TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2022 / 2023

TÍTULO:
CUSTODIA COMPARTIDA

WORK TITLE:
JOINT CUSTODY

AUTOR/A:
MIHAELA MINDRU ROSCA

DIRECTOR/A:
FRANCISCO JOSE CARRAL FERNANDEZ

ÍNDICE

1.Introducción.....pág 4

2.Ley 15/2005 y su incidencia en la custodia compartida.....pág 6

3.Presupuestos legales por los que se opta por la custodia compartida.....pág 9

4. Tipos de guarda y custodia en España.....pág 10
4.1 Guarda y custodia monoparental o exclusiva.....pág 10
4.2 Guarda y custodia compartida.....pág 12
4.3 Guarda y custodia partida.....pág13
4.4 Guarda y custodia a favor de un tercero.....pág13

5.Principios que rigen la guarda y custodia.....14
5.1 Principio del interés del menor.....pág 14
5.2 Principio de corresponsabilidad parental.....pág 15
5.3 Principio dispositivo.....pág 17
5.4 Principio de continuidad.....pág 17
5.5 Principio de audiencia de los hijos.....pág 17

6.Requisitos para esdtablecer la guarda y custodia.....pág 17

1. Régimen de visitas.....pág 20
1.1 Régimen estándar de estancia y visitas.....pág 27
1.2 Régimen extraordinario.....pág 27
1.3 Régimen de visitas y estancia abierto o flexible.....pág 28
1.4 Régimen de visitas normalizado y no normalizado.....pág 28

2.Circuunstancias que se tienen en cuenta para determinar el régimen de visitas ….....pág 29

3.Derecho de visitas de los abuelos ….....pág 30

4.Otras medidas que acompañan la custodia compartida.....pág 31

4.1 Vivienda familiar.....pág 31

4.2 Pensión de alimentos.....pág 32

1.Régimen de visitas y custodia internacional.....pág 34

2.Conclusiones ….....pág 39

1. INTRODUCCIÓN.

En este Trabajo de Fin de grado vamos a hablar sobre la custodia compartida, más tarde abordaremos dicho concepto de guarda y custodia, pero ahora vamos a insistir en que es un término que se utiliza, sobre todo, cuando se rompe la normalidad familiar. Es decir, cuando hay una crisis matrimonial y los progenitores deciden separarse. Es en este momento cuando pasa a tener importancia la guarda y custodia, ya que es el momento en el cual hay que decidir ciertos aspectos muy relevantes con relación a los menores. Entre ellos destacamos: alimentos, convivencia, relación del hijo con el progenitor etc.

La guarda y custodia de los hijos está relacionada con la patria potestad. Vamos a intentar definirla para poder entender luego con claridad que es la guarda y custodia y la diferencia entre ambas.

La doctrina ha definido la patria potestad como "el conjunto de relaciones jurídicas existentes entre los padres y los hijos menores de edad no emancipados o mayores de edad incapacitados, que tienden a proteger los intereses de éstos, mediante la asunción por aquéllos de las responsabilidades y decisiones más trascendentes". Su regulación se desarrolla en el Código Civil, en los artículos 154 a 171. El primer artículo que habla de ello, el 154, no ofrece un concepto legal de la patria potestad, sino establece que los hijos menores no emancipados están bajo la potestad de sus padres y que esto comprende una serie de derechos y facultades.

Ahora vamos a definir el siguiente concepto, el de guarda y custodia. Los dos van muy ligados, por lo tanto, hay muchos autores que nos ofrecen una definición que los engloba, como Campo Izquierdo, que lo define como "un derecho-deber integrante de la

patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día".

La expresión conjunta "guarda y custodia" suele utilizarse con mucha frecuencia, lo que explica que haya sido recientemente acogida y bautizada a nivel legislativo por el art. 748.4 de la nueva ley de Enjuiciamiento Civil, que enumera los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

Este concepto no tiene ningún tipo de relevancia cuando los padres conviven ya que se presupone que constante matrimonio ambos progenitores ejercen la patria potestad y la custodia. Estos dos conceptos tienden a equivocarse, pero ambos tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico. La patria potestad viene definida en el art. 154 del CC que establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres, debiéndose ejercer ésta siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica. Los deberes y facultades que acarea la patria potestad son:

1. Velar por ellos (hijos), tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. Representarlos y administrar sus bienes.

La patria potestad no es un derecho al cual se puede renunciar, si bien, un progenitor puede ser suspendido o privado de ella conforme a las circunstancias que pudieran existir, y siempre debe acordarse por resolución judicial, por lo tanto, como decíamos antes, no cabe renuncia a esta.

La guarda y custodia viene regulada en el art. 92 del CC como una facultad inherente a la patria potestad y vendría a determinar quién se encargará de los cuidados cotidianos de los menores.

