

GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA IMPUESTA

*IMPOSED JOINT CUSTODY*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 418-437*

Dra. Beatriz  
MORERA  
VILLAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de junio de 2018  
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

**RESUMEN:** Cuando una pareja con hijos comunes menores de edad deja de convivir surge la necesidad de determinar las reglas o normas por las que se regirá la nueva situación familiar. Estas normas pueden ser de carácter económico o personal. Entre las personales, y una sobre las que más les cuesta decidir a los progenitores, es la relativa al cuidado de los hijos y a cómo se va a dar continuidad a las relaciones con ellos una vez se haya producido la separación. Lo mejor sería que los propios progenitores pudieran llegar a un acuerdo al respecto ya que ellos son los que mejor conocen a sus hijos y los mejores conocedores de la situación que están viniendo. Pero en defecto de acuerdo será necesario determinar si es necesario que el Juez adopte alguna de las medidas solicitadas por los progenitores o, por el contrario, podrá adoptar la medida que considere mejor salvaguarda el interés superior de los menores.

**PALABRAS CLAVE:** Patria potestad, guarda y custodia compartida, interés del menor.

**ABSTRACT:** *When a couple with common children under age stop living together, there is a need to determine the rules or norms by which the new family situation will be governed. These rules can be of an economic or personal nature. Among the personal ones, and one on which parents find it most difficult to decide, it is relative to the care of the children and how they are going to give continuity to the relations with them once the separation has taken place. The best thing would be that the parents could reach an agreement in this regard since they are the ones who better know their children and the best connoisseurs of the situation. But in the absence of an agreement it will be necessary to determine if it is necessary for the Judge to adopt any of the measures requested by the parents or, on the contrary, may adopt the measure that it considers best safeguards the interests of the minors.*

**KEY WORDS:** *Parental authority, joint custody, child's interest.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.- III. GUARDA Y CUSTODIA: CONCEPTO Y CLASES.- IV. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.- I. Introducción.- 2. Situación actual.- V. LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL.- I. Concepto.- 2. La corresponsabilidad parental en las rupturas de pareja.- 3. Los pactos tras la ruptura.- VI. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS CASOS EN LOS QUE NO HAY ACUERDO.- VII. CONCLUSIONES.**

---

## I. INTRODUCCIÓN.

Cada vez son más las nulidades, separaciones y divorcios y cada vez menos los matrimonios que se celebran en España. En nuestro país, durante todo el 2016, se disolvieron, ya sea por nulidad, separación o divorcio, 101.294<sup>1</sup>. Si la media en España es de 1,34 hijos por mujer<sup>2</sup>, esto supone que el número de niños menores que se ven afectados por la separación de sus progenitores es de 135.733. A esta cifra habría que añadirle el número de niños cuyos progenitores se separan sin estar casados, ya que las estadísticas recogidas por el I.N.E. se refieren “sólo” a las disoluciones matrimoniales.

Con estos números, lo cierto es que la cuestión es, cuanto menos, alarmante, porque debemos recordar que detrás de cada separación hay niños y niñas menores de edad que viven un proceso que les afecta directamente. Un proceso que no han elegido, pero en el que deben ser los auténticos protagonistas ya que los hijos afectados por la separación física de sus progenitores, serán siempre la prioridad. El principio básico del Derecho de familia que no debemos olvidar es el principio *favor filii*<sup>3</sup>.

Una vez los progenitores han adoptado la decisión de no convivir, bien porque dejan de hacerlo o porque no lo han hecho nunca, si existen hijos menores, el art. 90 C.c. les obliga a adoptar una serie de medidas tendentes a “reorganizar” la nueva situación familiar<sup>4</sup>. Una de las medidas a adoptar será la relativa a la guarda y custodia de los hijos (art. 90.1.a) sujetos a la patria potestad.

---

1 Según datos del Instituto Nacional de Estadística (I.N.E., en adelante).

2 Publicado por el periódico Expansión con base en la tasa de natalidad publicada por el I.N.E. para el año 2016.

3 ECHARTE FELIU, A. M.: *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada, 2000, p. 27.

4 GARCÍA PRESAS, I.: *La patria potestad*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 99.

## II. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad, configurada por la doctrina como un derecho-deber<sup>5</sup>, se encuentra regulada en los 154 y ss C.c. y tiene su base en la Constitución Española. Es, en primer lugar, la Carta Magna la que en su art. 39 se refiere a la protección integral de los hijos y al deber de prestarles asistencia de todo orden. Por un lado, el mencionado texto legal impone al legislador la obligación de adoptar medidas y de legislar para proteger a la familia y por otro, centrándose en los progenitores, obliga a que sean éstos, los que deben prestarles “asistencia de todo orden” (art. 39.3 CE). Todo ello sin perder de vista la vigencia y el obligado cumplimiento de los mandatos establecidos en los tratados y convenios internacionales al señalar el art. 39.4 CE que: “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. En este sentido, por ejemplo, el art. 18 de la Convención de los Derechos del Niño se refiere a la responsabilidad de los padres de “crianza y educación”.

Seña el art. 154 C.c. en su primer y segundo párrafo que: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de sus progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”.

