



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2020 / 2021

TÍTULO:

**LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y LA INCIDENCIA
DEL COVID-19 EN LA MISMA**

WORK TITLE:

**GUARDIANSHIP AND JOINT CUSTODY IN THE SPANISH
LEGAL SYSTEM AND THE INCIDENCE OF COVID-19**

AUTORA:

MÓNICA VILLEGAS VÉLEZ

DIRECTORA:

CARMEN FERNANDEZ CANALES

RESUMEN

Este trabajo trata sobre los aspectos más destacables de la guarda y custodia compartida.

En primer lugar, se hace referencia a la guarda y custodia, su concepto y su tipología, para así dar introducción a la guarda y custodia compartida, la cuál se entiende como aquella clase de guarda y custodia en la que ambos progenitores están al cuidado del hijo menor no emancipado, alternándose dicho cuidado según se establezca, tiempos que desarrollo en este trabajo.

En el ordenamiento jurídico español no es preferente la guarda y custodia compartida, siendo esta subsidiaria a la guarda y custodia monoparental. La guarda y custodia compartida solo se concederá si se cumplen determinados criterios, entre los que se encuentra, principalmente, el interés superior del menor.

Como se ha mencionado, la guarda y custodia compartida consiste en la alternancia del cuidado del hijo menor no emancipado por los progenitores, lo que ha conllevado a una gran incertidumbre sobre este tema cuando se implantó en España el estado de alarma a consecuencia de la pandemia por el covid-19. La legislación no fue clara al respecto, y hubo pronunciamientos judiciales muy dispares, por lo que podemos hablar de cierta inseguridad jurídica.

La jurisprudencia toma un aspecto esencial al hablar de guarda y custodia compartida, pues la regulación actual se queda escasa.

PALABRAS CLAVE

Derecho de familia / guarda y custodia compartida / progenitores / hijo / interés superior del menor / jurisprudencia / estado de alarma / covid-19 / circulación.

ABSTRACT

This work deals with the most notable aspects of guardianship and joint custody.

Firstly, reference is made to guardianship and custody, its concept and its typology, in order to give an introduction to guardianship and joint custody, which is understood as that kind of custody in which both parents are in the care of the minor son not emancipated, alternating care as established, which I explain in this work.

In the Spanish legal system, guardianship and joint custody is not preferred, this subsidiary being one-parent guardianship and custody. Guardianship and joint custody will only be granted if certain criteria are met, among which is, mainly, the best interests of the minor.

As I have mentioned, guardianship and joint custody consists of the alternation of care for the minor son not emancipated by the parents, which has led to great uncertainty on this issue when the state of alarm was implemented in Spain as a result of the pandemic due to covid-19. The legislation was not clear in this regard, and there were very disparate judicial rulings, so we can perceive some legal uncertainty.

The case law takes on an essential aspect when speaking of guardianship and joint custody, since the current regulation remains scarce.

KEY WORDS

Family law / guardianship and joint custody / son / parents / best interest of the minor / case law / state of alarm / covid-19 / circulation.

ABREVIATURAS

INE – Instituto Nacional de Estadística.

RAE – Real Academia Española.

BOE – Boletín Oficial del Estado.

CE – Constitución Española.

CC – Código Civil.

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil.

LO – Ley Orgánica.

LOPJM – Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

LOAES – Ley Orgánica de los Estado de alarma, excepción y sitio.

LJV – Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

EOMF – Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

CDEFA – Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

RD – Real Decreto.

TC – Tribunal Constitucional.

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional.

TS – Tribunal Supremo.

STS – Sentencia del Tribunal Supremo.

AP – Audiencia Provincial.

SAP – Sentencia de la Audiencia Provincial.

JPI – Juzgado de Primera Instancia.

AEFA – Asociación Española de Abogados de Familia.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN.....	8
2. CONCEPTO Y RÉGIMENES DE GUARDA Y CUSTODIA.....	11
2.1. FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD RESPECTO A LA GUARDA Y CUSTODIA.....	11
2.2. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA	12
2.3. RÉGIMENES DE ORGANIZACIÓN ESTRUCTURAL	13
3. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. ASPECTOS GENERALES.....	15
3.1. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	15
3.2. ORIGEN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA E INTRODUCCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	17
3.3. FUNDAMENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: LOS PRINCIPIOS DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE COPARENTALIDAD	18
3.3.1. Principio de corresponsabilidad parental.....	19
3.3.2. Principio de coparentalidad	20
4. COMPETENCIA Y FORMAS DE DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	23
4.1. TRIBUNAL COMPETENTE PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN	23
4.2. FORMAS DE DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN	26
4.2.1. Régimen de guarda y custodia compartida determinado por acuerdo de los progenitores	26
4.2.2. Régimen de guarda y custodia compartida determinado por el juez	28
5. LA CONCESIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	29
5.1. LOS REQUISITOS PREVISTOS PARA OTORGAR LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	29
5.1.1. Petición de parte.....	29

5.1.2. Informe “favorable” del Ministerio Fiscal.....	30
5.1.3. El interés superior del menor	32
5.1.4. Requisito negativo	33
5.2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR PARA DETERMINAR LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	33
5.2.1. Introducción	33
5.2.2. Regulación	34
5.2.3. Jurisprudencia	35
6. ARTICULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA POR LOS TRIBUNALES SEGÚN EL TIEMPO	38
6.1. POR DÍAS A LA SEMANA.....	39
6.2. POR SEMANAS ALTERNAS	40
6.3. POR MESES	41
6.3.1. Alternancia mensual	41
6.3.2. Alternancia bimensual	41
6.3.3. Alternancia trimestral	41
6.3.4. Alternancia semestral.....	42
6.4. POR AÑOS O PERIODOS ESCOLARES.....	42
7. INCIDENCIA DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN OTRAS MEDIDAS.....	44
7.1. RÉGIMEN DE VISITAS	44
7.2. CONTRIBUCIÓN AL MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS MENORES	45
7.3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	48
8. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN RELACIÓN CON LA PANDEMIA COVID-19	51
8.1. INTRODUCCIÓN	51

8.2. INCIDENCIA DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS POR EL TERRITORIO NACIONAL EN EL RÉGIMEN DE VISITAS CON CUSTODIA COMPARTIDA	55
8.3. SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN Y DE NO SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	57
8.3.1. Supuestos de suspensión	57
8.3.2. Supuestos de no suspensión	58
8.4. ESTUDIO DE LA ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA)	59
9. CONCLUSIONES	61
I. Régimen preferente de guarda y custodia compartida	61
II. El interés superior del menor	61
III. El covid-19 en relación con el régimen de guarda y custodia compartida.....	62
10. ANEXOS	63
10.1. BIBLIOGRAFÍA.....	63
10.2. PÁGINAS WEB.....	64
10.3. JURISPRUDENCIA	65
10.4. NORMATIVA	67
10.4.1. Normativa estatal	67
10.4.2. Normativa autonómica.....	69
10.4.3. Normativa internacional	70
10.4.4. Normativa de la Unión Europea	70
10.4.5. Normativa de otros estados.....	71

1. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico español podemos hablar, dentro del derecho privado, del ámbito del derecho familiar. El Derecho de Familia ha evolucionado durante las últimas décadas, sobre todo, por los cambios producidos en los hábitos y en las creencias sociales. Tal como indica Lasarte Álvarez¹, *“evidentemente, de los diversos sectores del Derecho Civil, es el Derecho de Familia el que se ha visto sometido en tiempos contemporáneos a reformas más profundas. Cualquier observador, aunque sea lego en Derecho, tiene conocimiento de la gran cantidad de innovaciones legislativas de que el Derecho de Familia ha sido objeto en los últimos años y del sentido básico de tales reformas”*.

Dentro del denominado “Derecho de Familia” se encuadran multitud de instituciones, entre las cuales se encuentra, por ejemplo, el matrimonio. Dicha institución tiene su anclaje constitucional en el artículo 32 de la Constitución Española y actualmente está desarrollado en el Código Civil. El matrimonio es una institución que se debe mencionar para abordar “la guarda y custodia compartida”, pues para hablar de la misma es necesario que exista matrimonio y, posteriormente, disolución del mismo y, por supuesto, que haya hijos a cargo de los cónyuges.

Nos encontramos con que la ruptura del matrimonio bien sea por nulidad, separación o divorcio, es uno de los problemas que más repercusión tiene actualmente tanto legal como socialmente, más aún cuando existen hijos menores a su cargo. En la última década las rupturas matrimoniales están aumentando, así en el año 2010 aumentaron un 3,9% respecto del año anterior², sin embargo, se puede apreciar un descenso de las mismas desde el año 2018, en ese año hubo una disminución de rupturas matrimoniales del 2,8%

¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. *Compendio de Derecho Civil: Trabajo social y relaciones laborales*. Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2005, p. 324.

² Fuente 02/07/2021: <https://www.ine.es/prensa/np673.pdf>

respecto del año anterior³, disminución que aumenta hasta 4,1% en el año 2019 respecto del año anterior⁴, aun así sigue siendo elevado el número de rupturas matrimoniales, que supone un total de 95.320, de las cuales el 43,3% de los matrimonios no tenían hijos (menores o mayores dependientes económicamente), es decir, en más de la mitad de los casos de ruptura matrimonial se tendrían que adoptar también las medidas oportunas respecto de los hijos.

Las rupturas matrimoniales traen consigo unos problemas que deben ser resueltos, como puede ser, la liquidación del régimen económico matrimonial, la prestación por alimentos, el régimen de visitas a los hijos, y la guarda y custodia de los hijos menores.

Respecto de la materia de la guarda y custodia de los hijos menores en supuestos de ruptura matrimonial, nos encontramos actualmente en un cambio social respecto de esta, debemos tener en cuenta los nuevos modelos familiares, la nueva situación social y laboral de la mujer, las nuevas concepciones de la afectividad de los menores, y un sinnúmero de cambios que nos hacen avanzar. Debido a estos cambios sociales cabe apreciar un aumento de los casos en los que se opta por asignar la guarda y custodia compartida, así, podemos observar como en el año 2010 la custodia compartida fue otorgada en el 10,5% de los casos⁵, en el año 2016 fue otorgada en el 28,3% de los casos⁶, y más recientemente, en el año 2019 fue otorgada en el 37,5% de los casos⁷.

Pese a la gran importancia social que supone la institución de la guarda y custodia de los hijos en supuestos de ruptura matrimonial, el Código Civil se queda escaso en cuanto a su regulación, incluso se plantea la duda de si está adaptado a la situación social actual. Es por ello por lo que se debe tener en cuenta la gran importancia de la labor de los jueces

³ Fuente 02/07/2021: https://www.ine.es/prensa/ensd_2018.pdf

⁴ Fuente 02/07/2021: https://www.ine.es/prensa/ensd_2019.pdf

⁵ Fuente 02/07/2021: <https://www.ine.es/prensa/np673.pdf>

⁶ Fuente 02/07/2021: https://www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf

⁷ Fuente 02/07/2021: https://www.ine.es/prensa/ensd_2019.pdf

en esta materia, así la jurisprudencia será el material más idóneo para poder hablar con amplitud sobre esta institución legal, junto con la doctrina de los autores.

La jurisprudencia tomó una importancia aún más relevante desde el 14 de marzo de 2020, cuando se declaró en España el Estado de Alarma a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para gestionar la crisis sanitaria originada por el covid-19, que fue modificada posteriormente. Este Real Decreto limitaba, entre otras cosas, el derecho a la libertad de circulación, por lo que generó dudas en el ámbito de la guarda y custodia compartida. Y es que, muchos ciudadanos se han planteado si ¿se pueden hacer desplazamientos para llevar a los hijos de un hogar a otro cuando hay custodia compartida? O si ¿en Estado de Alarma pueden los niños ir rotando de casa en casa cuando hay custodia compartida?

A pesar de ser un problema que afecta a gran parte de la población, el legislador no ha previsto nada al respecto, lo que ha dado lugar a múltiples y diversas interpretaciones entre jueces de todo el país.

2. CONCEPTO Y REGÍMENES DE GUARDA Y CUSTODIA

2.1. FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD RESPECTO A LA GUARDA Y CUSTODIA

Lo primero de lo que se debe de partir para hablar de guarda y custodia es de la existencia de un vínculo entre los padres y sus hijos, vínculo que se denomina filiación⁸. Filiación que será determinada en cada supuesto concreto, bien sea por un hecho biológico o no.

Dicho vínculo deriva en la patria potestad entre los padres y los hijos menores no emancipados. El Código Civil no nos ofrece una definición concreta de lo que se entiende por patria potestad, pero, de lo dispuesto en los artículos 154 y siguientes, se desprende que es el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres respecto de los hijos.