Pero, como mencionamos más arriba, los dos conceptos no son iguales, la guarda y custodia toma relevancia después de la crisis familiar, es decir, la nulidad, separación o divorcio. Ambos progenitores ostentan la patria potestad de sus hijos y la guarda y custodia toma importancia después de la separación, que es cuando se separa de la

patria potestad. Hasta ese momento se pueden confundir y ser lo mismo, a partir de entonces, la guarda y custodia se convierte en un derecho independiente que generalmente irá acompañado por el ejercicio de la patria potestad por parte del progenitor guardador y la titularidad conjunta de ambos progenitores, según el art. 154 y 159 del CC. Por lo tanto, tenemos claro que la titularidad es una cosa y el ejercicio otra, el ejercicio de la patria potestad lo ostenta el padre o madre guardador o ambos en caso de la custodia sea compartida.

2.Ley 15/2005 y su incidencia en la custodia compartida

La Ley 15/2005 de 8 de julio por la cual se modifica el Código civil y La Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, entre otras modificaciones, viene a hablar de esta, de la introducción de un nuevo modelo de custodia, la llamada custodia compartida, que, junto a la tradicional custodia exclusiva o unipersonal, constituye una nueva posibilidad de organizar las relaciones paternofiliales, una vez producida la ruptura de la convivencia.

Antes de esta ley, la norma que regulaba esta materia era la Ley 30/1981 de 7 de julio en la que el modelo que fijaba era de custodia monoparental, aunque esto no significara que el modelo de custodia compartida fuere prohibido, pero su aplicación era muy escasa.

También hubo una sentencia, de 7 de julio de 2011 del TS, que fijó como solución óptima la custodia compartida, lo que hizo que marcara un cambio en la legislación más tarde. Incidiendo en el hecho de que siempre que esta decisión fuere en beneficio del menor. Lo que dijo el TS fue:

"Lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad… De donde todos los requerimientos establecidos en el art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para

determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando, afecten, perjudicándolo al interés del menor".

Por lo tanto aquí, el TS dejó claro que este modelo debería ser el más adecuado, es más, en una sentencia dictada varios años más tarde, el 30 de octubre del 2014 por la Sala de lo Civil del TS volvió a posicionarse a favor de la custodia compartida como método más adecuando y dijo que *"la custodia compartida lleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturbe su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de sus progenitores, se mantenga en un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad*".

No solo esta ley es fundamental para la figura que estamos abordando, en nuestra norma fundamental, la Constitución, encontramos ciertas referencias que guardan relación con esta figura, por lo tanto, todo el conjunto normativo interno existente en torno a la figura de guarda y custodia tiene como punto de partida lo dispuesto en el artículo 39.2.3 y 4 de la Constitución como apunta Montero Aroca[1]

1. El deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación.
2. El deber de los padres de prestarles asistencia de todo orden, sean habidos dentro o fuera del matrimonio y fundamentalmente durante la minoría de edad.
3. Se debe garantizar la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por los derechos de los menores.

Para entender cómo se organiza y qué papel desempeña en nuestro ordenamiento jurídico esta figura, tenemos que dar unas nociones básicas de la regulación existente antes de la reforma del 1981 del CC donde se le atribuía la guarda y custodia de forma exclusiva a uno de los padres. De esta manera la regulación originaria del CC en los supuestos de nulidad del matrimonio establecía en su art. 70 que "los hijos mayores de siete años quedarán bajo el cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos

[1] Montero Aroca, Juan, Guarda y Custodia de los hijos, tirant lo blanch

sexos. Y en cualquier caso los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre". Está claro que este artículo ha quedado obsoleto porque hoy en día no es un requisito de atribución ya que por la doctrina ha sido considerado discriminatorio. Así por ejemplo en 1995 en este tipo de causas judiciales en España y en los demás países europeos, la guarda y custodia de los hijos se adjudicaba a la madre en el 90% de los casos.

El art. 73 del CC establecía en caso de separación que "los hijos debían ser puestos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente y si al juzgarse la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado los hijos menores de siete años.

Las reformas del 13 de mayo y 7 de julio de 1981 mantenían el modelo de guarda exclusiva y la preferencia materna para la guarda y cuidado de los hijos e hijas menores de siete años. Este criterio de preferencia materna, discriminatorio para los padres de los hijos e hijas menores de siete años fue suprimido por la ley 11/1990 de 15 de octubre, de reforma del CC en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Hoy la ley es neutra y presume que ambos padres están igualmente capacitados para la crianza de los hijos, utilizando el único criterio legal el principio del interés del menor que deberá ser concretado por el juez atendiendo a las circunstancias de cada caso.

Por lo tanto, la reforma del año 1981 lo que viene a decir es que sí los padres viven separados y no deciden de común acuerdo sobre la custodia de los hijos, estos, siempre que fueren menores de siete años quedarían al cuidado de la madre, salvo que el Juez por motivos especiales, estableciera otra cosa.