El concepto de patria potestad ha sido delimitado por la doctrina. Se puede definir como el conjunto de facultades derechos y deberes que las leyes atribuye, reconocen e imponen a los progenitores respecto de los hijos sometidos a ellos para poder protegerles y actuar según sus intereses<sup>6</sup>.

Se puede decir, que todos los padres, por el hecho de serlo, son titulares de la patria potestad y que, como tal, deberán ser los máximos garantes de los hijos, los que más y mejor les cuiden, los que les eduquen y los que, a lo largo de la vida del menor, vayan adoptando todas las decisiones necesarias en la vida de éste. Esto, que es el día a día de muchos progenitores, resulta algo más difícil de organizar, en el momento en el que los padres dejan de vivir juntos.

Producido el cese de la convivencia, o en previsión del cese del mismo, surge la necesidad de “reorganizar” todas las funciones derivadas de la patria potestad y ver cómo los progenitores van a seguir ejerciendo de padres intentando que “el

5 RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 33 y 34.

6 LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Dykinson, Segunda edición, Madrid, 2005, p. 399, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. y otros: *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 41, PALAY VALLESPINÓS, M.: “Medidas en relación a los hijos y regulación de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en MARTÍN NAJERA, M<sup>a</sup>. T. y otros: *El Derecho de Familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, 2007, p. 49.

cumplimiento de los deberes como tales se vea lo menos entorpecido posible por su ruptura como pareja”<sup>7</sup>.

El hecho de que los progenitores vayan a dejar de vivir juntos en ningún caso significa que van a dejar de ser los progenitores del niño, es más, se podría decir que en estos casos el art. 154 C.c. y las funciones y derechos que de él se derivan cobran especial interés. Se tratará de encontrar la manera de dar continuidad a las relaciones entre los hijos y sus dos progenitores, aun cuando éstos han dejado de convivir. Todo ello, porque se ha demostrado y la doctrina es pacífica en este sentido, que lo mejor para el menor es poder seguir teniendo el contacto con sus dos progenitores y que éstos puedan seguir participando en su vida en la medida en que ya lo hacía con carácter previo a la separación<sup>8</sup>. Salvando, por supuesto, aquellos casos en los que no había existido previamente relación con uno de los progenitores o ésta había sido perjudicial.

Llegados a este punto surge la necesidad de diferenciar entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad. La titularidad la tienen todos los progenitores por el hecho de serlo, salvo en aquellos supuestos en los que pueda existir una privación de la patria potestad,<sup>9</sup> mientras que el ejercicio de la misma y lo que éste implica, puede ir variando en función de las circunstancias concretas de cada caso.

El art. 154 nos ayuda a determinar esos derechos y deberes señalando que la responsabilidad de los padres se concretará en:

- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- Representarles y administrar sus bienes.

El problema radica en que no se pueden ejercer todas estas funciones si no se convive con los hijos. ¿Y si hay un progenitor que no vive con ellos? ¿o qué ocurre en aquellos supuestos en los que hay un progenitor no custodio que pasa periodos cortos de tiempo con sus hijos?

7 GARCÍA PRESAS, I.: *La patria potestad*, cit., p. 120.

8 Ésta es la razón por la cual podemos encontrar pronunciamientos jurisprudenciales que, para defender el modelo de custodia definitivamente establecido por el Juez, señalan que: “Lo que se pretende con esta medida es asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, aproximarlos 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... lo que sin duda es lo más beneficioso para sus hijos”. SAP Huelva nº 398/2017, de 30 de junio (TOL6.363.812).

9 En este sentido la SAP Islas Baleares nº 267/2017, de 18 de julio (TOL6.339.805) en su fundamento de Derecho número cuarto señala que: “La inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad a la que fue condenada... en la causa criminal... determina necesariamente que en el procedimiento que ahora nos ocupa deba acordarse de que el ejercicio exclusivo de la misma corresponde al otro progenitor...”.

La patria potestad es un derecho y una obligación para los padres, pero ¿no es un derecho para los hijos también? ¿No se presupone igualmente que los hijos tienen derecho y es bueno para ellos el contacto con sus dos figuras de referencia, que son sus progenitores?

¿Cómo podemos “conjuguar” todos estos intereses? Lo primero que deberemos tener en cuenta, como ya hemos apuntado, es que siempre se deberá velar por el interés del menor y que a partir de los 12 años el menor siempre debe ser oído en juicio. Conforme más se vaya acercando a la mayoría de edad más se tendrá en cuenta la voluntad del menor.

Partiendo de la necesidad de afecto y de la relación paterno filial se tratará siempre de dar continuidad a la misma. La mejor forma de hacerlo, siempre y cuando ésta sea la más adecuada, es a través de un sistema de custodia que permita a ambos progenitores participar en la vida del menor.

