sin culpables o inocentes), se atribuía la custodia de “los hijos varones mayores de tres años al padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Los hijos e hijas menores de tres años estarán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, a no ser que, por motivos especiales, dispusiere otra cosa la sentencia”³. Pese a lo anterior, seguía imperando el criterio de la inocencia en los supuestos de divorcio⁴.

Ya en la II República, con la aprobación de la **Ley de Divorcio de 12 de marzo de 1932**, la normativa sobre la guarda y custodia experimenta una innovación capital que se ha venido manteniendo hasta la regulación actual. Hablamos de la posibilidad que tenían los progenitores, de mutuo acuerdo y con la aprobación del Juez, de fijar cuál de ellos se haría cargo del cuidado “de los hijos comunes menores de edad”⁵, materializándose de esta forma el principio dispositivo de las partes sobre el objeto del proceso. Asimismo, y en consonancia con las dos citas legales que le antecedían, la mentada Ley se siguió sujetando, en defecto de pacto entre los progenitores, a los principios de culpabilidad y custodia materna de los hijos menores (en este último caso, aumentando la edad hasta la cual debían estar los hijos bajo el cuidado de la madre, fijándola en los cinco años)⁶.

Esta senda legislativa preconstitucional sobre la guarda y custodia encuentra su última parada en pleno Franquismo, con la **Ley de reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958**, si bien el fondo de la norma supone, con ciertos matices, una conjugación entre la redacción inicial del CC y las novedades introducidas en la Ley de 1932.

Por un lado, se consolidó el principio de culpabilidad para determinar en compañía de quién debían quedar los hijos una vez concluido el matrimonio, permaneciendo “los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente”⁷, y afianzándose igualmente el derecho de los padres a proveer amistosamente al cuidado de los mismos⁸. Por otro, se amplió hasta los siete años la edad que debían cumplir los hijos bajo custodia materna en caso de divorcio, aunque se retomó el ilógico criterio de la inicial redacción del CC, por cuanto “los hijos mayores de siete años quedarán al

³ Art. 70 RD de 24/07/1889.

⁴ Art. 73 RD de 24/07/1889: “La sentencia de divorcio producirá los siguientes efectos:...2.º Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente”.

⁵ Art. 16 de la Ley de Divorcio de 12/03/1932.

⁶ Art. 17 de la Ley de Divorcio de 12/03/1932: “A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cuál de ellos han de quedar...Si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de cinco años”.

⁷ Art. 73 de la Ley de CC de 24/04/1958.

⁸ Art. 71 de la Ley de CC de 24/04/1958.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe”⁹.

No obstante lo anterior, esta última referencia legal introdujo una significativa novedad que aún hoy sigue siendo tema de controvertidos debates, al contemplar por primera vez la posibilidad de que el Juez decidiera sobre la guarda y custodia sin estar sujeto a las peticiones de los cónyuges, es decir, sin estar sujeto al principio de rogación, señalando en su art. 70 que “si el Tribunal que conoció sobre la nulidad del matrimonio hubiese por motivos especiales, proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado por él”.

B. Contexto postconstitucional.

La aprobación de la Constitución Española el 31 de octubre de 1978 otorgó una nueva dimensión a la regulación de la guarda y custodia, estableciendo como eje vertebrador de la misma “la protección integral de los hijos”¹⁰, al tiempo que deja atrás criterios tales como su edad, su sexo y, por supuesto, la consideración de los cónyuges como culpables o inocentes en una separación o divorcio.

A partir de entonces, cuantas reformas legales relativas a la guarda y custodia se aprobaron, giraron siempre en torno al superior interés de los hijos, incluyendo, en los supuestos de existencia de dos o más hermanos, el criterio de no separación entre sí salvo supuestos excepcionales.

Prueba de ello fue, en primer lugar, la **Ley 30/1981, de 7 de julio de 1981, 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 cual supuso “un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio”¹¹. Otro aspecto novedoso que esta Ley introdujo y que la actual redacción del CC continúa preservando, es el derecho de los hijos a ser oídos por el Juez antes de decidir sobre su custodia, si bien se supeditaba dicho trámite de audiencia a que los menores hubieran alcanzado la edad de doce años o a que éstos tuvieran suficiente juicio, y siempre teniendo en cuenta que su opinión no tenía (ni tiene) carácter vinculante¹².

Esta perspectiva también se consolidó en el ámbito internacional con la celebración de la **Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989**, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que consagró principios elementales como el conocido *favor filii*, de suerte que “en todas las medidas concernientes a los niños que

⁹ Art. 70 de la Ley de CC de 24/04/1958.

¹⁰ Según tenor literal del artículo 39.2 CE, cuyo punto 3º añade que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

¹¹ STS 1183/1998, de 21 de diciembre de 1998, Rec. 2197/1997.

¹² Art. 92 de la Ley 30/1981: “Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años... Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos”.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

tomen las instituciones...los tribunales...o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”¹³; el derecho de padres e hijos a estar en compañía, debiendo los Estados miembros velar “porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen...que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...tal determinación puede ser necesaria en casos particulares por ejemplo...cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”¹⁴; y la no elusión, por parte de los progenitores, de las responsabilidades paterno filiales, a cuyo efecto los Estados miembros habían de poner “el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”¹⁵.

Poco después, la nueva conciencia social sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres motivó la aprobación de la **Ley 11/1990, de 15 de octubre de 1990, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del Principio de No Discriminación por Razón de Sexo**, ante la subsistencia, tal como recoge su Preámbulo, de “preceptos en los que, para determinar la eficacia de ciertas relaciones y situaciones jurídicas, se atiende a criterios que encierran una preferencia o trato inadecuado por razón de sexo”. Respecto a la guarda y custodia, esta Ley sigue la línea de su antecesora al situar de nuevo el interés de los hijos como eje vertebrador para dejarlos en compañía de uno u otro progenitor¹⁶.

Sobre la motivación de la referida Ley se pronunció el Tribunal Constitucional, concluyendo que “con la modificación operada por la Ley 11/1990, el Legislador ha eliminado de la redacción del citado precepto aquello que el Juzgado consideró posiblemente inconstitucional, la preferencia en favor de la madre del cuidado de los hijos e hijas menores de siete años en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo entre los mismos, preferencia que ha sido suprimida en la nueva redacción que establece la Ley 11/1990, dictada, según su Preámbulo, con el fin de «eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad», consagrado en el art. 14 de la Norma Fundamental”¹⁷.

La coyuntura legal descrita hasta el momento fue secundada por Juzgados y Tribunales en cuantos pleitos hicieron necesario dilucidar sobre la guarda y custodia de los hijos menores de edad en el seno de las crisis matrimoniales.

Sin embargo, a las puertas del nuevo siglo, se empezó a plasmar en la práctica judicial una corriente discordante con la custodia monoparental. Se entendió que, para garantizar de un modo íntegro el superior interés de los hijos, era necesario examinar caso por caso y decidir, en función de las circunstancias de cada uno, qué régimen de custodia era el más idóneo para los menores, sin sujetarse preceptivamente a

¹³ Art. 3 de la Convención.

¹⁴ Art. 9 de la Convención.

¹⁵ Art. 18 de la Convención.

¹⁶ Art. 159 de la Ley 11/1990: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

¹⁷ ATC 438/1990, de 18 de Diciembre de 1990.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

imposiciones legislativas. Tal fue el caso de la Audiencia Provincial de Valencia, al señalar que “la regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia sólo al padre o solo a la madre, no a ambos conjuntamente...sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos, deberán los Tribunales inclinarse por la que satisfaga esa exigencia mejor que las demás. Está claro que para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores...esta posibilidad...puede plantearse al Tribunal, que no constreñido por los principios de rogación y congruencia que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver, en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores”¹⁸.

La inclinación jurisprudencial mencionada comenzó a ver sus frutos en el ámbito reglamentario poco después, con la aprobación de la **Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio**. En primer lugar, esta reforma pretendió “resaltar que los deberes de los padres respecto de los hijos no se extinguen o desaparecen con la crisis conyugal, como establece de manera clara y paladina el artículo 92.1”¹⁹ del Código Civil.

Asimismo, con esta norma se trató, entre otros puntos, de reforzar la libertad de decisión tanto de los padres como de los jueces respecto al ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad, entre los que se encuentra la guarda y custodia, “con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia...y en especial garantizar la protección del interés superior del menor. Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad...cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés”²⁰.

“Inicialmente esta reforma apenas supuso variación en las pautas a que responde las decisiones judiciales relativas a la guarda y custodia de los hijos, caracterizadas por el establecimiento de una custodia individual, que en más del 85% de los casos era materna. Sin embargo, a partir de 2009 cabe identificar un aumento significativo de las resoluciones judiciales que acuerdan este sistema de guarda”²¹ y custodia compartida.

A pesar de ello, la precitada ley no estuvo exenta de polémica, pues un sector jurisprudencial entendió, acertadamente, que su redacción continuaba limitando en

¹⁸ SAP Valencia 379/1999, de 22 de abril de 1999, Rec. 371/1998.

¹⁹ LASARTE, C. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*. Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2018, 17ª Edición, pág. 119.

²⁰ Exposición de Motivos de la Ley 15/2005.

²¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia*. Editorial Edisofer S.L., Madrid, 2016, 5ª Edición, pág. 201.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

demasia la aplicación de la custodia compartida únicamente cuando concurrieran una serie de supuestos legalmente tasados²², sin que fuera el Juez quien, con total libertad y ateniéndose a las circunstancias de cada caso, la pudiera aplicar de oficio.

De las exigencias que se consideraban necesarias para la aplicación de la custodia compartida, la que más ampollas levantó tanto entre la judicatura como la abogacía fue la exigencia de un “informe favorable” del MF para acordar, excepcionalmente, la mentada custodia, pues la misma comportaba (y sigue comportando) innumerables ventajas respecto al bienestar de los hijos en comparación con una custodia exclusiva, siendo ésta la postura contemplada entre otras, por la Audiencia Provincial de Barcelona al entender que “cuando se alude a la custodia compartida...o sea, cuando se resuelve sobre la custodia, lo que se está decidiendo es con qué progenitor vivirá el niño en cada momento. A tal efecto, el artículo 92,8. del Código Civil, en su redacción actual, dispone que, de forma excepcional...el Juez...podrá acordar la guarda y custodia compartida, con fundamento en que de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor...Su regulación viene motivada, porque en la sociedad actual, la dinámica de algunas familias empieza a ser distinta, toda vez que, factores tales como el acceso de la mujer al mercado laboral, y los cambios en determinadas pautas de educación, están provocando que cada vez más, los padres tengan una intervención mayor en el cuidado diario de sus hijos y se produzca en muchos supuestos una coparticipación en el cuidado, asistencia y educación de los menores...Expuesto lo anterior, será de sentar y expresar cuáles son las ventajas e inconvenientes de la institución conocida como custodia compartida...En cuanto a sus ventajas o beneficios, realmente, son mayores y superiores a aquéllos”²³.

Esta controversia judicial desembocó en el planteamiento de una Cuestión de Inconstitucionalidad a instancia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, cuyo objeto fue el citado art. 92.8 CC, y que tuvo su origen en una sentencia dictada por el JPI de las Palmas de Gran Canaria en la que, tras interesar el MF que la guarda y custodia de la hija menor se otorgara en exclusiva a la madre, acordó la misma señalando que “este órgano judicial no puede aprobar el régimen de guarda y custodia compartida propuesto por el padre, porque lo impide el Derecho positivo actual al haber informado negativamente de dicho régimen de guarda y custodia compartida el Ministerio Fiscal”²⁴.

La respuesta del TC no dejó lugar a dudas y, tras un pormenorizado y motivado análisis, dejó claro que “el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores...El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la

²² Redacción del art. 92 del CC según la Ley 15/2005: “5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento...7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos...Tampoco procederá cuando el Juez advierta...indicios fundados de violencia doméstica...8. Excepcionalmente...el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

²³ SAP Barcelona 102/2007, de 20 de febrero de 2007, Rec. 1002/2005.

²⁴ SJPI nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, de 12 de septiembre de 1998.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia...El legislador del año 2005, lejos de establecer en estos casos una norma prohibitiva, ha autorizado al Juez para que, a pesar de la oposición de uno de los progenitores...pueda imponer la custodia compartida, pero sometida al cumplimiento de aquellos requisitos. El primero de ellos es que medie solicitud de uno de los padres, por lo que no puede imponerse nunca de oficio. En segundo lugar, que el Ministerio público informe favorablemente respecto de la adecuación de la medida solicitada para la correcta protección del interés superior del menor, es decir, respecto de la bondad de una posible imposición judicial de la guarda conjunta con oposición de un progenitor. El tercero, y no es una obviedad subrayarlo, es el interés del menor (*favor filii*) que debe regir cualquier actuación de los poderes públicos...El interés prevalente de los hijos menores, así como la inexistencia de un acuerdo entre los progenitores son motivos con suficiente peso constitucional como para afirmar que el informe del Ministerio Fiscal, sea o no favorable, no puede limitar la plena potestad jurisdiccional...En conclusión, ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida²⁵. Finalmente, la citada sentencia estimó la cuestión planteada y en su fallo declaró “la inconstitucionalidad del inciso «favorable» contenido en el art. 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por ser contrario a los arts. 117.3 y 24 CE”.

La consecuencia final de lo expuesto hasta el momento no es otra que la actual redacción del art. 92 CC²⁶, el cual marca, entre otros aspectos, “el contenido de la sentencia de nulidad, separación o divorcio respecto a los hijos. Las medidas están

²⁵ STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012.

²⁶ “1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. 2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. 3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. 4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges. 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos. 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. 7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. 8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

inspiradas en el favor filii, a fin de que los hijos se vean perjudicados lo mínimo²⁷ y, desde un punto de vista legal, revisten hoy en día las siguientes notas características:

- la no exención de los padres de sus obligaciones paterno filiales;
- el derecho de audiencia de los hijos;
- respecto al ejercicio conjunto de la guarda: el carácter preceptivo del ruego por parte de los progenitores y del informe (no necesariamente favorable) del MF para acordarlo, la prohibición de fijarlo cuando alguno de los progenitores esté incurso en algún proceso penal por violencia doméstica o de género contra el otro o contra los hijos y, en definitiva, el carácter excepcional de la custodia compartida.

Es importante recalcar el carácter legal de los principios enumerados pues, desde un punto de vista jurisprudencial, como podremos comprobar más adelante, continúan existiendo discrepancias nada despreciables.

A colación de todo lo anterior, y antes de analizar en detalle la postura del Tribunal Supremo acerca de esta materia, no se puede pasar por alto el último intento legislativo de adecuar aún más el itinerario reglamentario a seguir en los referidos pleitos a las exigencias sociales de hoy en día.

Hablamos del **Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia**, aprobado por Consejo de Ministros de 19 de julio de 2013.

Aunque todavía no haya llegado a ver la luz, no por ello este anteproyecto debe caer en el olvido, pues de las numerosas modificaciones legislativas que el mismo contemplaba, la que aquí nos interesa era de gran utilidad para, por ejemplo, dejar atrás la obsoleta consideración de la custodia compartida como excepcional. En este sentido, el citado documento puso especial énfasis en la necesidad de “concienciar a los progenitores sobre la necesidad de presentar y la importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, en relación con los hijos. Ese plan debe incorporarse al proceso judicial (artículos 770 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y será un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como en el orden económico...Una de las medidas más delicadas a adoptar es la de la guarda y custodia. La introducción del artículo 92 bis del Código Civil tiene como objeto introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales...Se regula, pues, la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se

²⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2016, 8ª Edición, pág. 172.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

puede adoptar por el Juez, si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor, tanto cuando lo solicitan los progenitores de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos insta la custodia para ambos o exclusiva para sí”.

Al mismo tiempo, se trató de delimitar aquellos supuestos en que, de modo automático, uno de los progenitores se vería privado de su derecho a estar en compañía de sus hijos. Así, “atendiendo al compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica y de género en todos los ámbitos de la sociedad, y con la finalidad de proteger a todas las víctimas de esos delitos, especialmente a los menores, expresamente se prevé que no se otorgará la guarda y custodia, ni individual ni compartida, al progenitor contra quien exista sentencia firme por violencia doméstica o de género hasta la extinción de la responsabilidad penal, o cuando existan indicios fundados y racionales de tales delitos que consten en una resolución judicial motivada del Juez que lleve la causa penal o, en su defecto, cuando tales indicios existan a juicio del Juez del procedimiento civil, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, siempre que el delito no estuviera prescrito...”.

La modernización legal orquestada por el mentado Anteproyecto se plasmaría mediante la inclusión de un nuevo precepto que complementaría la actual redacción del art. 92 CC y que se enmarcaría en “un nuevo art. 92 bis con la siguiente redacción: 1.- El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida. Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí...5.- No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por 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 hasta la extinción de la responsabilidad penal. No se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte”²⁸.

Como se ha señalado, el citado anteproyecto no llegó a ver la luz, pero ello no significa que la necesidad de adecuación de la normativa sobre la guarda y custodia haya menguado. Paralelamente a la aprobación del mentado anteproyecto, la propia Unión Europea hizo hincapié en la consideración de la custodia compartida como modelo preferente de guarda paterno filial, resaltando el respeto al “derecho de los padres a la corresponsabilidad, asegurando que el derecho de la familia prevé en caso de separación o de divorcio, la posibilidad de tener una custodia compartida de los hijos,

²⁸ Artículo Cuarto del Anteproyecto de Ley de 19/07/2013.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

velando en el interés del menor, con base de un acuerdo común entre los padres”²⁹. Asimismo, poco después, recordó la necesidad de garantizar el contacto entre hijos y progenitores tras una separación o divorcio, requiriendo a los Estados miembros que introdujeran, en sus respectivas legislaciones, “el principio de alternancia de custodia de los hijos después de una separación”³⁰.

Finalmente, es conveniente recalcar que si bien la legislación estatal adolece de una regulación vigente que concilie con la doctrina jurisprudencial proclive a la guarda conjunta, no ocurre lo mismo con la normativa autonómica, la cual “establece preferente el régimen de custodia compartida, se ha producido un aumento significativo del número de concesiones de este sistema de custodia en los respectivos ámbitos territoriales y han aumentado las voces que entienden necesaria la implantación de una normativa estatal que establezca la normalización del régimen de custodia compartida”³¹. Se pueden citar, como ejemplos de la precitada legislación autonómica concordante con el criterio jurisprudencial del TS (que se analizará en el apartado siguiente), las siguientes leyes:

- Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (Aragón), que impone al Juez el deber de adoptar “de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente”³².
- Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (Navarra), que establece como objetivo primordial “conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos”³³.
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Comunidad Valenciana), que consagra el “derecho de cada menor a crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos”³⁴.

2. Precedentes jurisprudenciales (doctrina del Tribunal Supremo).

Como se ha precisado anteriormente, la consolidación de la custodia compartida como modelo preferente de guarda comenzó a gestarse a partir de impulsos jurisprudenciales que, a su vez, motivaron diversas reformas legislativas. Éstas, aunque

²⁹ Resolución del Consejo de Europa 1921 (2013), sobre igualdad entre los sexos, conciliación entre vida privada y vida profesional, y corresponsabilidad.

³⁰ Resolución del Consejo de Europa 2079 (2015), sobre igualdad y corresponsabilidad.