Más tarde, en 1996 se promulga la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero de protección jurídica del menor que modifica el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil, con esta ley se consagra el principio del interés superior del menor, que más tarde desarrollaremos, por lo pronto debemos saber que está ley orgánica fue modificada en el 2015 por la LO 8/2015 del 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

La custodia compartida no tuvo un reconocimiento legal expreso hasta la Ley 15/2015 como ya hemos mencionado en alguna ocasión, y es la normativa vigente hasta el día de

hoy en esta materia. Pero, aunque a partir de esta ley se ha reconocido esta figura, dicha ley no la ha definido como figura jurídica, por lo tanto, la confusión en torno a ella sigue.

El art. 92 del CC utiliza vocablos que nos dan a entender que se refiere a la guarda y custodia compartida como: se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos […], el Juez al acordar la guarda conjunta […], no procederá la guarda conjunta […], podrá acordarse la guarda y custodia conjunta […]

3.Presupuestos legales en los que se opta por la custodia compartida

La ley no opta por la custodia compartida obligatoria en todos los casos, sino en determinados supuestos, en la Exposición de motivos se dice que con esta ley se pretende reforzar la libertad de decisión de los padres respeto al ejercicio de la patria potestad, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio de atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También que la custodia compartida la inste el Juez a petición solo de uno de ellos, y en atención a lo solicitado por las partes el Juez puede acordar esta decisión.

Con la nueva Ley 15/2005 es necesario hacer especial énfasis en el art. 92 del CC ya que esta materia ha sido una de las reformas más importantes de estas últimas décadas en el derecho de familia. Como sabemos, esta ley es la que introdujo el concepto de guarda y custodia y el art. 92 nos dice en que momentos se podrá solicitar esta tipo de guarda y custodia, una de las opciones es en el convenio regulador como señalábamos más arriba, cuando los cónyuges presentan la demanda de divorcio pueden presentar en el convenio regular que han optado por dicha modalidad de mantener la guarda y custodia del hijo de forma compartida o hay otra opción que es en a lo largo del desarrollo del proceso, en este caso los cónyuges no se han planteado inicialmente esta modalidad, se den cuanta que es lo mejor para garantizar el interés superior del menor, bien a través de requerimientos judiciales, intervención de mediadores o por simple acuerdo.

La regulación de la custodia compartida viene en los artículos 90 y 92 del CC y algunos autores como Cristina Guilarte[2] critica estos preceptos porque piensa que el legislador se preocupó más por regular los supuestos en los que no se debe acordar tal sistema que, de establecer los presupuestos objetivos, las condiciones materiales y particulares que necesariamente deben concurrir para que prospere este régimen.

Para que se pueda establecer este régimen de guarda y custodia compartidos es necesario que se cumplan determinados requisitos El Tribunal Supremo, en una sentencia de 27 de septiembre de 2011 establece que "*este Tribunal no puede convenir sobre la conveniencia general o no de esta forma de protección del hijo en los casos de separación de los padres, sino de si ello es conveniente para aquel menor en el concreto momento y todo teniendo en cuenta que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad del cambio de las decisiones judiciales cuando han cambiado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas".*

Por lo tanto, en base a esta sentencia lo que nos da a entender es que ni la custodia compartida, ni la exclusiva son el método correcto y habrá que analizar cada caso en concreto para establecer que régimen es el adecuado, ya que es un aspecto que no se puede generalizar porque cada familia es un mundo.

4.Tipos de guarda y custodia en España

Ahora vamos a hablar de los distintos tipos de custodia que tenemos en España y nos encontramos con cuatro tipos distintos, vamos a nombrarlos y a explicar brevemente en qué consiste, así como ciertas características de ellas que desarrollaremos también en otros apartados más adelante.

1. Guarda y custodia monoparental, exclusiva o individual.
2. Guarda y custodia compartida.
3. Guarda y custodia partida o distributiva.
4. Guarda y custodia atribuida a un tercero.

[2] Guillarte Martin-Calero, Cristina, Criterios de atribución de la custodia compartida, revista para el análisis de derecho 2010

Vamos a intentar desarrollar cada una de ellas para poder entender mejor en que consiste y que características tienen, y en todo momento está concreción de qué tipo de custodia vamos a tener gira en torno al interés del menor, ya que es principio que no podemos perder de vista en este tipo de decisiones:

4.1 Guarda y custodia monoparental o exclusiva: del propio término podemos deducir que implica la atribución de la titularidad de la potestad de guarda a uno solo de los progenitores, correspondiéndole al otro un régimen de comunicación y estancia fijado de común acuerdo por los padres o, en su defecto, por la autoridad judicial[3]. El progenitor custodio, es decir, el que tiene u ostenta la guarda y custodia, obviamente es el que más tiempo va a pasar con el menor y será el que se encargue diariamente de las tareas que acarean cuidar a un hijo. Y en defecto de acuerdo de los padres aprobado por el juez, al progenitor custodio se le atribuirá el uso de la vivienda familiar. También será él encarga de gestionar la pensión de alimentos. Por otro lado, el otro progenitor, progenitor no custodio, gozará del derecho de visita, comunicación y estancia con los hijos según el art. 94 CC.