### III. GUARDA Y CUSTODIA: CONCEPTO Y CLASES.

La guarda y custodia ha sido definida por diversos autores como “el cuidado cotidiano del menor; la atención diaria de los niños en todos sus aspectos, llevarlos y recogerlos del colegio, asistir a las tutorías y realizar el seguimiento escolar necesario, hacer los deberes... En definitiva: cuidar y custodiar a los menores en todos aquellos aspectos ordinarios de su vida<sup>10</sup>. En definitiva, con carácter general, cuando hablamos de guarda y custodia pensamos en cómo se va a ejercer materialmente la patria potestad, esto es: con quién van a estar los hijos y quién va a tomar las decisiones del día a día de los menores (porque las más importantes necesariamente serán de los dos).

Podemos señalar que existen tres modelos de custodia I:

1º) Una unilateral: uno de los progenitores pasa la mayor parte del tiempo con sus hijos y atiende a sus necesidades del día a día adoptando las decisiones de la vida ordinaria, mientras que el otro es el progenitor no custodio, que tiene un régimen de visitas más o menos amplio, pero que no suele estar tan presente en el día a día del menor sino en cuestiones quizás más trascendentales: cuestiones médicas, cambio de colegio, etc.

2º) Custodia compartida: en este caso ambos progenitores gozan de la compañía de sus hijos de manera que ambos están presentes en su día a día y

10 ZABALGO, P.: “La custodia compartida en la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, núm. 9088, Sección Dossier, de 24 de noviembre de 2017 (LALEY 16301/2017).

participan, ambos, activamente en la vida del menor tomando ambos las decisiones ordinarias y también aquellas que puedan resultar más trascendentales.

3º) Custodia unilateral, pero con ejercicio de funciones repartido de manera que uno de los progenitores adopta las decisiones relativas a unas materias en concreto, mientras que el otro progenitor adopta las decisiones cuando se trata de los asuntos que se le han atribuido.

Cualquiera de estos modelos es perfectamente válido y cada uno de ellos se aplicará en función de si se dan las características más apropiadas para él o no.

## IV. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

### I. Introducción.

Tradicionalmente, y desde 1981 que se permitió en España la separación y el posterior divorcio, los hijos solían quedar a cargo de las madres. La propia dinámica social y profesional de los progenitores así lo demandaba<sup>11</sup>. Lo más habitual en los casos de separación y divorcio era que las madres que quedaban a cargo de sus hijos menores. En los casos de menores de hasta 7 años era prácticamente “indiscutible” que permanecieran con sus madres ya que tras la reforma del año 1989 el art 159 C.c. señalaba que: art. 159 del mismo texto legal que: “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo”. Los padres solían tener un régimen de vistas de fines de semanas alternos y periodos vacacionales por mitad. Esto significaba que los padres, en estos casos, estaban con sus hijos, dos fines de semana al mes, 15 días en verano, la mitad de las vacaciones de Navidad y de las vacaciones de Pascua.

Entre 1981 y 2005 no variaron mucho las cosas en este sentido a nivel judicial, pero sí hubo cambios a nivel social que cada día más reclamaban una reforma sobre la disolución matrimonial y la forma de ejercer la patria potestad sobre los hijos una vez se había producido la ruptura sentimental entre los progenitores y éstos habían dejado de convivir. Se produjeron dos cambios principalmente: la mayor incorporación de la mujer al mercado laboral y la mayor implicación del hombre en el cuidado y atención de los hijos. Esto supuso que en algunos casos padres y madres estaban de acuerdo en que, producida la ruptura, tanto uno como otro pudieran seguir estando con sus hijos y participar en su vida a través de un modelo compartido de guarda y custodia. Por esta razón, los progenitores lo proponían de común acuerdo en la propuesta de convenio regulador y en ocasiones era

<sup>11</sup> GARCÍA PRESAS, I.: *La patria potestad*, cit., pp. 18 y ss.

aceptado por el Juez. Esta es la razón por la que podemos encontrar sentencias con regímenes de guardas y custodia compartidas previas a la reforma de 2005. Hasta la reforma del mencionado año, es cierto que no estaba legislada, pero tampoco estaba expresamente prohibida. Surge así la necesidad de incorporar esta regulación al Código civil.

En el año 2005 se modifica el Código civil y su art. 92 pasa a permitir que los Jueces establezcan regímenes de guarda y custodia compartida si se dan las condiciones y requisitos establecidos en las leyes: acuerdo entre los progenitores e informe favorable del ministerio fiscal. Con respecto al informe favorable del ministerio fiscal fue declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional de octubre de 2012<sup>12</sup>. Desde entonces sólo es necesario el acuerdo de ambos progenitores o en caso de no haberlo, que lo pidiera uno de ellos, y que el Juez estimara que se daban todos los requisitos y circunstancias favorables que la jurisprudencia había venido defendiendo como “propicios” para un buen funcionamiento de la guarda y custodia compartida. En este sentido, señala el TS<sup>13</sup> “que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea” En cuanto a esas circunstancias a tener en cuenta y requisitos favorables para que el juez pudiera adoptar una guarda y custodia compartida nos encontramos con<sup>14</sup>:

- La cercanía de los domicilios de los progenitores.
- Las buenas relaciones entre los hijos progenitores y sus padres.
- La edad de los menores y su voluntad de seguir en contacto con sus dos progenitores.
- Bajo nivel de conflictividad entre los progenitores.