³¹ SALINAS DOMINGO, M^a.J. “Hacia la normalización de la custodia compartida”, *EIDerecho.com, Tribuna*, de 7 de enero de 2016. Disponible en: <https://elderecho.com/hacia-la-normalizacion-de-la-custodia-compartida>

³² Art. 6 Ley 2/2010, de 26 de mayo.

³³ Art. 3 Ley 3/2011, de 17 de marzo.

³⁴ Preámbulo de la Ley 5/2011, de 1 de abril.

**Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)**

siguieron esa dirección, no llegaron a pronunciarse con la misma contundencia que Juzgados y Tribunales.

En este sentido, no podría entenderse la postura actual de la jurisprudencia de nuestro país sobre la guarda y custodia sin el papel, tan innovador como influyente, desplegado por la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo.

A tal efecto, la ya citada SAP de Valencia de 22 de Abril de 1999 fue una de las pioneras por entender que el Tribunal no debía estar sujeto al principio de rogación, sino al principio *favor filii*, para decidir en compañía de cuál de los progenitores debían quedar los menores, sin que nada impidiera al Juez acordar que éstos quedaran sujetos a la compañía de ambos. Ahora bien, esta decisión no fue casual e infundada, pues pocos años antes³⁵ nuestro Alto Tribunal comenzó a sentar jurisprudencia en tal dirección, ubicando “el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos...de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor”³⁶.

Ya en el nuevo siglo, y con la finalidad de concretar los intereses que habían de ser ponderados a la hora de dictar una sentencia en el ámbito del derecho de familia, con hijos menores de por medio, el TS fijó los criterios que debían tenerse en cuenta para fijar el sistema de guarda y custodia aplicable a cada caso. Para ello, si bien quedó claro tiempo atrás que la protección de los hijos era el interés primordial que debía protegerse, fue necesario acudir a otros ordenamientos jurídicos para delimitar las pautas a seguir a la hora de resolver este tipo de contiendas, y así subsanar las lagunas legales existentes en relación con la materia. Así, del estudio del derecho comparado dedujo el Supremo que “se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Estos criterios deberán ser tenidos en cuenta para valorar la conveniencia o no de la guarda y custodia compartida”³⁷.

Igualmente necesario fue enterrar la errónea creencia existente en relación con el reparto de tiempos que suponía la custodia compartida, lo cual generó cuantiosos problemas en su puesta en práctica, derivados del descontento que suscitaba en algunos progenitores el hecho de pasar menos tiempo con sus hijos que el otro. Ante esta

³⁵ A raíz de la ya mencionada Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

³⁶ STS 713/1996, de 17 de septiembre de 1996, Rec. 2631/1992.

³⁷ STS 623/2009, de 8 de octubre de 2009, Rec. 1471/2006.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

situación, el Supremo dejó claro que la conjugación entre el interés del menor y el ejercicio conjunto de su guarda respondía al principio de coparentalidad, “de modo que ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura; dicha coparentalidad es un derecho de los hijos, independientemente de que sus padres convivan o no. Custodia conjunta no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores”³⁸. En definitiva, el mentado principio obedecía a la obligación de ambos cónyuges de atender por igual a sus obligaciones paterno filiales, no a que ambos han de pasar una media de doce horas y media al día (es decir, idénticos intervalos de tiempo) con sus hijos.

Amén de cuanto antecede, la necesidad de acudir al Alto Tribunal se manifestó de nuevo ante las dudas que existían en relación con el carácter excepcional o no de la custodia compartida, especialmente a raíz de la redacción del art. 92.8 CC, pues del mismo se podía inferir que la aplicación del citado régimen debía llevarse a cabo excepcionalmente, por lo que el TS aclaró que dicha excepcionalidad debía interpretarse en relación con “el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el Art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla”³⁹.

Resulta asimismo interesante la puntualización tan necesaria como fundada que el Supremo tuvo a bien hacer ante la proliferación de recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en materia de guarda y custodia, dejando claro que los mismos sólo pueden basarse en un supuesto desamparo del interés superior de los hijos por parte del Tribunal, pues “no es posible plantear mediante el recurso de casación temas relativos al juicio de hecho, como son los errores en la valoración de la prueba, siendo también inaceptables todas las apreciaciones de la parte recurrente que directa o indirectamente cuestionen o se aparten de las declaraciones de hecho efectuadas en la resolución recurrida”⁴⁰.

En definitiva, “la revisión en casación de los casos de guarda y custodia sólo puede realizarse si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre...el recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia”⁴¹, pues la única y real función del mentado recurso es la de “contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada”⁴², por lo que “es necesario que se ponga de manifiesto que el tribunal *a*

³⁸ STS 94/2010, de 11 de marzo de 2010, Rec. 54/2008.

³⁹ STS 579/2011, de 22 de julio de 2011, Rec. 813/2009.

⁴⁰ STS 508/2011, de 27 de junio de 2011, Rec. 599/2009.

⁴¹ STS 261/2012, de 27 de abril de 2012, Rec. 467/2011.

⁴² Como recuerda, más recientemente, el Alto Tribunal en su STS 147/2019, de 12 de marzo de 2019, Rec. 2762/2016.

**Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)**

quo se ha apartado de alguno de los parámetros establecidos por la jurisprudencia con carácter general para decidir sobre la cuestión”⁴³.

La doctrina sentada por el TS en la materia que nos ocupa encuentra su punto álgido en el año 2013 con el gran precedente jurisprudencial que avala la guarda y custodia compartida como modelo preferente y deseable, dejando atrás su carácter excepcional, sujetándola no obstante al principio de rogación, de forma que sin la petición de al menos uno de los progenitores no podría aplicarse, aunque aún así se garantizara la protección del principio *favor filii*. Hablamos de la **STS 257/2013, de 29 de abril de 2013, Rec. 2525/2011**, la cual entendió como “corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación...un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse...la guarda y custodia compartida habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

Sin embargo, y pese a la firmeza con que la inmensa mayoría de la judicatura secundó la resolución referenciada en el párrafo anterior, no fue unánime su acogida, pues continuaron dictándose sentencias recelosas de la custodia compartida por entender, en según qué casos, que la misma podía menoscabar el bienestar de los hijos. Así lo entendió el propio TS en una nueva sentencia dictada apenas un mes después de la importante STS de 29 de abril, confirmando una sentencia previa de la Audiencia Provincial de Cáceres, y denegando la custodia compartida en un supuesto en que la madre había venido desarrollando la custodia exclusiva de los menores durante tres años, recordando que “es prevalente para el interés del menor el mantenimiento del “status quo” para evitar distorsiones y perturbaciones que el cambio de guarda le supondría, además de la situación de conflicto entre los progenitores. No es relevante la relación entre los progenitores, pero se convierte en relevante cuando perjudica el interés del menor. Ello conlleva que no pueda darse una custodia compartida porque esta situación supone un caldo de cultivo contrario a la cordialidad y coordinación que debe darse en un régimen de custodia compartida, y ello afirmando que conforme a la STS de 29 de abril de 2013 la custodia compartida, con carácter general, sería la que mejor defiende los intereses de los menores”⁴⁴.

La circunstancia descrita en el párrafo anterior podría denotar contradicción e incluso confusión, si bien no es más que una demostración de la discrecionalidad con que los Jueces deben dictar las sentencias en función de las singularidades de cada supuesto de hecho y que aún hoy sigue condicionada por requisitos legales que, aunque

⁴³ STS 32/2019, de 17 de enero de 2019, Rec. 2483/2018.

⁴⁴ STS 370/2013, de 7 de junio de 2013, Rec. 1128/2012.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

escasos, constriñen en cierto modo el principio de independencia judicial⁴⁵. Prueba de ello fue que, escasamente mes y medio después de la sentencia detallada en el párrafo precedente y en un caso de análogas características al previsto entonces, el mismo órgano dictó nueva sentencia en la que, casando la dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Santander en la que se aplicaba el sistema exclusivo de guarda a favor de la madre, entendió que “tal sistema de custodia no es favorable al interés de los menores, en base exclusivamente a un informe psicológico en el que se pone de manifiesto que estos se encuentran a gusto con la idea de seguir viviendo con su madre y con el régimen de visitas actual, a pesar de que el mismo informe señala que “esta situación actual no implica que la custodia compartida no fuese una opción beneficiosa para (los hijos), ya que ambos progenitores son válidos para ejercer la guarda y custodia de los menores y presentan un alto grado de interés por el bienestar de los mismos”, añadiendo que “para el desarrollo afectivo y la estabilidad emocional de los menores es deseable un entorno más armónico posible, que garantice el derecho de los hijos a contar con una madre y un padre afianzando los vínculos de afecto y apego con ambos progenitores”. La sentencia omite otras cosas. Omite que los hijos tienen un vínculo afectivo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos. Por consiguiente, la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado”⁴⁶.

Así, dado que la legislación no acompañó a la jurisprudencia y dado que la consolidación de la custodia compartida como sistema más adecuado para satisfacer los intereses filiales siguió bajo ciertas dudas, tuvo que ser el propio TS quien se encargara de reiterar los beneficios que el citado régimen abarcaba. Especial mención merece al respecto la STS 758/2013, de 25 noviembre de 2013, Rec. 2637/2012, cuyo tenor literal recuerda que “es por tanto al Juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida (de guarda y custodia) considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño... A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal... con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia... b) Se evita el sentimiento de pérdida... c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores... d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”.

La sentencia arriba reseñada tuvo gran calado en el resto de la jurisprudencia, al suponer un refuerzo de las bases sobre las que sustentar la custodia compartida como sistema preeminente a la hora de salvaguardar de la mejor forma posible la estabilidad de los hijos ante el impacto que para ellos pudiera comportar una crisis conyugal. A tal efecto, poco después, el TS dictó una llamativa sentencia en la que, casando la sentencia dictada en apelación, estableció una sorprendente custodia compartida de dos menores

⁴⁵ Consagrado en el art. 117.1 CE, conforme al cual “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

⁴⁶ STS 495/2013, de 19 de julio de 2013, Rec. 2964/2012.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

por anualidades, al entender que tal sistema no desvirtuaba de ningún modo el interés del menor y que las simples malas relaciones existentes entre los progenitores no amparaban una medida contraria, reiterando en todo caso la doctrina fijada, entre otras, por la STS de 29 de abril de 2013⁴⁷.

Con carácter general, la mayor parte de las sentencias dictadas en casación siguieron adoptando la custodia compartida como modelo preferente de guarda, ya fuera confirmando sentencias dictadas en primera instancia o apelación, o bien casando las mismas, haciendo siempre hincapié en que la finalidad es “asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos”⁴⁸.

Como se ha reiterado, el carácter deseable de la custodia compartida no implicó en absoluto su aplicación de un modo imperativo, ya que analizar las particularidades de cada situación de hecho invitaba a establecer acertadamente un régimen de custodia monoparental cuando se protegía de esta forma el interés de los hijos. Verbigracia, la STS 515/2015, de 15 de octubre de 2014, Rec. 2260/2013 que, tras un exhaustivo y certero examen de las circunstancias concurrentes, denegó la guarda conjunta por concluir que no era éste el modelo más beneficioso para el menor, dejando claro que “obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado”.

No es casual la alusión a la sentencia anterior, pues los pronunciamientos en ella contenidos sirven de base para comprender que, en ocasiones, para garantizar la satisfacción de un derecho elemental (principio *favor filii*), es necesario abstraerse de la regla habitual (custodia compartida), máxime cuando hablamos de una mala relación entre los progenitores que se prolonga una vez concluido el vínculo matrimonial, y que únicamente debe privarles de un ejercicio simultáneo de la guarda de los menores cuando tal situación de conflictividad resulte claramente nociva para el interés de éstos últimos, dado que “la falta de comunicación o mala relación entre los progenitores es normal tras una crisis de pareja pero ello no impide el buen desarrollo emocional del menor”⁴⁹. En definitiva, “la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad...debe estar fundada en el interés de los menores”⁵⁰.

⁴⁷ STS 757/2013, de 29 de noviembre de 2013, Rec. 494/2012.

⁴⁸ STS 200/2014, de 25 de abril de 2014, Rec. 2983/2012.

⁴⁹ STS 369/2016, de 3 de junio de 2016, Rec. 2534/2015.

⁵⁰ STS 619/2014, de 30 de octubre de 2014, Rec. 1359/2013.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

En resumen, cuanto podemos inferir de lo expuesto hasta el momento es la actual postura benévola del Tribunal Supremo respecto a la guarda y custodia compartida hasta el punto de entender que “no es una medida excepcional sino deseable”⁵¹, cuya implantación sólo debe ser discutida si existen indicios que inviten a pensar en un menoscabo del interés de los menores⁵² y recordando que la misma no “conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible”⁵³, atendiendo a la disponibilidad de los padres (disponibilidad que “debe atemperarse con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores”⁵⁴) para atender a las necesidades de sus hijos, erigiéndose de esta forma el principio *favor filii* como eje vertebrador de los pleitos sobre esta materia. Hablamos, a fin de cuentas, de una sucesión de pronunciamientos judiciales que, constituyendo “un cuerpo unitario de doctrina, abogan a favor de establecer el régimen de custodia compartida cuando no existan circunstancias que se opongan a ello”⁵⁵.

A fin de cuentas, “desde que el Tribunal Supremo superó en su Sentencia de 29 de abril de 2013 la excepcionalidad con que se contemplaba la custodia compartida y fijó un elenco de criterios (que serán analizados a continuación) para valorar la conveniencia de su aplicación, han sido muchas las cuestiones relacionadas con este modelo de custodia sobre las que, ante el vacío legal, se ha tenido que pronunciar. Destacando...la importancia de que las Audiencias respeten su doctrina en aras de la seguridad jurídica, por encontrarnos ante un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares”⁵⁶.

⁵¹ Entre otras, la STS 579/2917, de 25 de octubre de 2017, Rec. 3305/2016.

⁵² Por ejemplo, la STS 194/2016, de 29 de marzo de 2016, Rec. 1159/2015, casando la resolución dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Madrid y sentenciando que “en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda... La sentencia (recurrida) no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a éste, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues ninguna se dice salvo que funciona el sistema de convivencia instaurado en la sentencia de divorcio”.

⁵³ STS 30/2019, de 17 de enero de 2019, Rec. 1559/2018.

⁵⁴ Tal como recuerda la STS 630/2018, de 13 de noviembre de 2018, Rec. 898/2018.

⁵⁵ STS 637/2019, de 25 de noviembre de 2019, Rec. 739/2019.

⁵⁶ GÓMEZ MEJÍAS A. M^a. “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave”. *Diario La Ley* 8734/2016. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/>

III.- Criterios jurisprudenciales vigentes en la atribución de la guarda y custodia.

Hasta el momento hemos podido explorar dos aspectos fundamentales acerca de la guarda y custodia. Por un lado, un breve periplo por las distintas citas legales antecesoras de la misma que han culminado con su actual (y tal vez incompleta) regulación. Por otro, un recorrido a través de la mutación que la perspectiva jurisprudencial ha experimentado sobre la citada materia, hasta el punto de considerar preferente, hoy por hoy, el régimen de guarda y custodia compartida, en contra de la primitiva predilección por la custodia monoparental.

Como se ha subrayado con anterioridad, la regulación de la guarda y custodia en nuestra legislación adolece de ciertas lagunas que el Poder Judicial se ha visto obligado a subsanar, haciendo gala de la facultad legal que el Código Civil le confiere para perfeccionar “el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”⁵⁷. A continuación, se desarrollarán los principales criterios empleados por el Alto Tribunal para complementar la mentada regulación y que orientan la atribución de las responsabilidades paterno filiales a uno u otro progenitor, cuando no a los dos de modo conjunto.

1. Criterio primordial: el indeterminado principio *favor filii*.

La indeterminación del precitado principio no es sino consecuencia de la mengua legal que rodea su regulación⁵⁸, amén de la enorme subjetividad que rodea al mismo, pues “determinar cuál sea el interés del los hijos, es tema que debe conexionarse con la realidad social y en su consecuencia el juzgador debe conectar con la misma”⁵⁹. De hecho, es necesario acudir al ámbito internacional, donde una reciente disposición de la O.N.U. nos aproxima a los elementos básicos que podemos entender contenidos en el principio *favor filii*, al considerarlo como:

- “un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida...;
- un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño;
- una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en

⁵⁷ Art. 1.6 CC.

⁵⁸ Sin perjuicio de los ya citados arts. 39 CE y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989 de las Naciones Unidas, la referencia legislativa que más delimita el principio *favor filii* es el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el cual establece los criterios generales que han de ser tenidos en cuenta “a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor”.

⁵⁹ DE COSSÍO MARTÍNEZ, M. *Las medidas en los casos de crisis matrimoniales*. Editorial McGraw-Hill. Madrid, 1997, pág. 10.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados”⁶⁰.

Lo apuntado en el párrafo que precede deriva en la necesidad de llenar el vacío legal existente mediante la doctrina del Supremo, lo cual implica acudir a multitud de supuestos de hecho en los que la jurisprudencia, analizando las particularidades de cada uno de ellos, trata de establecer las bases sobre las que se sustenta el bienestar de los menores en el seno de una crisis matrimonial. Tarea sin duda complicada, máxime cuando hasta el Tribunal Constitucional, lejos de contribuir, se ha venido desmarcando de dicha labor, atribuyéndola al Poder Judicial al puntualizar que “la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a la jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés”⁶¹.

Aclarado el extremo anterior, y considerando la complejidad de definir con exactitud el pretendido concepto, sí podemos concretar en cierto modo a qué se refiere la jurisprudencia cuando alude al mismo, todo ello a raíz de los pronunciamientos que nos ha venido brindando de modo reiterado el TS desde tiempos remotos al advertir, ya en los años 80, que “los Tribunales habrán de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses de la menor que son, sin duda, los más dignos de protección y que a veces quedan postergados en el entrecruzamiento de las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas...De ahí la necesidad de que, para un mejor y más justo juicio, se deba acentuar en casos como el presente el estudio y ponderación de las circunstancias específicas de cada supuesto concreto para alcanzar de este modo la solución más razonablemente justa y equitativa...muy especialmente de la menor, cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución al respecto en concordancia con nuestro derecho tradicional y actual”⁶².

Más recientemente, la aprobación de la LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia desarrolló el concepto de interés del menor, “extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, se protegerá la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas, se ponderará el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...y a que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos de los que ampara”⁶³.

En este sentido se pronunció el Supremo poco después, al considerar que “el hecho de que esta Sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida –por ser el más adecuado para el interés del menor– no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se

⁶⁰ Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 2013.

⁶¹ ATC 28/2001, de 1 de febrero, a raíz del Recurso de Amparo 5258/2000.

⁶² STS 9149/1987, de 18 de marzo de 1987.

⁶³ SALAS CARCELLER, A. et al. *Código Civil. Comentarios, Concordancias, Jurisprudencia, Doctrina, Índice analítico*. Editorial Colex S.L., A Coruña, 2018, 19ª Edición, pág. 137.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

considera desfavorable...se trata de un concepto jurídico indeterminado, dejando el legislador en manos del poder jurisdiccional la difícil y responsable tarea de llenarlo de contenido, habiéndose en los últimos años, con una enorme cercanía en el tiempo, de contenido práctico a ese principio mediante las resoluciones emanadas de la Sala Primera del Tribunal Supremo”⁶⁴.