De entre todas las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos debido a la patria potestad que ostentan se encuentra la guarda y custodia de estos. No surge ningún problema cuando dichos progenitores conviven, pues la guarda y custodia corresponderá indistintamente a ambos, será ejercida conjuntamente por ambos. Será cuando exista nulidad, separación o divorcio entre los progenitores cuando surja el problema de determinar a quién le corresponde la guarda y custodia del menor no emancipado, pues la patria potestad, aun cuando exista ruptura matrimonial, será ejercida por ambos progenitores, como así considera la doctrina mayoritaria.⁹

La guarda y custodia suele confundirse con la patria potestad, sin embargo, son figuras jurídicas distintas. La patria potestad se refiere a la representación general y administración de los bienes de los hijos menores de edad, sin embargo, la guarda y custodia se centra en la convivencia habitual con los hijos menores de edad y comprende todo lo relacionado con la alimentación, habitación, etc.

⁸ Artículos 108 y siguientes del CC.

⁹ MARTÍNEZ CALVO, J., *La guarda y custodia*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 34.

2.2. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA

No fue hasta la reforma del Código Civil del año 2005 donde se introduce de forma positiva la expresión guarda y custodia.¹⁰

Desde el punto de vista etimológico la RAE define guarda¹¹ como “*acción de guardar*”, y por guardar entiende “*tener cuidado de algo o de alguien, vigilarlo y defenderlo*”; define custodia¹² como “*acción y efecto de custodiar*”, y por custodiar entiende “*guardar algo con cuidado y vigilancia*”; por lo que podemos entender guarda y custodia a la acción de proteger, vigilar y defender.

Desde el punto de vista jurídico no existe una definición concreta, aunque en el Código Civil sí existen referencias¹³ a ambos términos, pero en ninguno de sus artículos define estos conceptos.

Como no podía ser de otra manera el Tribunal Supremo¹⁴ ha establecido que el derecho de guarda y custodia es parte integrante de la patria potestad y la ha identificado como la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía.

Por lo que respecta a la jurisprudencia menor¹⁵ ha manifestado que la guarda y custodia de los hijos menores constituye uno de los deberes y facultades de los padres, en la esfera personal que lleva implícito el instituto de la patria potestad, de lo que se deduce que los progenitores, cotitulares de la patria potestad con relación a los hijos, tienen el deber y facultad de velar por ellos y tenerlos en su compañía; ese concepto de “*compañía*” presupone no solamente una inmediatez física y el mismo techo, sino una comunicación

¹⁰ 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.

¹¹ Fuente 02/07/2021: <https://dle.rae.es/guarda>

¹² Fuente 02/07/2021: <https://dle.rae.es/custodia>

¹³ Artículos 92, 103 y 158 del CC.

¹⁴ STS, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2012, sentencia nº 642/2011, recurso nº 1238/2011, (ROJ: STS 6811/2012 – ECLI:ES:TS:2012:6811).

¹⁵ SAP de Huelva, de 30 de marzo de 2007, sentencia nº 58/2007, recurso nº 22/2007, (ROJ: SAP H 113/2007 - ECLI:ES:APH:2007:113).

de afectividad y cariño, unido todo ello, al deber de velar por los hijos en el sentido más amplio de la expresión. Añadiendo que “*ese deber y la facultad de tener a los hijos menores en compañía de los padres se encuentra indisolublemente unido a la guarda y custodia de los hijos, constituyendo presupuesto de la misma*”¹⁶.

2.3. RÉGIMENES DE ORGANIZACIÓN ESTRUCTURAL

La doctrina suele distinguir tres modalidades de guarda y custodia: la exclusiva o unilateral, la partida o distributiva, y la compartida. Incluso hay autores que han considerado una cuarta modalidad de guarda y custodia, que es la ejercida por un tercero diferente a los progenitores.

Respecto a la *guarda y custodia partida o distributiva*, esta se da cuando existen varios hijos, y la guarda y custodia se otorga preponderantemente a un progenitor respecto de un hijo, es decir, los hermanos no conviven; sin embargo, en nuestra legislación se establece una recomendación de no separar a los hermanos¹⁷, por lo que este tipo de régimen de guarda y custodia queda desplazado, preponderando el resto.

Respecto a la *guarda y custodia ejercida por un tercero* diferente a los progenitores, podría considerarse por otros autores que no es propiamente una clase de guarda y custodia, pues esta solo podrá ser ejercida por los progenitores, y no por un tercero ajeno a ellos, como es el caso.

Respecto de la *guarda y custodia exclusiva o unilateral*, es la que se ejerce solamente por uno de los progenitores. Dicho régimen sigue siendo el modelo mayoritario¹⁸ en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, la custodia compartida va ganando cierto

¹⁶ SAP de Palma de Mallorca, de 14 de octubre de 2008, sentencia nº 387/2008, recurso nº 206/2008, (ROJ: SAP IB 1512/2008 – ECLI:ES:APIB:2008:1512).

¹⁷ Artículo 92.5 del CC. (LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, disposición final segunda).

¹⁸ Según datos del INE (https://www.ine.es/prensa/ensd_2019.pdf) en el año 2019 la custodia de los hijos menores fue otorgada en el 52% de los casos de divorcio y separación entre cónyuges de diferente sexo, en el 58,1% se le otorgó a la madre y en el 4,1% la obtuvo el padre. (02/07/2021)

protagonismo progresivamente, como vimos con los datos proporcionados del INE en la introducción de este trabajo.

Respecto de la *guarda y custodia compartida*, es aquella que se ejerce por ambos progenitores y de lo establecido en el artículo 92.8 del CC¹⁹, se entiende que ésta tiene un carácter supletorio respecto de la guarda y custodia unilateral o monoparental, y que será acordada siempre que se fundamente en el interés superior del menor.

¹⁹ “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 solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”

3. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. ASPECTOS GENERALES

3.1. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

El concepto de guarda y custodia compartida, como sucede con el concepto general de guarda y custodia, no está legalmente determinado²⁰, existiendo actualmente un debate tanto doctrinal como jurisprudencial respecto de este concepto, pues el Código Civil simplemente se limita a referirse al mismo²¹, y no a determinar su significado.

Parte de la doctrina considera acertada la utilización que el Código Civil otorga al concepto de guarda y custodia compartida, así, por ejemplo, para Hernando Ramos²², la custodia compartida implica reconocer que cada progenitor tiene los mismos derechos y deberes ante sus hijos y en ese sentido la define como *“la asunción compartida de autoridad y responsabilidad de derechos y obligaciones entre los padres separados, en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes”*, para Cruz Gallardo²³ *“la custodia compartida es un modelo de custodia que no consiste en un simple reparto de períodos de tiempo de convivencia de los hijos. Implica un proyecto educativo común, reflejado en la participación de ambos progenitores en el cuidado y atención del hijo menor de edad (principios de igualdad y responsabilidad material), poniendo fin a la figura del progenitor no custodio, mero receptor de los hijos en el domicilio los fines de semana y los períodos de vacaciones”*.

²⁰ Única norma que determina legalmente el concepto de guarda y custodia compartida, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunidad Valenciana, en su artículo 3.a), declarada inconstitucional por STC 192/2016, de 16 de noviembre de 2016, recurso de inconstitucionalidad 3859/2011.

²¹ El CC se refiere a la guarda y custodia compartida con expresiones como: *“ejercicio compartido de la guarda y custodia”* (artículo 92.5 CC), *“guarda conjunta”* (artículo 92.7 CC) y *“guarda y custodia compartida”* (artículo 92.8 CC).

²² HERNANDO RAMOS, S. “El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida” en *Diario La Ley nº 7206. Sección Tribuna*, 29 de junio de 2009, ref. D-232 (LA LEY 12953/2009).

²³ CRUZ GALLARDO, B. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Editorial La Ley, Madrid 2012, p. 424.

Sin embargo, existe otra parte de la doctrina que considera que no es correcta la utilización del término por el Código Civil español, así, por ejemplo, Lathrop Gómez²⁴ afirma que se confunde la custodia compartida con la custodia distributiva o partida, consistente en el reparto de los hijos entre progenitores de manera que cada uno de éstos convive con uno o más de los menores, separándoles de los hermanos, quienes viven con el otro progenitor. También se confunde, para la citada autora, la guarda y custodia alternada con el régimen de estancias.

En este sentido, se ha criticado por la jurisprudencia²⁵ que, bajo la denominación de custodia “compartida”, se pueden dar diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores (partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta), que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores, como pueden ser, la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, etc.

Para la jurisprudencia²⁶ la custodia compartida es aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la ruptura matrimonial, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro.

²⁴ LATHROP GÓMEZ, F., “Custodia compartida de los hijos”, Editorial La Ley, año 2008.

²⁵ El auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife, de 26 de enero de 2004, (ROJ: AAP TF 91/2004-ECLI:ES:APTF:2004:91A), utiliza los términos custodia alternada y compartida como sinónimos. La SAP de Cádiz, de 7 de julio de 2007, (ROJ: SAP CA 2551/2007 ECLI:ES:APCA:2007:2551) utiliza, como sinónimos, los términos custodia rotativa o compartida.

²⁶ STC 4/2001, de la Sala Segunda, de 15 de enero de 2001, (ECLI:ES:TC:2001:4).

3.2. ORIGEN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA E INTRODUCCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La guarda y custodia compartida tiene un origen legal bastante reciente, pues fue en el Estado de California, en el año 1979 cuando esta figura legal apareció por primera vez.

En el ordenamiento jurídico español no fue hasta el año 2005 cuando se introdujo por primera vez en una norma con rango de ley esta figura, en concreto, fue la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio²⁷. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia vienen refiriéndose a la custodia compartida desde largo tiempo atrás, siendo admitida por nuestros tribunales en determinados supuestos.

La inclusión de la custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley del año 2005 anteriormente citada ha sido muy débil, ya que la dota de un carácter excepcional en los supuestos de falta de acuerdo de los progenitores.

La regulación legislativa común no es la única existente, sino que también existe una regulación autonómica en base al artículo 149.1.8 de la Constitución Española²⁸. En este ámbito han sido varios los ordenamientos que han tratado de otorgar un mayor protagonismo a la figura de la guarda y custodia compartida, equiparándola a la custodia

²⁷ Las anteriores regulaciones partían, sobre todo, de un modelo social en el cuál la mujer era quien se encargaba del cuidado del hogar y, por ende, del cuidado de los hijos, por lo que no se contemplaba la guarda y custodia compartida.

²⁸ Artículo 149.1.8 CE: “*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.*”

exclusiva en el caso de Cataluña²⁹ y Navarra³⁰, e incluso dotándola de un carácter preferente en el caso de Aragón³¹, País Vasco³² y Valencia³³.

El origen remoto de estas disposiciones se ubica en el Derecho romano-justiniano, que fue el Derecho común de los países continentales europeos hasta que se realizaron las codificaciones modernas. Conforme al Capítulo VII de la Novela CXVII del *Corpus Iuris Civilis*, en caso de divorcio los hijos quedaban bajo el cuidado del cónyuge inocente³⁴ a menos que el juez, según su prudente apreciación, considerase más conveniente al interés de los hijos la atribución del cuidado al otro cónyuge o a una tercera persona. Pertenece a Justiniano el mérito de haber indicado, en el interés de los hijos, el criterio decisivo de la elección del progenitor guardador.

3.3. FUNDAMENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: LOS PRINCIPIOS DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE COPARENTALIDAD

Siguiendo la doctrina mayoritaria la guarda y custodia compartida tiene un doble fundamento. Por un lado, se basa en la idea de que la ruptura matrimonial supone, a su vez, una ruptura en el vínculo de los progenitores, lo cual no supone una ruptura del

²⁹ Artículo 233-10 del Código de Leyes Civiles de Cataluña (actualización del 9 de diciembre del año 2020).

³⁰ Artículo 3.2 de la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Norma derogada, con efectos de 16 de octubre de 2019, por la disposición derogatoria 2 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

³¹ Artículo 80.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

³² Artículo 9, apartados 1, 2, 3 y 6 de la Ley del País Vasco 7/2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

³³ Artículo 5.2 de la Ley valenciana 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Ley que fue declarada inconstitucional por el TC en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre, como ya se mencionó anteriormente.

³⁴ La regla de la atribución de la guarda al cónyuge inocente estaba establecida, no tanto como sanción a la culpa del otro, sino más bien porque se presumía que el cónyuge inocente era más apto para dirigir la educación de los hijos que el cónyuge culpable de la violación de las obligaciones derivadas del matrimonio. Siendo ésa la *ratio* del precepto existía la posibilidad de que el juez la alterara toda vez que el mejor interés de los hijos exigiese una solución diversa.

vínculo de estos con sus hijos y, por otro lado, el derecho de los hijos a mantener una relación con cualquiera de los progenitores, y de los padres con sus hijos.

Estos dos fundamentos se basan en dos principios que se expondrán a continuación, no sin antes advertir que estos principios no solo se aplican a este tipo de guarda y custodia (compartida), sino que se aplican a cualquier régimen³⁵.

3.3.1. Principio de corresponsabilidad parental

El rasgo fundamental de este principio está en la igualdad de derechos y deberes entre los dos progenitores respecto del hijo, principio que, como es lógico, será más efectivo cuando nos encontremos ante una custodia compartida, independientemente de cómo se establezcan los tiempos, pues estará conviviendo el hijo con ambos progenitores.