- Derecho de visitas: que se trata en el art. 160 CC y que fue modificado por la Ley 26/2015 del 28 de julio y la Ley 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia más que modificado este artículo ha sido ampliado nos dice que los hijos menores o incapacitados tienen derecho a relacionarse con los progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial y por la Entidad Pública. Todo esto siempre que sea beneficioso para el interés del menor. También amplia el derecho del menor a relacionarse con sus parientes, expresamente los hermanos como podemos destacar de la Exposición de motivos de esta Ley 26/2015. Como hemos visto no solo el progenitor no custodio se beneficiará de este derecho de visitas sino también los parientes que además de hacer hincapié en los hermanos también debemos hacerlo en los abuelos que también se podrán beneficiar de este régimen y siempre en interés del menor, que no debemos perder nunca de vista. El art. 94 CC nos dice que el Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este

[3] Guillarte Martín- Calero, Cristina, la Concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

derecho y también podrá limitar o suspender el ejercicio si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Por lo tanto, el Juez en función de las circunstancias puede limitar o hasta suspender este derecho, como hemos recalcado anteriormente. Las circunstancias deben ser probadas y su incidencia negativa sobre el menor[4].

- Derecho a comunicación: este derecho deriva del anterior porque si se tiene derecho de visitas obviamente se tendrá derecho a la comunicación, también viene expresamente indicado en el art. 160 CC cuando nos dice que "Los hijos menores tiene derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad". La jurisprudencia reconoce este derecho de comunicación vía telefónica, mail o cualquier otro método que cumpla esta función siempre que esta comunicación no suponga un quebranto en las obligaciones diarias del menor.
- Derecho a tenerlos en su compañía: como hemos dicho anteriormente según el art. 160 CC, en relación con el art. 94 CC el progenitor no custodio tendrá derecho a disfrutar de la compañía de los menores en la forma en la que se establece en la resolución judicial, bien los fines de semana, bien las vacaciones o simplemente unas cuantas horas a la semana.

Este régimen que acabamos de describir era el predominante antes de la Ley 15/2005.

4.2 Guarda y custodia compartida: en este tipo de custodias, los padres y madres tendrán el mismo protagonismo y tendrán que tomar las decisiones relativas a los hijos conjuntamente, sobre todo las decisiones de más importancia para el futuro de los hijos y siempre en interés superior del menor.

En la actualidad, este tipo de custodia está tomando cada vez más fuerza, ya que tiene numerosos beneficioso respeto a la tradicional que es la monoparental o exclusiva. La jurisprudencia en general y los jueces de familia en particular intentan que en la medida de lo posible este régimen sea el habitual.

[4] Guillarte Martin- Calero, Cristina, La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del tribunal supremo, tirant lo blach

Dentro de la custodia compartida también podemos encontrar diferentes tipos de custodias compartidas:

- Custodia compartida con domicilio fijo de los hijos: los hijos permanecen siempre en la misma vivienda y los progenitores van rotando conforme el periodo que hayan establecido. Este tipo de custodia también llamado casa nido. La práctica y la experiencia han demostrado que este tipo de custodia no es muy aconsejable ya que genera numerosos problemas entre los progenitores.
- Custodia compartida con domicilio rotatorio de los hijos: este caso es el contrario del anterior, aquí cada progenitor tendrá su vivienda y es el o los hijos los que se van trasladando con cada padre por periodos alternos, conforme se haya fijado.
- Custodia coexistente: este tipo de custodia se produce en familias donde en la misma vivienda pueden coexistir los dos progenitores o cuando las viviendas de los dos estén muy próximas. Se considera un tipo de custodia muy beneficioso para los hijos, pero también es muy poco habitual.

Y dentro de estos tipos que hemos descrito más arriba, habrá otros tipos más que los vamos a considerar subtipos ya que pueden complementar a cualquiera de los anteriores y hablamos de la temporalidad, los hijos pueden permanecer con los progenitores el mismo intervalo de tiempo o diferentes intervalos, donde está claro que uno de los padres pasará más tiempo con ellos y el otro menos, por diferentes circunstancias, ya habrá que estar a cada caso en concreto.

4.3 Guarda y custodia partida: es otro tipo de custodia, el legislador nos explica en el art. 96.2 CC donde uno de los hijos se queda con uno de los progenitores y el otro u otros hijos con el otro, en palabras coloquiales, se reparten los hijos, también aquí como en todos los tipos de custodia habrá que valorar cada caso en concreto y siempre abogando por el interés superior del menor. Está claro que en este tipo de custodias debe haber más de un hijo y es el Juez quien tiene que decidir si se puede distribuir de esta manera la custodia de los niños. Debemos saber que este tipo de custodias existe, aunque no sean muy frecuentes ni del método más deseable, ya que se deben separar a los hermanos y esto no es lo más favorecedor.

4.4 Guarda y custodia en favor de un tercero: este tipo de custodia es una custodia extraordinaria, se da en el art. 103 CC y cuando ninguno de los padres puedan acceder a

la custodia del menor, bien por incapacidad o muerte, repetimos que son circunstancias extraordinarias.