En definitiva, la doctrina del TS “sobre la guarda y custodia compartida es clara y reiterada, básicamente en interés y beneficio del menor...la razón se encuentra en que el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor...pues lo que prima cuando se valora el régimen de custodia no es tanto el beneficio que proporciona la medida a los hijos, como el perjuicio que puede ocasionarles de acordarse”⁶⁵.

A modo de resumen, “en general, cuantas medidas de carácter personal afecten a los menores vienen informadas por el principio *favor filii* o, lo que es más frecuente últimamente, por el denominado interés del menor...este interés, según doctrina de la sala...es la suma de varios factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor”⁶⁶.

2. Principio de rogación.

Conditio sine qua non para la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida es la pretensión de la misma por, al menos, uno de los progenitores, tal como se desprende de la vigente redacción del art. 92.5 CC⁶⁷, pues “no puede establecerse la custodia compartida de oficio si cada uno de los dos progenitores ha pedido la custodia exclusiva para él”⁶⁸.

Es decir, la ausencia de petición por parte de, al menos, uno de los integrantes de la pareja impide al Juez ordenar el ejercicio conjunto de la guarda, debiendo instaurarse el régimen de custodia monoparental para uno de ellos.

No obstante, a pesar de estar vigente desde la última reforma operada por el art. 92 CC en el año 2005 (sin perjuicio de la modificación implementada por la ya citada sentencia del TC en el año 2012), este principio de rogación no fue inicialmente bien acogido por la totalidad de la jurisprudencia, siendo incluso objeto de debate a día de hoy, por cuanto limita en cierto modo las facultades del Juez a la hora de dictar la pertinente resolución. En esta dirección se pronunció la AP de Castellón poco después de la precitada reforma, al entender que “respecto de la atribución de una guarda y custodia compartida, es de hacer constar que...como es sabido no rige en la materia que

⁶⁴ STS 748/2016, de 21 de diciembre de 2016, Rec. 409/2016.

⁶⁵ STS 579/2017, de 25 de octubre de 2017, Rec. 3305/2016.

⁶⁶ STS 126/2019, de 1 de marzo de 2019, Rec. 1669/2018.

⁶⁷ Según el cual, “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”.

⁶⁸ STS 400/2016, de 15 de junio de 2016, Rec. 1698/2015.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

nos ocupa el principio dispositivo o de rogación, por lo que en principio no existiría inconveniente alguno para resolver sobre dicha petición”⁶⁹; ídem la AP de León, la cual puso de manifiesto “el carácter de orden público que tiene el régimen de guarda y custodia de los menores y como el Juzgador tiene que obrar no a instancia de parte, sino de oficio”⁷⁰.

Las disidencias que el mentado principio originaba también se hicieron notar en el ya mencionado Anteproyecto de Ley del 2013, el cual pretendía desmarcarse de tal exigencia legal y otorgar al Juez la facultad de acordar un régimen de guarda y custodia compartida en aquellos supuestos en que la misma no fuera instada por ninguna de las partes.

Sin embargo, la realidad manda y, como se ha señalado, el criterio vigente es la sujeción del ejercicio conjunto de la guarda de los hijos menores a la rogación de uno de los progenitores (o incluso de ambos), sin que sea suficiente la petición únicamente por parte del Ministerio Fiscal⁷¹, si bien se admite la posibilidad de que la misma no se realice como pretensión principal y sí como subsidiaria⁷². Prueba de esta doctrina es la reciente sentencia de la AP de Palma de Mallorca que, apelando la sentencia dictada en instancia, revocó una custodia compartida cuando ésta sólo había sido instada por el MF, habiendo los cónyuges requerido la exclusiva para sí⁷³.

Pese a no estar del todo conforme con su idoneidad, la postura del TS no ofrece dudas en cuanto a la aplicabilidad del principio de rogación (en tanto éste no experimente nuevo desarrollo legislativo), lo cual “no obsta a lo anterior lo dicho en nuestra sentencia 614/2009, de 28 de septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el Art. 91 CC, el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición”⁷⁴, de modo que “obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a...deberes referentes a la guarda y custodia”⁷⁵.

⁶⁹ SAP Castellón 110/2006, de 27 de junio de 2006, Rec. 214/2005.

⁷⁰ SAP León 104/2006, de 12 de mayo de 2006, Rec. 44/2006.

⁷¹ Así, la STS 389/2017, de 20 de junio de 2017, Rec. 2332/2016, que denegó una custodia compartida instada exclusivamente por el MF, al no ir acompañada del mismo requerimiento por ninguna de las partes.

⁷² Verbigracia, la STS 9/2016, de 28 de enero de 2016, Rec. 2205/2014, que acordó la custodia compartida, aun habiéndose pedido como demanda subsidiaria y la exclusiva como principal.

⁷³ SAP Palma de Mallorca 292/2019, de 5 de septiembre de 2019, Rec. 260/2019.

⁷⁴ STS 229/2012, de 19 de abril de 2012, Rec. 1089/2010.

⁷⁵ STS 130/2016, de 3 de marzo de 2016, Rec. 523/2015.

3. Relaciones familiares.

A. Apoyo familiar.

Este criterio responde a la lógica, dado que un progenitor que dispone de apoyo de terceros a la hora de hacer frente a sus responsabilidades paterno filiales se encuentra en una situación favorable para ostentar la guarda y custodia de sus hijos, ya sea de forma exclusiva o conjunta con el otro. De acuerdo con lo indicado, el TS dictó en 2016 una sentencia en la que, incluso abstrayéndose de la actual consideración de la custodia compartida como más adecuada para el interés de los hijos, reconoció “como vía para decidir sobre la medida en cuestión el interés y beneficio del hijo menor...la existencia de apoyos del padre para cumplir la guarda, ayuda de la que carece la madre, así como la mayor vinculación afectiva, por las circunstancias del caso, del menor con la familia paterna”⁷⁶.

Sin embargo, es importante hacer hincapié en la (en ocasiones) delgada línea que separa el apoyo familiar (que tiene lugar cuando un progenitor cumple de forma activa e inequívoca con las obligaciones respecto de sus hijos, contando para ello con el auxilio de familiares cercanos⁷⁷), de la llamada desatención familiar (manifestada en aquellos casos en que el progenitor descansa en sus familiares el cumplimiento de los mentados deberes), pudiendo dar lugar (esta última) a la pérdida de la titularidad de una guarda y custodia inicialmente concedida, como apreció la AP de A Coruña en un supuesto en que estimó “una modificación de circunstancias, de manera que una vez se ha dictado la sentencia que acuerda el régimen de guarda y custodia compartida, al haberse demostrado la desatención del padre respecto al cuidado hacia su hijo, funciones que realizan los abuelos paternos, pues una cosa es que en casos puntuales pueda verse obligado a pedir ayuda a los abuelos del menor para su cuidado, pero no que sean éstos los que cuiden y se encarguen directamente de su nieto, puesto que las funciones que le corresponden al padre son de obligado cumplimiento sin que pueda exonerarse de sus obligaciones por considerar que el menor está bien cuidado por los abuelos”⁷⁸.

B. Incumplimiento de las obligaciones paterno filiales.

Aunque no es lo habitual, sí en algunas ocasiones nos encontramos una coyuntura familiar en la que uno de los progenitores lamentablemente renuncia, explícita o (sobre todo) implícitamente, al cumplimiento de sus obligaciones paterno filiales, lo cual es de todo punto repudiable por cuanto “la separación, la nulidad o el divorcio lo es de los cónyuges entre sí, pero no respecto a los hijos”⁷⁹.

⁷⁶ STS 355/2016, de 30 de mayo de 2016, Rec. 3113/2014.

⁷⁷ Así, la Audiencia Provincial del Murcia en su SAP 83/2015, de 26 de mayo de 2015, Rec. 370/2014, entendió que la mejor disponibilidad horaria por parte de uno de los progenitores no era obstáculo para la custodia compartida, ya que el otro contaba con ayuda familiar.

⁷⁸ SAP A Coruña 52/2019, de 7 de febrero de 2019, Rec. 483/2018.

⁷⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia*, cit. pág. 200.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

Sin perjuicio de la responsabilidad penal que tal conducta puede acarrear, en el ámbito civil esta situación encamina a un resultado ineludible: la inviabilidad del ejercicio conjunto de la guarda y custodia. Por este motivo, en ocasiones “puede resultar determinante a la hora de decidir sobre la guarda y custodia de los menores atender a si alguno de los progenitores ha venido dedicando mayor tiempo al cuidado de los hijos durante la convivencia anterior a la crisis conyugal. Haber asumido, prácticamente en exclusiva, las funciones de mayor importancia, sugiere un conocimiento más profundo de las cuestiones cotidianas del menor”⁸⁰.

Ello no obstante, es importante distinguir en este punto entre la privación de la patria potestad y el establecimiento de una custodia exclusiva a favor del cónyuge que cumple con sus obligaciones, pues es ésta última la solución por la que se decantan la mayor parte de Juzgados y Tribunales. A título de ejemplo, la AP de Cantabria resolvió en 2015 una apelación aceptando lo dictaminado en la sentencia de instancia “acerca de la pasividad e incumplimiento por parte del demandado de sus deberes paterno-filiales para con su hijo menor...No obstante, la conducta de incumplimiento y pasividad a que alude la sentencia de instancia no se cohonestan con la atribución del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores acordado en la sentencia que se trata de modificar, al punto de que puede entorpecer indudablemente el ejercicio de la misma por (la madre); pero la solución ha de venir en este caso...no por la privación al padre de la titularidad misma de la patria potestad, sino por la atribución en exclusiva de su ejercicio a la madre...puesto que el menor convive en exclusiva con (la madre)”⁸¹.

Lo expuesto en el párrafo que precede se entiende sin perjuicio de que concurren circunstancias extremas que aconsejen la primera opción, luego “la privación de la patria potestad requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada, así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido, resultando incompatible mantener la patria potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma”⁸². Así lo advirtió recientemente el TS en un supuesto en que consideró acreditada una desatención tanto personal como económica por parte de uno de los progenitores, calificando como incumplimiento grave y reiterado, prolongado en el tiempo, la dejación de las funciones de patria potestad, así como de guarda y custodia, sin causa justificada y desde que el menor contaba con muy poca edad⁸³.

El motivo esencial que sustenta la postura jurisprudencial referida es el insoslayable perjuicio que supone para los hijos el hecho de hacer depender cuestiones vitales para ellos del consentimiento de un progenitor que ni está ni se le espera, menoscabo que sólo puede ser subsanado otorgando a la otra parte la facultad de tomar la totalidad de las decisiones que incidan en el desarrollo de los menores. Así lo reflejó, por ejemplo, la AP de Madrid en un supuesto en que el padre rehuía el cumplimiento de sus obligaciones paterno filiales, de suerte que “el concurso de voluntades que supondría el ejercicio conjunto de la patria potestad devendría imposible, perjudicando

⁸⁰ DUTREY GUANTES, Y. et al. *Memento práctico Familia (Civil)*. Editorial Lefebvre-El Derecho S.A. Madrid, 2018, pág. 531.

⁸¹ SAP Cantabria 385/2015, de 9 de septiembre de 2015, Rec. 323/2015.

⁸² STS 621/2015, de 9 de noviembre de 2015, Rec. 1754/2014.

⁸³ STS 291/2019, de 23 de mayo de 2019, Rec. 3383/2018.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

sobremanera el normal desenvolvimiento de la vida y educación de (la hija), que no puede quedar a expensas de que se consigan recabar los consentimientos de un padre desaparecido...De esta forma, la atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre cumple con los parámetros legales y jurisprudenciales antedichos, respetando en especial el principio del beneficio filial que rige la materia”⁸⁴.

C. Conflictividad entre progenitores e influencia de éstos sobre los hijos.

De sobra es sabido que una crisis de pareja puede conllevar, entre otras secuelas, desavenencias conyugales a la hora de gestionar algunos aspectos derivados de la misma, tales como el reparto de bienes gananciales, la atribución de la vivienda familiar, o la posible estipulación de una pensión compensatoria; al fin y al cabo, desavenencias razonables que sin embargo no pueden impedir por sí solas acordar el ejercicio conjunto de la guarda, pues “para adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes”⁸⁵. Lo anterior se entiende con la salvedad de que las circunstancias del caso concreto evidencien un contexto familiar insostenible, lo cual se manifiesta no sólo en el ámbito meramente familiar, sino también (en ocasiones) en el mismo acto del juicio, tal como advirtió el Alto Tribunal en un supuesto en que un padre acusó abiertamente a su mujer de “ser una mala madre, de «estar loca», o psíquicamente alterada, en el acto del plenario se llegó a comentar por la contraparte que la madre «había tenido intentos autolíticos», lo cual es absolutamente falso, en fin, se vertieron hacia ella tantas descalificaciones que son una pequeña muestra de la real animadversión existente entre los padres del menor”⁸⁶.

Lo realmente grave es que esas divergencias surjan en torno a la guarda y custodia de los hijos, hasta el punto de utilizar a éstos como arma arrojadiza en el seno de una competición que tiene como “premio” la titularidad de la citada custodia, sin importar lo más mínimo cuál es el régimen más propicio para el confort de los menores.

Es entonces cuando entra en escena el órgano judicial para dejar claro que, a pesar de las discrepancias que puedan surgir, ello no puede menoscabar de ningún modo el bienestar de los menores y que no obsta necesariamente a establecer un régimen de guarda conjunta si así se garantiza el mismo y los cónyuges demuestran sobradas aptitudes para atender al cuidado de los pequeños, si bien obviamente se excluyen de esta doctrina los casos en que existen “unas relaciones tensas entre los progenitores, incluidas denuncias penales, que...perjudicaría al desarrollo del menor”⁸⁷. Así lo entendió la AP de Córdoba en un pleito en que las desavenencias entre los cónyuges no excedían de lo racional en una situación de crisis matrimonial, recordando que “entre personas plenamente capaces...para criar a sus hijos, la mala relación no es en absoluto un impedimento para que se adopte el régimen de custodia compartida, sin que ofrezca duda a la Sala de que el diálogo entre los progenitores se producirá siempre en aras al indiscutible interés superior de sus hijos”⁸⁸.

⁸⁴ SAP Madrid 965/2018, de 16 de noviembre de 2018, Rec. 409/2017.

⁸⁵ STS 96/2015, de 16 de febrero de 2015, Rec. 890/2014.

⁸⁶ STS 566/2017, de 19 de octubre de 2017, Rec. 1325/2016.

⁸⁷ STS 529/2017, de 27 de septiembre de 2017, Rec. 3933/2016.

⁸⁸ SAP Córdoba 135/2015, de 13 de marzo de 2015, Rec. 191/2015.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

Dicho de otro modo, “si la mera constatación de no ser fluidas las relaciones entre los progenitores fuese suficiente para denegar la guarda y custodia compartida, se lanzaría un mensaje que iría en contra del interés del menor, pues lo que éste exige es un mayor compromiso de los progenitores y una mayor colaboración, a fin de que los efectos de la crisis matrimonial afecten lo menos posible a los hijos y la situación familiar se resuelva en un marco de normalidad”⁸⁹. Por ello, “la búsqueda del enfrentamiento personal entre ambos cónyuges no puede ser en sí misma causa de denegación del sistema de guarda compartida, en cuanto perjudica el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores; sistema que, como ha recordado esta Sala, a partir de la sentencia 257/2013, debe ser el normal y deseable”⁹⁰.

Como se ha señalado, lo indicado en los párrafos anteriores encuentra la lógica excepción en aquellos supuestos en que las diferencias son susceptibles de generar una situación de inestabilidad en los hijos, supuestos en que el mismo Supremo reconoce la inviabilidad de la guarda y custodia compartida como, por ejemplo, que uno de los progenitores denuncie falsamente al otro por hipotéticos incumplimientos de sus obligaciones paterno filiales⁹¹.

Recuerda el TS que “la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad...pero ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial”⁹².

Dos son los aspectos a tener en cuenta por parte de los Jueces en relación con la inclinación de los hijos a favor de uno u otro progenitor en este tipo de procedimientos: si la misma está justificada y si los padres ejercieron previamente algún tipo de influencia sobre los menores que la hubiera motivado.

Es unánime la jurisprudencia, obviamente, respecto al carácter reprobable de una malinfluencia por parte de uno de los consortes sobre los hijos en perjuicio del otro⁹³, hasta el punto de retirar la custodia al primero si fuere necesario. Esto último sucedió precisamente en una sentencia dictada por la AP de Murcia, que otorgó la custodia

⁸⁹ STS 433/2016, de 27 de junio de 2016, Rec. 3698/2015.

⁹⁰ STS 22/2018, de 17 de enero de 2018, Rec. 1447/2017.

⁹¹ Caso enjuiciado por la STS 529/2017, de 27 de septiembre de 2017, Rec. 3933/2016, en que la mala relación se exhibió mediante actitudes tan graves como reiteradas denuncias del padre a la madre, todas sobreesídas, por incumplimientos del régimen de visitas.

⁹² STS 242/2018, de 24 de abril de 2018, Rec. 2556/2017.

⁹³ STS 751/2016, de 22 de diciembre de 2016, Rec. 1838/2015: “Procede custodia compartida, confirmando alzada, porque la búsqueda sistemática de enfrentamiento de una de las partes (la madre) no puede ser motivo para denegarla, demostrado además que el padre ha superado su situación de drogodependiente y alteraciones psíquicas, como lo demuestra el tener la custodia de otra hija de la que previamente se le había retirado por los servicios sociales”.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

exclusiva al padre al entender “acreditado que en este caso el comportamiento de la madre está afectando negativamente al menor. El citado informe pericial psicológico pone de manifiesto que la madre hace partícipe a su hijo del conflicto que mantiene con el progenitor paterno, lo que estaría provocando en el niño miedo y dolor emocional, máxime además valorando que la madre desvaloriza la figura paterna, al tiempo que interfiere obstaculizando la relación paterno filial”⁹⁴.

No es tan firme la postura jurisprudencial respecto a la opinión manifestada por los menores en los referidos pleitos, pues no es raro acudir indistintamente a pronunciamientos que tienen en cuenta el parecer de los hijos⁹⁵ y otros que consideran que el mismo no es determinante para establecer el régimen de custodia⁹⁶, y menos cuando está claramente aleccionado por una de las partes.

En definitiva, “el interés de la menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad que... puede estar condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro”⁹⁷. A pesar de ello, reconoce el TS que “es cierto que la opinión de los niños debe ser tenida en cuenta, y que el artículo 92 del Código Civil... no indica ningún criterio para determinar y delimitar el interés del menor en el régimen de custodia, salvo el que resulta de la unión entre los hermanos, como tampoco el carácter o no de prueba del derecho a ser oído”⁹⁸.

a) Caso extremo: polémico Síndrome de Alienación Parental.

En primer lugar es importante aclarar que, inicialmente, este concepto se identificaba con los supuestos en que la madre llevaba a cabo un adoctrinamiento desmedido sobre su hijo contra el padre, hasta el punto de considerarlo incluso como “un trastorno infantil que surge casi exclusivamente en el contexto de disputas por la custodia de los niños. Su manifestación primaria es la campaña de denigración del niño contra un padre, una campaña que no tiene justificación. Ello resulta de la combinación de una programación (lavado de cerebro) de adoctrinamiento parental y de las propias contribuciones del niño para el vilipendio del padre objetivo”⁹⁹.