Dicho principio de corresponsabilidad ha sido recogido tanto por normativa internacional³⁶, como por el derecho de la Unión Europea³⁷.

En España, este principio podría reconducirse a la previsión constitucional del artículo 39.3 de la CE, que obliga a los progenitores a prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio.

En el Código Civil, la vinculación del principio de corresponsabilidad parental a los supuestos de ruptura matrimonial está recogida implícitamente en el artículo 92.1, que

³⁵ Los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad deben estar presentes cualquiera que sea el régimen de custodia establecido, y prueba de ello es el mantenimiento de las obligaciones con respecto a los hijos (artículo 92.1 del CC) y la previsión de un régimen de visitas en favor de aquél que no ostenta la guarda y custodia del menor (artículo 94 del CC). Ello sin perjuicio de que en el resto de los regímenes los principios de corresponsabilidad y de coparentalidad no se den con tanta intensidad como en el de custodia compartida.

³⁶ La Convención para la Eliminación Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, el Protocolo Adicional nº7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de noviembre de 1984, la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989, y el Convenio de la Haya 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños .

³⁷ Destacando especialmente el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

señala que *“la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”*.

Este principio también se menciona en 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, que en su Exposición de Motivos prevé que los progenitores *“(…) procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad”* en caso de ruptura, y que introduce en el artículo 68 del Código Civil, junto a los deberes tradicionales de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, el de *“compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”*.

Así mismo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres recoge expresamente el principio de corresponsabilidad parental en su artículo 14.8, al incluir entre los criterios generales de actuación de los poderes públicos *“el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia”*.

Dicho principio no es exclusivo para los supuestos de ruptura matrimonial, sino que también regirá constante el vínculo, e incluso aunque no exista matrimonio, ya que el principio de corresponsabilidad parental no nace del matrimonio o de la ruptura de éste, sino del vínculo filial.

3.3.2. Principio de coparentalidad

Se puede definir el principio de coparentalidad como el derecho que tienen los menores a mantener una relación fluida y estable con sus dos progenitores con independencia de la ruptura matrimonial de estos. Dicho principio tiene cierta relación con el interés superior del menor, así como la incidencia directa en el ámbito psicológico del mismo.

En el ámbito internacional resultan especialmente relevantes los artículos 7.1 y 9.3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989³⁸.

En el ámbito europeo destaca el artículo 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁹.

La propia Exposición de Motivos 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, señala que “(...)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 o interés(...)”⁴⁰.

También ha inspirado a las leyes autonómicas para la introducción del régimen de custodia compartida. Basta con observar que la Exposición de Motivos de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres y la Exposición de Motivos de la Ley Foral de Navarra 3/2010, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, se refieren a la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989, y en concreto a la mención que ésta hace al “(...)derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño(...)”; y el artículo 76.3 a) del CDFFA recoge expresamente que “los hijos menores de edad tendrán derecho a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de

³⁸ El primero reconoce el derecho del niño a ser cuidado por ambos progenitores, mientras que el segundo recoge el derecho de los menores que se encuentren separados de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y tener un contacto directo con ellos.

³⁹ Reconoce el derecho de los menores a mantener relaciones personales y tener contactos directos con sus padres.

⁴⁰ Así mismo, está implícito en los artículos 90, 94 y 160 del CC.

decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar.”

El principio de coparentalidad se ha reflejado también en las normativas de los países de nuestro entorno⁴¹.

⁴¹ Está recogido en los artículos 371.4, 372.2 y 373.2 del *Code Civil* francés, el artículo 337 ter.1 del *Codice Civile* italiano y en los párrafos 1626 y 1634 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil) alemán.

4. COMPETENCIA Y FORMAS DE DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Este epígrafe versará sobre la competencia por parte de los tribunales y las formas de determinar el régimen de guarda y custodia compartida, régimen que es común a la determinación de todos los regímenes de guarda y custodia. Será posteriormente cuando se explique a través de qué criterios se determina el régimen de guarda y custodia compartida.

Debemos de tener en cuenta que, normalmente, la determinación del régimen de guarda y custodia, independientemente de cuál sea, se concretará dentro del seno de un proceso de separación, nulidad y divorcio.

4.1. TRIBUNAL COMPETENTE PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN

Tras la reforma propiciada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria⁴², nuestro Código Civil admite que, en los supuestos en los que exista acuerdo entre las partes, la separación o el divorcio se puede tramitar ante notario o ante el letrado de la administración de justicia⁴³. Sin embargo, dicha posibilidad se excluye cuando existen hijos menores no emancipados⁴⁴, por lo tanto, en los supuestos de atribución de la guarda y custodia, independientemente del régimen, los procedimientos de separación o divorcio se desarrollarán en todo caso ante el juez, pues partimos de que existen hijos menores no emancipados.

La competencia territorial y objetiva de los tribunales para conocer de los procesos matrimoniales y de menores está prevista en el artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁵.

⁴² Apartados 18 y 21 de la Disposición Final Primera.

⁴³ Artículos 82.1 y 87 del CC.

⁴⁴ Artículos 82.2 y 87 del CC.

⁴⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto a la competencia territorial, el primer aspecto que se debe tener en cuenta para determinarla es si la demanda de separación o divorcio se presenta de mutuo acuerdo o bien se presenta sin acuerdo entre las partes.

En los supuestos de mutuo acuerdo⁴⁶ resultará competente el tribunal correspondiente al último domicilio común o al domicilio de cualquiera de los solicitantes⁴⁷.

En el caso de que el procedimiento se desarrolle sin mutuo acuerdo, será competente el tribunal del lugar del domicilio conyugal, pero si los cónyuges residen en distintos partidos judiciales, el demandante podrá optar por presentar la demanda en el último domicilio del matrimonio o en el lugar de residencia del demandado. En los supuestos en los que el demandado carezca de domicilio o lugar de residencia fija, el demandante podrá optar por presentar la demanda en el lugar donde se halle el demandado o en el de su última residencia. Y, en los supuestos en los que no pueda determinarse la competencia territorial según las reglas anteriores, será competente el tribunal correspondiente al domicilio del actor⁴⁸.

Y, por último, en los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia o alimentos, será competente el tribunal del lugar del último domicilio común de los progenitores y, en el caso de residir en diferentes partidos judiciales, será competente el tribunal del domicilio del demandado o el de la residencia del menor, a elección del demandante.⁴⁹

Respecto a la competencia objetiva, en principio, resultará competente el Juzgado de Primera Instancia⁵⁰, sin perjuicio de que la competencia corresponda a los Juzgados de

⁴⁶ Procedimiento del artículo 777 de la LEC.

⁴⁷ Artículo 769.2 de la LEC.

⁴⁸ Artículo 769.1 de la LEC.

⁴⁹ Artículo 769.3 de la LEC.

⁵⁰ Artículo 769.1 de la LEC.

Familia allí donde existan⁵¹. En aquellos lugares en los que, no existiendo Juzgados de Familia, haya varios de Primera Instancia, resulta habitual que se atribuya a uno de ellos el conocimiento exclusivo de todos los asuntos relativos al Derecho de familia⁵².

Tras analizar la competencia objetiva y territorial de los tribunales, cabe señalar que, si las partes no están conformes con la sentencia dictada por el tribunal competente en primera instancia, podrán presentar recurso de apelación ante la Audiencia Provincial del territorio de que se trate⁵³.

En el caso de que alguna de las partes continúe disconforme tras la sentencia dictada en apelación, podrá presentar recurso ante el Tribunal Supremo por vía del artículo 477.2.3 de la LEC, siempre que el asunto revista interés casacional. Ahora bien, el TS se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que sólo cabe examinar en casación los casos de guarda y custodia cuando el juez haya aplicado incorrectamente el principio del interés superior del menor⁵⁴. La razón se encuentra en que el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable sea para el menor, en interés de este. Por lo que el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia⁵⁵.

⁵¹ Los Juzgados de Familia se crearon por el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, que les atribuye competencia para conocer los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, entre otras materias.

⁵² A tal efecto, el artículo 98.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, faculta al Consejo General del Poder Judicial a atribuir a un Juzgado de Primera Instancia el conocimiento exclusivo de determinada clase de asuntos, en este caso de Derecho de familia.

⁵³ Artículo 456.1 de la LEC.

⁵⁴ STS, Sala de lo Civil, de 12 de septiembre de 2016, sentencia nº 526/2016, recurso nº 2300/2015, (ROJ: STS 4045/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4045).

⁵⁵ STS, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 2018, sentencia nº 182/2018, recurso nº 2878/2017, (ROJ: STS 1156/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1156).

4.2. FORMAS DE DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN

El régimen de guarda y custodia compartida, como se expondrá a continuación, será establecido, o bien por los progenitores de mutuo acuerdo, o bien, no habiendo mutuo acuerdo, por decisión del juez cuando se cumplan unos determinados requisitos, como se establece en el actual artículo 92 del Código Civil.

Se debe hacer mención en este punto del fallido anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio⁵⁶ que, en su artículo 1.4 introducía un nuevo artículo 92 bis al Código Civil. Uno de los aspectos que hubiera quedado regulado sería el siguiente: *“Podrá establecer, a instancia de uno de los progenitores, el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos si el otro progenitor también insta la guarda y custodia para sí, aun cuando no medie acuerdo entre ellos. Excepcionalmente, aunque ninguno de los progenitores solicite su ejercicio compartido, el Juez podrá acordarlo si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos.”*

4.2.1. Régimen de guarda y custodia compartida determinado por acuerdo de los progenitores

Como establece el artículo 92.5 del Código Civil: *“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.”*

Por lo tanto, para determinar la guarda y custodia compartida, se podrá adoptar por medio de acuerdo entre los progenitores, siendo habitual que se adopte en el convenio regulador de separación o divorcio de los cónyuges.

⁵⁶

Fuente

31/07/2021:

<http://www.juecesdemocracia.es/LegislacionActual/Anteproyecto%20de%20Ley%20Custodia%20Compartida%20CM%2019-7-13.pdf>

El convenio regulador es el instrumento a través del cual los cónyuges pueden adoptar conjuntamente las medidas que regularán sus relaciones entre sí y con sus hijos tras la ruptura matrimonial, tanto en el ámbito personal como patrimonial.

La utilización de esta expresión por parte de nuestro legislador es relativamente reciente, ya que no fue hasta la promulgación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, cuando nuestras normas civiles comenzaron a hablar por primera vez del convenio regulador.

La presentación del convenio regulador es obligatoria en todos los procedimientos de mutuo acuerdo, debiendo acompañar a la demanda de separación o divorcio⁵⁷.

Aunque ni el Código Civil ni las leyes autonómicas nos proporcionan un concepto de convenio regulador, sí prevén el contenido mínimo que debe presentar, así el Código Civil lo recoge en su artículo 90.1, de cuya lectura puede extraerse que el régimen de guarda y custodia de los hijos menores debe formar parte de dicho contenido⁵⁸.

Naturalmente, los padres podrán acordar el régimen de guarda y custodia que estimen conveniente, hay quien entiende que bastará con que se señale el régimen de guarda y custodia que se haya acordado (compartida o exclusiva), sin necesidad de especificar la organización concreta del mismo. No obstante, siguiendo a otros autores, considero que sí que es necesario especificar de forma detallada el modo concreto en el que se va a desenvolver dicho régimen, pues es la única forma de que tanto el Ministerio Fiscal como el juez puedan valorar cómo va a repercutir en el menor y, en definitiva, si resulta adecuado para proteger su interés superior.

⁵⁷ Artículos 81.1 y 86 del CC y artículo 777.2 de la LEC.

⁵⁸ Artículo 90.1.a del CC.

4.2.2. Régimen de guarda y custodia compartida determinado por el juez

En aquellos casos en los que los progenitores no hayan alcanzado un acuerdo sobre el régimen de guarda y custodia de sus hijos menores, éste será establecido por el juez⁵⁹.

Así lo establece el artículo 92.8 del Código Civil respecto de la guarda y custodia compartida, indicando este que a falta de acuerdo entre las partes el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida, con unos requisitos que se analizarán en el siguiente epígrafe.

En todo caso, los acuerdos alcanzados por las partes gozan de preferencia sobre la intervención del juez, que tiene carácter subsidiario. Por ende, el establecimiento judicial del régimen de guarda y custodia sólo procederá en defecto de acuerdo de las partes, o bien cuando este no sea aprobado o resulte incompleto⁶⁰.

⁵⁹ Artículo 91 CC y 774.4 de la LEC.

⁶⁰ Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio.

5. LA CONCESIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

5.1. LOS REQUISITOS PREVISTOS PARA OTORGAR LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

El Código Civil español parte de la preferencia legal de la custodia exclusiva, individual, o monoparental⁶¹.