A partir del 2005 se puede decir que se nota un aumento de las guardas y custodias compartidas pero lo cierto es que en los supuestos en los que no hay acuerdo entre los progenitores suele ser tarea difícil que un Juez la imponga. Y ésta es la razón principal por lo que los más defensores de este régimen compartido de guarda y custodia defiendan que la guarda y custodia compartida sea “impuesta” o

<sup>12</sup> STC 185/2012, de 17 de octubre (TOL2.675.044).

<sup>13</sup> Tal es la doctrina que establece la STS 29 abril 2013 (RAJ 2013, 3269). seguida por otras muchas posteriores, entre ellas STS 19 julio 2013 (RJ 2013, 5002), STS 25 noviembre 2013 (RJ 2013, 7873), STS 25 abril 2014 (RJ 2014, 2651), STS 2 julio 2014 (RJ 2014, 4250), STS 15 octubre 2014 (RJ 2014, 4894), STS 22 octubre 2014 (RJ 2014, 5023) y STS 30 octubre 2014 (RJ 2014, 5268).

<sup>14</sup> ZABALGO, P.: “La custodia compartida en la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo”, cit., pp. 2 y ss.

sea la regulación por defecto en caso de ruptura entre los progenitores. La reforma de 2005 se queda, por tanto, corta y obsoleta<sup>15</sup>. Quizá se podría haber “avanzado” algo más en la mencionada modificación del Código civil en este sentido.

No se puede decir lo mismo respecto a las Comunidades Autónomas quienes atendiendo a las mismas circunstancias que el legislador de 2005 tuvo en cuenta, promulgan leyes en las que de una manera o de otra se hace prevalecer la guarda y custodia compartida como modelo preferible en los casos de cese de la convivencia de los progenitores con hijos comunes. En este sentido Aragón, Cataluña, Navarra, incluso la Comunidad Valenciana, aunque en el caso de esta última fue declarada inconstitucional<sup>16</sup>, dieron un paso más teniendo como base un núcleo común fundamental la “corresponsabilidad parental” término que el legislador de 2005 no tuvo en cuenta al introducir la nueva regulación del artículo 92.

## 2. Situación actual.

Atendiendo a la regulación estatal general (sin tener en cuenta la regulación autonómica) podemos afirmar que nos encontramos con dos corrientes:

1º) Quienes<sup>17</sup> afirman que la legislación actual es suficiente porque no hay tantas solicitudes de guardas y custodias compartidas por parte de al menos uno de los progenitores (en el caso de ser solicitada por ambos progenitores no suele ser un problema porque salvo que sea perjudicial para el menor afectado el Juez sí la aprobará). Quienes defienden esta teoría afirman, por tanto, que no es necesaria una modificación de la legislación actual porque la que existe es suficiente para dar respuesta a las necesidades sociales generales en cuanto a este aspecto.

2º) Mientras que los hay que consideran<sup>18</sup> que la legislación actual es obsoleta ya que la guarda y custodia compartida debería de ser el sistema preferente<sup>19</sup> haya o no haya acuerdo entre los progenitores (salvo que se demuestre que es perjudicial para el menor afectado) debiendo imperar un sistema basado en la corresponsabilidad parental y en el que ambos progenitores, ante el cese de su

---

15 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret: Revista para el estudio del Derecho*, núm. 2/2008, p. 13.

16 Declarada inconstitucional y nula por STC 192/2016, de 16 de noviembre (TOL5.922.198), con los efectos previstos en el fundamento jurídico 5. En este sentido ver DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “¿Qué es lo que queda del derecho civil valenciano en materia de familia?”, *Derecho Privado y Constitución*, 31, pp. 111-162.

17 BOLETO, M.: “A vueltas con la custodia compartida”. *Mujeres en Red. El periódico feminista* (fecha de consulta 10/06/2018).

18 GÓMEZ MEGÍAS, A. M.: “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave”, 23 de abril de 2016, en “Noticias jurídicas” (fecha de consulta 10/06/2018).

19 A las bondades de la guarda y custodia compartida se refiere la SAP Girona, núm. 466/2017, de 27 de noviembre (TOL.6.487.135). En este sentido también: DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, p. 17 y ss.

convivencia, partan de las mismas condiciones y tengan las mismas obligaciones y derechos sobre la custodia de sus hijos.

3º) Podemos encontrar una posición ecléctica entre los que consideran que sí es necesaria la reforma, sí es necesario introducir el término de corresponsabilidad parental, pero no son partidarios de que éste sea un régimen que el juez pueda imponer cuando ninguno de los dos progenitores lo ha pedido. Recordemos que en Derecho de familia no rigen los principios procesales de rogación y congruencia en virtud de los cual el Juez sólo puede conceder aquello que las partes hayan demandado previamente, sino que en estos casos puede adoptar la solución o el régimen que considere más adecuado sin que ninguno de los dos lo haya pedido, ya que como afirma Echarte Feliu “los principios de congruencia y rogación propios del proceso civil decaen en el proceso matrimonial, en favor de otros principios que se consideran preferentes”<sup>20</sup>.

Es conocido y controvertido el debate que ha generado el anteproyecto de Ley sobre corresponsabilidad parental y la posibilidad de que el Juez pueda imponer a los progenitores una guarda y custodia compartida cuando ninguno de los dos la ha solicitado.