No obstante, lo cierto es que hoy en día esta polémica noción se emplea igualmente cuando la controversia surge por parte del padre contra la madre. A tal efecto, la AP de Sevilla verificó que, “ante las discrepancias existentes entre madre e hijo... se desprende, no solo que el mismo tiene condicionada o mediatizada su voluntad por parte del padre y está siendo víctima de un síndrome de alienación parental, indisponiéndolo contra su madre y familia materna; sino que como consecuencia de

⁹⁴ SAP Murcia 589/2018, de 27 de septiembre de 2018, Rec. 722/2018.

⁹⁵ STS 526/2016, de 12 de septiembre de 2016, Rec. 3200/2015: “No procede custodia compartida, atendiendo a la práctica anterior de los progenitores, los deseos de la niña y la mayor disponibilidad de tiempo de la madre”.

⁹⁶ STS 519/2017, de 22 de septiembre de 2017, Rec. 2831/2016: “Procede custodia compartida en vía de modificación, en consideración a la nueva jurisprudencia sobre la materia que se considera alteración sobrevenida de las circunstancias y por el cambio de ciclo vital del menor (antes primera infancia ahora próximo a la adolescencia), sin que la voluntad del hijo en contra sea determinante, que la Sala ve seguramente influenciada por la progenitora custodia”.

⁹⁷ STS 206/2018, de 11 de abril de 2018, Rec. 2568/2017.

⁹⁸ STS 249/2018, de abril de 2018, Rec. 3090/2017.

⁹⁹ GARDNER, R. A. “Legal and Psychotherapeutic Approaches to the Three Types of Parental Alienation Syndrome Families. When Psychiatry and the Law Join Forces”. *Court Review*, Volume 28, Number 1, Spring 1991, p. 14-21.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

dicha instrumentalización se está viendo envuelto en un severo conflicto emocional ante las disputas de los padres que está interfiriendo en su proceso de maduración emocional¹⁰⁰.

Tan controvertido es este concepto como escasa su aplicación jurisprudencial. Sin embargo, aunque escasa, no es nula y ello debido a ciertos casos extremos en que uno de los progenitores alinea de forma exagerada a su hijo en contra del otro.

No es tarea sencilla distinguir la línea roja que separa una mera malinfluencia (como la analizada en el apartado precedente) del síndrome aquí examinado, distinción que ha de ser encomendada al órgano judicial y que debe ser advertida según las circunstancias concretas de cada caso, atendiendo a factores básicos como la edad del menor, la opinión que éste tiene sobre el progenitor que supuestamente es víctima del S.A.P. y, sobre todo, si la conducta de éste último justifica o no la apreciación del mentado síndrome. Este análisis se llevó a cabo, entre otras, por la AP de Madrid en un supuesto en que la madre llegó a incumplir el régimen de visitas para privar al padre de pasar el tiempo que le correspondía con su hija, alineando a ésta contra su progenitor, quedando “plenamente acreditado el preocupante perjuicio que a la hija común menor de edad ocasiona la opción de guarda materna, hasta el punto de estar dando lugar a un inicio de lo que en un futuro próximo pasara a ser un síndrome de alienación parental, o injustificado rechazo a la figura del padre, solamente producto de la interferencia de la madre en las relaciones paterno filiales, que va a dar lugar previsiblemente, de mantenerse la opción de guarda materna pretendida, a la inviabilidad de la continuidad de la relación con el progenitor masculino, lo que se informa notoriamente perjudicial para (la hija), hoy de 9 años de edad...ha de procederse al cambio de opción de guarda, por más que suponga un cierto shock para la niña, al ser el único medio que garantiza relaciones normalizadas con el padre sin suponer ello una pérdida de la relación con la madre”¹⁰¹.

En relación a todo lo anterior, es bastante ilustrativa la STS 519/2017, de 22 de septiembre de 2017, Rec. 2831/2016:

“...no es posible que una menor de doce años, por mucha madurez e inteligencia que pueda tener, decida sobre un aspecto tan importante en su vida como el desarrollo de sus relaciones con su padre hasta el punto de excluir todo tipo de relación paterno filial sin expresar una causa razonable que así lo justifique. De la exploración de la menor este tribunal pudo apreciar esta voluntad contraria a relacionarse con el (padre), pero también se pudo observar que no existen motivos concreto que pueden justificar tal decisión...además...la influencia de la madre sobre las opiniones de la menor sobre el padre...justifica en mayor grado la necesidad de que dicho contacto se haga más constante a los efectos de que la menor, cuyo grado de madurez no ofrece duda, pueda compartir más tiempo con su padre como medio de contrarrestar tal influencia...Mantener la situación de custodia compartida acordada en la sentencia apelada permite cumplir con los beneficios indudables...siendo los progenitores los que han de velar por no influir negativamente en las opiniones de su hija, permitiéndole un armónico desarrollo de su personalidad, evitando las dependencias afectivas

¹⁰⁰ SAP Sevilla 463/2008, de 24 de octubre de 2008, Rec. 4119/2008.

¹⁰¹ SAP Madrid 405/2009, de 23 de abril de 2009, Rec. 81/2009.

insanas y las manifestaciones verbales injuriosas contra el otro progenitor o su familia”.

b) Posible consecuencia: atribución de la guarda y custodia a terceras personas.

Esta modalidad de guarda y custodia, no exenta de polémica, consiste en el encomendamiento de la misma “a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”¹⁰².

Y decir que esta variante de guarda y custodia no está exenta de controversia tiene su fundamento, no tanto en lo que respecta a su instauración, sino más bien en la apreciación de las causas que la motivan. Ello es así por cuanto la razón que da lugar a la misma suele ser, en la mayoría de los casos, un “debilitamiento de los lazos afectivos entre los miembros que integran el núcleo familiar...con dificultad para involucrar a los progenitores en la crianza de los hijos”¹⁰³.

Esta discutida situación da pie al Juez a hacer uso de alguna de las facultades que el CC le confiere, como dictar “las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda”¹⁰⁴. Así, por ejemplo, el TS confirmó en 2001 una sentencia de instancia que acordó atribuir a unos abuelos la guarda y custodia de su nieta al entender poco recomendable la estancia de ésta en compañía de su madre, ante las dificultades de la progenitora para hacer frente a sus responsabilidades parentales¹⁰⁵. Más recientemente, incluso atribuyó la guarda y custodia exclusiva de una menor a su tía tras el fallecimiento de la madre, al comprobar la existencia, con la primera, de “unos vínculos afectivos muy distintos de los que existen con su padre, como ha puesto en evidencia la prueba practicada, expresiva de la falta de capacidad del progenitor supérsite para atender adecuadamente a la niña”¹⁰⁶.

D. Trascendencia del principio de no separación de hermanos.

Se enuncia este principio en el Código Civil al imponer al Juez la obligación de adoptar, cuando acuerde el ejercicio conjunto de la custodia, “las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”¹⁰⁷.

El mentado principio se remite implícitamente a la llamada custodia “diferenciada” o “distributiva”. Se trata, sin duda, de la modalidad de guarda y custodia que más discrepancias genera dentro del debate jurisprudencial. Su supuesta contraposición al principio del interés del menor, la supuesta ruptura del vínculo

¹⁰² Según tenor literal del párrafo segundo del art. 103.1º CC.

¹⁰³ CRUZ GALLARDO, B. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Editorial La Ley, Madrid, 2012, pág. 547.

¹⁰⁴ Art. 158 CC.

¹⁰⁵ STS 308/2001, de 29 de marzo de 2001, Rec. 972/1996.

¹⁰⁶ STS 492/2018, de 14 de septiembre de 2018, Rec. 4860/2017.

¹⁰⁷ Art. 92.5 CC.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

familiar entre hermanos, la escasez de sentencias que la aplican, o su insuficiente previsión legal¹⁰⁸, son sólo algunas de las causas que sustentan el rechazo a esta medida.

“Sin embargo, atendiendo a la edad de los menores y a los antecedentes familiares, en numerosas ocasiones este criterio legal se ve superado por los tribunales...se trata de un principio que debe utilizarse de manera racional y no genérica o automática, siendo en ocasiones aconsejable y preferible no forzar o exigir una convivencia que va a influir negativamente en su situación personal”¹⁰⁹. Respecto a la relevancia de la edad de los hermanos a la hora de acordar o no una custodia diferenciada, se pronunció en su día la AP de Málaga al señalar que “la diferencia de edad entre los hermanos...y el deseo del mayor de los hijos de vivir con el padre, hacen que prime éste en detrimento de la recomendación legal de no separar a los hermanos. Aunque debe seguirse en lo posible dicha recomendación legal, sin embargo, esto no implica que necesariamente deban permanecer todos bajo una misma guarda y custodia”¹¹⁰.

No en vano, sí se ha venido fijando este régimen de custodia en algunas ocasiones, hasta el punto de llegar a pronunciarse nuestro Alto Tribunal acerca del mismo, justificándolo cuando las circunstancias lo aconsejan, sin pasar por alto el carácter excepcional que guía su aplicación.

Así, por ejemplo, el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Gijón acordó, en su SJPI de 7 de noviembre de 2012, “atribuir al padre la guardia y custodia de los dos hijos mayores, y a la madre la guardia y custodia de los dos hijos menores”.

Posteriormente, la Audiencia Provincial de Gijón confirmó la sentencia dictada en primera instancia, desestimando el recurso de apelación interpuesto al entender que “la conveniencia de no separar a los hermanos no puede erigirse en factor fundamental para asignar la custodia cuando, en primer lugar, la solución implicaría desgajar a los menores de la convivencia con su hermano mayor que reside con la apelada, con lo que la cohesión absoluta de la familia no se logra”¹¹¹.

Finalmente, el Tribunal Supremo, lejos de casar la sentencia de la AP, la confirmó al considerar que “no existe inconveniente alguno para separar a los hermanos debido a la diferencia de edad entre unos y otros, lo que supone que van a realizar actividades escolares, extraescolares y de ocio diferenciadas. Además es habitual que por razones personales, familiares, educativas, etc., los hermanos puedan vivir separados, sin que ello suponga que no puedan mantener una relación plena, garantizada mediante el establecimiento de un régimen de visitas conjunto...La medida ha de adoptarse en interés del menor...la decisión de separar a los hermanos resulta lógica, razonable, no arbitraria y respetuosa con el interés de los menores”¹¹².

¹⁰⁸ Apenas el párrafo segundo del art. 96 CC se remite implícitamente a ella al señalar, en relación con la atribución de la vivienda familiar, que “cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno (de los progenitores) y los restantes en la del otro...”.

¹⁰⁹ DUTREY GUANTES, Y. et al. *Memento práctico Familia (Civil)*, cit. pág. 528.

¹¹⁰ SAP Málaga 562/2006, de 2 de Noviembre de 2006, Rec. 684/2006.

¹¹¹ SAP Gijón 311/2013, de 9 de julio de 2013, Rec. 33/2013.

¹¹² STS 530/2015, de 25 de septiembre de 2015, Rec. 1537/2014.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

Además del caso apuntado, en recientes ocasiones se han venido decantando Juzgados y Tribunales por esta modalidad de custodia, siguiendo el criterio de la diferencia de edad entre hermanos ya consagrado por el TS. En definitiva, se acuerda tanto en primeras como en segundas¹¹³ instancias, preservando el mantenimiento de las relaciones entre los hermanos¹¹⁴ y siempre que la estructura familiar lo aconseje, lo cual acontece cuando “ambos progenitores se encuentran capacitados para atender las necesidades de sus hijos y por ende para ostentar la custodia de los mismos... No siendo obstáculo para la adopción de esta medida diferenciada el que se haya de separar a los hermanos habida cuenta que atendiendo a la edad de los mismos y al sistema de alternancia que se va a establecer en la custodia (semanal) así como a las comunicaciones de otro tipo que los hermanos puedan mantener, ello tendrá escasa incidencia práctica máxime si se establece que en los fines de semana los dos menores se encuentren bajo la custodia del mismo progenitor”¹¹⁵.

En este punto, resulta especialmente interesante el exhaustivo análisis de las circunstancias que lleva a cabo la Audiencia Provincial de A Coruña en su SAP 441/2016, de 26 de diciembre de 2016, Rec. 361/2016, precisando las pautas a seguir para fijar el régimen de guarda y custodia diferenciada:

“...a la vista de la prueba obrante en autos, y las propias exposiciones de las partes, se puede establecer: a) Ambos progenitores trabajan fuera del hogar... b) Los planteamientos educativos verbalizados por uno y otro se definen bajo parámetros normalizados, teniendo ambos capacidad para hacer frente a las exigencias de los menores en los distintos niveles... c) El hijo menor –11 años entonces– manifestó que le gustaría estar con su padre y con su madre, pasando períodos con ambos. El mayor –16 años en la actualidad– es firme en su decisión de querer estar con su padre, dados los enfrentamientos que parece tener con su madre... d) El menor tiene una vinculación sólida y segura con sus padres... e) Un elemento a valorar es la edad del hijo, pues no son iguales las necesidades de un bebé que las de un adolescente, ya que a medida que tiene más edad se implica más con su padre y su madre y es más fácil la custodia compartida al tener más autonomía en sus actividades básicas personales en descargo de sus padres (referidas a vestido, aseo, comida, etc.), facilitándose así la correcta ejecución de dicha modalidad de custodia... f) Ambos padres están implicados y cumplen de forma adecuada y acertada los deberes para con sus hijos...

...Todo lo anterior conduce a que debe establecerse la custodia exclusiva del padre sobre su hijo mayor. En primer lugar, porque nadie ha pedido la compartida. En segundo, porque en los tiempos actuales hablar de una custodia sobre un hijo de 16 años es indudablemente problemático para los padres. Suele ser una etapa difícil educacionalmente. Y no parece que pudiera imponerse una

¹¹³ SAP Palma de Mallorca, 334/2016, de 3 de noviembre de 2016, Rec. 138/2016: “el establecimiento de estas dos modalidades de guarda y custodia no supondrá separación de los hermanos... el hecho de que ahora la hija manifestara en su exploración judicial que prefería vivir con su madre y, por ello, se establezca una guarda y custodia en exclusiva de la madre en cuanto a dicha hija, no debe conllevar necesariamente que se establezca dicha guarda y custodia en exclusiva en cuanto al hijo”.

¹¹⁴ En este sentido, la SAP Madrid 855/2016, de 25 de noviembre de 2016, Rec. 1282/2015, que resuelve sobre la guarda y custodia de tres menores de entre 10 y 14 años, acordando la custodia exclusiva de la mayor para la madre y la custodia igualmente exclusiva de los dos menores para el padre, si bien exige que los tres coincidan en las visitas de fin de semana.

¹¹⁵ Sentencia 313/2016, de JPI nº 28 de Madrid, de 6 de octubre de 2016.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

guarda contra su frontal voluntad...En cuanto al menor, sí debe acordarse la custodia compartida, en cuando debe considerarse el régimen normal en la actualidad, no existiendo obstáculo alguno para optar por este sistema. Su edad lo hace en estos momentos más vulnerable, y precisa más intensamente disponer de los dos referentes paternos, tener el apoyo, ayuda y cuidados de ambas figuras paternas”.

4. Domicilio familiar.

A. Distancia entre los domicilios.

A diferencia de lo que ocurre con los tres criterios que anteceden, cuya objetividad queda fuera de toda duda¹¹⁶, “la proximidad o lejanía de los domicilios de los progenitores es un factor a ponderar con otros muchos, pero no es determinante ni excluyente, visto que lo esencial es que tal diferencia sea compatible con el ejercicio conjunto de la custodia”¹¹⁷ y determinar hasta qué punto resulta beneficioso para los hijos un traslado constante pues, en ocasiones, “el que sea más beneficioso (el sistema de guarda y custodia compartida) para los menores está aún por demostrar...y no digamos nada del cambio de domicilio semanal que se pretendía instaurar en la nueva regulación en la Sentencia recurrida, pues el cambio citado sería totalmente no beneficioso para los hijos, al ser un cambio continuo”¹¹⁸.

En relación con lo anterior, existe una gran variedad de pronunciamientos de Juzgados y Tribunales que, en situaciones similares, adoptan decisiones contrapuestas, dado que no sólo influye la distancia en sí, sino cómo esa distancia permite satisfacer las restantes necesidades de los menores, especialmente su escolarización. Este aspecto es de gran importancia, hasta el punto de ser denegado el ejercicio conjunto de la guarda cuando la distancia entre ambas residencias la hace “incompatible con la escolarización del menor; sin que sirva el compromiso del padre de trasladar su domicilio, pues no puede depender de un impulso propio sino de una consolidación de la nueva residencia”¹¹⁹.

No obstante, se sigue tratando de aplicar, con carácter general, el ejercicio del cuidado de los hijos de modo simultáneo por ambos progenitores, rechazándose (salvo cuantiosas distancias) “el criterio de la “deslocalización” de los niños para no aplicar la guarda y custodia compartida, por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos”¹²⁰.

Para entender mejor la dificultad que conlleva extraer una postura consolidada del TS sobre este criterio concreto, veamos dos ejemplos enjuiciados por el propio Alto

¹¹⁶ Como vimos anteriormente, el principio *favor filii* guía cuantas sentencias se dictan sobre guarda y custodia, la petición por parte de uno de los cónyuges es indispensable para acordar el ejercicio compartido de la misma y el apoyo familiar real y probado es, sin duda, un punto a favor a la hora de otorgar su titularidad.

¹¹⁷ Tal como recuerda la SAP Barcelona 264/2014, de 9 de abril de 2014, Rec. 417/2012.

¹¹⁸ SAP Ávila 21/2017, de 27 de enero de 2017, Rec. 825/2016.

¹¹⁹ STS 115/2016, de 1 de marzo de 2016, Rec. 611/2015.

¹²⁰ STS 753/2015, de 30 de diciembre de 2015, Rec. 183/2015.

**Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)**

Tribunal en los que sendas distancias difieren en poco más de 5 kilómetros entre uno y otro domicilio, siendo las restantes circunstancias las que adquieren relevancia a la hora de determinar el sistema de custodia apropiado:

- STS 748/2016, de 21 de diciembre de 2016, Rec. 409/2016: “No procede custodia compartida, pese a concurrir acreditadamente los demás requisitos, por estar los domicilios de los padres alejados unas decenas de kilómetros, lo que es una alteración de la vida normal del menor cuando está ya en edad escolar”.

En esta ocasión, la distancia real entre ambos domicilios era de 40,8 km, todos por autopista de circunvalación, entre Boadilla del Monte y San Martín de la Vega en la provincia de Madrid, con un tiempo medio de recorrido de 31 minutos según los navegadores; sin embargo, el Tribunal no consideró alteración de la vida normal fijar visitas de fines de semana de 3 pernoctas con el padre, una pernocta más el miércoles y dos horas el martes, con desplazamientos del niño compartidos entre los dos progenitores.

- STS 370/2017, de 9 de junio de 2017, Rec. 1495/2016: procede custodia compartida, la cual “supone evidentemente beneficios para el menor y también alguna dificultad, en cuanto implica normalmente la necesidad de cambio de domicilio en períodos cortos de tiempo, lo que sin embargo queda compensado con la posibilidad de convivencia estable con ambos progenitores. Esta sala se ha pronunciado a favor de evitar que ello comporte la necesidad de notables desplazamientos hasta el lugar de escolarización durante el tiempo en que el menor reside en alguno de los domicilios de dichos progenitores pero, como se ha dicho, no es ésta la situación del presente caso en que dicha dificultad aparece superada. De ahí que en este supuesto resulte factible que la residencia del hijo cambie por períodos semanales entre ambas localidades donde habitan sus progenitores -con custodia compartida- pues ello no supone especiales dificultades para el mismo”.