Es en el artículo 92 donde se habla de la guarda y custodia compartida, estableciendo en su apartado 5 que podrá ser establecida por acuerdo entre los progenitores y, en el caso de que deba ser acordada por el juez, establece su apartado 8, que esta tendrá ese carácter excepcional, con unos requisitos que a continuación explicaré.

5.1.1. Petición de parte

El primero de los requisitos de los que habla este artículo 92.8 es la petición de parte, por lo tanto, hay que entenderse que no puede ser establecida la guarda y custodia compartida de oficio por el juez⁶².

Como no podía ser de otra manera, hay autores que consideran que sí cabe el establecimiento de este régimen aún no habiendo petición de parte. El principal argumento de quienes defienden la posible adopción de la custodia compartida en ausencia de petición de parte es que el artículo 158 del Código Civil concede libertad al juez para adoptar todas aquellas medidas que considere necesarias para proteger el interés del menor, lo que incluiría la posibilidad de establecer de oficio el régimen de custodia compartida.

⁶¹ Se debe hacer aquí mención de la normativa autonómica, pues son varias las normas que establecen la preferencia legal de la guarda y custodia compartida, en este sentido se pronunció la ley aragonesa (aunque se ha modificado dicha preferencia recientemente), la ley vasca, y la ley valenciana (que como ya sabemos se declaró inconstitucional por el TC).

⁶² Inciso que no se modifica con la LO 8/2021, de 4 de junio.

No se comparte aquí este argumento pues entiendo que este principio de libertad del juez contemplado en el artículo 158 del Código Civil no se puede aplicar a aquellas materias que ya regulen expresamente el supuesto, como es el caso del artículo 92.8, por lo que veo muy claro este artículo, siendo pues necesaria la solicitud de parte para acordar este régimen.

5.1.2. Informe “favorable” del Ministerio Fiscal

Conviene empezar este apartado recordando que la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva en cualquier procedimiento en el que se vean implicados menores de edad. Así lo prevén las normas europeas⁶³ y estatales, tanto sustantivas⁶⁴ como procesales⁶⁵, así como todas las leyes autonómicas que han entrado a regular en la materia⁶⁶. Es más, la falta de dicha intervención podría dar lugar a la nulidad de las actuaciones⁶⁷.

Tras la reforma 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, se introdujo en el artículo 92.8 de nuestro Código Civil la necesidad de que existiera informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pudiera adoptar la custodia compartida en defecto de acuerdo de los progenitores. Se trata de un requisito que no fue previsto sin embargo para la custodia exclusiva, lo que es una muestra más del carácter preferente que el legislador concedió al sistema de guarda y custodia compartida.

Sin embargo, este requisito de informe favorable fue declarado inconstitucional.

⁶³ Punto 8.14 de la Resolución A3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992: “(...) en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguarda de los derechos e intereses del niño”.

⁶⁴ Artículo 124 de la CE; artículos 92.6, 158, 167, 179 y 248 del CC.; artículos 9.3, 10.2, 14, 18; y 21.4 de la LOPJM; y artículos 3.7 del EOMF (Ley 50/1981, de 30 de diciembre).

⁶⁵ Artículos 749.1 y 2, 753, 771.2 y 3, 773.3, 774.2, 775.1, 777.5 de la LEC; y artículos 4 de la LJV, 15/2015.

⁶⁶ Artículos 77.3 d), 77.4, 79.2 y 84 del CDFV, artículos 3.2 y 5.7 y 8 de la Ley del País Vasco 7/2015, artículos 211-9-1, 211-10.2, 221-5.1, 222-14.3 y 4, 222-21.3, 222-31.2, 222-44.1, 222-51.1 235-11.2, 235-12.3 y 4, 236-15.2 y 236-128.1 CCCat y artículos 3.2 de la Ley Foral navarra 3/2011.

⁶⁷ Artículo 225.3 de la LEC.

Fue la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria la que tomó la iniciativa y a través de su Auto de 13 de septiembre de 2006 planteó ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad⁶⁸ por supuesta vulneración de los artículos 14, 24.1, 39.2 y 117.3 de la Constitución. En concreto, se alegaban los siguientes motivos: que conceder al Ministerio Fiscal esta facultad de veto vulneraba el principio constitucional de exclusividad de la potestad jurisdiccional del juez (artículo 117.3 CE), por cuanto suponía una interferencia desde el poder ejecutivo en la función del Poder Judicial; que violentaba el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), puesto que condicionaba el derecho a obtener un pronunciamiento de fondo por parte del órgano judicial a la existencia de un informe favorable del Ministerio Fiscal; y que infringía el principio de igualdad de los hijos ante la ley (artículos 14 y 39.2 CE), ya que se estaba exigiendo para los supuestos de falta de acuerdo un requisito que sin embargo no se preveía para el caso de que los padres hubieran pactado la custodia compartida de mutuo acuerdo.

Después del proceso correspondiente, finalmente, en su Sentencia 185/2012, de 17 de octubre⁶⁹, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nulo el inciso “favorable” del artículo 92.8 del Código Civil. El Tribunal Constitucional entendió que este requisito infringía el artículo 117.3 de nuestra Constitución en la medida en que restringía injustificadamente el ejercicio de la función jurisdiccional. Así mismo, consideró que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, ya que aquel progenitor que solicitara la custodia compartida veía condicionado su derecho a obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto a que el ministerio fiscal informara favorablemente sobre su pretensión.

⁶⁸ Cuestión de inconstitucionalidad nº 8912-2006.

⁶⁹ STC, de 17 de octubre, sentencia nº 185/2012 (ECLI:ES:TC:2012:185).

Siguiendo esta sentencia constitucional hay que mencionar la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que en su disposición final segunda modifica el artículo 92 del Código Civil. La nueva redacción que da a este artículo, en concreto, a su apartado octavo, elimina el inciso “favorable” del informe del Ministerio Fiscal, redacción que ha entrado en vigor este pasado 25 de junio.

5.1.3. El interés superior del menor

De la literalidad del precepto cabe extraer que no es suficiente con que el régimen de custodia compartida sea el que más beneficia al interés superior del menor, sino que resulta necesario que sea la única forma en que dicho interés quede protegido. Por ende, el juez deberá justificar por qué desecha el régimen de custodia exclusiva y por qué considera que el de custodia compartida es la única opción idónea para proteger adecuadamente el interés superior del menor.

No obstante, han ido apareciendo pronunciamientos jurisprudenciales⁷⁰ que han llevado a cabo una interpretación flexible de este requisito, admitiendo con ello la adopción del régimen de custodia compartida cuando resulte el más idóneo para el interés superior del menor. A mi modo de ver, con ello están yendo más allá de lo previsto en la ley, ya que la redacción del precepto resulta bastante clara al exigir que la custodia compartida sea la única forma de proteger adecuadamente el interés superior del menor. Sin embargo, ello

⁷⁰ SAP de Madrid, de 31 de octubre de 2006, sentencia nº 654/2006, recurso nº 732/2006, (ROJ: SAP M 13723/2006 - ECLI:ES:APM:2006:13723): “(...) tal requisito debe ser interpretado y aplicado en cada caso concreto bajo la inspiración del repetido principio del favor minoris que, por el rango de las normas en que aparece consagrado (arts. 39 de la CE y 2 y 11.2 de la LOPJM) debe prevalecer sobre cualquier otro condicionante sustantivo o procesal. Ello nos lleva a concluir que, a salvo de las hipótesis excluyentes recogidas en el apartado número 7 del referido precepto, y concurriendo los requisitos exigidos en el número 8, la posible sanción judicial de la custodia compartida será viable cuando la misma se revele como la solución más idónea para el sujeto infantil”.

no obsta para que me parezca un requisito demasiado estricto y que obstaculiza enormemente la aplicación del régimen de custodia compartida.

5.1.4. Requisito negativo

En los tres apartados anteriores se han mencionado los requisitos que contempla el artículo 92 del Código Civil en su apartado octavo. Sin embargo, no debemos olvidar lo regulado en el apartado séptimo del mismo, pues regula unos supuestos en los que no se podrá adoptar la guarda y custodia compartida, entiendo, por lo tanto, este precepto, como un requisito en sentido negativo.

No se podrá adoptar la guarda y custodia compartida cuando alguno de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos; y tampoco procederá este régimen de guarda y custodia cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

5.2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR PARA DETERMINAR LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

5.2.1. Introducción

Como elementos de valoración para determinar qué régimen se va a aplicar de guarda y custodia son los siguientes: la opinión del menor, el resultado de los informes exigidos legalmente, los posibles acuerdos entre las partes, y las alegaciones de las partes y otras pruebas practicadas en la comparecencia.

Como criterios para la determinación del régimen podemos hablar, por ejemplo, de la recomendación de no separar a los hermanos, de la aptitud de los progenitores, de la disponibilidad temporal de cada progenitor, de la edad de los hijos, del número de hijos, de posibles riesgos para la salud y formación del menor, etc.

Estos elementos y criterios que se acaban de mencionar son cuestiones que se deben de valorar para poder determinar qué tipo de régimen de guarda y custodia se va a aplicar.

Siendo este trabajo sobre la guarda y custodia compartida será central el criterio del interés superior del menor, siendo el criterio rector para atribuir la guarda y custodia compartida.

Por lo tanto, a la hora de establecer el régimen de la guarda y custodia de los menores en las situaciones de crisis matrimoniales, ha de procurarse ante todo el interés del hijo menor de edad en cuyo favor se reconoce el derecho-deber de los padres de relacionarse con sus hijos, de acuerdo con el mandato constitucional⁷¹.

5.2.2. Regulación

La Constitución Española, al indicar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección económica y jurídica de la familia y, dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores⁷².

Como principal norma estatal para hablar sobre el interés superior del menor nos encontramos con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que, en su artículo 2, regula lo relativo al interés superior del menor.

Anterior a esta ley nos encontramos con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que introdujo la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél.

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, a la que ya se ha hecho mención anteriormente respecto

⁷¹ Artículo 39.4 de la CE.

⁷² Artículo 39 de la CE.

de algunas cuestiones, tiene, entre otras funciones, reforzar el interés superior del menor⁷³ modificando, en su disposición final segunda, el artículo 92 del Código Civil, lo cual se ha ido analizando anteriormente. Dicha ley entrará en vigor en el próximo mes de septiembre.

Además de la normativa estatal nos encontramos con una materia que también ha sido regulada por algunas Comunidades Autónomas, por ejemplo, en Cantabria tenemos la Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y a la adolescencia, que en su artículo 4 regula el interés superior del menor como el principio inspirador básico⁷⁴.

Y, siendo también de amplitud la normativa supraestatal que aborda el tema, destaco la Convención Internacional de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989⁷⁵, cuyo artículo 3.1 establece que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*, añadiendo en el artículo 9.3 que *“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”*

5.2.3. Jurisprudencia

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que, en los procedimientos sobre adopción del régimen de guarda y custodia compartida, es el interés del menor el interés

⁷³ Como así menciona en su Preámbulo.

⁷⁴ *“El interés superior de la persona menor debe ser el principio inspirador tanto de las actuaciones públicas como de las decisiones y actuaciones de los padres, madres y de las personas que ejerzan la guarda o la tutela, así como de las entidades responsables de su atención y protección. Este interés debe primar sobre cualquier otro interés legítimo concurrente.”*

⁷⁵ Fuente 20/02/2021: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

superior a proteger. Por lo tanto, entiende que dicho interés es el criterio fundamental que se debe tener en cuenta para tomar la decisión sobre el régimen de guarda más beneficioso para el menor. Según el Tribunal Supremo⁷⁶ lo importante es garantizar o proteger el interés del menor, porque si bien es cierto tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación e intimidad. En concreto, el Tribunal Supremo ha establecido que *“la interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013”*.⁷⁷

Se ha reiterado por dicho Tribunal, la bondad objetiva⁷⁸ del sistema de guarda y custodia compartida, ya que con dicho sistema: *“a) Se fomenta la integración de los menores 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 de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”*⁷⁹.

No obstante, para el Tribunal Supremo⁸⁰, la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue reitera, es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del

⁷⁶ STS, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2011, sentencia n° 54/2011, recurso n° 500/2008, (ROJ: STS 505/2011 - ECLI:ES:TS:2011:505).

⁷⁷ STS, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 2016, sentencia n° 545/2016, recurso n° 1628/2015, (ROJ: STS 4089/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4089).

⁷⁸ STS, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 2016, sentencia n° 283/2016, recurso n° 1099/2015, (ROJ: STS 1901/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1901).

⁷⁹ STS, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 2018, sentencia n° 194/2018, recurso n° 3079/2017, (ROJ: STS 1167/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1167).

⁸⁰ STS, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2017, sentencia n° 155/2017, recurso n° 1158/2016, (ROJ: STS 849/2017 - ECLI:ES:TS:2017:849).

interés del menor, exigencia constitucional establecida en el artículo 39.2 de la Constitución Española.

La prevalencia del interés del menor, que también reitera el Tribunal Constitucional⁸¹, no significa que no deba, también, ponderarse el interés de sus padres, que no es desdeñable, pero sí de inferior rango.