Lo primero que me gustaría señalar es que la noticia no está, o no debería estar, en que un Juez “imponga” un tipo de custodia u otra sino en que lo haga sin la petición de ninguno de los progenitores. Siendo, además una guarda y custodia compartida, llama especialmente la atención porque parece que este régimen exige una baja conflictividad<sup>21</sup> entre los progenitores, además de algunos requisitos que como antes hemos comentado el juez suele tener en cuenta a la hora de aprobar una guarda y custodia compartida.

¿Podría un Juez “imponer” una guarda y custodia unilateral, aunque ninguno de los progenitores la hubiera pedido? Parecería raro, pero si puede “imponer” una compartida sin que la pidan, podrá, igualmente “imponer” una unilateral sin que se haya solicitado.

Creo que el debate va mucho más allá de si imponer está bien o está mal y si el Juez puede hacerlo no. Cierto es que cada vez hay más acuerdos sobre guardas y custodias compartidas, pero creo que la crítica fundamental está en que en los casos en los que no lo hay, las guardas y custodias compartidas otorgadas judicialmente son pocas. Por esta razón hay quienes creen que si permitimos que los jueces las puedan imponer se concederán más. Es verdad que el Art. 92 C.c. primero exige acuerdo entre los progenitores y luego en el apartado 8 y de

20 ECHARTE FELIU, A. M.: *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, cit., p. 41.

21 LEFEBVRE, F.: *Memento experto. Crisis Matrimoniales*, 3ª edición, Madrid, 2016, pp. 23 y 24.

manera excepcional, permite que, si uno lo ha pedido y esto es lo mejor para el menor, se conceda, pero sólo si es lo mejor. Todo esto dificulta enormemente que en defecto de acuerdo se establezca una custodia compartida. En cualquier caso, tal y como se deriva del art. 92 C.c., será necesario que la guarda y custodia compartida sea pedida por al menos uno de los progenitores<sup>22</sup>.

¿Es la solución que el Juez pueda “imponer un modelo compartido de guarda y custodia? Lejos de estar de acuerdo con esta teoría considero que el juez debería poder “imponer” lo que sea más beneficioso para los menores teniendo en cuenta la corresponsabilidad parental y haya o no haya acuerdo entre los progenitores. Aunque no podemos olvidar que el acuerdo entre los progenitores siempre deberá tenerse en cuenta, sobre todo si es un acuerdo alcanzado por el bien de los menores y atendiendo a sus necesidades.

El Juez deberá<sup>23</sup> tener en cuenta todas las circunstancias particulares y familiares de cada caso y adoptará la decisión que entienda mejor va a cubrir las necesidades de los hijos que se han visto afectados por el proceso de separación, de manera que el menor se vea lo menos afectado posible por el cese de la convivencia conyugal.

## V. LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL.

### I. Concepto.

La corresponsabilidad parental ha sido definida como una “maternidad y paternidad compartida con el objetivo de proporcionar la oportunidad de unas relaciones más igualitarias y nuevos modelos de socialización en la crianza y educación de los hijos e hijas, es decir, alude al hecho de que las actividades domésticas y el cuidado de las personas con quien se convive sean compartidas por personas de ambos sexos...”<sup>24</sup>. Se trata de un término que en verdad siempre debiera haber existido pero que ha tomado fuerza en los últimos años. Cuando hablamos de corresponsabilidad nos referimos a la responsabilidad que se genera cuando una pareja tiene descendencia y, principalmente, a que el ejercicio de esta responsabilidad ha de ser compartido.

La corresponsabilidad parental<sup>25</sup> surge como consecuencia de la imposición del art. 154 C.c. El mencionado precepto atribuye a los progenitores una serie de obligaciones que, por el hecho de serlo, deberán cumplir en tanto en cuanto sus

22 Lo confirman STS 19 de abril 2012 (TOL 2532886) y STS 29 de abril 2013 (TOL 3711046).

23 *Ibidem*.

24 TORIO LÓPEZ, S.: “Hacia la corresponsabilidad familiar: Construir lo cotidiano. Un programa de educación parental”, *Educatio Siglo XXI*, vol. 28, núm. 1, 2010, p. 85.

25 GARCÍA PRESAS, I.: *La patria potestad*, cit., p. 15.

hijos sean menores de edad. Esta obligación se impone a ambos progenitores y de la misma manera, siendo ambos responsables por igual de educar, alimentar, formar... a sus hijos menores. En definitiva, de atender sus necesidades hasta que lleguen a la edad adulta y puedan valerse por sí mismos.

Esta responsabilidad, que debe ser ejercida por ambos progenitores, de la misma manera y en condiciones de igualdad tiene una triple vertiente:

- Es un derecho para los progenitores<sup>26</sup>, porque por el hecho de ser padres tienen el derecho a ser ellos quienes cuiden de sus hijos ya que se presupone que son los progenitores quienes más y mejor querrán a sus hijos. Por propia naturaleza no hay amor más grande que el de una madre/madre a un hijo/a razón por la cual son las personas que por propia naturaleza está encargadas de su cuidado. Y no podrán ser privados de ello salvo por las circunstancias y requisitos establecidos en la ley y previo mandato judicial.