En este caso, la distancia entre las viviendas era de 46 km (sitas en los valencianos municipios de Alfarrasí y Beneixama), si bien existía una particularidad, pues el menor estaba “escolarizado en la localidad de Onteniente...de modo que, dado que Onteniente se encuentra prácticamente equidistante entre las dos localidades de residencia de los padres –Alfarrasí y Beneixama– resulta igual de gravoso para el menor el traslado al colegio desde una u otra localidad”.

Como se puede comprobar, el criterio de la distancia es bastante subjetivo e incluso relativo, de modo que debe de ser sopesado junto a otras singularidades de cada supuesto de hecho. Singularidades que han de manifestarse siempre en el momento en que ha de adoptarse el régimen de custodia, sin que sea suficiente la voluntad de uno de los progenitores que, siendo consciente de la dificultad que puede conllevar un ejercicio compartido de la guarda dada la distancia que puede existir entre los domicilios, establece como factible el traslado futuro a una determinada localidad en aras de hacer viable el citado régimen. Así lo advirtió recientemente la AP de A Coruña en un supuesto en que existían “motivos suficientes en contra de la custodia compartida. Por un lado el obstáculo insalvable de las distintas y distantes residencias de madre y padre (Coruña y Palencia) que impiden este sistema de custodia. El propio padre es consciente

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

de ello desde el momento en que alega que estaría dispuesto a trasladarse a vivir y trabajar en Coruña. Pero lo cierto es que actualmente tiene su domicilio y trabajo en Palencia y aquello otro se trata de un futurible y como tal inseguro, basado en la sola palabra del padre, no pudiendo decidirse la custodia por eventualidades futuras cuando tampoco se conocen cuales serían las concretas circunstancias a valorar para tomar la decisión. Eso también lo advirtieron los peritos del equipo oficial al explicar su informe en la vista de apelación y considerar "hipotético" el trabajo aquí del padre y "todo en el aire"¹²¹.

Asimismo, si bien el presente trabajo versa sobre los criterios de atribución de la guarda y custodia, no se puede obviar la incidencia que la mentada distancia entre domicilios tiene en relación al régimen de visitas, recordando al respecto el TS que “es preciso un reparto equitativo de cargas, de forma que ambos progenitores sufraguen los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, teniéndose en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral... la Sala declara que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar, al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor”¹²².

Ahora bien, si tuviéramos que fijar un espacio entre domicilios a partir del cual la jurisprudencia considera inviable el ejercicio conjunto de la guarda, serían aproximadamente entre 40 y 45 kilómetros, en función de la densidad de tráfico existente en la vías que unen las viviendas, la calidad de las mentadas vías, el recorrido diario que deben realizar los menores para acudir a su centro escolar desde cada domicilio, o el beneficio que los traslados suponen para los hijos. No hay duda de que distancias cortas como los 15¹²³ o incluso 30¹²⁴ km no impiden la custodia compartida, ni que una separación de 50¹²⁵ o más km la convierten en prácticamente imposible. No obstante, tras los ejemplos expuestos previamente, la duda estriba en el trecho existente entre los citados 40 y 45 km.

B. Autorización/Denegación del traslado de domicilio (y centro escolar): remisión a los Expedientes de Jurisdicción Voluntaria

En el seno de las crisis matrimoniales, una vez dictada sentencia de divorcio y acordadas las correspondientes medidas definitivas, a menudo surgen cambios

¹²¹ SAP A Coruña 186/2019, de 10 de mayo de 2019, Rec. 42/2018.

¹²² STS 676/2017, de 15 de diciembre de 2017, Rec. 275/2017.

¹²³ STS 110/2017, de 17 de febrero de 2017, Rec. 2930/2015: “no puede considerarse perjudicial para el menor la distancia de 15 km al centro escolar desde el domicilio del padre por dos motivos: 1º. Los domicilios se encuentran en localidades cercanas que permiten preservar el entorno del menor. 2º. Vivir en una localidad distinta a la del centro escolar es una circunstancia a la que diariamente se enfrentan muchos escolares por múltiples razones. Incluso recorren distancias iguales o superiores, sin que ello sea determinante para denegar la custodia compartida”.

¹²⁴ SAP Córdoba 406/2017, de 27 de junio de 2017, Rec. 249/2017: “aunque (la distancia) es algo superior a la contemplada en otros supuestos, existe una adecuada comunicación a través de una vía circulatoria rápida (autovía)”.

¹²⁵ STS 748/2016, de 21 de diciembre de 2016, Rec. 409/2016: “la distancia entre las poblaciones en las que residen los progenitores, que distan entre sí 50 km, es considerable para ser recorrida al desplazarse al colegio en semanas alternas...supondría una alteración en la vida normal del menor”.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

circunstanciales en la situación familiar que a su vez conllevan la necesidad de adaptación de los hijos a la nueva realidad.

Más adelante se precisará con más detalle la relevancia de esta modificación de las circunstancias, si bien una de ellas merece ser tratada separadamente. Hablamos de qué sucede cuando uno de los cónyuges decide trasladarse a otro domicilio, procurando paralelamente la mudanza del menor consigo y, en consecuencia, el traslado de éste a un nuevo centro escolar¹²⁶, poniendo con ello en peligro el ejercicio conjunto de la patria potestad del hijo y, por ende, el ejercicio conjunto de la guarda y custodia.

En estos casos, “el órgano judicial debe resolver la controversia atribuyendo la facultad de decidir a uno u otro progenitor. Para ello debe ponderar las propuestas de ambos, los motivos de su decisión, las opciones que plantean, las repercusiones de su decisión en la vida de las menores, la opinión de las menores si tienen suficiente juicio, entre otros factores que se consideren de relevancia en cada caso, debiendo resolver atendiendo al interés del menor que siempre es prioritario”¹²⁷.

Es decir, han de ser tenidas en consideración en todo caso una serie de circunstancias objetivas que, valoradas en su conjunto, den cumplimiento al tan aclamado principio *favor filii*. Hablamos de circunstancias de muy variada índole que, en suma, han de tener el mismo resultado: una resolución, como señala entre otras la AP de Santiago de Compostela, razonable y ajustada a derecho que garantice el bienestar de los hijos. La mentada Audiencia valora, como criterios a tener en cuenta, que “es objetivamente ventajoso para (el hijo) la asistencia a un centro de la misma localidad en la que reside...ambas partes están de acuerdo que el menor está adaptado al nuevo centro escolar...el nuevo centro escolar ofrece un proyecto educativo adecuado y acorde a la legislación vigente...el cambio de centro coincide con la finalización del ciclo de educación infantil del menor”¹²⁸. Misma línea mantiene, por ejemplo, la AP de Gijón, al tener presentes “tres criterios objetivos, de un lado, que las menores tienen su residencia oficial...en el domicilio materno...de otro, que los centros escolares escogidos por la progenitora se encuentran dentro del ámbito de influencia de su domicilio, razón por la cual, conforme a la normativa vigente, en principio tiene preferencia para solicitar y obtener plaza en dichos centros. Y, por último, que el centro interesado...no se encuentra dentro del ámbito territorial correspondiente a su domicilio, aunque pueda estar próximo, exigiendo a las menores el desplazarse”¹²⁹.

Al respecto, es consolidada la postura de las AP que autoriza el cambio solicitado siempre que se acredite de forma fehaciente que el mismo redundará en beneficio del interés de los menores, tratando de encontrar “una cierta estabilidad, tanto en cuanto a la residencia, centro escolar, la confianza que les proporciona ir en un mismo grupo de compañeros”¹³⁰, lo cual a su vez implica: por un lado, que existan circunstancias que aconsejen dicho cambio y, por otro, que resulte igualmente

¹²⁶ Cuestión que debe ser resuelta, dada la celeridad que este mecanismo procesal ofrece, instando el pertinente Expediente de Jurisdicción Voluntaria conforme a las directrices previstas en los arts. 85 y 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en consonancia con los arts. 156 y 158 CC.

¹²⁷ Auto 23/2019, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de enero de 2019, Rec. 1058/2018.

¹²⁸ Auto 56/2018, de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela, de 20 de junio de 2018, Rec. 399/2017.

¹²⁹ Auto 4/2019, de la Audiencia Provincial de Gijón, de 10 de enero de 2019, Rec. 567/2018.

¹³⁰ Auto 51/2018, de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 13 de abril de 2018, Rec. 29/2018.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

acreditado que el nuevo destino presenta mejores condiciones para los hijos que el lugar de procedencia. Referente a lo anterior, incide la AP de A Coruña en que, en los EJVs, debe regir en todo caso el “principio *favor filii*...El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia”¹³¹.

En relación con la necesidad de acreditar fehacientemente la idoneidad del nuevo destino, son reiterados los autos denegatorios de las solicitudes de cambio formuladas, bien cuando la solicitud se interesa por una de las partes mostrando una postura egoísta¹³², bien cuando “no parece por lo expuesto, ni se deduce de la prueba obrante en autos, la necesidad del aludido cambio en beneficio de ambos menores, cuyo entorno educativo y social se está desarrollando de manera adecuada”¹³³.

Igualmente, y a la inversa, sólo se conceden dichos cambios en los supuestos en que sí se justifica la necesidad de los mismos¹³⁴. Así, por ejemplo, “que la menor acuda a un centro escolar situado en la localidad donde reside y no a otro situado en otra localidad es lo normal y lógico, siendo obvias las ventajas -singularmente, el menor tiempo y coste de traslados; la mayor facilidad para relacionarse con sus compañeros fuera de las horas lectivas- que ello implica”¹³⁵.

C. Sometimiento a liquidación de la vivienda.

Ésta es una consecuencia directa en la atribución de la guarda y custodia, rodeada de cierta delicadeza por cuanto es susceptible de malinterpretaciones, especialmente cuando no existe acuerdo entre los progenitores y se establece un régimen de custodia compartida (pues en caso de custodia exclusiva no hay lugar a dudas: la titularidad de la vivienda se otorga “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”¹³⁶).

Ello es así desde el momento en que una de las partes, al formular demanda de divorcio existiendo hijos menores de por medio, solicita la liquidación de la vivienda familiar, mientras el otro reacciona dando a entender que la mentada pretensión tiene como finalidad “echarle de casa”, inculcando esta falsa convicción en los pequeños. El problema se agrava asimismo por el déficit legislativo que acompaña a esta materia, lo

¹³¹ Auto 62/2018, de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 3 de mayo de 2018, Rec. 94/2018.

¹³² Auto 74/2019, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de febrero de 2019, Rec. 1231/2018: “...resulta evidente que el traslado de domicilio que realiza la madre es voluntario y no responde a más razón que su propio deseo de tener su domicilio en la localidad X, donde reside su familia extensa...no se desprende acreditado que el interés de los menores aconseje un cambio del colegio al que vienen asistiendo las menores desde el inicio de su escolarización...”.

¹³³ Auto 3/2019, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 14 de enero de 2019, Rec. 536/2018.

¹³⁴ Auto 128/2018, de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 14 de noviembre de 2018, Rec. 206/2018: “...se ha demostrado el traslado laboral y que el nuevo centro de trabajo está más próximo al lugar de residencia y colegio...”.

¹³⁵ Auto 43/2017, de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela, de 25 de abril de 2017, Rec. 64/2017.

¹³⁶ Según tenor literal del art. 96 CC.

**Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)**

cual (una vez más) hace necesario acudir a la jurisprudencia para encontrar una solución conforme a Derecho.

Sobre esta controvertida cuestión se ha visto obligado a emitir pronunciamiento en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, debiendo adoptar “una solución con relación a la atribución de la vivienda al cónyuge no titular de la misma en casos de custodia compartida, sobre la que no existe jurisprudencia de casos similares...El problema para hacer efectivo este régimen de convivencia, es especialmente grave en situaciones de crisis económica, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, puesto que les obligará a disponer de su propia vivienda, además de la familiar, con tres viviendas en uso...Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente"...Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso”¹³⁷.

Como se puede apreciar, lejos de ceder a chantajes infundados, el TS se ha mostrado favorable a la precitada liquidación en aquellos supuestos en que se acuerde el sistema guarda y custodia compartida, salvo que conste acreditada la necesidad de especial protección por parte de alguno de los progenitores y siempre permitiendo que el cónyuge adjudicatario de la titularidad de la vivienda en cuestión continúe con el goce y disfrute de la misma durante un periodo que suele oscilar entre los 2 y 3 años, para así poder encontrar otra vivienda y no verse en una situación de inmediato desamparo. Es decir, el “inmueble debe quedar sometido al correspondiente proceso de liquidación, sin que pueda continuar (el progenitor custodio) en su uso, más allá de un plazo prudencial...adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que (el progenitor custodio) precise de una protección especial...es decir, que la vivienda familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia...y quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación”¹³⁸.

En este sentido, la STS 465/2015, de 9 de septiembre de 2015, Rec. 545/2014, si bien mantiene la inicial atribución que el Juzgado hizo al padre de la vivienda familiar al considerar que ostentaba el interés más digno de protección, puntualizó que “no consta la necesidad de que al padre se le atribuya la vivienda familiar sine die, por lo que se fija un plazo de tres años durante el cual el padre podrá hacer uso de la vivienda familiar y garaje, tras el que deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes, quedando

¹³⁷ STS 593/2014, de 24 de octubre de 2014, Rec. 2119/2013.

¹³⁸ STS 576/2014, de 22 de octubre de 2014, Rec. 164/2014.

**Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)**

integrada la vivienda y el garaje en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales”.

Misma solución encontramos en la STS 658/2015, de 17 de noviembre de 2015, Rec. 1889/2014, la cual recuerda que “esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre con quien conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 del Código Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales”.

Es también una cuestión importante a ponderar para acordar el sometimiento de la vivienda familiar a liquidación, la situación económica de los progenitores y el posible deterioro que la misma pueda experimentar como consecuencia de la disolución de la previa convivencia conjunta. Así, recientemente el TS acordó en una misma resolución, no sólo una rebaja en la pensión alimenticia que inicialmente venía abonando una de las partes, sino también otorgar a la otra un plazo de apenas un año para abandonar la vivienda y someter la misma a la precitada liquidación¹³⁹.

En definitiva, “ante tal vacío legal en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno sólo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en que existiendo varios hijos, unos queden bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia del otro, remitiendo al Juez a resolver lo procedente...ponderando el interés más necesitado de protección se fija, por esta sala, el periodo de dos años, computables desde esta sentencia, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, teniendo en cuenta que la madre se encuentra en condiciones de encontrar trabajo, dada su adecuada capacidad para establecer metas y planes de empleo, como se deduce del informe psicosocial”¹⁴⁰.

Finalmente, cabe citar al respecto la STS 630/2018, de 13 de noviembre de 2018, Rec. 898/2018, la cual “valorando los argumentos expuestos en segunda instancia, acordamos que no procede la adjudicación indefinida de la vivienda a ninguno de los progenitores, al ostentar ambos la custodia compartida, por lo que atendiendo al interés más necesitado de protección, debemos acordar que la vivienda la siga utilizando el padre, durante dos años, computados desde la fecha de la presente sentencia, periodo tras el cual deberá abandonarla, quedando sometida la que fue vivienda familiar al proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales”.

¹³⁹ STS 654/2019, de 11 de diciembre de 2019, Rec. 1059/2019.

¹⁴⁰ STS 7/2018, de 10 de enero de 2018, Rec. 1712/2017.

5. Jornada laboral.

De nuevo nos encontramos ante un criterio que adolece tanto de regulación como de objetividad (pues no es sencillo determinar hasta qué punto un horario laboral impide el diligente ejercicio de la responsabilidad parental), lo que nos remite una vez más a la doctrina del TS para concluir que la mayor disponibilidad horaria, por sí sola, no es suficiente para denegar un sistema de custodia compartida¹⁴¹, pues han de concurrir otras circunstancias que sustenten tal decisión, y que en todo caso ha de preservarse el bienestar de los hijos.

Así lo constató el Alto Tribunal, entre otras, en un exhaustivo análisis de las particularidades del caso enjuiciado, resolviendo en una sentencia de 2018 que el régimen de guarda y custodia compartida “será el que propicie una mayor estabilidad a los menores, pues su madre, por trabajo, tiene mayor disponibilidad horaria, sin depender tanto de terceros, en relación a la atención y cuidado de los hijos. A ello se une, lo que no sucede con la madre, que cuando el padre tiene a sus hijos vive en el domicilio de sus padres, abuelos de los menores, y tiene que compartir dormitorio con ellos. De ahí que se infiera que los menores, que tienen presente al padre en sus vidas, tengan una vida más normalizada en casa de su madre”¹⁴².

Recuerda en este sentido el Supremo que “la elección del sistema de custodia no debe representar un impacto negativo en la estabilidad del menor...que altere de manera excesiva sus rutinas y horarios cotidianos, con sometimiento a un constante cambio del lugar de pernocta”¹⁴³, añadiendo en relación al caso sentenciado por la mentada resolución que “sin olvidar que el progenitor paterno es distribuidor autónomo de productos farmacéuticos, cuyo horario laboral es difícilmente compatible con un verdadero sistema de custodia compartida -que no equivale a un simple reparto igualitario de tiempos de estancias-, y que los domicilios de los progenitores están ubicados en localidades diferentes...lo más beneficioso para el menor no es implantar una cuasi custodia compartida, sino atribuir la custodia...a la madre, y establecer un régimen de estancias paterno-filiales de fines de semana alternos”.

6. Modificación sobrevenida de las circunstancias.

Partiendo de la base, de un lado, de que no se puede pretender perpetuar una situación familiar originada tras una separación o divorcio, y de otro, que la ley exige para la modificación de medidas que “lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges”¹⁴⁴, entiende la doctrina del Alto Tribunal que, si bien es necesario “un cambio “cierto” de las circunstancias, para posibilitar una modificación de las medidas acordadas en un previo procedimiento judicial”¹⁴⁵, tampoco “son necesarias el cambio de las circunstancias sustanciales, pues

¹⁴¹ Por ejemplo, la STS 138/2016, de 9 de marzo de 2016, Rec. 791/2015, que establece la custodia compartida, revocando instancia y alzada, pese a que el padre tiene ligera menor disponibilidad de horarios que la madre.

¹⁴² STS 194/2018, de 6 de abril de 2018, Rec. 3079/2017.

¹⁴³ STS 593/2018, de 30 de octubre de 2018, Rec. 1383/2018.

¹⁴⁴ Art. 90.3 CC.

¹⁴⁵ STS 31/2019, de 17 de enero de 2019, Rec. 1829/2018.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

la ley prevé las nuevas necesidades de los hijos como fundamento para modificar dichas medidas y todo ello en base *favor filii*¹⁴⁶.