Los terceros que tienen derecho a la custodia son: los abuelos tanto paternos como maternos, los hermanos mayores, tíos o personas que se haya designado específicamente con esta tarea, en defecto de todos los anteriores, se le otorgará la custodia a una institución especifica que se hará cargo del niño.

Los modelos de guarda y custodia de los que habla el CC, en caso de que titularidad, ejercicio y guarda coincidan esto significaría que los padres conviven, sin embargo, si algunas de las anteriores fallan podrían darse diferentes modelos. En caso de que se prive de la patria potestad al padre/madre entonces desaparecería todas las relaciones que podría tener con el menor. Otro modelo sería de atribución del ejercicio a uno de los padres, esto en la práctica vendría a decir que los lazos del menor con el progenitor que no tiene el ejercicio se verían muy debilitados. Lo más frecuente es que titularidad y ejercicio sean ejercidos por los dos progenitores y en este caso la guarda sea atribuida a uno de ellos o a ambos, como decíamos anteriormente de forma compartida, todo esto como consecuencia de la cesación de la vida en común de los progenitores.

5.Principios que rigen en la guarda y custodia

5.1 Como principio clave de este apartado hablaremos **del principio del interés del menor**, el art. 3 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 44/25, de 22 de noviembre de 1989 dispone que todas las decisiones que conciernan al menor prevalecerán el interés superior de éste. Es un principio general del derecho y con relevancia constitucional, que vincula a los poderes públicos, art. 53 CE protegiendo a la infancia y actuando como instrumento informador. Este principio tiene como finalidad garantizar el bienestar del menor mediante la primacía de su interés. Por lo tanto, tenderíamos siempre a analizar cuál sería el bien del niño en cada supuesto concreto. Pero debemos tener claro, que el bien del niño muchas veces no es lo que él quiere, no es su felicidad momentánea en un momento dado, ni los caprichos que se le pueda cumplir, va más allá, es la evolución, el desarrollo de sus facultades y capacidades volitivas y físicas a largo plazo.

Hay mucha legislación que hace referencia a este principio, como el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor que nos dice "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial, en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado". Los tribunales primarán el interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Y como este articulo muchos más que se refieren a lo mismo, el interés superior del menor: el art. 39 de la CE, arts. 91, 92, 93, 94, 156, 158 CC, Convenio de la Haya, Carta Europea sobre los derechos del niño etc. Este principio es un concepto jurídico indeterminado que adquiere dimensión cuando es aplicado a un caso concreto. Pero no podemos explicar cuál es su contenido inequívocamente ya que el legislador no lo define, sino que simplemente lo nombra y advierte que todas las decisiones que se tomen se tendrán que adecuar a este interés. Pero podemos distinguir dentro de este interés superior del menor entre el interés moral y el interés material del hijo. El interés moral vendría relacionado con la formación psicológica y educativa mientras que el interés material se relaciona con la posición económica de los progenitores, los dos tipos de intereses se complementan sin perjuicio de que el moral prevalece sobre el material, pero como mencionaos anteriormente se pueden conciliar y sería lo ideal.

5.2 Principio de corresponsabilidad parental hace referencia al reparto de derechos y deberes de los padres frente a sus hijos. En este principio vemos como hace referencia al derecho del niño a ser criado por los padres, vivan o no bajo el mismo techo. Y un principio muy parecido a este es el principio de igualdad entre los progenitores que la autora Fabiola Lathrop pone de manifiesto en su libro Custodia compartida de los hijos en el cual analiza dicho principio e indica que todavía no hay una igualdad efectiva entre los padres y madres, los padres siguen denunciando la falta de paridad y las madres la abusiva situación que todavía se está viviendo hoy en día en la sociedad española.

En nuestro ordenamiento jurídico, así como en la mayoría de los europeos, el legislador ha avanzado hacia el reconocimiento de una mayor capacidad de los cónyuges para autorregular el conflicto familiar, se ha abogado por un mayor consensualismo por parte de los cónyuges a la hora de contraer matrimonio así como a la hora de romper dicho vínculo, a lo que no se le ha dado tanta libertad es a las relaciones paternofiliales porque

el CC sigue pidiendo un convenio regulador de las relaciones personales y económicas entre los progenitores respecto a sus hijos por lo tanto, la custodia compartida está sometida a un fuerte control judicial. Según el art. 92 párrafo quinto los padres tienen que proponer dicha modalidad de cuidado y es el Juez quien pondera sobre la conveniencia o no de dicha custodia, recabando Informe del Ministerio Fiscal, oyendo al menor si se cumplieran los requisitos, teniendo en cuenta las pruebas practicadas, así como observando las relaciones de los padres entre sí y respeto a sus hijos también. Esta libertad de la que estamos hablando que se les da a los cónyuges respeto a su vínculo matrimonial no es extensible a las relaciones paterno filiales debido a que existe cierta intervención pública respeto a los derechos que tienen los padres para con sus hijos siempre teniendo en cuanta el interés del menor y el aparato estatal puede intervenir con motivo de verificar si el ejercicio de la patria potestad resulta realmente conforme a los intereses del hijo.