- Es una obligación para los progenitores<sup>27</sup>, porque por el hecho de ser "naturalmente" las personas predestinadas a hacerlo, la propia ley, en concreto en el art. 154 C.c. les impone una serie de obligaciones que se derivan de la relación paterno filial: velar por ellos, tenerles en su compañía, formarles, educarles, etc.

- Es un derecho para los hijos<sup>28</sup> porque los niños/as tienen el derecho a estar con sus dos progenitores, con independencia de la relación que pueda existir entre ellos. Tienen el derecho a que sean sus dos progenitores quienes les cuiden, les eduquen, velen por ellos. Tienen el derecho a que sean sus padres y no otros los que pasen la mayor parte del tiempo con ellos y dándoles todo su amor puedan ejercer las funciones y responsabilidades que tienen como progenitores.

Este término y su triple vertiente ha sido recogido, por ejemplo, en todas las exposiciones de motivos de las legislaciones autonómicas<sup>29</sup> que abogan por un modelo de guarda y custodia basado en la corresponsabilidad parental, en una relación paterno filial que es un derecho y obligación para los padres y también un derecho para los hijos.

26 ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodia tras el divorcio*, *l Persona y Familia*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 33.

27 RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, cit., p. 33.

28 ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodia tras el divorcio*, cit., p. 36.

29 En este sentido, el preámbulo de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, de gobierno de Aragón, señala que la guarda y custodia compartida será el modelo preferente en los casos en los que en tras la ruptura de los progenitores no exista pacto. Añade el mencionado preámbulo que "La custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar".

Por su parte, la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, por ejemplo, señala en su art. 22 que:

“Los menores tendrán derecho 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.

Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de éstos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses.

En cualquier caso, los menores tendrán derecho a mantener relación con sus padres, y se protegerá especialmente el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular.

Así mismo, el menor tendrá derecho a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados.

En la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés del menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social”.

## **2. La corresponsabilidad parental en las rupturas de pareja.**

Mientras los progenitores viven juntos las responsabilidades derivadas de la patria potestad se ejercen de manera conjunta por ambos sin preguntarnos cuál de ellos cuida más de los niños, les educa mejor, vela más por ellos, etc. Sin embargo, producida la ruptura de la pareja y el cese de la convivencia, como ya hemos comentado antes, será necesario saber cómo se van a “reorganizar” todas estas responsabilidades. En este difícil momento se les exige a los progenitores un mayor grado aún de diligencia para, atendiendo al interés de los menores, adoptar las decisiones que mejor garanticen su bienestar y que en la medida de lo posible den continuidad a las relaciones familiares ya existentes y que han ido consolidando durante el tiempo de la convivencia familiar.

¿Cómo podemos garantizar la corresponsabilidad parental tras el cese de la convivencia de los progenitores? Con una guarda y custodia compartida. ¿Cómo podemos garantizar una continuidad en las relaciones familiares? Con una guarda y custodia compartida. ¿Cómo podemos asegurarnos de que ambos progenitores están presentes y participan en el día a día de la vida de sus menores? Con una guarda y custodia compartida.

Si defendemos y pensamos que las responsabilidades de los progenitores derivadas de la titularidad de la patria potestad son compartidas, éstas lo seguirán siendo con independencia de que los progenitores vivan juntos o no. Y si los progenitores tienen la obligación de seguir cuidando de sus hijos, habrá que pensar en la manera de que así sea. Obviamente las circunstancias han cambiado y todo no puede ser igual que antes, pero si la corresponsabilidad parental existe con independencia de la convivencia o no de los progenitores se deberán establecer mecanismos para que ésta se pueda cumplir de la manera más beneficiosa posible para los menores. Y esta es la razón por la que tomando como base la responsabilidad común de los progenitores y en igualdad de derechos entre ambos, se cree un sistema de guarda y custodia compartida en el que, con independencia de los repartos de tiempo, cada uno de los progenitores pueda ejercer de tal y seguir cumpliendo con los derechos y deberes para con sus hijos menores.

Todas las regulaciones autonómicas en las que se hace prevalecer la custodia compartida frente a la individual es porque se basan en una responsabilidad común entre ambos progenitores y en la necesidad de dar continuidad a las relaciones familiares. Ésta es la razón por la que se dice<sup>30</sup> que la guarda y custodia compartida debería ser el modelo “por defecto”. Sin embargo, cierto es que este modelo de guarda exige una serie de requisitos y circunstancias que no siempre se dan por lo que en algunas ocasiones será un poco más complicado establecer este régimen.

No encontramos en el Código civil ninguna referencia a las circunstancias que se tienen que dar para que se pueda establecer una guarda y custodia compartida, por esta razón ha sido la doctrina a través de los pronunciamientos jurisdiccionales<sup>31</sup> quien ha advertido de criterios que se consideran importantes valorar a la hora de tomar una decisión con respecto a esta modalidad de custodia y que sea un modelo positivo y adecuado para garantizar el interés de los menores. Entre los criterios a valorar, que ya mencionamos antes, podemos señalar: cercanía entre los domicilios, baja conflictividad entre los progenitores, voluntad de los menores de estar con sus dos progenitores y las relaciones con ambos, etc. Si no se dan estos requisitos será complicado que se pueda establecer una guarda y custodia compartida y que por tanto se pueda dar continuidad a las relaciones familiares limitando así la posibilidad de que las responsabilidades parentales sean ejercidas de manera compartida.