Así, en aras de esclarecer el criterio a seguir a la hora de apreciar una alteración de las circunstancias, “el legislador previó la posibilidad de variación de dichas medidas judicialmente señaladas, siempre y cuando concurriese el supuesto de hecho contemplado en los arts. 90 y 91 del CC, es decir en los casos en los que se produjese “una alteración sustancial de circunstancias”...so pena de encontrarnos con continuos e inagotables procedimientos de revisión de tales medidas con patente quiebra de la seguridad jurídica. Alteración de circunstancias que, por otra parte, para ser tenida en cuenta ha de revestir una serie de requisitos, reiteradamente exigidos por la jurisprudencia, tales como que sea verdaderamente trascendente, y no de escasa o relativa importancia; permanente o duradera y no coyuntural o transitoria; que no sea imputable a la simple voluntad de quien insta la revisión, ni preconstituida con finalidad de fraude; y, por último, que sea posterior y no prevista por los cónyuges o el juzgador en el momento en el que las medidas cuya revisión se insta fueron establecidas. Es, por ello, que una pretensión de tal clase se encuentra condicionada a la demostración, por quien demanda, de que la mentada alteración ha tenido lugar, es decir, que nuevas circunstancias han generado una variación de la precedente situación contemplada en la sentencia de separación o divorcio”¹⁴⁷.

De nuevo entra en escena el elemento subjetivo a la hora de valorar qué variación circunstancial goza de entidad y relevancia suficiente como para conllevar una modificación de las medidas inicialmente establecidas, lo que de ningún modo obsta a que haya de acreditarse en todo caso que el cambio de régimen beneficia el interés de los menores, pues en caso contrario “se rechaza el cambio del sistema de custodia...al no aportarse un plan contradictorio, al no concretarse que el cambio vaya a beneficiar a los menores y que viene desarrollándose con normalidad el sistema de visitas, acordado en el correspondiente convenio regulador por los padres”¹⁴⁸.

Sin perjuicio de la enorme subjetividad que impregna cualquier apreciación de modificación sustancial de las circunstancias¹⁴⁹, entre las mentadas alteraciones destacan:

- la pérdida de un ser querido, a cuyo efecto la AP de Asturias acordó el cambio de una custodia exclusiva a una compartida tras considerar como “alteración sobrevenida el fallecimiento de la abuela materna, máxime cuando ésta era quien ayudaba a la madre en el ejercicio de la citada custodia monoparental¹⁵⁰;

¹⁴⁶ STS 527/2018, de 25 de septiembre de 2018, Rec. 966/2018.

¹⁴⁷ SAP A Coruña 333/2019, de 4 de octubre de 2019, Rec. 39/2019.

¹⁴⁸ STS 122/2019, de 26 de febrero de 2019, Rec. 3354/2018: que añadió como otro elemento a destacar “la ausencia de informe psicosocial y la no exploración de los menores (rechazados por el juzgado), sustrae una información valiosa y necesaria en orden a sopesar el interés de los menores, ausencia de elementos de juicio que desaconsejan el cambio del sistema de custodia”.

¹⁴⁹ A título de curiosidad, la SAP Vizcaya 684/2014, de 10 de diciembre de 2014, Rec. 209/2014, declinó considerar como “modificación sustancial de las circunstancias” la decisión unilateral del progenitor custodio consistente en cambiar de centro escolar a su hijo sin la preceptiva autorización del otro.

¹⁵⁰ Así, la SAP Asturias 224/2014, de 27 de junio de 2014, Rec. 7/2014.

**Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)**

- la edad de los hijos, siendo reiterados los pronunciamientos del TS en los que aprecia una “alteración significativa de las circunstancias”¹⁵¹ en el transcurso de un lapso de tiempo lo suficientemente dilatado como para percibir un cambio en la relación de los menores con sus progenitores y, por ende, acordar una modificación de medidas¹⁵²;
- el estado de salud de quien se hace cargo de éstos, casando el Alto Tribunal una sentencia dictada en apelación por la AP y confirmando la dictada en primera instancia, al considerar que las enfermedades tanto de la madre como de la abuela materna (ambas de naturaleza psíquica) hacían inviable una guarda y custodia compartida, debiendo ser ésta adjudicada de manera exclusiva al padre, sin perjuicio del amplio régimen de visitas que se establezca para que la menor no pierda de ningún modo contacto con su progenitora¹⁵³;
- lo concertado previamente en un convenio regulador por las partes, entendiendo en este sentido el Supremo que el convenio pactado en su día por los cónyuges no podía perpetuarse *sine die* al firmarse el mismo cuando el menor contaba con apenas un año de edad, concluyendo que el transcurso del tiempo hacía necesaria una modificación de las medidas inicialmente acordadas¹⁵⁴;
- el carácter presuntamente desfavorable o perjudicial de las medidas adoptadas en primera o segunda instancia para su posterior apelación o casación, respectivamente, si bien es indispensable apreciar tal perjuicio mediante un “plan parental contradictorio que permita considerar el acierto o no de las circunstancias obstativas advertidas en la sentencia”¹⁵⁵ recurrida;
- la propia innovación jurisprudencial experimentada por el TS, pudiendo apreciarse la puesta en práctica de esta postura, por ejemplo, en la estimación de la custodia compartida en un proceso de modificación de medidas al considerar, como alteraciones de las circunstancias necesarias para modificar un convenio establecido de mutuo acuerdo en 2010 (donde se otorgaba la custodia a la madre): la modificación de los requisitos por la jurisprudencia tras el citado convenio, que el menor tenía 12 años en el momento de dictarse la sentencia (por los 5 que tenía en el momento de aprobarse el convenio, entendiendo que el incremento de la edad es una variable que aconseja un mayor contacto con los dos progenitores), así como el informe favorable del Ministerio Fiscal¹⁵⁶;

¹⁵¹ Según tenor literal de la STS 490/2019, de 24 de septiembre de 2019, Rec. 5454/2018, que apreció tal alteración cuando habían transcurrido 8 años (desde los 2 hasta los 10) entre la sentencia de divorcio y la demanda de modificación de medidas, casando así la sentencia dictada en apelación.

¹⁵² STS 215/2019, de 5 de abril de 2019, Rec. 3683/2018: “En el presente caso, dado que el menor contaba con meses cuando los progenitores rompieron su convivencia, que en la actualidad tiene siete años...debemos concluir que se aprecia un cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, como para posibilitar un cambio de custodia en interés del menor”.

¹⁵³ STS 211/2019, de 5 de abril de 2019, Rec. 2732/2018.

¹⁵⁴ STS 124/2019, de 26 de febrero de 2019, Rec. 3386/2018.

¹⁵⁵ STS 593/2018, de 30 de octubre de 2018, Rec. 1383/2018, que confirmó las sentencias de instancia y apelación al no presentar el progenitor recurrente ningún plan parental contradictorio.

¹⁵⁶ La STS 242/2016, de 12 de abril de 2016, Rec. 1225/2015.

**Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)**

- la absolución en un procedimiento de violencia de género¹⁵⁷ (que se analizará con mayor detenimiento en el apartado siguiente).

De los puntos arriba desarrollados, merece especial mención la modernización doctrinal del Alto Tribunal, hasta el punto de poder considerar “desfasadas” algunas resoluciones dictadas con carácter previo a la importante STS de 29 de abril de 2013, siempre que se contradigan con la postura que la misma tiene acerca de la idoneidad de la guarda y custodia compartida. Así lo percibió el Supremo recientemente al analizar en casación, en el año 2017, una sentencia de divorcio dictada en el año 2006, recordando que “en el tiempo en que se decretó el divorcio un régimen de custodia compartido era incierto pero, en la actualidad, con la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo y de la propia sociedad esta situación tiende a normalizarse”¹⁵⁸.

Ahora bien, conviene recalcar (y aunque parezca una obviedad, no lo es) que la variación de las circunstancias debe ser examinada en el momento en que se discute judicialmente su idoneidad o adversidad, y no tratar de generar expectativas de futuro que prevean una situación que no tiene ninguna garantía de producirse. Así lo constató el TS al juzgar un supuesto en que los progenitores pretendían dilucidar acerca de cómo podía variar el futuro bienestar o malestar de una menor recién nacida, aclarando que “las sentencias deben dictarse en base a las circunstancias concurrentes y no a las futuras. Por tanto, parece prematuro decidir para cuando la hija tenga esa edad (dos años), cuyas circunstancias familiares y de todo tipo se desconocen, y será más prudente esperar y modificar el régimen de guarda y custodia en su momento, con mayor conocimiento de causa y, por tanto, con mejor valoración del interés del menor, con un adecuado informe psicosocial y un plan contradictorio”¹⁵⁹.

En definitiva, en ningún caso debe ser determinante lo estipulado inicialmente en un convenio regulador y siempre otorgando preeminencia al sistema de ejercicio conjunto de la custodia cuando ello sea conciliable con la mutación circunstancial experimentada. Buen ejemplo de esta doctrina es la STS 413/2017, de 27 de junio de 2017, Rec. 3991/2016, al disponer que “no tiene sentido, por tanto, que, con la jurisprudencia de esta Sala cuestione la bondad objetiva del sistema, o que se niegue la custodia compartida con el simple argumento de que las partes firmaron un convenio regulador con miras de futuro y vocación de permanencia. La sentencia 162/2016, de 16 de marzo admite que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre que el interés de éstos la requieran, y así se hizo: a) en la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: (i) la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. b) en la sentencia 390/2015, de 26 de junio, que valora que “en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad”...no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido...atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia

¹⁵⁷ STS 251/2016, de 13 de abril de 2016, Rec. 1473/2015.

¹⁵⁸ STS 564/2017, de 17 de octubre de 2017, Rec. 1130/2016.

¹⁵⁹ STS 442/2017, de 13 de julio de 2017, Rec. 3268/2016.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida”.

A modo de resumen, recientemente sintetizó la AP de Santander los requisitos que han de concurrir para acoger la acción modificativa de las medidas adoptadas en procesos matrimoniales, a saber: “en primer término, un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se intenta modificar; en segundo lugar, que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios; en tercer lugar, que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo y, finalmente, que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias”¹⁶⁰.

7. Supuestos de violencia en el ámbito familiar.

Con cierta asiduidad se comete el craso error de utilizar indistintamente el término “violencia doméstica”¹⁶¹ y “violencia de género”¹⁶², obviando las evidentes diferencias entre ambas nociones.

Esclarecidos ambos conceptos, en este apartado se va a analizar la repercusión que estos episodios violentos pueden tener en el seno de un proceso de separación o divorcio y que “tienen una evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda y custodia compartida...les colocaría en una situación de riesgo”¹⁶³.

Dejando clara la postura jurisprudencial que (como no podía ser de otra forma) despliega absoluto amparo a los hijos ante cualquier situación que entrañe el más mínimo riesgo para su bienestar, así como la debida protección para el cónyuge que en

¹⁶⁰ SAP Santander 641/2019, de 5 de diciembre de 2019, Rec. 536/2019, en consonancia con otros pronunciamientos previos, incluso, a la conocida STS de 29 de abril, tales como la SAP A Coruña 301/2009, de 18 de junio de 2009, Rec. 263/2009.

¹⁶¹ Aquella violencia física o psíquica que ejerce cualquier miembro del núcleo familiar “sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados” (art. 173.2 Código Penal).

¹⁶² Aquella “que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad” (art. 2 LO 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

¹⁶³ STS 36/2016, de 4 de febrero de 2016, Rec. 3016/2014, la cual, además, recuerda que “el art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “libre de violencia” y que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

su caso se pueda ver expuesto a la misma amenaza, no se pueden soslayar los peligros que la actual regulación del CC sobre esta materia deja a la vista.

Tal peligrosidad se pone de manifiesto desde el momento en que el art. 92.7 del Código Civil prohíbe directamente el ejercicio conjunto de la guarda y custodia “cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

Esta regulación ha dado lugar a polémicas situaciones en que uno de los progenitores se ha visto privado temporalmente del disfrute de la custodia de sus hijos, al ser exigible su mera incursión en un proceso penal sobre las citadas materias y no una condena firme por la comisión del delito en cuestión. Así, por ejemplo, la STS 296/2017, de 12 de mayo de 2017, Rec. 103/2016, que acordó en casación una custodia compartida tras el sobreseimiento de una denuncia previamente interpuesta por la madre, por presuntos malos tratos por parte del padre.

A fin de evitar situaciones inicuas como la descrita en el párrafo anterior, y sin perjuicio de la referida redacción del CC, lo cierto es que el criterio jurisprudencial es, en su mayoría, reticente a la hora de seguir el tenor literal del precepto. En este sentido, tanto en instancia, como en apelación¹⁶⁴ o casación, es habitual ver cómo Juzgados y Tribunales esperan a la existencia de una condena firme por delitos de violencia doméstica o de género (en este último caso, referido únicamente al padre) para impedir al progenitor condenado ostentar la titularidad de la custodia de sus hijos, secundando así el criterio del Alto Tribunal:

- STS 761/2013, de 12 de diciembre de 2013, Rec. 774/2012: estimó una custodia compartida semanal, casando la sentencia de la audiencia y reiterando la doctrina fijada por la STS de 29 de abril de 2013, estableciéndose el mismo régimen de custodia compartida previsto en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (en ella se había estimado dicha custodia compartida pese a la existencia de un proceso penal abierto por malas relaciones entre los progenitores).
- STS 36/2016, de 4 de febrero de 2016, Rec. 3016/2014 (ya citada): denegó la custodia compartida, pese a haber sido establecida en la alzada en atención a la idoneidad de ambos progenitores, por haberse incorporado a los autos en fase de

¹⁶⁴ SAP Murcia 159/2012, de 8 de marzo de 2012, Rec. 1019/2011: “La Ley establece la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida sobre los hijos, siempre que se den una serie de requisitos que varían según ésta venga solicitada de común acuerdo por ambos cónyuges o sólo a instancia de uno de ellos...se denegará siempre la custodia compartida cuando cualquiera de los cónyuges esté incurso en un proceso penal por haber atentado contra la vida, integridad física, moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Y tampoco procederá cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica...Y es lo cierto que en este caso, por un lado, la petición del (padre) se revela insuficiente jurídicamente, al no constar informe favorable al respecto del Ministerio Fiscal. Pero también, por otro lado, por cuanto el (padre) se encuentra incurso en las Diligencias Previas nº 227/10 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Murcia, al tiempo que con fecha 5 de julio de 2010 fue condenado por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Murcia por delito de quebrantamiento de medida cautelar de orden de alejamiento e incomunicación respecto de su esposa”.

**Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)**

casación una sentencia en que se condena al padre por un delito de violencia de género contra la madre.

- STS 23/2017, de 17 de enero de 2017, Rec. 3299/2015: denegó la custodia compartida al haberse acreditado tras la apelación la existencia de una condena contra el padre con prohibición de comunicación con la madre, lo que la hacía inviable.
- STS 22/2018, de 17 de enero de 2018, Rec. 1447/2017: acordó custodia compartida, confirmando instancia y alzada, pese al enfrenamiento personal, buscado intencionadamente por la madre, y en atención al sobreseimiento y archivo de diligencias penales de la madre contra el padre, constatada la existencia de un informe psicosocial que revela que la madre había dirigido las afirmaciones del hijo.

8. Incidencia en la determinación, en su caso, de la pensión de alimentos.

Más que un criterio, la determinación de la pensión alimenticia es una consecuencia directa de los procesos de separación o divorcio, siempre que concurren los requisitos legales exigidos¹⁶⁵ y partiendo de la libertad de la que inicialmente disponen los progenitores para su establecimiento, entendiéndose que los pactos sobre la mentada pensión se consideran “válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art. 1814 CC, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos”¹⁶⁶.

Con frecuencia, se tiende a pensar desacertadamente que el mero hecho de establecer un régimen conjunto de guarda implica que cada cónyuge se encarga por igual de las necesidades de los hijos y, por tanto, no es necesario establecer la precitada pensión.

Nada más lejos de la realidad, siendo consolidada la doctrina del TS que recuerda la necesidad de obligar al abono de los alimentos a los progenitores cuando ello sea imprescindible para garantizar el sustento de los hijos, debiendo “fijar los alimentos de acuerdo con el art. 146 del C. Civil, con proporcionalidad a las necesidades de las menores, a la capacidad económica de los progenitores y a los tiempos de estancia en casa de cada uno”¹⁶⁷, dado que “la guarda y custodia compartida no exime del pago de la pensión de alimentos si existe desproporción entre los ingresos de ambos cónyuge...sin que pueda limitarse temporalmente, pues los menores no pueden quedar al socaire de que (el otro progenitor) pueda o no encontrar trabajo...esta limitación temporal tiene sentido en una pensión compensatoria, como estímulo en la búsqueda de ocupación laboral, pero no tiene cabida en los alimentos a los hijos, al proscribirlo el art. 152 del C. Civil”¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Art. 93 CC: “el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.

¹⁶⁶ STS 569/2018, de 15 de octubre de 2018, Rec. 3942/2017.

¹⁶⁷ STS 630/2018, de 13 de noviembre de 2018, Rec. 898/2018.

¹⁶⁸ STS 55/2016, de 11 de febrero de 2016, Rec. 470/2015.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

Cuestión distinta es que uno de los progenitores no disponga de recursos suficientes para cumplir eficazmente con la obligación analizada, lo cual no ha de ser obviado en ningún caso por el órgano judicial, pues “la obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los progenitores...en consecuencia, esa suma o cantidad alimenticia ha de guardar directa proporcionalidad entre el patrimonio y medios económicos del progenitor obligado a su prestación y el mantenimiento del estatus social de los hijos a quienes el divorcio de los padres no puede suponer un empeoramiento económico”¹⁶⁹.

Igualmente interesante es enterrar la errónea creencia de que el nacimiento de segundos hijos tras una hipotética reconciliación o nacidos en relación matrimonial distinta, implica una reducción de la pensión alimenticia inicialmente establecida a favor de los primeros. Al respecto, entiende el TS que “sin duda el nacimiento de nuevos hijos, tanto en sede matrimonial normalizada como en otra posterior tras la ruptura, determina una redistribución económica de los recursos económicos de quienes están obligados a alimentarlos para hacer frente a sus necesidades...En lo que aquí interesa supone que el nacimiento de un nuevo hijo no basta para reducir la pensión alimenticia del hijo o hijos habidos de una relación anterior, ya fijada previamente, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es ciertamente insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad, sin merma de la atención de las suyas propias, y valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores, en cuyo interés se actúa, y ello exige ponderar no solo las posibilidades económicas del alimentante sino las del otro progenitor que tiene también la obligación de contribuir proporcionalmente a la atención de los alimentos de los descendientes, según sean sus recursos económicos”¹⁷⁰.

No menos importante que lo analizado en los párrafos que anteceden, es la determinación del momento exacto en que nace el derecho a percibir los citados alimentos. En este sentido, deja claro en primer lugar el Alto Tribunal que “la primera resolución que fije la pensión de alimentos podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda”¹⁷¹.

Amén de lo anterior, puntualiza que “no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía...en el primer caso debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda...en el segundo caso...cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba

¹⁶⁹ SAP Santiago de Compostela 151/2019, de 9 de septiembre de 2019, Rec. 118/2019.

¹⁷⁰ STS 250/2013, de 30 de abril de 2013, Rec. 988/2012.

¹⁷¹ STS 113/2019, de 20 de febrero de 2019, Rec. 2488/2019.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente”¹⁷².

Es decir, en aquellos supuestos en que la pensión alimenticia ya está fijada por un JPI, “las resoluciones que modifiquen los alimentos solo son operativas desde que se dicten, por lo que la cantidad que se fija en apelación solo es exigible desde la fecha de la sentencia en segunda instancia”¹⁷³.