⁸¹ La STC 185/2012, 17 de octubre de 2012, (ECLI:ES:TC:2012:185), declaró que en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), 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.

6. ARTICULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA POR LOS TRIBUNALES SEGÚN EL TIEMPO

Una vez que se ha determinado el régimen de guarda y custodia compartida con los hijos, se deberá de establecer que modalidad será más apropiada para su ejercicio, atendiendo a factores como el horario laboral de los progenitores, los recursos económicos de los que dispone cada progenitor, etc.

Podemos identificar dos criterios para determinar la modalidad del ejercicio de la guarda y custodia compartida, para ello se atiende a los criterios de lugar y de tiempo. Refiriéndome más adelante al uso de la vivienda familiar, me centraré en este momento a identificar el criterio del tiempo.

No existe un criterio general para determinar los tiempos de la guarda y la custodia compartida pero sí es mayoritario que se opte por repartir los periodos de convivencia con los progenitores en periodos iguales, ya sea por días, semanas, meses, e incluso años. Sin embargo, el Tribunal Supremo, ha manifestado que los sistemas de guarda y custodia compartida adoptan métodos diferentes en su aplicación, determinados en función del interés del menor, ya que *“no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores”*⁸². Lo más importante en esta modalidad de custodia sería una distribución lo más igualitaria posible, pero no se trata de que las cifras coincidan exactamente, sino de procurar que el menor mantenga una relación habitual, periódica y estable con ambos progenitores.

⁸² STS, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, sentencia nº 623/2009, recurso nº 1471/2006 (ROJ: STS 5969/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5969): *“los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores”*.

6.1. POR DÍAS A LA SEMANA

Cuando hablamos de guarda y custodia compartida, lo más sencillo es pensar en semanas alternas, es decir, el hijo convivirá una semana con un progenitor, y la siguiente con el otro, y así sucesivamente.

Varia jurisprudencia menor lo ha calificado de simple, justificando que este modelo no se adapta en todos los casos a las situaciones personales de los progenitores. Por ello, se han dictado resoluciones judiciales que han entendido que es perfectamente posible una guarda y custodia compartida, consistente en fines de semanas alternos y distribución del resto de días de la semana entre ambos padres.

Así, por ejemplo, la Sentencia de 9 de mayo de 2005, dictada por la Audiencia Provincial de Jaén⁸³, concedió la guarda y custodia compartida, estableciendo que los hijos debían permanecer con la madre los lunes, martes y miércoles desde las 16:00 hasta las 22:00; y los jueves a partir de las 16:00 hasta las 12:00 del domingo, debiendo permanecer el resto del tiempo con el padre. Conforme con esta distribución de la custodia, el tribunal consideró que los menores mantenían contactos asiduos con su padre y con su madre, lo que repercutiría en un mejor desarrollo afectivo y familiar.

Sin embargo, parte de la doctrina⁸⁴, con la que estoy de acuerdo, no está conforme con esta solución, pues no se sigue el criterio del interés superior del menor, sí bien es cierto que de esta forma se puede conseguir una relación continua e igualitaria del hijo con cada uno de los progenitores, pero, desde el punto de vista psicosocial, este modelo le supondría al hijo no tener una rutina y, por lo tanto, estar en continuo cambio, por lo que de ningún modo beneficia al menor. Además, teniendo en cuenta que los progenitores

⁸³ SAP de Jaén, de 9 de mayo de 2005, sentencia nº 106/2005, recurso nº 135/2005 (ROJ: SAP J 262/2005 - ECLI:ES:APJ:2005:262).

⁸⁴ DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I., *¿Custodia compartida preferente o interés del menor? Marco normativo y praxis judicial*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 126.

pueden vivir a una distancia lo suficientemente lejana para considerar excesivo el desplazamiento continuamente.

6.2. POR SEMANAS ALTERNAS

A falta de acuerdo por la jurisprudencia, la mayoría opta por este sistema de reparto de la custodia semanal.

A modo de ejemplo, la Sentencia de 2 de noviembre de 2010, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona⁸⁵, mantuvo el régimen de custodia compartida con reparto semanal alterno, por entender que era lo más favorable para el interés del menor una presencia equitativa de los padres, si bien impuso la condición de seguimiento de la situación del menor y de las aptitudes de los progenitores, fijando una visita o estancia semanal con el progenitor con el que no convivía cada semana, pero sin pernocta, pues entendía que con ello evita una separación o ausencia de contacto del menor con el progenitor con el que no convive, durante toda la semana, resultando más favorable y satisfactorio para el niño una relación más frecuente y no tan espaciada en el tiempo con ambos progenitores.

Siendo este régimen el mayormente otorgado, como se ha mencionado al comienzo de esta explicación, considero no ser del todo correcto, pues, a mí parecer sigue siendo un periodo corto de tiempo en el cuál el hijo menor debe estar alternando su lugar de residencia y, por lo tanto, su vida, no beneficiando con ello su interés superior. En este caso nos encontramos con el mismo problema en el caso de que los progenitores vivieran a larga distancia.

⁸⁵ SAP de Barcelona, de 2 de noviembre de 2010, sentencia nº 608/2010, recurso nº 274/2009 (ROJ: SAP B 9998/2010 - ECLI:ES:APB:2010:9998).

6.3. POR MESES

Para algunos tribunales, debe establecerse un periodo de convivencia mensual, porque, entienden, que esta modalidad evita o reduce la inestabilidad de los menores y facilita la sensación de permanencia en un mismo lugar, al tiempo que permite el contacto más continuado en orden a promover la adquisición de hábitos y costumbres.

6.3.1. Alternancia mensual

Algunos tribunales⁸⁶ han resuelto que la necesidad de procurar la estabilidad emocional y psicológica y el desarrollo integral y equilibrado de los hijos comunes, por lo que aconsejan el mantenimiento del sistema de custodia compartida por meses alternos.

6.3.2. Alternancia bimensual

Se ha argumentado por los tribunales⁸⁷ que el ejercicio de la custodia compartida, cada dos meses, permite la acomodación de los hijos a cada domicilio, y la adquisición de sensación de hogar.

6.3.3. Alternancia trimestral

Entre otra jurisprudencia, a modo de ejemplo, la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona⁸⁸, en Sentencia de 7 de febrero de 2012, que modificó la custodia compartida concedida por entender que el periodo de seis meses que se estableció era un periodo muy largo que desvirtuaba la propia esencia de la guarda y custodia compartida debiendo fijarse un periodo más corto de tiempo que permitiera una coparticipación mayor de ambos progenitores en el cuidado y educación del menor a la vez que no distorsionara o perturbara la organización cotidiana del mismo.

⁸⁶ SAP de Cantabria, de 12 de febrero de 2014, sentencia nº 78/2014, recurso nº 506/2013 (ROJ: SAP S 638/2014 - ECLI:ES:APS:2014:638).

⁸⁷ SAP de Sevilla, de 22 de julio de 2011, sentencia nº 317/2011, recurso nº 4282/2010 (ROJ: SAP SE 1195/2011 - ECLI:ES:APSE:2011:1195).

⁸⁸ SAP de Barcelona, de 7 de febrero de 2012, sentencia nº 59/2012, recurso nº 456/2011 (ROJ: SAP B 1759/2012 - ECLI:ES:APB:2012:1759).

6.3.4. Alternancia semestral

A modo de ejemplo, la Audiencia Provincial de Sevilla⁸⁹, en Sentencia de 14 de octubre de 2010, confirmó el sistema de custodia compartida por períodos alternos de seis meses establecido en la instancia. Manifestó, el tribunal, la idoneidad del régimen atendiendo al inicial acuerdo de los progenitores, al informe psicológico aportado, al informe favorable del Ministerio Fiscal y, fundamentalmente, a lo manifestado por los niños.

Sin embargo, otras resoluciones judiciales⁹⁰ han rechazado la custodia compartida con alternancia semestral entendiendo que no es un modelo beneficioso para el interés del menor por cuanto no permitiría un contacto frecuente de estos y sus padres.

Siendo mi opinión conforme con el modelo mensual, considero que la alternancia semestral es un periodo excesivo, pues los hijos menores pasarían bastante tiempo sin ver a uno de ambos progenitores.

6.4. POR AÑOS O PERIODOS ESCOLARES

La Audiencia Provincial de Cáceres⁹¹, en Sentencia de 11 de abril de 2007, consideró que el régimen propuesto, consistente en que durante el curso escolar la hija permaneciera con la madre y régimen de visitas del padre, y durante el periodo de vacaciones, con el padre y régimen de visitas a favor de la madre, era incompatible con el régimen de custodia compartida y el interés de la menor. El tribunal entendió que la guarda y custodia compartida requiere permanencia en el tiempo sin interrupción, es decir, que tenga vigencia durante todos los días del año, salvo los periodos de vacaciones en que no fuera posible, mientras que el régimen propuesto se refiere a largos periodos de tiempo en los que la guarda y custodia la ostentaría uno solo de los progenitores.

⁸⁹ SAP Sevilla, de 14 de octubre de 2010, sentencia n° 399/2010, recurso n° 7880/2009 (ROJ: SAP SE 3374/2010 - ECLI:ES:APSE:2010:3374).

⁹⁰ SAP de Málaga, de 12 de julio 2017, sentencia n° 690/2017, recurso n° 301/2016 (ROJ: SAP MA 2988/2017 - ECLI:ES:APMA:2017:2988).

⁹¹ SAP de Cáceres, de 11 de abril de 2007, sentencia n° 148/2007, recurso n° 145/2007 (ROJ: SAP CC 276/2007 - ECLI:ES:APCC:2007:276).

Y en la misma línea se pronunció la Audiencia Provincial de Zaragoza⁹², en Sentencia de 14 de junio de 2011, que revocó el sistema de custodia compartida decretado en la instancia por años alternos, porque consideró que, la custodia individual era más beneficiosa para las menores que la compartida.

Acorde con estas sentencias mencionadas, considero excesiva esta alternancia, siendo, al fin y al cabo, más beneficioso para el menor, en estos casos, una custodia monoparental con un régimen de visitas con el otro progenitor con el que el menor no convive. Una alternancia de esta índole supondría para el menor un cambio del modo de vida de un año (o año escolar) para el otro, lo que, en definitiva, no es en beneficio de su interés superior.

⁹² SAP de Zaragoza, de 14 de junio de 2011, sentencia nº 333/2011, recurso nº 157/2011 (ROJ: SAP Z 1700/2011 - ECLI:ES:APZ:2011:1700).

7. INCIDENCIA DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN OTRAS MEDIDAS

7.1. RÉGIMEN DE VISITAS

La ruptura matrimonial conlleva el cese de la convivencia de la pareja con sus hijos, en el caso de que se otorgue la guarda y custodia compartida habrá que determinar el modo en que el menor pueda relacionarse con el progenitor con el que no está conviviendo en los periodos de tiempo establecidos, de forma que se garanticen sus necesidades afectivas con ambos padres. A este aspecto se le ha conocido tradicionalmente como derecho de visitas⁹³. Su base legal se encuentra en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁹⁴ y en el Código Civil⁹⁵.

El establecimiento del régimen de visitas podrá determinarse por mutuo acuerdo, supuesto en el cual los propios progenitores, en el convenio regulador, establecerán el régimen de visitas, incluso, si lo vieran conveniente, lo que puede suceder en los casos de guarda y custodia compartida, los progenitores pueden acordar no establecer un régimen de visitas.

Cuando no existe acuerdo entre las partes, el régimen de visitas será fijado por el juez, primero como medida provisional⁹⁶, y posteriormente como definitiva, en la sentencia por la que declare la separación o el divorcio de los cónyuges⁹⁷. Su posible establecimiento dependerá en primer lugar del régimen de guarda y custodia que se haya

⁹³ El derecho de visitas se introdujo en nuestro ordenamiento por vez primera con ocasión de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 (artículo 20); y, poco después, sería introducido en el Código Civil (artículo 68 CC), a través de la reforma operada por la Ley de 24 de abril de 1958 también recogió este derecho (artículo 3.3).

⁹⁴ Reconoce en su artículo 2.2 c) el derecho del menor a que se preserve el mantenimiento de sus relaciones familiares.

⁹⁵ Regula el derecho de visitas en sus artículos 160.1 (que recoge una enunciación general del derecho), 161 (para los supuestos de acogimiento del menor) 8, y 90.1 a), 94.1 y 103.1 (referidos específicamente a los efectos comunes a los procedimientos derivados de crisis matrimonial).

⁹⁶ Artículo 103.1 del CC.

⁹⁷ Artículo 94.1 del CC.

adoptado, pues, como sucede en el mutuo acuerdo, habrá supuestos de custodia compartida en los que, por la corta extensión de los periodos de alternancia, no siempre resulte necesario fijar un régimen de visitas.