---

30 En este sentido, la declarada inconstitucional Ley 5/2011, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, señala que “el régimen de convivencia compartida por ambos progenitores con los hijos e hijas menores pretende facilitar un mejor encaje de la nueva situación familiar por parte de cada menor y el mantenimiento de los lazos de afectividad con ambos progenitores. Asimismo, pretende disminuir el nivel de litigiosidad entre éstos, derivada del frecuente otorgamiento de la convivencia a uno solo de ellos y favorecer la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombres y mujeres en las relaciones familiares”. Hemos de recordar que esta Ley fue declarada inconstitucional por la falta de competencia y no por su contenido.

31 LEFEBVRE, F.: *Memento experto. Crisis Matrimoniales*, cit., p. 23.

### 3. Los pactos tras la ruptura.

Los pactos tras la ruptura son la mejor manera de garantizar la corresponsabilidad parental y la adopción de un sistema compartido de guarda y custodia y esto es porque, existiendo acuerdo entre los progenitores, lo habitual será que el Juez lo apruebe (art. 90.2 C.c.) salvo que sea perjudicial o no garantice el interés superior de los menores. Si los progenitores son los mejores conocedores de la situación que están viviendo, nadie mejor que ellos para establecer el sistema que mejor se va a funcionar tras el cese de la convivencia. Y si el sistema elegido por los progenitores es de guarda y custodia compartida será, seguramente, porque se dan todos los requisitos y circunstancias que harán posible el establecimiento de este régimen comenzando, en primer lugar, por la propia voluntad de los progenitores.

En los pactos los progenitores tienen la opción de determinar cuáles serán las reglas por las que se regirán sus relaciones familiares tras la ruptura. El pacto tiene un especial valor porque, con independencia del régimen de custodia elegido en él, suele ser el resultado de un ejercicio conjunto de responsabilidad por parte de los progenitores, quienes son los mejores conocedores de la situación y de sus hijos.

Los pactos tras la ruptura matrimonial sí estaban previstos y regulados. El Código civil dedica el art. 90 al contenido que debe tener el mencionado pacto al que le atribuye el nombre de convenio regulador entendido<sup>32</sup> como aquel acuerdo por el que los progenitores decidirán sobre los extremos establecidos en el art. 90 C.c.: la atribución de uso de la vivienda familiar, la pensión de alimentos, el modelo de guarda y custodia, etc. y que el Juez, en principio aprobará, salvo que entienda que no se esté protegiendo adecuadamente el interés superior del menor.

Todas las legislaciones autonómicas se refieren a este pacto, cada una le pone un nombre: en Aragón el pacto de relaciones familiares se encuentra regulado en el art. 77 de la Ley aragonesa, en Cataluña el art. 233-9 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. se refiere al “plan de parentalidad”, la legislación Valenciana se refería en el art. 4 al “pacto de convivencia familiar” dándole un especial valor e incluso alentando a los progenitores a ponerse de acuerdo. Incluso algunas legislaciones establecen la posibilidad de que los progenitores acudan a sesiones de mediación familiar<sup>33</sup>, incluso les animan a ellos en aras a garantizar un mayor número de

32 En este sentido, LEFEBVRE, F.: *Memento experto. Crisis Matrimoniales*, cit., p. 9, define el convenio regulador como: “el contrato por el que las partes intervinientes, establecen los acuerdos que van a regir las futuras relaciones económicas y las relativas a los hijos comunes, en los casos de nulidad separación y divorcio y en los ulteriores procedimientos de modificación de medidas. Es una manifestación de la libre autonomía de la voluntad de las partes y es de aplicación a los hijos habidos en toda relación matrimonial y no matrimonial.

33 Por ejemplo, el art. art. 233-6 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña.

acuerdos lo que suele garantizar, además, un grado mayor de cumplimiento de los mismos.

Los pactos son documento privados entre los progenitores en los que para su validez se exigen los requisitos de cualquier contrato: consentimiento, objeto y causa (art. 1261 C.c.) y si puede ser haciendo referencia a todos y cada uno de los puntos enumerados en el art. 90 C.c. Sobre lo que no haya acuerdo o el Juez no esté de acuerdo, podrá instar a los progenitores a alcanzar un acuerdo. Sino será el Juez quien decida.

Los pactos siempre deberán ser aprobados judicialmente ya que será el Juez quien en última instancia determine si éstas son las medidas que mejor garantizan el interés de los menores. Esto no significa que sea un pacto igualmente válido entre los progenitores, pero habiendo menores, será necesario que lo apruebe el Juez. También será necesaria esta aprobación judicial para que todas estas medidas puedan ser asimismo oponibles frente a terceros, en este caso hablamos de medidas económicas que pudieran afectar a terceros.