Finalmente, procede recordar que todo lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de las ventajas fiscales que supone la pensión alimenticia, tanto para el obligado¹⁷⁴ como para el beneficiario de la misma¹⁷⁵.

9. Intervención del Ministerio Fiscal.

Analizar la intervención del MF en este tipo de procesos implica remitirse a diversas citas legales que, mediante la regulación como preceptiva de la presencia del Ministerio Público en estos procedimientos, refuerzan la importancia de los mismos.

En primer lugar, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 ordena la intervención del MF “cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”¹⁷⁶.

Posteriormente, tras la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Fiscalía General del Estado aclaró que “los procesos matrimoniales en los que están en juego intereses de menores de edad o incapaces, son sólo algunos de los ejemplos de controversias jurisdiccionales impregnadas de un claro significado público que...reclama una atención por parte de quien, en el ámbito de la administración de justicia, ha de velar por la defensa de los intereses públicos tutelados por la ley” (en lo que es una inequívoca alusión al MF), recalcando que “la LEC...atribuye al Fiscal la condición de parte en todos los procesos sobre...matrimonio y menores, siempre que alguno de los interesados fuera menor, incapacitado o estuviera en situación de ausencia legal (art. 749.2)”¹⁷⁷.

Finalmente, tras la reforma experimentada por la ya citada Ley 15/2005, el art. 777.5º LEC dispone que “si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor”.

¹⁷² STS 459/2018, de 18 de julio de 2018, Rec. 112/2018.

¹⁷³ STS 575/2019, de 5 de noviembre de 2019, Rec. 4793/2018.

¹⁷⁴ Es de aplicación la correspondiente reducción en la declaración de IRPF a “los contribuyentes que satisfagan anualidades por alimentos a sus hijos por decisión judicial” (art. 64 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas).

¹⁷⁵ Art. 7.k) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: “estarán exentas las siguientes rentas:...k) Las anualidades por alimentos percibidas de los padres en virtud de decisión judicial”.

¹⁷⁶ Art. 3.7º EOMF.

¹⁷⁷ Circular FGE 1/2001, de 5 de abril de 2001, sobre la Incidencia de la LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

añadiendo el punto 8º del mentado precepto que “la sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal”.

Los apuntes legales arriba referidos evidencian el carácter preceptivo de la intervención del MF, entre otros, en los procedimientos relativos a la guarda y custodia de los hijos menores, siempre en defensa del superior interés de éstos, que será ponderado con el interés de los progenitores en cuanto unos y otros sean conciliables.

Resumen de lo expuesto en este apartado es que “la labor del Ministerio Fiscal es la de vigilar los acuerdos suscritos en el convenio sobre materias que afectan a los hijos menores de edad, y valorar si amparan adecuadamente o no el interés del menor; proponiendo la eliminación, modificación o perfeccionamiento de las cláusulas”¹⁷⁸.

10. Relevancia del informe psicosocial.

“Se trata de una prueba realizada por peritos especialistas. La prueba pericial psicológica se utiliza cuando se requieren conocimientos especializados. El juzgador carece de mecanismos suficientes y del tiempo necesario para valorar en casa supuesto lo que está sucediendo en un conflicto familiar con incidencia para menores de edad. Por ello...este medio probatorio, residual en otro tipo de procesos civiles, cobra en los procesos que afectan a menores una gran trascendencia”¹⁷⁹.

No es cuestión baladí el carácter controvertido¹⁸⁰ de los mentados informes, incorporados a nuestra legislación poco después de la aprobación del texto constitucional¹⁸¹ y consolidados con la actual redacción del Código Civil, el cual permite al Juez, “antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte...recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”¹⁸².

En primer lugar, es importante recordar el carácter potestativo y no preceptivo de este informe, de forma que no se “puede considerar un óbice para resolver el recurso, el hecho de que no se hubiese emitido informe psicosocial, pues siendo conveniente en estos casos, no se constituye en requisito imprescindible en el art. 92.6 y 9 del C.Civil”¹⁸³.

¹⁷⁸ CRUZ GALLARDO, B. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, cit. pág. 105.

¹⁷⁹ DUTREY GUANTES, Y. et al. *Memento práctico Familia (Civil)*. cit. pág. 535.

¹⁸⁰ En el año 2006 se llegó incluso a abrir un Expediente de Investigación sobre estos informes por la Oficina del Defensor del Pueblo, ante la avalancha de denuncias contra los peritos judiciales, por considerar la práctica de la prueba psicosocial como una “intromisión abusiva e intolerable en la intimidad más privada de la vida personal y familiar, no justificada ni por la credibilidad ni por el valor del informe”. No obstante, el citado expediente concluyó sin ninguna decisión relevante, a pesar de ser secundado por numerosos particulares.

¹⁸¹ Apenas tres años después de la aprobación de la CE en 1978, la Ley 30/1981 otorgó al Juez, en el último inciso de su art. 92, la facultad de recabar el dictamen de especialistas en los procesos de separación y divorcio.

¹⁸² Art. 92.9 CC.

¹⁸³ STS 157/2017, de 7 de marzo de 2017, Rec. 1874/2016.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

Sin embargo, no se puede negar que, en el seno de un juicio de familia donde los progenitores, lejos de hacer un ejercicio de responsabilidad, velan exclusivamente por su interés sin importar lo más mínimo el de sus hijos (lo cual sucede en no pocas ocasiones), este informe psicosocial constituye un elemento probatorio de gran ayuda al Juez a la hora de dictar sentencia. Así lo viene constatando el Supremo desde tiempo atrás, al entender que “en la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC . En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor”¹⁸⁴.

En base a lo expuesto es importante precisar que, si bien “este informe solo constituye una actividad de asesoramiento para la Juzgadora, que no le vincula”¹⁸⁵, la praxis judicial demuestra su fuerza probatoria hasta el punto de negar el tan consolidado régimen de custodia compartida cuando el citado informe lo desaconseja, lo cual alimenta el carácter ciertamente polémico del mismo. Es decir, “el informe psicosocial, siendo relevante, no es de ineludible cumplimiento”¹⁸⁶.

Sin ir más lejos, la AP de A Coruña acordó una custodia diferenciada (o distributiva) al advertir que “el informe psicosocial que efectivamente percibe una relación afectiva muy fuerte entre los hermanos y la mala relación o nula de los otros dos hijos con su padre...se considera más razonable que los hermanos permanezcan juntos en el domicilio asignado junto a su madre y manteniendo las visitas establecidas a favor del padre respecto al hijo menor, y esta unión en el momento de la celebración del juicio es en la que insisten los miembros del equipo psicosocial debe mantenerse dada la complicada situación familiar, lo contrario supondría un perjuicio para los menores en especial para el más pequeño”¹⁸⁷.

En resumen, “tiene declarado la Sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien la Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos”¹⁸⁸.

Merecen especial mención, en este punto, dos recientes sentencias del Alto Tribunal en las que el criterio emitido en el informe es tenido en cuenta hasta el punto de declinar el ejercicio conjunto de la guarda por ambos progenitores:

- STS 249/2018, de 25 de abril de 2018, Rec. 3090/2017, que llegó incluso a denegar provisionalmente el sistema de custodia compartida dada la situación de conflictividad entre los progenitores, apreciado en el “informe que desaconseja el cambio hasta que lleven a cabo una intervención profesional especializada que les permita tomar decisiones en beneficio de la menor, consensuar un modelo

¹⁸⁴ STS 252/2011, de 7 abril de 2011, Rec. 1580/2008.

¹⁸⁵ SAP Valladolid 327/2011, de 9 de noviembre de 2011, Rec. 309/2011.

¹⁸⁶ STS 762/2012, de 17 de diciembre de 2013, Rec. 2645/2012.

¹⁸⁷ SAP A Coruña 181/2019, de 7 de mayo de 2019, Rec. 71/2019.

¹⁸⁸ STS 482/2018, de 23 de julio de 2018, Rec. 5231/2017.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

educativo común y resolver cuestiones, como la económica, que pueden estar interfiriendo en la resolución del conflicto”.

- STS 458/2019, de 18 de julio de 2019, Rec. 4822/2018, especialmente llamativa, pues otorga prioridad al dictamen de la trabajadora social que al de la psicóloga, emitidos ambos en el seno de un misma coyuntura familiar y que sin embargo difieren en sus conclusiones: “la psicóloga que emite informe propone la idoneidad de la custodia compartida, habida cuenta de las aptitudes adecuadas de ambos progenitores y de su mutuo compromiso en la educación de los menores...la trabajadora social propone "siendo recomendable desde el punto de vista técnico el ejercicio materno de la guarda y custodia de los menores, de acuerdo al desempeño de las funciones parentales de los progenitores, el momento evolutivo en el que se encuentran, siendo valorada como la opción más favorable por aportar continuidad en los hábitos y rutinas"...Por lo expuesto, de acuerdo con el art. 92 del C. Civil , debemos declarar que en la sentencia recurrida se expresan con detalle los argumentos que propician la denegación de la custodia compartida, no pudiendo apreciarse una desviación jurisprudencial, sino una resolución del conflicto conforme a los intereses en juego y primando el interés superior de los menores”.

No obstante, a pesar de los ejemplos citados, en menester afirmar que resulta igualmente habitual asistir, tanto en instancia como en apelación¹⁸⁹ o casación, a sentencias que acuerdan un régimen conjunto de guarda compartida en base a las conclusiones expuestas en los citados informes¹⁹⁰, un régimen de custodia exclusiva por los mismos motivos¹⁹¹, o incluso cualquiera de los dos regímenes en contra de lo señalado por los peritos psicosociales¹⁹².

¹⁸⁹ Entre otras, la SAP A Coruña 202/2012, de 9 de mayo de 2012, Rec. 60/2012 (denegó la custodia compartida por informe desfavorable de la psicóloga sobre el cambio de la custodia materna y por la falta de comunicación y entendimiento entre los padres y la existencia de modelos educativos divergentes entre ellos) o la SAP Madrid 495/2014, de 23 de mayo de 2014, Rec. 790/2013 (declaró improcedente la custodia compartida al entender que “...el informe psicológico obrante en las actuaciones no deja lugar a dudas en su contenido, conclusiones, valoración y metodología...informando que en la configuración familiar previa a la ruptura conyugal, la madre ha venido siendo la cuidadora principal del menor...significando que la ruptura conyugal estuvo marcada por violencia verbal hacia la progenitora, que ha seguido produciéndose directamente al realizar sobre el niño referencias negativas hacia su madre que están afectando a nivel emocional en el menor...”; concluyendo finalmente que “el proyecto de guarda y custodia materno presenta mayores ventajas para el menor y escasa implicación del padre anteriormente”).

¹⁹⁰ STS 251/2016, de 13 de abril de 2016, Rec. 1473/2015: estimó el cambio de medidas, estableciendo un régimen de custodia compartida, por resultar el padre absuelto de delito de amenazas y por informe psicosocial favorable.

¹⁹¹ STS 265/2016, de 20 de abril de 2016, Rec. 2443/2015: denegó una custodia compartida porque el informe psicosocial recomienda un período de adaptación del padre, durante el cual se amplía los periodos de visitas.

¹⁹² STS 172/2016, de 17 de marzo de 2016, Rec. 1136/2015: casó la sentencia dictada en apelación “por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla...asumiendo la instancia y confirmando la sentencia dictada por el Juzgado, dado que en este caso es idóneo el sistema de custodia compartida”, a pesar de que “el informe psicosocial no aconseja que los progenitores compartan la custodia de los hijos”.

IV – Conclusiones

Tras examinar tanto los precedentes legislativos como los criterios vigentes en la atribución de la guarda y custodia, considero oportuno extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Palmaria subjetividad en las sentencias sobre Guarda y Custodia. Hablamos de una consecuencia directa de la escasa regulación que abarca esta materia y un aspecto fundamental que debe tener en cuenta todo abogado, pues si ya de por sí la incertidumbre es un elemento distintivo de todo proceso judicial, en los pleitos sobre guarda y custodia el Juez (más que nunca) fundamenta sus sentencias valorando los distintos medios de prueba conforme a las reglas de la sana crítica y siguiendo lo resuelto en supuestos de hecho análogos ante la carencia legislación suficiente, lo que a su vez pone a prueba la pericia del Letrado a la hora de persuadir al Juez de que su pretensión es la que ha de ser llevada a efecto y, por ende, estimada.

SEGUNDA.- ¿Evolución legislativa? Sí, pero insuficiente. Cotejar la actual regulación de la guarda y custodia con la ordenación primitiva sobre la misma deja patente una innegable evolución. Ahora bien, la duda estriba en dilucidar si esa evolución legal se adecúa a la realidad social de hoy en día o no, es decir, si todas las exigencias que la ley establece para acordar el ejercicio conjunto de la guarda son necesarias o, por el contrario, algunas son prescindibles.

TERCERA.- Fuerza de la legislación autonómica. A diferencia de la legislación estatal, algunas legislaciones forales sí confluyen con la doctrina del TS en ciertos aspectos, entre los cuales está la consolidación de la custodia compartida como régimen más idóneo para garantizar el bienestar de los hijos menores.

CUARTA.- Carácter abstracto del principio *favor filii*. En absoluto se discute que el citado principio debe de ser el eje vertebrador que presida cualquier proceso en el que se discuta sobre guarda y custodia. El problema es que este principio es demasiado recurrente, pues aparece enunciado en todas las sentencias y, sin embargo, en la mayoría se acaba prescindiendo del sistema de custodia compartida como modelo garante del superior interés de los menores. Lo anterior apremia a sentar cuanto antes las bases sobre las que se sustenta el mentado principio, dejar claro que éste debe descansar (salvo imposibilidad contrastada) en un ejercicio conjunto de la guarda y otorgar, de una vez por todas, un carácter residual al régimen de custodia exclusiva.

QUINTA.- Carácter obsoleto del principio de rogación. ¿Qué sentido tiene exigir que la custodia compartida sea requerida por al menos una de las partes para implantarla? Y en un supuesto donde las discrepancias entre ambos cónyuges alcanzan tal grado que cada uno pretende la custodia exclusiva de sus hijos, ¿ha de estar el Juez irremediabilmente condicionado por tales pretensiones aunque ello no sea lo más

**Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)**

beneficioso para el interés de los menores? Igual que en el año 2012 fue necesario llegar al Tribunal Constitucional para comprender el carácter superfluo del informe “favorable” del MF para acordar un sistema de custodia compartida, probablemente habría que plantearse hasta qué punto es razonable mantener la vigencia del principio de rogación en esta materia.

SEXTA.- Custodia compartida no implica reparto igualitario de tiempos. Por lo tanto, toda vez que una sentencia dictamina un régimen conjunto de guarda, tal pronunciamiento debe acatarse en su tenor literal, y el hecho de no establecerse un reparto idéntico de estancias de los hijos con sus respectivos progenitores no conlleva de ningún modo una custodia cuasi-compartida o una custodia exclusiva.

SÉPTIMA.- Influencia relativa de la conflictividad entre los progenitores. Tiende a ser una excusa demasiado frecuente para reclamar una custodia exclusiva, por el posible perjuicio que la mala relación entre los progenitores pueda causar en los hijos. Pues bien, esa mala relación, salvo en casos extremos, no obsta al ejercicio conjunto de la guarda y custodia, dado que un cierto grado de malestar entre los padres y la exigencia a éstos de un importante ejercicio de la responsabilidad parental no son de ningún modo excluyentes entre sí.

OCTAVA.- Riesgo eludible en los supuestos de violencia en el ámbito familiar. En el supuesto en que existe una denuncia por violencia doméstica o violencia de género, el progenitor denunciado se ve privado de ostentar la titularidad de la custodia de los hijos, ¿se respeta realmente el principio de presunción de inocencia cuando no se exige legalmente una sentencia firme para denegar la custodia al progenitor condenado por los precitados delitos? Y en el caso de un posterior sobreseimiento o una sentencia absolutoria ¿cómo recupera ese progenitor el tiempo perdido con sus hijos?

NOVENA.- Papel relativamente superfluo del MF. Desde la reforma del CC experimentada en el año 2012, a raíz de la sentencia del TC, el papel del ministerio público se centra básicamente en velar porque los acuerdos adoptados por los progenitores en materia de guarda y custodia no vulneren los derechos de los hijos menores, si bien la postura del Fiscal no es vinculante, dado que la última palabra la tiene el Juez sin necesidad de ser ambas concurrentes entre sí.

DÉCIMA.- Escaso reflejo en la praxis judicial de la doctrina del Tribunal Supremo. Como se ha indicado en apartados precedentes, el año 2013 supuso un antes y un después en la perspectiva sobre la guarda y custodia compartida...al menos desde el punto de vista teórico, pues la tan elogiada sentencia del TS del 29 de abril del citado año consolidó atinadamente, ante la ingente cantidad de sentencias que se decantaban por la custodia materna hasta ese momento, la guarda conjunta como el modelo idóneo de custodia. No obstante, esta doctrina no fue realmente secundada en la práctica por JPI y AP, siendo necesario llegar, en la mayoría de los casos, al TS para ver materializada la misma (y, aún así, en no demasiadas ocasiones). A colación de lo

**Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)**

expuesto, es interesante repasar las estadísticas sobre sentencias relativas a la guarda y custodia dictadas en los últimos años¹⁹³:

Año	Custodia compartida	Custodia materna	Custodia paterna	Custodia terceros
2012	14'6 %	75'1 %	9'7 %	0'6 %
2013	17'9 %	76'2 %	5'5 %	0'4 %
2014	21'2 %	73'1 %	5'3 %	0'4 %
2015	24'7 %	69'9 %	5'1 %	0'3 %
2016	28'3 %	66'2 %	5 %	0'5 %
2017	30'2 %	65 %	4'4 %	0'4 %
2018	33'8 %	61'6 %	4'2 %	0'4 %

Los datos aportados reflejan una realidad que en absoluto casa con la doctrina del Tribunal Supremo, a pesar de estar cada vez más próxima a ésta. Si tan claro tiene la mayor parte de la jurisprudencia que el sistema que mejor consagra el principio *favor filii* es la guarda y custodia compartida, ésta debe plasmarse con mayor perseverancia en las sentencias que se dictan al respecto caso tras caso y, teniendo en cuenta que a día de hoy la custodia materna (61'6 %) sigue casi duplicando a la compartida (33'8 %), la mentada doctrina adolece de sustento práctico que lo secunde con mayor impetuosidad.

UNDÉCIMA.- Conformismo jurisprudencial. Al hilo de la conclusión anterior, no se puede caer en el error de considerar idónea la evolución que la aplicación de la jurisprudencia del TS está experimentando por el mero hecho de que cada vez más resoluciones acuerdan la guarda conjunta, pues los porcentajes ofrecidos todavía distan mucho de lo que debemos de considerar como “jurisprudencia consolidada”. Como ya advertía la doctrina a comienzos de siglo, “en nuestro país, ha sido tradicional el modelo consistente en atribuir la guarda y custodia de los hijos a la madre, concediéndole al padre un derecho de visita. En todo caso, cada vez son más frecuentes los casos de atribución de la guarda y custodia al padre, si bien la normal general sigue siendo la contraria”¹⁹⁴, postura que aún hoy no parece desencallarse del todo. En virtud de lo expuesto, una actitud responsable en este sentido debe ir acompañada de una mayor exigencia a Juzgados y Audiencias en cuanto a la puesta en práctica de los criterios de nuestro Alto Tribunal.