Respecto a los supuestos de guarda y custodia compartida, nuestro Código Civil no dice nada acerca de la posibilidad de establecer un régimen de visitas. Sí lo hacía, en cambio, el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia⁹⁸, que en su artículo 1.4, en la redacción que pretendía dar al nuevo artículo 92 bis, que se refería al *“régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con cada uno”*.

Que el Código Civil actual no regule nada acerca de la posibilidad de establecer un régimen de visitas en un régimen de guarda y custodia compartida no quiere decir que no pueda establecerse, sobre todo cuando hablamos de aquellos casos en los que la guarda y custodia compartida se establece en periodos extensos, como, por ejemplo, en semestres, incluso más aún al hablar de años.

En el caso de que fuera conveniente, se establecerá, además, un régimen de visitas con los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, en lo cuál no me voy a detener a explicar, simplemente menciono.

7.2. CONTRIBUCIÓN AL MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS MENORES

Dicho tema tiene su fundamento constitucional en el artículo 39.3, este indica 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”*. Como concreción de este artículo, en lo que se refiere a la asistencia

⁹⁸ Artículo 1.4 por el que se hubiera añadido el artículo 92 bis al CC: *“El Juez podrá acordar, en interés de los hijos menores, que su guarda y custodia sea ejercida por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida, determinando los periodos de convivencia con cada uno.”*

patrimonial, el artículo 154.3.1 del Código Civil incluye entre los deberes inherentes a la patria potestad el de alimentar a los hijos. Sin embargo, la obligación de prestar alimentos a los hijos menores no nace de la patria potestad, sino del hecho de la filiación, por ello es que, los artículos 110 y 111.4 del Código Civil prevén expresamente que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, están obligados a prestar alimentos a sus hijos menores.

Cuando los hijos conviven con ambos progenitores, la obligación de alimentarlos se cumple a través de su contribución al levantamiento de las cargas familiares. El problema surge cuando los progenitores no conviven. Al respecto, el artículo 92.1 del Código Civil establece que la ruptura de la convivencia no exime a los padres de sus obligaciones para con sus hijos, por lo que será necesario determinar la forma en la que cada uno de los progenitores contribuirá a partir de ese momento a la manutención de los hijos menores. Esta cuestión ha sido prevista por los artículos 90.1 d), 93 y 103.3 del Código Civil.

En lo que se refiere al contenido de la obligación de alimentos a los hijos menores, ante la ausencia de previsión específica, cabe acudir a las reglas previstas en sede de alimentos entre parientes. Al respecto, el artículo 142 del Código Civil, en su primer párrafo, incluye *“todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”*. Un contenido que complementa en su segundo párrafo, que señala que también comprende *“la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”* y en su tercer párrafo, que dispone que *“entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto en cuanto no estén cubiertos de otro modo”*.

Para determinar la cuantía y el modo en el que va a contribuir cada progenitor a sufragar los gastos de los hijos menores, habrá que estar en primer lugar a lo que las propias partes hayan pactado. En este sentido, el Código Civil, en su artículo 90.1 d), exige que se

incluya dentro del convenio regulador la forma en la que los progenitores van a contribuir al mantenimiento del menor tras su ruptura matrimonial.

En caso de que las partes no alcancen un acuerdo, será el juez el encargado de determinar la cuantía y el modo en el que se van a sufragar los gastos, bien en el momento de adoptar las medidas provisionales⁹⁹ o bien en la sentencia que recoja las medidas definitivas¹⁰⁰. Con carácter general, el juez deberá guiarse por el principio de proporcionalidad¹⁰¹, de tal manera que cada progenitor contribuirá a sufragar los gastos de sus hijos menores en proporción a los recursos económicos con los que cuente.

El Código Civil presenta en este punto una regulación muy pobre, pues no prevé nada acerca del modo en el que los progenitores van a contribuir al mantenimiento de sus hijos menores en los supuestos de guarda y custodia compartida. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido fijando las diversas modalidades de contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de sus hijos en los supuestos de custodia compartida. En ocasiones se ha establecido que cada progenitor asuma de forma directa los gastos ordinarios del menor que se generen durante el tiempo que esté en su compañía. Esta opción de mantenimiento directo parece la más adecuada cuando el tiempo de permanencia del menor con cada progenitor sea equitativo y los recursos de los progenitores sean semejantes. En otras ocasiones, se ha decidido la apertura de una cuenta bancaria común en la que se cargan los gastos ordinarios susceptibles de domiciliación y con la que se van sufragando el resto de los gastos del menor.

También cabe que el principio de proporcionalidad se haga efectivo a través del establecimiento de una pensión de alimentos a cargo de uno de los progenitores. Esta modalidad puede resultar recomendable cuando el reparto temporal de permanencia con

⁹⁹ Artículo 103.3 del CC.

¹⁰⁰ Artículo 93 del CC.

¹⁰¹ Artículos 145 y 146 del CC.

el menor sea dispar o exista una notable diferencia en la capacidad económica de las partes¹⁰².

Respecto de los gastos extraordinarios cuando la capacidad económica de las partes es semejante, lo normal es que se establezca que cada progenitor asuma el pago de la mitad de los gastos¹⁰³. Cuando no es así, habrá que determinar el porcentaje en el que debe contribuir cada progenitor.

Por último, hay que indicar que, cabe entender que los gastos voluntarios los abonará exclusivamente aquél que haya decidido su realización¹⁰⁴, salvo que las partes hayan pactado otra cosa.

7.3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Normalmente, la vivienda es el principal activo que integra el patrimonio familiar, por lo que la atribución de su uso es una de las cuestiones que más problemas genera en los procesos de separación o divorcio. Bien es cierto que la ruptura matrimonial no conlleva en sí la obligación de que los progenitores dejen de convivir juntos, pero lo normal es que decidan dejar de convivir juntos y, por ello, que se deba de atribuir a uno de los dos el uso de la vivienda que formaba parte de la familia.

Como una manifestación más del principio de autonomía de la voluntad de las partes que rige con carácter general en nuestro Derecho civil, los progenitores pueden decidir de mutuo acuerdo el destino de la que ha constituido la vivienda familiar durante su convivencia matrimonial¹⁰⁵. El convenio regulador debe contener necesariamente la

¹⁰² STS, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2016, sentencia nº 133/2016, recurso nº 1/2015, (ROJ: STS 973/2016 - ECLI:ES:TS:2016:973).

¹⁰³ STS, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013, sentencia nº 495/2913, recurso nº 2964/2012, (ROJ: STS 4082/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4082).

¹⁰⁴ Lo preveía el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, artículo 1.5 del Anteproyecto, en la nueva redacción que hubiera dado al artículo 93.2.3 del CC.

¹⁰⁵ Artículos 90.1.c) y 96.1 del CC.

atribución de la vivienda, ello no quiere decir que se pueda atribuir a ambos, aunque no suele ser el caso.

La intervención del juez para atribuir el uso de la vivienda a uno de los dos progenitores se llevará a cabo cuando no exista acuerdo entre las partes.

En los casos en los que existan hijos menores con guarda y custodia compartida podemos hablar de la “casa nido”, aquella en la cual los hijos menores serán los que permanezcan en la vivienda familiar, y los progenitores deberán de ir rotando en función de los periodos que estos estén con sus hijos.

El gran problema surge cuando son los hijos los que rotan de vivienda, supuesto que se denomina “niño maleta” y se debe de atribuir el uso de la vivienda a uno de los progenitores, existiendo régimen de guarda y custodia compartida.

También cabe la posibilidad de que la vivienda no se atribuya a ninguno de los dos progenitores, por ejemplo, porque estuviera en alquiler y este termine, o porque decidan vender la casa; y también hay la posibilidad que, a la hora de disolver la sociedad de gananciales, la casa se atribuya a ambos progenitores.

Ante el vacío legal actual, se aplica por analogía el artículo 96.2 del Código Civil¹⁰⁶. En cualquier caso, el artículo 96.2 del CC establece una regla muy vaga, estableciendo que el juez resolverá lo procedente. Siguiendo a Martínez de Aguirre Aldaz, cabe interpretar que lo procedente será aquello que el juez considere más conveniente teniendo en cuenta el interés más necesitado de protección. Los criterios que se vienen utilizando para determinar qué interés está más necesitado de protección: la capacidad económica, la situación laboral y personal de cada uno de los progenitores y la titularidad dominical de la vivienda familiar. Pero, además, en el caso de la custodia compartida, cabría añadir

¹⁰⁶ STS, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2017, sentencia nº 294/2017, recurso nº 204/2016, (ROJ: STS 1896/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1896).

otro: la duración de los periodos de alternancia del menor con uno y otro progenitor. No en vano, en ocasiones puede constituir un factor determinante para atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que tenga a los menores en su compañía durante lapsos más extensos de tiempo¹⁰⁷.

Este artículo 96 del Código Civil al que nos referimos por analogía regula el uso de la vivienda familiar, pero en los casos de guarda y custodia exclusiva. Este artículo ha sido modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁰⁸, que entrará en vigor en el próximo mes de septiembre. La nueva redacción que se da a este artículo prevé medidas para aquella situación en la que el hijo menor de edad se encuentre en situación de discapacidad y esta perdure cuando el hijo cumpla la mayoría de edad.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ CALVO, J., *La guarda y custodia*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 485.

¹⁰⁸ Preámbulo: “*La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*”

8. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN RELACIÓN CON LA PANDEMIA COVID-19

8.1. INTRODUCCIÓN

El pasado 14 de marzo de 2020 se declaró el Estado de Alarma en España través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19¹⁰⁹. Ello produjo que se adoptaran una serie de medidas que debían ser de obligado cumplimiento para toda la ciudadanía y durante la vigencia de dicho Estado de Alarma, lo que supuso un auténtico cambio de la vida diaria para todos los españoles.

El Estado de Alarma fue prorrogado posteriormente, y varias veces, por Reales Decretos, y el 25 de octubre, por Real Decreto 926/2020 fue declarado el segundo Estado de Alarma como consecuencia de la pandemia.

En el artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020, se regulaba la limitación de la libertad de circulación de las personas¹¹⁰, por lo que *“durante la vigencia del Estado de Alarma las personas únicamente podrían circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que debían realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada”*, entre las que se encuentra, en el apartado e) *“Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.”* A la vista de lo anterior, se plantea la duda de si una resolución judicial en la que se recoge un régimen de guarda y custodia compartida se encontraba dentro de ese artículo 7 apartado e).

¹⁰⁹ El Real Decreto 463/2020 fue modificado posteriormente por Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo.

¹¹⁰ Artículo 19 de la CE.

Una primera posibilidad es que la respuesta al anterior interrogante sea afirmativa, interpretando que ese apartado e) ampara que de guarda y custodia compartida continúe vigente durante el Estado de Alarma. Además, no podemos olvidar el aspecto fundamental que recoge el artículo 18.2 Ley Orgánica del Poder Judicial de que todas las resoluciones judiciales deben cumplirse en sus propios términos.

Sin embargo, una segunda posibilidad daría una respuesta negativa a la misma cuestión, pues dicho artículo indicaba que estaba permitida la circulación por las vías públicas para la asistencia y atención de los menores; entendiendo con ello que solo estén incluidos aquellos que estén desasistidos o desatendido.

El Ministro de Justicia, D. Juan Carlos Campo realizó una comparecencia en el Palacio de la Moncloa el 20 de marzo de 2020, y en la posterior rueda de prensa un periodista realizó la siguiente pregunta: *“Se han planteado dudas en relación con las restricciones para la movilidad, ¿se pueden hacer desplazamientos para llevar a los hijos de un hogar a otro cuando hay custodia compartida? Permítame que les vincule una pregunta que también realiza sobre esta cuestión Europa Press: Existe mucha confusión sobre el régimen de visitas de padres separados, ¿En estado de alarma pueden los niños ir rotando de casa en casa en caso de custodia compartida?, ¿Pueden los padres o madres cumplir con el régimen de visitas pactado?”* A lo que el Sr. Ministro contestó: *“A ver, es un problema que se está planteando pero yo siempre articulo el mismo mensaje. El artículo 7 del Real Decreto de alarma establece los casos en los que es posible esa deambulacion por nuestras calles y en qué condiciones. Evidentemente se dice que hay una excepción cuando va acompañado de menores, mayores, y tal ... aquí tenemos ya a los menores. Por tanto, regla general, tendrán que seguir cumpliéndose los acuerdos establecidos en medidas cautelares o en sentencia definitiva sobre la tenencia de los progenitores. ¿Esto cuándo cede? Cuando aquellas situaciones pues el Juez las valore,*

*oído el Ministerio Fiscal y a las propias partes y pueda determinar una situación en detrimento del menor, pero no olvidemos que el retorno al domicilio habitual es una de las causas excepcionadas en el artículo 7 para la capacidad de moverse por las ciudades, por tanto, no hay normativa en el artículo séptimo que impida estas cuestiones, insisto, será el Juez en cada momento determinado si se produce una incidencia, el que tenga que resolver si realmente tenía razón el padre que no lo ha entregado o no. Estamos analizando y ha sido uno de los puntos debatidos sobre los Punto de Encuentro, es decir, ese punto de entrega en convivencias complicadas donde se puede recoger, pero insisto, es una situación y la sociedad es lo suficientemente madura para encontrar la solución a cada uno de los problemas. Tenemos claro cuál es la normativa, tenemos claro cuál es la resolución judicial, lo único que hace falta es adecuar esas actuaciones. Por tanto, como regla general está en el artículo séptimo y por tanto no tiene por qué haber esa limitación. ¿Puede haberla? Sí, están establecidas, lo explicaba el Ministro hace un momento, porque hay veces que esa determinada flexibilización determinaría –estoy pensando de traslados de ciudades- una incomodidad tan grande que a lo mejor es preferible una restricción de ese Derecho Fundamental que tiene el menor a relacionarse con sus padres, porque ése es el interés vinculado junto al establecido en el Real Decreto de Alarma”.*¹¹¹

Con fecha 20 de marzo de 2020 la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial emitió un informe¹¹² entre lo que destaca lo siguiente: “Las medidas adoptadas judicialmente en los procedimientos de familia en relación con el régimen de custodia, visitas y estancias de los menores sujetos a la patria potestad, y en particular, su ejecución, no se encuentran en sí mismas entre las excepciones al régimen general de

¹¹¹ Fuente 25/07/2021: <https://www.aeafa.es/files/noticias/ebookcoronavirus.pdf> p.6.