## **VI. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS CASOS EN LOS QUE NO HAY ACUERDO.**

La dificultad en las medidas que regirán las relaciones familiares tras el cese de la convivencia entre los progenitores surge, principalmente, cuando no hay acuerdo entre ellos. Tratándose de cuestiones económicas parece que se acepta que al final sea el Juez quien decida, pero tratándose de cuestiones que afectan más a la vida personal y sobre todo a las relaciones de los niños con sus padres no está “tan asumido” que sea el Juez quien en última instancia adopte la decisión que, salvaguardando siempre el interés de los menores, más se ajuste a Derecho, con independencia de que responda o no a las voluntades individuales de los progenitores.

¿Cuál es el principal problema cuando el Juez “impone” un modelo de guarda no querido por los progenitores? En estos casos deberemos diferenciar tres situaciones:

- La primera de ellas es que se apruebe un modelo querido por una de las partes, pero no querido por el otro. En estos casos uno de los progenitores estará contento, mientras que el otro no. La “imposición” se dará sobre uno de los progenitores. En estos casos la consecuencia será una mayor probabilidad de incumplimiento por parte de uno sólo de los progenitores.

- La segunda es que se apruebe un modelo no querido por ninguna de las dos partes, en cuyo caso las probabilidades de incumplimiento serán mayores por parte de los dos progenitores ya que ninguno de ellos ha obtenido lo que ha pedido.

- La tercera es que el Juez imponga un guarda y custodia compartida no querida por las partes. En estos casos se habla de que el Juez no la puede imponer porque se trata de un sistema que requiere de una especial participación y colaboración por parte de los progenitores. Colaboración que será difícil obtener si no hay un nivel bajo de conflictividad entre los progenitores y éstos ponen de su parte para que éste régimen funcione lo mejor posible.

En los casos habrá una “imposición” judicial ya que se tratará de una situación no querida ni pedida por al menos una de las partes.

Hasta hace no mucho tanto no se solía hablar de “imposición judicial” sin embargo, cuando hablamos de guarda y custodia compartida parte de la doctrina se pregunta si este modelo en concreto, y por sus características, se puede imponer.

## VII. CONCLUSIONES.

*Primera.* Lo mejor en los casos de cese de la convivencia de los progenitores habiendo hijos menores comunes será intentar, aún a pesar de la ruptura, una buena o por lo menos respetuosa relación entre los progenitores que ayude a la continuidad de las relaciones familiares. Para reestablecer el equilibrio familiar y para facilitar el entendimiento existen mecanismos que pueden ayudar a la familia a reorganizarse de la mejor manera para sus hijos y para los propios progenitores, como por ejemplo la mediación familiar.

*Segunda.* Sería necesario promover aún más los pactos entre los progenitores. Animarles más a que sean ellos los que decidan sobre cómo se regularán sus relaciones familiares y cómo decidirán sobre las cuestiones que afectan a sus hijos una vez producido el cese de la convivencia. Quizá una opción sería “obligarles” a ir a sesiones gratuitas de mediación familiar o a sesiones informativas sobre la importancia de los pactos antes de que intervenga el Juez. Sobre la obligatoriedad o no de la mediación y otros mecanismos cuya finalidad es promover el diálogo entre las partes hay discusión en la doctrina.

*Tercera.* En defecto de acuerdo el Juez deberá valorar las peticiones de cada uno de los progenitores, las circunstancias particulares de los hijos y de la familia en

general y, sobre esto, decidir lo mejor para los hijos menores, con independencia de que las partes lo hayan pedido o no.

## BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, I Persona y Familia, Dykinson, Madrid, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "¿Qué es lo que queda del derecho civil valenciano en materia de familia?", *Derecho Privado y Constitución*, 2016, núm. 31, pp. 111-162.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 17 y ss.

ECHARTE FELIU, A. M.: *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada, 2000.

GARCÍA PRESAS, I., *La patria potestad*, Dykinson, Madrid, 2013.

GÓMEZ MEGÍAS, A.M., "La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave", 23 de abril de 2016, en "Noticias jurídicas" (fecha de consulta: 10/06/2018).

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", *Indret: Revista para el estudio del Derecho*, núm. 2/2008.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Dykinson, Segunda edición, Madrid, 2005.

LEFEBVRE, F.: *Memento experto. Crisis Matrimoniales*, 3ª edición, Madrid, 2016.

PALAY VALLESPINÓS, M.: "Medidas en relación a los hijos y regulación de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", en Martín Nájera, Mª. T. y otros: *El Derecho de Familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, 2007.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011.

SOLETO, M.: "A vueltas con la custodia compartida". Mujeres en Red. El periódico feminista (fecha de consulta 10/06/2018).

TORÍO LÓPEZ, S.: "Hacia la corresponsabilidad familiar: Construir lo cotidiano. Un programa de educación parental", *Educatio Siglo XXI*, vol. 28, núm. 1, 2010.

ZABALGO, P.: “La custodia compartida en la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo” *Diario La Ley*, núm. 9088, Sección Dossier, de 24 de noviembre de 2017 (LALEY 16301/2017).

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. y otros: *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004.