DUODÉCIMA.- Sistema de “casa-nido” como modalidad más adecuada de guarda y custodia.

No se trata tanto de una conclusión propiamente dicha, pues no se puede extraer (del estudio de la perspectiva jurisprudencial de la guarda y custodia) una preferencia

¹⁹³ Datos facilitados por el INE correspondientes a los años 2012 (en fecha 26/09/2013), 2013 (en fecha 24/10/2014), 2014 (en fecha 15/09/2015), 2015 (en fecha 29/09/2016), 2016 (en fecha 25/09/2017), 2017 (en fecha 24/09/2018) y 2018 (en fecha 30/09/2019).

¹⁹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Editorial Bercal, S.A., Madrid, 2018, pág. 106.

Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja (Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)

del Poder Judicial por este sistema, sino más bien una consideración a título personal por parte de quien escribe el presente trabajo.

No se puede dejar de lado el fin capital de una sentencia de separación o divorcio cuando existen hijos de por medio: que la situación que se origine tras la resolución tergiversarse lo menos posible el bienestar de los menores. Tal bienestar no se apuntala obligando a los hijos a trasladarse semanal o mensualmente de un domicilio a otro, distorsionando constantemente su estabilidad y confort.

En base a lo expuesto, establecer un sistema de “casa–nido” comportaría una modalidad de custodia que permitiría a los hijos continuar con el goce y disfrute de la vivienda familiar, trasladándose los progenitores periódicamente para vivir con ellos en intervalos de tiempo separados¹⁹⁵.

La modalidad sugerida conllevaría un importante ejercicio de responsabilidad por parte de los progenitores, un considerable esfuerzo económico y quizás algún incordio para ellos por tener que trasladarse continuamente de domicilio; tal vez éstos sean los motivos por los que apenas se instaura el mentado régimen. Por supuesto, de ningún modo se incluyen en este apartado supuestos extremos como episodios de violencia entre los progenitores que hagan insalvables las diferencias entre sí, precarias situaciones económicas que no permitan el mantenimiento de tres viviendas, o cualquier otro escenario análogo que haga inviable el sistema planteado.

Pero, ¿no es el interés de los menores el que debe primar a la hora de resolver acerca de su guarda y custodia? Entonces, ¿por qué son éstos los que se tienen que trasladar en la mayoría de los casos de una vivienda a otra? Así, ¿se favorece ciertamente su desarrollo obligándoles a instalarse periódicamente en dos domicilios distintos? En definitiva, ¿se vela realmente por su bienestar, tratando de conciliar el mismo con las necesidades de los progenitores? ¿o se vela en primer lugar por el bienestar de los progenitores, y después se trata de encajar en el mismo la situación de los hijos?

Parece razonable que las partes, en situaciones de crisis, formulen pretensiones que procuren satisfacer sus propias necesidades, debiendo en tal caso los abogados adherirse a las mismas y actuar conforme a las directrices de su cliente siempre y cuando éstas no sean contrarias a Derecho. Ahora bien, en estos casos (y enlazando de nuevo con la quinta de las conclusiones extraídas) ha de ser el órgano judicial quien, sin estar forzosamente supeditado a tales pretensiones y haciendo gala de su independencia, decreta el modo en que la ruptura del vínculo marital afecte lo menos posible a la estabilidad de los menores.

¹⁹⁵ Aunque, como recuerda la SAP Cádiz 10/2018, de 10 de enero de 2018, Rec. 786/2016, “el particular régimen denominado de “casa nido”, si bien dota de mayor estabilidad a las menores, ya que no se separa a las hermanas y son los padres quienes cambian de vivienda, sólo es posible si existe un mínimo de entendimiento entre ambos progenitores”.

V.- Apéndices

1. Bibliografía

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Editorial Bercal, S.A., Madrid, 2018.
- CRUZ GALLARDO, B. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Editorial La Ley, Madrid, 2012.
- DE COSSÍO MARTÍNEZ, M. *Las medidas en los casos de crisis matrimoniales*. Editorial McGraw-Hill. Madrid, 1997.
- DUTREY GUANTES, Y. et al. *Memento práctico Familia (Civil)*. Editorial Lefebvre-El Derecho S.A. Madrid, 2018.
- GARDNER, R. A. “Legal and Psychotherapeutic Approaches to the Three Types of Parental Alienation Syndrome Families. When Psychiatry and the Law Join Forces”. *Court Review*, Volume 28, Number 1, Spring 1991, p. 14-21.
- GÓMEZ MEJÍAS A. M^a. “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave”. *Diario La Ley 8734/2016*, de 5 de abril de 2016. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/>
- LASARTE, C. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2018, 17^a Edición.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia*. Editorial Edisofer S.L., Madrid, 2016, 5^a Edición.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Código Civil comentado y con jurisprudencia*. Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2016, 8^a Edición.
- SALAS CARCELLER, A. et al. *Código Civil. Comentarios, Concordancias, Jurisprudencia, Doctrina, Índice analítico*. Editorial Colex S.L., A Coruña, 2018, 19^a Edición.
- SALINAS DOMINGO, M^a.J. “Hacia la normalización de la custodia compartida”, *ElDerecho.com, Tribuna*, de 7 de enero de 2016. Disponible en: <https://elderecho.com/hacia-la-normalizacion-de-la-custodia-compartida>

2. Legislación

A. Normativa estatal

- 1) Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870.
- 2) RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- 3) Ley de Divorcio de 12 de marzo de 1932.
- 4) Ley de reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958.
- 5) Constitución Española de 1978.
- 6) Ley 30/1981, de 7 de julio de 1981, 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.
- 7) Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- 8) Ley 11/1990, de 15 de octubre de 1990, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.
- 9) LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- 10) LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- 11) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- 12) LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- 13) Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- 14) Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- 15) Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la Convivencia, aprobado por Consejo de Ministros de 19 de julio de 2013 (no entró en vigor).
- 16) Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- 17) LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia.

B. Normativa autonómica

- 1) Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (Aragón).
- 2) Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (Navarra).
- 3) Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Comunidad Valenciana).

3. Jurisprudencia

A. Tribunal Constitucional.

- 1) ATC 438/1990, de 18 de diciembre de 1990.
- 2) ATC 28/2001, de 1 de febrero de 2001.
- 3) STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012.

B. Tribunal Supremo.

- 1) STS 9149/1987, de 18 de marzo de 1987.
- 2) STS 713/1996, de 17 de septiembre de 1996, Rec. 2631/1992.
- 3) STS 1183/1998, de 21 de diciembre de 1998, Rec. 2197/1997.
- 4) STS 308/2001, de 29 de marzo de 2001, Rec. 972/1996.
- 5) STS 623/2009, de 8 de octubre de 2009, Rec. 1471/2006.
- 6) STS 94/2010, de 11 de marzo de 2010, Rec. 54/2008.
- 7) STS 252/2011, de 7 abril de 2011, Rec. 1580/2008.
- 8) STS 508/2011, de 27 de junio de 2011, Rec. 599/2009.
- 9) STS 579/2011, de 22 de julio de 2011, Rec. 813/2009.
- 10) STS 229/2012, de 19 de abril de 2012, Rec. 1089/2010.
- 11) STS 261/2012, de 27 de abril de 2012, Rec. 467/2011.
- 12) STS 257/2013, de 29 de abril de 2013, Rec. 2525/2011.
- 13) STS 250/2013, de 30 de abril de 2013, Rec. 988/2012.
- 14) STS 370/2013, de 7 de junio de 2013, Rec. 1128/2012.
- 15) STS 495/2013, de 19 de julio de 2013, Rec. 2964/2012.
- 16) STS 758/2013, de 25 noviembre de 2013, Rec. 2637/2012.
- 17) STS 757/2013, de 29 de noviembre de 2013, Rec. 494/2012.
- 18) STS 761/2013, de 12 de diciembre de 2013, Rec. 774/2012.
- 19) STS 762/2012, de 17 de diciembre de 2013, Rec. 2645/2012.
- 20) STS 200/2014, de 25 de abril de 2014, Rec. 2983/2012.
- 21) STS 515/2015, de 15 de octubre de 2014, Rec. 2260/2013.
- 22) STS 576/2014, de 22 de octubre de 2014, Rec. 164/2014.
- 23) STS 593/2014, de 24 de octubre de 2014, Rec. 2119/2013.
- 24) STS 619/2014, de 30 de octubre de 2014, Rec. 1359/2013.
- 25) STS 96/2015, de 16 de febrero de 2015, Rec. 890/2014.
- 26) STS 465/2015, de 9 de septiembre de 2015, Rec. 545/2014.
- 27) STS 530/2015, de 25 de septiembre de 2015, Rec. 1537/2014.
- 28) STS 621/2015, de 9 de noviembre de 2015, Rec. 1754/2014.
- 29) STS 658/2015, de 17 de noviembre de 2015, Rec. 1889/2014.
- 30) STS 753/2015, de 30 de diciembre de 2015, Rec. 183/2015.
- 31) STS 9/2016, de 28 de enero de 2016, Rec. 2205/2014.
- 32) STS 36/2016, de 4 de febrero de 2016, Rec. 3016/2014.

**Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)**

- 33) STS 55/2016, de 11 de febrero de 2016, Rec. 470/2015.
- 34) STS 115/2016, de 1 de marzo de 2016, Rec. 611/2015.
- 35) STS 130/2016, de 3 de marzo de 2016, Rec. 523/2015.
- 36) STS 138/2016, de 9 de marzo de 2016, Rec. 791/2015.
- 37) STS 172/2016, de 17 de marzo de 2016, Rec. 1136/2015.
- 38) STS 194/2016, de 29 de marzo de 2016, Rec. 1159/2015.
- 39) STS 242/2016, de 12 de abril de 2016, Rec. 1225/2015.
- 40) STS 251/2016, de 13 de abril de 2016, Rec. 1473/2015.
- 41) STS 265/2016, de 20 de abril de 2016, Rec. 2443/2015.
- 42) STS 355/2016, de 30 de mayo de 2016, Rec. 3113/2014.
- 43) STS 369/2016, de 3 de junio de 2016, Rec. 2534/2015.
- 44) STS 400/2016, de 15 de junio de 2016, Rec. 1698/2015.
- 45) STS 433/2016, de 27 de junio de 2016, Rec. 3698/2015.
- 46) STS 526/2016, de 12 de septiembre de 2016, Rec. 3200/2015.
- 47) STS 748/2016, de 21 de diciembre de 2016, Rec. 409/2016.
- 48) STS 751/2016, de 22 de diciembre de 2016, Rec. 1838/2015.
- 49) STS 23/2017, de 17 de enero de 2017, Rec. 3299/2015.
- 50) STS 110/2017, de 17 de febrero de 2017, Rec. 2930/2015.
- 51) STS 157/2017, de 7 de marzo de 2017, Rec. 1874/2016.
- 52) STS 296/2017, de 12 de mayo de 2017, Rec. 103/2016.
- 53) STS 370/2017, de 9 de junio de 2017, Rec. 1495/2016.
- 54) STS 389/2017, de 20 de junio de 2017, Rec. 2332/2016.
- 55) STS 413/2017, de 27 de junio de 2017, Rec. 3991/2016.
- 56) STS 442/2017, de 13 de julio de 2017, Rec. 3268/2016.
- 57) STS 519/2017, de 22 de septiembre de 2017, Rec. 2831/2016.
- 58) STS 529/2017, de 27 de septiembre de 2017, Rec. 3933/2016.
- 59) STS 564/2017, de 17 de octubre de 2017, Rec. 1130/2016.
- 60) STS 566/2017, de 19 de octubre de 2017, Rec. 1325/2016.
- 61) STS 579/2017, de 25 de octubre de 2017, Rec. 3305/2016.
- 62) STS 676/2017, de 15 de diciembre de 2017, Rec. 275/2017.
- 63) STS 7/2018, de 10 de enero de 2018, Rec. 1712/2017.
- 64) STS 22/2018, de 17 de enero de 2018, Rec. 1447/2017.
- 65) STS 194/2018, de 6 de abril de 2018, Rec. 3079/2017.
- 66) STS 206/2018, de 11 de abril de 2018, Rec. 2568/2017.
- 67) STS 242/2018, de 24 de abril de 2018, Rec. 2556/2017.
- 68) STS 249/2018, de 25 de abril de 2018, Rec. 3090/2017.
- 69) STS 459/2018, de 18 de julio de 2018, Rec. 112/2018.
- 70) STS 482/2018, de 23 de julio de 2018, Rec. 5231/2017.
- 71) STS 492/2018, de 14 de septiembre de 2018, Rec. 4860/2017.
- 72) STS 527/2018, de 25 de septiembre de 2018, Rec. 966/2018.
- 73) STS 569/2018, de 15 de octubre de 2018, Rec. 3942/2017.
- 74) STS 593/2018, de 30 de octubre de 2018, Rec. 1383/2018.
- 75) STS 630/2018, de 13 de noviembre de 2018, Rec. 898/2018.
- 76) STS 30/2019, de 17 de enero de 2019, Rec. 1559/2018.

**Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)**

- 77) STS 31/2019, de 17 de enero de 2019, Rec. 1829/2018.
- 78) STS 32/2019, de 17 de enero de 2019, Rec. 2483/2018.
- 79) STS 113/2019, de 20 de febrero de 2019, Rec. 2488/2019.
- 80) STS 122/2019, de 26 de febrero de 2019, Rec. 3354/2018.
- 81) STS 124/2019, de 26 de febrero de 2019, Rec. 3386/2018.
- 82) STS 126/2019, de 1 de marzo de 2019, Rec. 1669/2018.
- 83) STS 147/2019, de 12 de marzo de 2019, Rec. 2762/2016.
- 84) STS 211/2019, de 5 de abril de 2019, Rec. 2732/2018.
- 85) STS 215/2019, de 5 de abril de 2019, Rec. 3683/2018.
- 86) STS 291/2019, de 23 de mayo de 2019, Rec. 3383/2018.
- 87) STS 458/2019, de 18 de julio de 2019, Rec. 4822/2018.
- 88) STS 490/2019, de 24 de septiembre de 2019, Rec. 5454/2018.
- 89) STS 575/2019, de 5 de noviembre de 2019, Rec. 4793/2018.
- 90) STS 637/2019, de 25 de noviembre de 2019, Rec. 739/2019.
- 91) STS 654/2019, de 11 de diciembre de 2019, Rec. 1059/2019.

C. Audiencias Provinciales.

a) Sentencias:

- 1) SAP Valencia 379/1999, de 22 de abril de 1999, Rec. 371/1998.
- 2) SAP Málaga 562/2006, de 2 de Noviembre de 2006, Rec. 684/2006.
- 3) SAP León 104/2006, de 12 de mayo de 2006, Rec. 44/2006.
- 4) SAP Castellón 110/2006, de 27 de junio de 2006, Rec. 214/2005.
- 5) SAP Barcelona 102/2007, de 20 de febrero de 2007, Rec. 1002/2005.
- 6) SAP Sevilla 463/2008, de 24 de octubre de 2008, Rec. 4119/2008.
- 7) SAP Madrid 405/2009, de 23 de abril de 2009, Rec. 81/2009.
- 8) SAP A Coruña 301/2009, de 18 de junio de 2009, Rec. 263/2009.
- 9) SAP Valladolid 327/2011, de 9 de noviembre de 2011, Rec. 309/2011.
- 10) SAP Murcia 159/2012, de 8 de marzo de 2012, Rec. 1019/2011.
- 11) SAP A Coruña 202/2012, de 9 de mayo de 2012, Rec. 60/2012.
- 12) SAP Gijón 311/2013, de 9 de julio de 2013, Rec. 33/2013.
- 13) SAP Barcelona 264/2014, de 9 de abril de 2014, Rec. 417/2012.
- 14) SAP Madrid 495/2014, de 23 de mayo de 2014, Rec. 790/2013.
- 15) SAP Asturias 224/2014, de 27 de junio de 2014, Rec. 7/2014.
- 16) SAP Vizcaya 684/2014, de 10 de diciembre de 2014, Rec. 209/2014.
- 17) SAP Córdoba 135/2015, de 13 de marzo de 2015, Rec. 191/2015.
- 18) SAP Murcia 83/2015, de 26 de mayo de 2015, Rec. 370/2014.
- 19) SAP Cantabria 385/2015, de 9 de septiembre de 2015, Rec. 323/2015.
- 20) SAP Palma de Mallorca, 334/2016, de 3 de noviembre de 2016, Rec. 138/2016.
- 21) SAP Madrid 855/2016, de 25 de noviembre de 2016, Rec. 1282/2015.
- 22) SAP A Coruña 441/2016, de 26 de diciembre de 2016, Rec. 361/2016.
- 23) SAP Ávila 21/2017, de 27 de enero de 2017, Rec. 825/2016.
- 24) SAP Córdoba 406/2017, de 27 de junio de 2017, Rec. 249/2017.

**Guarda y Custodia de los hijos menores en las crisis de pareja
(Perspectiva jurisprudencial de su atribución judicial)**

- 25) SAP Cádiz 10/2018, de 10 de enero de 2018, Rec. 786/2016.
- 26) SAP Murcia 589/2018, de 27 de septiembre de 2018, Rec. 722/2018.
- 27) SAP Madrid 965/2018, de 16 de noviembre de 2018, Rec. 409/2017.
- 28) SAP A Coruña 52/2019, de 7 de febrero de 2019, Rec. 483/2018.
- 29) SAP A Coruña 181/2019, de 7 de mayo de 2019, Rec. 71/2019.
- 30) SAP A Coruña 186/2019, de 10 de mayo de 2019, Rec. 42/2018.
- 31) SAP Palma de Mallorca 292/2019, de 5 de septiembre de 2019, Rec. 260/2019.
- 32) SAP Santiago de Compostela 151/2019, de 9 de septiembre de 2019, Rec. 118/2019.
- 33) SAP A Coruña 333/2019, de 4 de octubre de 2019, Rec. 39/2019.
- 34) SAP Santander 641/2019, de 5 de diciembre de 2019, Rec. 536/2019.

b) Autos (Expedientes de Jurisdicción Voluntaria):

- 1) Auto 43/2017, de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela, de 25 de abril de 2017, Rec. 64/2017.
- 2) Auto 51/2018, de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 13 de abril de 2018, Rec. 29/2018.
- 3) Auto 62/2018, de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 3 de mayo de 2018, Rec. 94/2018.
- 4) Auto 56/2018, de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela, de 20 de junio de 2018, Rec. 399/2017.
- 5) Auto 51/2018, de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 14 de noviembre de 2018, Rec. 206/2018.
- 6) Auto 4/2019, de la Audiencia Provincial de Gijón, de 10 de enero de 2019, Rec. 567/2018.
- 7) Auto 3/2019, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 14 de enero de 2019, Rec. 536/2018.
- 8) Auto 23/2019, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de enero de 2019, Rec. 1058/2018.
- 9) Auto 74/2019, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de febrero de 2019, Rec. 1231/2018.

D. Juzgados de Primera Instancia.

- 1) SJPI nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, de 12 de septiembre de 1998.
- 2) SJPI nº 9 de Gijón, de 7 de noviembre de 2012.
- 3) SJPI nº 28 de Madrid 313/2016, de 6 de octubre de 2016.