Este principio de corresponsabilidad parental tiene como objetivo por parte del aparato estatal de mantener un determinado modelo de familia, el de la familia indisoluble a pesar del divorcio o de la separación, que el hijo no sufra la pérdida de una de las figuras paternas y todo lo que eso conlleva, los lazos afectivos hasta entonces desarrollados. Es un intento de que se mantenga para el niño la idea de una familia unida y feliz a pesar de la separación de los cónyuges y que esto no conlleve más problemas en el entorno del niño.

Hay una relación subordinada del principio de corresponsabilidad parental o de cualquier otro interés frente al interés superior del menor[5], *el favor filii* ha de inspirar la adopción de medidas derivadas de la ruptura familiar. Así lo exige el art. 39.2 de la CE y la propia regulación legal de toda esta materia según el art. 159 del CC en consecuencia, es el interés de los hijos el que debe ser tomado en cuenta para establecer el régimen de guarda y custodia y de visitas del menor con prevalencia sobre el deseo de los progenitores de tenerlos consigo.

Y como se ha reiterado en diversas sentencias: el interés del menor ha de primar sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir como menciona SAP

[5] CRISTÓBAL PINTO ANDFRADE. “La custodia compartida” Pág 126

Madrid 22ª. 22.9.2006. O la primacía del interés del niño y de la niña y del adolescente sobre cualquier otro interés que inspirase las actuaciones públicas y privadas encargadas de su protección.

5.3 Otro principio que tiene cabida aquí es el **Principio dispositivo** de la custodia compartida, en nuestro sistema la custodia compartida no puede ser adoptada de oficio, como hemos mencionado en alguna ocasión, sino solamente a petición de una o ambas partes. Este principio se deriva del art. 92 del CC número 5 y 8 según su nueva redacción dada por la Ley 15/2005. Por lo tanto, es imprescindible que la custodia compartida se haya pedido por uno de los cónyuges o por ambos, no puede ser adoptada de oficio por el Juez.

5.4 Haremos alusión al **principio de continuidad**, en nuestro derecho este principio hace referencia a tres realidades diferentes: que el menor mantenga el contacto, en la medida de lo posible con sus dos progenitores, que no se vea muy afectado su entorno familiar, aquí nos vendríamos a referir a la preferencia de que el menor se mantenga en el domicilio familiar, también en la medida de lo posible y, por último, el hecho de que los hermanos permanezcan juntos.

5.5 También hay otro principio, el de la **audiencia de los hijos**, en este principio hay que destacar que se escucharán a los hijos siempre que estos tengan más de 12 años o suficiente conocimiento. La audiencia se realizaría a puerta cerrada y la opinión del niño no es vinculante y no constituye razón suficiente para la determinación del sistema de custodia, sino más bien constituye un elemento adicional que debe ser analizado junto a los otros.

En resumen, estos son los principios básicos que rigen en la custodia compartida, el más importante el interés del menor y los demás derivan de él.

6.Requisitos para establecer la guarda y custodia compartida

Como primera premisa debemos tener en cuenta el acuerdo efectivo de los cónyuges porque es una de las condiciones esenciales en este caso requisito indispensable para poder optar por esta modalidad de guarda y custodia. Por lo tanto, se exigirá un mínimo de entendimiento entre padre y madre y una colaboración activa entre ellos para poder llevar a cabo el funcionamiento de esta modalidad.

Este acuerdo puede ser muy heterogéneo, pero hay presupuestos fundamentales en los cuales los dos cónyuges deben estar de acuerdo para poder desarrollarse. Está claro, que ambos progenitores deben ceder y perder un poco de ese control total que pretenden tener sobre la vida cotidiana de los hijos. Y en nuestro art. 92. 5 del CC se narra que *se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta del convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.* Y, sin embargo, más adelante el art 92. párrafo octavo dice que *excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado quinto, el Juez a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor.*

Los requisitos de este párrafo son:

- Que una de las partes solicite la custodia compartida.
- Que exista informe favorable del Ministerio Fiscal.
- Que la decisión judicial en tal sentido se fundamente en que sólo de esta forma se protege el interés del hijo.

En relación con este artículo se ha discutido que la petición de una de las partes puede ser una petición del Ministerio Fiscal conforme al art. 749.2 de la LEC, el carácter excepcional que reviste este párrafo octavo responde precisamente a la ausencia de acuerdo entre los progenitores con respeto a la custodia compartida, elemento que queda evidenciado justamente en la solicitud que solo uno de ellos hace de la misma. Por esta razón se entiende que no cabe interpretar esta norma en este sentido apuntando que de lo contrario se produciría una intromisión ilegítima en la intimidad familiar pretendiendo reemplazar la voluntad de las partes[6].