¹¹² Fuente 25/07/2021: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20200320%20BoletinesAcuerdosCP%20-%20ExtraordinariaV2.pdf>

suspensión de plazos procesales, y, por tanto, no se encuentran entre aquellas actuaciones esenciales cuya realización ha de asegurarse. Ahora bien, una vez adoptadas, estas medidas se sitúan en rigor en el plano de la ejecución de las resoluciones judiciales que las hayan acordado u homologado, y entran dentro del contenido material de las relaciones entre los progenitores en relación con los hijos menores que surgen como consecuencia de la nulidad matrimonial, separación o divorcio y de las decisiones judiciales que fijen las condiciones del ejercicio de la patria potestad, de la guarda y custodia y del régimen de visitas y estancias. De este modo, no quedan afectadas por la regla general de suspensión de plazos y actuaciones judiciales.”

También se señala posteriormente en el informe que Juntas sectoriales de Jueces pueden adoptar acuerdos para unificar criterios y establecer pautas de actuación conjuntas, por lo que la suspensión del régimen de visitas o guarda se decidirá en función del lugar en el que reside el ciudadano. La principal consecuencia de todo esto fue la disparidad de criterios de los Jueces de cada ciudad o Comunidad Autónoma, pues la suspensión o no del régimen de visitas o guarda se decidiría en función del lugar de residencia de los menores.

Respecto del primer Estado de Alarma el Tribunal Constitucional ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad nº 2054-2020 en sentencia 148/2021, de 14 de julio¹¹³. En concreto, se han declarado inconstitucionales los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo; además de declarar inconstitucional los términos “*modificar, ampliar o*” del apartado 6 del artículo 10, en la redacción resultante del artículo único, apartado 2, del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo.

¹¹³ STC 148/2021, de 14 de julio, (ECLI:ES:TC2021:148).

El Tribunal Constitucional ha declarado que este Real Decreto tiene una limitación de derechos muy alta, de “altísima intensidad”, lo cuál entiende que excede de lo que permite la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio¹¹⁴.

El Tribunal Constitucional considera que el derecho de libre circulación por el territorio quedó *de facto* suprimido, ya que todos los ciudadanos debieron permanecer en sus domicilios, salvo por circunstancias concretas y para fines muy tasados.

8.2. INCIDENCIA DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS POR EL TERRITORIO NACIONAL EN EL RÉGIMEN DE VISITAS CON CUSTODIA COMPARTIDA

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma, estableció en su artículo 7.1 apartado d) que las personas únicamente podrían circular por las vías de uso público para “*el retorno al lugar de residencia habitual*”, lo cual se puede entender que permite que, en caso de hallarse los menores con uno de los progenitores, puede intercambiar, al ser consideradas ambas como residencias del menor.

Sin embargo, no se permite dar cobertura legal a la salida de los menores del domicilio del progenitor custodio para cumplir el régimen de visitas por lo dispuesto en el apartado 1 letra g) del artículo 7 del RD “*por causa de fuerza mayor o situación de necesidad*”, en tanto que la situación de necesidad a la que se refiere el precepto, ha de referirse no a la necesidad de cumplir una resolución judicial, sino a situaciones de necesidad de salir del domicilio por causas ajenas a la voluntad del menor o del progenitor con quien se encuentra.

El Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, al modificar el apartado 1 del artículo 7 introdujo un elemento de cierta confusión, al establecer que durante la vigencia del Estado de Alarma las personas únicamente podrían circular por las vías o espacios de uso público

¹¹⁴ Artículo 11.a de la LOAES.

para la realización de las siguientes actividades (adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios, desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral...), o por otra causa justificada, contraponiendo así la salida del domicilio para realizar las actividades que señala dicho artículo.

Parece ser que dicha causa o motivo justificado hace alusión a que las actividades no se lleven a cabo individualmente, sino acompañados de otra persona que no sea un menor, mayor, o persona incapacitada.

Así pues, en los casos de menores en régimen de custodia compartida, donde el menor tiene dos residencias habituales, la del padre y la de la madre, lo que se permite es que los hijos puedan desplazarse del domicilio de uno al del otro progenitor para la alternancia de los períodos de convivencia del menor con uno y otro progenitor sin que ello suponga infringir lo dispuesto en el Real Decreto. No obstante, en los casos de custodias compartidas por semanas alternas en que se hayan establecido días de visita entre semanas para el progenitor que no desempeña la custodia en la semana que le corresponde al otro, es recomendable que los progenitores lleguen a un acuerdo para no realizar las visitas, en interés del menor, para minimizar el riesgo de contagiarse del virus.

El progenitor que hubiere estado apartado del menor durante la totalidad o la mayor parte del tiempo de su vigencia podrá solicitar judicialmente la compensación de los días de visitas o estancias perdidos a causa de la pandemia, con días que corresponda disfrutar al otro progenitor, para el supuesto de que ambos progenitores no alcanzaren acuerdos extrajudiciales sobre tal extremo. Pueden darse supuestos en los que los progenitores tengan opiniones contrarias y no se alcance un acuerdo. En este caso, aquel progenitor que considere que se está incumpliendo el régimen de visitas o de guarda y custodia compartido, podrá acudir a la vía judicial para tratar de ejecutar la resolución incumplida.

8.3. SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN Y DE NO SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Ante la ausencia de una regulación concreta sobre el tema, nos encontramos con una variedad de opiniones de jueces y magistrados de toda España, los cuales mantienen dos posturas claramente diferenciadas, los que apoyan la suspensión del régimen de custodia compartida y los que no.

8.3.1. Supuestos de suspensión

Una parte de la jurisprudencia, en sus decisiones judiciales, decidió no mantener el régimen de guarda y custodia compartida durante el tiempo que durase el Estado de Alarma, pero obligando al progenitor con el que quedaban los menores a facilitar el contacto de éstos con la otra parte a través de medios telemáticos. Es el caso del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº7 de Alcorcón, en un auto fechado el lunes 16 de marzo del 2020¹¹⁵, así como la Junta de Jueces de Tolosa, los cuales decidieron suspender cualquier sistema de visita y/o custodia compartida, quedando los menores en compañía del progenitor con quien estuviesen en el momento decretarse el Estado de Alarma.

Siguiendo los supuestos de suspensión, también cabe mencionar el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Santa Cruz de Tenerife¹¹⁶, en este caso se daba la suspensión debido a que uno de los progenitores era trabajador del ámbito sanitario en la sección de personas sospechosas covid y, aunque estuviera protegido con el equipamiento adecuado, al tribunal determinó que existía mayor probabilidad de contagio, por lo que se entendió, que en defensa del interés del menor, este debía convivir con el progenitor no trabajar en el ámbito sanitario. Una vez finalizada la suspensión provisional del régimen de custodia compartida, el progenitor podría recuperar los períodos no disfrutados con su hijo.

¹¹⁵ Auto del JPI nº 7 de Alcorcón, nº 488/2019, de 16 de marzo de 2020, (ROJ: AJPI 5/2020 - ECLI:ES:JPI:2020:5ª).

¹¹⁶ Auto del JPI nº7 de Tenerife, nº 86/2020, de 3 de abril, (ROJ: AJPI 12/2020 - ECLI:ES:JPI:2020:12ª).

La razón de estos pronunciamientos se basa principalmente en el interés del menor y en evitar una sobreexposición al virus por parte de los menores.

8.3.2. Supuestos de no suspensión

Decisiones totalmente contrapuestas a las señaladas con anterioridad son las tomadas por algunos jueces de familia de distintos territorios que han adoptado acuerdos en los que se muestran a favor del mantenimiento del sistema de custodia compartida. Negaban que el RD 463/2020 tuviese alguna incidencia en el cumplimiento y desarrollo de la misma, debiéndose cumplir en los términos establecidos en las sentencias o convenios.

Ejemplo de lo anterior es la postura adoptada por el Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona en su sentencia de 26 de marzo de 2020¹¹⁷, al no admitir a trámite la solicitud de adoptarse de forma urgente una medida de protección de los menores que consiste en la suspensión cautelar de la rotación de los turnos de custodia compartida entre ambos progenitores mientras dure el Estado de Alarma decretado, permaneciendo estos únicamente en el domicilio de la madre, a fin de evitar graves perjuicios para la salud de los menores. No se ha llegado a suspender el régimen de guarda y custodia compartida establecido en sentencia, lo cual no impedía que los progenitores pudieran llegar a un acuerdo y modificarlo, siempre que sea en interés del menor.

Esta decisión se ha basado principalmente en un acuerdo llevado a cabo por la Junta de Jueces de Familia de Barcelona el 18 de marzo de 2020¹¹⁸ que han acordado que la declaración del Estado de Alarma no legitima el incumplimiento de resoluciones judiciales, por lo que se han de cumplirse todos los sistemas de guarda, custodia, visitas y comunicaciones fijadas en las resoluciones judiciales vigentes. Sin embargo, si alguno de los progenitores presentare síntomas de contagio o ha resultado positivo en el test del

¹¹⁷ Auto JPI nº 51 de Barcelona, nº 81/2020, de 26 de marzo, (ROJ: AJPI 8/2020 - ECLI:ES:JPI:2020:8°).

¹¹⁸ Acuerdo de unificación de criterios de los Juzgados de Familia de Barcelona en relación al Estado de Alarma en Barcelona, de 18 de marzo de 2020.

Covid-19, en interés de los hijos menores y para evitar su propagación, es preferible que la guarda y custodia la ostente el otro progenitor, a fin de evitar su propagación al menor cuya custodia tiene confiada, debiéndose entenderse que, automáticamente concurre causa de fuerza mayor, que suspende provisionalmente las medidas acordadas en el proceso en que se acordaron.

8.4. ESTUDIO DE LA ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA)

Ante esta situación excepcional que se ha producido y que ha generado distintas interpretaciones por parte de los magistrados, la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) ha elaborado un estudio¹¹⁹ del que se desprende que un 77% de los jueces prefieren mantener el cumplimiento del régimen de custodia compartida.

Desde esta asociación piden principalmente a los progenitores que tengan “sentido común” y que lleguen a un acuerdo en beneficio de sus hijos para “evitar la judicialización” en este momento, ya que es una “situación excepcional”. En especial porque el estudio llevado a cabo por esta asociación refleja que, de las Juntas de Jueces de 43 territorios, 33 ya se han pronunciado a favor de mantener la custodia compartida de los hijos de padres y madres separados, mientras que 10 han decidido suspenderlas.

Se aprecia por tanto de manera clara que no hay una unanimidad entre las Juntas de Jueces ante una misma situación, pues muchos atienden a que las resoluciones judiciales están para cumplirse y que ni esta situación excepcional, ni ninguna otra, puede ser considerada como un obstáculo que permita que no sean cumplidas; puesto que los progenitores siguen obligados a velar por el bienestar e interés del menor.

Todo esto hace que sea necesario apelar a la necesidad de un mayor esfuerzo de los progenitores a alcanzar acuerdos que permitan modificar los períodos de estancia con

¹¹⁹ Fuente 30/07/2021: <https://www.aeafa.es/files/noticias/notadeprensagenerica.pdf>

cada uno, reduciendo el número de desplazamientos, sustituyendo las visitas e incluyendo mayores comunicaciones telefónicas o telemáticas.

Siempre ha de primar la sensatez, el diálogo, consenso y negociación entre los progenitores; utilizar el sentido común, intentar llegar siempre a un acuerdo y continuar en la medida de lo posible con la custodia compartida o el régimen de visitas; pero siempre que pueda haber un riesgo para la salud de los menores o de otro miembro de la familia suspender el régimen o las visitas.