En este apartado vamos a desglosar los requisitos para la atribución de la guarda y custodia compartida en función de si hay acuerdo común entre los progenitores y los requisitos que se solicitan si la guarda y custodia compartida es solicitada a instancia de uno de los progenitores. Empezaremos hablando de cuando si hay común acuerdo, en varios libros y ensayos doctrinales hemos encontrado que en este aspecto la reforma es

[6] FABIOLA LATHROP GÓMEZ. "CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS" PÁG 438

deficiente, los párrafos quinto a noveno del art. 92 del CC presentan una cierta anarquía sistemática, pero es posible organizar esquemáticamente las exigencias previstas para la configuración de la guarda y custodia compartida[7].

- Art. 92 párrafo quinto del CC se refiere a que dicho acuerdo debe presentarse en la propuesta del convenio regulador o cuando así lo convengan las partes en el transcurso del procedimiento.
- Respeto a los criterios legales son aplicables los principios de responsabilidad parental, interés superior del menor y su derecho a ser oído.
- Art. 92 párrafo sexto del CC nos dice que el juez debe oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. También habrá que recabar informe del Ministerio Fiscal con motivo de determinar la idoneidad de la guarda y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada en ella y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos.
- Art. 92 apartado nueve dice que se puede recabar también informes o dictámenes de especialistas debidamente cualificados.
- Por último, art. 92 párrafo quinto dice que la decisión del Juez será fundamentada, además éste debe adoptar todas las medidas cautelares pertinentes para su eficaz cumplimiento, procurando no separar a los hermanos.

Para terminar, vamos a hablar también de los requisitos que se solicitan cuando la custodia compartida es solicitada a instancia de una de las partes, porque obviamente aquí no hay acuerdo. Además de los requisitos antes mencionados, hay que tener presente que esta modalidad la puede pedir tanto el demandante en su escrito de demanda como también el demandado en su escrito de reconvención. Además del requisito anterior debe existir informe del Ministerio Fiscal, dicho informe tiene carácter preceptivo en este caso, no, así como cuando hay acuerdo que el legislador no condiciona a que haya un informe obligatorio del Ministerio fiscal. Hubo cierta polémica en torno al informe del Ministerio Fiscal ya que se proponía que este fuese preceptivo, pero no obligatoriamente favorable como así se redactaba en un principio. Y

[7] FABIOLA LATHROP GÓMEZ. "CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS "PÁG 452

como último requisito, nos dice que el Juez debe fundamentar su decisión en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Con esto entendemos que con la custodia conjunta se requiere una prueba positiva de que con ella se protege el interés del hijo.

2 parte del TFG

1. Régimen de visitas

En esta segunda parte del trabajo de Fin de Grado, tenía estipulado hablar sobre el régimen de visitas, por lo tanto, vamos a empezar definiendo dicho concepto como "*un conjunto de facultades que posibilitan a todo progenitor relacionarse con aquellos de sus hijos con los que, por la particular situación que atraviesa el núcleo familiar, no puede convivir*[8]*".*

El régimen de visitas es el concepto con el cual se denomina el tiempo de permanencia del menor con el progenitor no custodio, pero, no es en el único supuesto que lo podemos encajar ya que, aunque tengamos custodia compartida, el tiempo que el hijo pasa con el padre o madre que en ese momento que no esté ejerciendo la custodia efectiva también es derecho de visitas. Por lo tanto, este término se utiliza

[8] Rabadán Sánchez- La Fuente: Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven, Editorial Aranzadi. Primera edición 2011

indistintamente para las dos figuras antes descritas, el tiempo que pasa el progenitor no custodio con el menor y también el tiempo que el menor permanece con su padre o madre cuando no esté ejerciendo uno de ellos la custodia compartida, aunque se tenga la custodia compartida es evidente que en la mayoría de los casos los padres no conviven, por lo tanto, sí por ejemplo el tiempo de alternancia que tiene el hijo con cada progenitor en la custodia compartida es por meses, se fija un régimen de visitas para el padre o madre que en ese tiempo no sea el guardador.

Incluso hay autores como Aurelia María Romero, que sostiene "*que la custodia compartida se asemeja mucho con la custodia exclusiva cuando el progenitor no guardador tiene un amplio régimen de visitas"*. Esta autora dice que esto es *"debido a que hay jueces que todavía se muestran reticentes al reconocimiento de la figura de custodia compartida*[9]*"*.

Hemos encontrado, por lo tanto, semejanzas entre el régimen de visitas y la custodia compartida pero ahora debemos tener claras las diferencias, son dos figuras diferentes eso lo tenemos claro, por algo tienen nombres diferentes y estas diferencias radican en que el régimen de visitas se propone dividir los tiempos de convivencia, pero, la custodia compartida implica repartir además de los tiempos, las responsabilidades e implicaciones que se derivan de la corresponsabilidad parental. Entonces en la custodia compartida los lazos entre el menor y progenitores podríamos decir que son más profundos que en el régimen de visitas, ya que en la primera los progenitores tienen más responsabilidades para con el menor.