9. CONCLUSIONES

I. Régimen preferente de guarda y custodia compartida

El régimen de guarda y custodia compartida es, en la actualidad, un régimen subsidiario al régimen de guarda y custodia monoparental o exclusivo. En la actualidad, a mi parecer, dicho régimen de guarda y custodia compartida debería de ser preferente. Entiendo esta idea en el sentido de que, la regulación actual que tiene el Código Civil está establecida en un contexto en el cuál era la mujer la que se encargaba, casi en exclusiva, del cuidado del hogar y de los hijos y, por ende, se atribuía a ésta la custodia exclusiva del hijo menor no emancipado. Sin embargo, actualmente nos encontramos con una nueva realidad, en la que ambos progenitores, independientemente del sexo de estos, se encargan del total de las cargas familiares, siendo ya preponderante el hecho de que ambos progenitores tengan un trabajo remunerado.

Este régimen, que debería ser preferente en la actualidad, entendiéndolo como subsidiario el régimen de guarda y custodia monoparental, en aquellos casos en los que fuera necesario, por cualquier circunstancia, establecer dicho régimen.

II. El interés superior del menor

Hay que tener en cuenta, además, que siendo el criterio rector para atribuir la guarda y custodia el interés superior del menor, entiendo que este se ve más amparado dentro de la guarda y custodia compartida. Si bien es cierto que habrá que determinarlo caso por caso, independientemente de las demás circunstancias que se puedan dar en el caso concreto, el interés superior del menor se verá más amparado si el hijo menor no emancipado dispone de un contacto directo con ambos progenitores.

Por lo tanto, para aclarar esta idea, de que, en la actualidad, son mayoría las parejas que, independientemente del sexo, como he indicado anteriormente, se dedican ambos al cuidado del hogar y de los hijos, teniendo a su vez ambos un trabajo remunerado, por lo

que, siguiendo esta concepción social actual, lo más idóneo para el interés superior del menor sería mantener el contacto con ambos.

En cualquier caso, nunca se debe de desplazar el criterio del interés superior del menor, pues, al final, en una ruptura matrimonial, será el hijo menor no emancipado el más afectado, ya no hablando legalmente, sino en su contexto social y psicológico.

III. El covid-19 en relación con el régimen de guarda y custodia compartida

En cuanto a la situación que nos ha proporcionado el establecimiento del Estado de Alarma, considero que ha sido de gran incertidumbre e inseguridad jurídica, pues no siendo la legislación clara respecto a qué se podía realizar o no dentro del régimen de guarda y custodia compartida, la decisión de los jueces ha sido dispar y diferente en los casos planteados.

Siendo el Estado de Alarma uno de los estados excepcionales regulados en el artículo 116 de la Constitución Española, la legislación respecto a las dudas que se pueden plantear es escasa, y, como se ha visto, legislativamente no estamos preparados para una situación como la que ha acontecido este pasado año 2020.

10. ANEXOS

10.1. BIBLIOGRAFÍA

BAUTISTA LOPEZ, J., “Inconstitucionalidad de la necesidad de informe “favorable” del Ministerio Fiscal para el otorgamiento de la guarda y custodia compartida” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 854/2012, año 2012.

BLASCO GASCÓ, F. de P, *Instituciones de Derecho Civil Derecho de Familia*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, 2018.

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

DE VERDA Y BEAMONTE J. R. y otros, *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, 2020.

DIÉZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Tomo 1*, 12ª edición, Tecnos, Madrid, 2018.

DOMINGUEZ MARTÍN, A., “Reparto de los tiempos en guarda y custodia compartida” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5/2019, año 2019.

DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I., *¿Custodia compartida preferente o interés del menor? Marco normativo y praxis judicial*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

HERNANDO RAMOS, S. “El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida” en *Diario La Ley nº 7206. Sección Tribuna*, 29 de junio de 2009, ref. D-232 (LA LEY 12953/2009).

LASARTE ÁLVAREZ, C. *Compendio de Derecho Civil: Trabajo social y relaciones laborales*. Editorial Dykinson S.L., Madrid 2005.

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

LINACERO DE LA FUENTE, M. y otros, *Tratado de Derecho de Familia*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2020

MARTÍNEZ CALVO, J., *La guarda y custodia*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PIZARRO MORENO E. y otros, *Derecho de Familia*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

ROMERO COLOMA, A. M., “La guarda y custodia compartida como medida familiar favorable a los hijos” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 814/2011, año 2011.

RUBIO TORRANO, E., “Atribución de la guarda y custodia compartida e interés del menor” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1/2019, año 2019.

SANCHEZ CASTRILLO, G., “La residencia de progenitores en localidades lejanas imposibilita la custodia compartida” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10/2018, año 2018.

VIVES, I., “Derecho de Familia: La regulación de la guarda y custodia durante la vigencia del Estado de Alarma” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 962/2020, año 2020.

10.2. PÁGINAS WEB

www.ine.es – Instituto Nacional de Estadística.

www.boe.es – Boletín Oficial del Estado.

www.hj.tribunalconstitucional.es - Buscador de jurisprudencia constitucional.

www.poderjudicial.es – CENDOJ – Centro de documentación judicial.

<https://www.aeafa.es/files/noticias/ebookcoronavirus.pdf> - AEAFa.

10.3. JURISPRUDENCIA

STC, de 15 de enero de 2001, sentencia nº 4/2001, (ECLI:ES:TC:2001:4).

STC, de 17 de octubre de 2012, sentencia nº 185/2012, (ECLI:ES:TC:2012:185).

STC, de 16 de noviembre de 2016, sentencia nº 192/2016, (ECLI:ES:TC:2016:192).

STC, de 14 de julio de 2021, sentencia nº 148/2021, (ECLI:ES:TC2021:148).

STS, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, sentencia nº 623/2009, recurso nº 1471/2006 (ROJ: STS 5969/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5969).

STS, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2011, sentencia nº 54/2011, recurso nº 500/2008, (ROJ: STS 505/2011 - ECLI:ES:TS:2011:505).

STS, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2012, sentencia nº 642/2011, recurso nº 1238/2011, (ROJ: STS 6811/2012 – ECLI:ES:TS:2012:6811).

STS, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013, sentencia nº 495/2913, recurso nº 2964/2012, (ROJ: STS 4082/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4082).

STS, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2016, sentencia nº 133/2016, recurso nº 1/2015, (ROJ: STS 973/2016 - ECLI:ES:TS:2016:973).

STS, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 2016, sentencia nº 283/2016, recurso nº 1099/2015, (ROJ: STS 1901/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1901).

STS, Sala de lo Civil, de 12 de septiembre de 2016, sentencia nº 526/2016, recurso nº 2300/2015, (ROJ: STS 4045/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4045).

STS, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 2016, sentencia nº 545/2016, recurso nº 1628/2015, (ROJ: STS 4089/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4089).

STS, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2017, sentencia nº 155/2017, recurso nº 1158/2016, (ROJ: STS 849/2017 - ECLI:ES:TS:2017:849).

STS, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2017, sentencia nº 294/2017, recurso nº 204/2016, (ROJ: STS 1896/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1896).

STS, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 2018, sentencia nº 182/2018, recurso nº 2878/2017, (ROJ: STS 1156/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1156).

STS, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 2018, sentencia nº 194/2018, recurso nº 3079/2017, (ROJ: STS 1167/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1167).

SAP de Jaén, de 9 de mayo de 2005, sentencia nº 106/2005, recurso nº 135/2005 (ROJ: SAP J 262/2005 - ECLI:ES:APJ:2005:262).

SAP de Madrid, de 31 de octubre de 2006, sentencia nº 654/2006, recurso nº 732/2006, (ROJ: SAP M 13723/2006 - ECLI:ES:APM:2006:13723).

SAP de Huelva, de 30 de marzo de 2007, sentencia nº 58/2007, recurso nº 22/2007, (ROJ: SAP H 113/2007 - ECLI:ES:APH:2007:113).

SAP de Cáceres, de 11 de abril de 2007, sentencia nº 148/2007, recurso nº 145/2007 (ROJ: SAP CC 276/2007 - ECLI:ES:APCC:2007:276).

SAP de Cádiz, de 7 de julio de 2007, (ROJ: SAP CA 2551/2007 ECLI:ES:APCA:2007:2551)

SAP de Palma de Mallorca, de 14 de octubre de 2008, sentencia nº 387/2008, recurso nº 206/2008, (ROJ: SAP IB 1512/2008 – ECLI:ES:APIB:2008:1512).

SAP de Sevilla, de 14 de octubre de 2010, sentencia nº 399/2010, recurso nº 7880/2009 (ROJ: SAP SE 3374/2010 - ECLI:ES:APSE:2010:3374).

SAP de Barcelona, de 2 de noviembre de 2010, sentencia nº 608/2010, recurso nº 274/2009 (ROJ: SAP B 9998/2010 - ECLI:ES:APB:2010:9998).

SAP de Zaragoza, de 14 de junio de 2011, sentencia nº 333/2011, recurso nº 157/2011 (ROJ: SAP Z 1700/2011 - ECLI:ES:APZ:2011:1700).

SAP de Sevilla, de 22 de julio de 2011, sentencia nº 317/2011, recurso nº 4282/2010 (ROJ: SAP SE 1195/2011 - ECLI:ES:APSE:2011:1195).

SAP de Barcelona, de 7 de febrero de 2012, sentencia nº 59/2012, recurso nº 456/2011 (ROJ: SAP B 1759/2012 - ECLI:ES:APB:2012:1759).

SAP de Cantabria, de 12 de febrero de 2014, sentencia nº 78/2014, recurso nº 506/2013 (ROJ: SAP S 638/2014 - ECLI:ES:APS:2014:638).

SAP de Málaga, de 12 de julio 2017, sentencia nº 690/2017, recurso nº 301/2016 (ROJ: SAP MA 2988/2017 - ECLI:ES:APMA:2017:2988).

Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Civil, de 26 de enero de 2004, (ROJ: AAP TF 91/2004- ECLI:ES:APTF:2004:91A).

Auto del JPI nº 7 de Alorcón, nº 488/2019, de 16 de marzo de 2020, (ROJ: AJPI 5/2020 - ECLI:ES:JPI:2020:5ª).

Auto JPI nº 51 de Barcelona, nº 81/2020, de 26 de marzo, (ROJ: AJPI 8/2020 - ECLI:ES:JPI:2020:8ª).

Auto del JPI nº7 de Tenerife, nº 86/2020, de 3 de abril, (ROJ: AJPI 12/2020 - ECLI:ES:JPI:2020:12ª).

10.4. NORMATIVA

10.4.1. Normativa estatal

Constitución Española, (BOE nº 311, de 29/12/1978).

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de julio, de los estados de alarma, excepción y sitio, (BOE nº 134, de 05/06/1981).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, (BOE nº 157, de 02/07/1985).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (BOE nº 15, de 17/01/1996).

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, (BOE nº 71, de 23/03/2007).

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, (BOE nº 175, de 23/07/2015).

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, (BOE nº 134, de 05/06/2021).

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, (BOE nº 172, de 20/07/1981).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, (BOE nº 7, de 08/01/2000).

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, (BOE nº 163, de 09/07/2005).

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, (BOE nº 158, de 03/07/2015).

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, (BOE nº 132, de 03/06/2021).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, (Gaceta de Madrid nº 206, de 25/07/1889).

Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia, (BOE nº 162, de 08/07/1981).

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, (BOE nº 67, de 14/03/2020).

Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, (BOE nº 73, de 18/03/2020).

Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, (BOE nº 282, de 25/10/2020).

10.4.2. Normativa autonómica

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, (BOE nº 203, de 21/08/2010).

Ley de Cantabria, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia, (BOE nº 19, de 22/01/2011).

Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, de la Comunidad Foral de Navarra, (BOE nº 87, de 12/04/2011), norma derogada con efectos de 16 de octubre de 2019, por la disposición derogatoria 2 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, (BOE nº 137, de 08/06/2019).

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, (BOE nº 67, de 29/03/2011).

Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunitat Valenciana, (BOE nº 98, de 25/04/2011), ha sido declarada inconstitucional.

Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, (BOE nº 176. De 24/07/2015).

10.4.3. Normativa internacional

La Convención para la Eliminación Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de Naciones Unidas. (Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983, BOE nº 69, de 21/03/1979).

Protocolo Adicional nº7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de noviembre de 1984. (Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos..., BOE nº 108, de 06/05/1999).

Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989. (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE nº 313, de 31/12/1990).

Convenio de la Haya 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. (Instrumento de Ratificación..., BOE nº 291, de 02/12/2010).

10.4.4. Normativa de la Unión Europea

Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, (DOUE nº 338, de 23/12/2003).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (DOUE nº 83, de 30/03/2010).

10.4.5. Normativa de otros estados

Code Civil francés, Código Civil francés, de 21 de marzo de 1804.

Codice Civile italiano, Código Civil italiano, de 16 de marzo de 1942.

Bürgerliches Gesetzbuch o BGB (Código Civil) alemán, de 1 de enero de 1990.