La expresión régimen de visitas es considerada insuficiente ya que no nos referimos solo al término visitas propiamente dicho, sino que engloba también otras formas de comunicación como: comunicación telefónica, mails, cartas e incluso la convivencia mediante días o semanas.

Aunque es habitual oír hablar del derecho de visitas, este incluye dos figuras diferentes que tenemos que desarrollar:

[9] Aurelia María Romero: La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria), Editorial Reus 2011, pág 168

- Visita: en sentido estricto, se refiere a la permanencia del menor con el progenitor no custodio durante un corto periodo de tiempo, normalmente horas y, que no incluye pernocta.
- Estancia: es la permanencia del menor con el progenitor no custodio, durante un largo periodo de tiempo, normalmente días, y que si incluye pernocta.

A la Jurisprudencia no le gusta el término que se utiliza habitualmente como derecho o régimen de visitas, ya que no son solo visitas en sí a lo que tiene derecho el progenitor no custodio, sino también estancia, comunicación etc… sería más adecuado hablar de "derecho a relacionarse con el menor" que es la expresión que viene comprendida en el art. 160 del CC.

Lo ideal es que este régimen de visitas sea fijado por los padres de mutuo acuerdo y en el convenio regulador, pero, sino hubiere acuerdo será el Juez en la sentencia de divorcio quien decida el modo, lugar y tiempo de este régimen de visitas del progenitor no custodio. Obviamente, no siempre, va a haber acuerdo entre los padres porque hay que tener en cuenta que no todos se separan en buenos términos y es aquí donde el Juez juega un papel fundamental en dilucidar todas estas cuestiones siempre en beneficio del menor. Con el objetivo principal de que el menor no pierda la relación con el progenitor no custodio y cubrir de esta manera sus necesidades afectivas y emocionales.

En el régimen de visitas, comunicación y estancia se dilucidan muchas más cosas como: el tiempo, modo, lugar y demás condiciones de estos encuentros porque además de los horarios de ambos padres para poder concretar estas visitas, hay algo más importante, el menor, tiene mucho que ver su edad, disponibilidad, escolarización y relación que tenga con el progenitor no custodio porque al fin y al cabo es con él, con quien va a pasar ese tiempo. Es el Juez quien tiene que fijar este régimen en concreto, aunque, luego los padres tienen cierta autonomía para ponerse de acuerdo, pero, cuanto mejor este fijado menos problemas habrá en estos casos.

Esta figura del régimen de visitas viene desarrollada en el art. 94 del CC y vendría a decir que*: "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá*

limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor."

Con la Ley 8/2021 del 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en dicha norma se modifica varios artículos del Código civil, pero, sobre todo, este, que es de nuestro interés, el 94 del CC ya que lo hemos citado anteriormente y como sabemos, es el artículo que habla sobre el régimen de visitas. Considero adecuado analizar aquí la nueva reforma, ya que es un tema de actualidad y entrará en vigor el 3 de septiembre de este año. Este artículo ha quedado redactado de la siguiente manera *"La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.*

Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior.

La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que 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 sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior.

Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad".

Con esta reforma vamos a destacar unos cuantos puntos que son de interés, y es que el párrafo que dice que no procederá y si existiera se suspenderá el régimen de visitas que el progenitor tenga para con sus hijos, si esta incurso en un proceso penal por atentar contra la vida o integridad física del otro cónyuge o sus hijos, lo que indicamos anteriormente, es imperativo, es decir, en los supuestos citados anteriormente en el artículo como: el haber atentado contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e integridad sexual del cónyuge o sus hijos, si el progenitor se viera incurso en el proceso penal por alguno de estos delitos el Juez no podrá decidir en estos casos sino que no procederá o se suspenderá el régimen de visitas que se tenía. El Juez no tiene potestad ya que hablamos de un imperativo legal de la ley. Por lo tanto, desde el

momento en que se incoe diligencias en virtud de una denuncia por violencia de género doméstica no procederá un régimen de visitas o estancia y si existiera se suspenderá.

Otro punto a destacar es que, tampoco procederá el régimen de visitas o estancia cuando la autoridad judicial advierta de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, es decir, aunque no haya un proceso penal iniciado, ni tan siquiera una denuncia, no procederá el establecimiento de un régimen de visitas o estancia y si existiera se suspenderá, si la autoridad judicial advierte la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Por lo tanto, no hará falta ni tan siquiera la existencia de un procedimiento penal para que un progenitor pueda ser privado de un régimen de visitas.

El último punto para analizar y pese a todo a lo anterior, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visitas, estancia o comunicación en resolución motivada, en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos o preferencias del mayor de edad con discapacidad necesitado de apoyo y previa evaluación de situación paternofilial. El legislador en el último párrafo del art. 94 introduce un inciso y dice que aun dándose las circunstancias anteriormente expuestas la autoridad judicial puede establecer un régimen de visitas, pero, es una posibilidad que viene condicionada, ya que, por un lado, el Juez tendrá que motivar esa decisión, y por otro, deberá tomarla previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

Después de analizar estos tres puntos para poder entender mejor esta reforma podemos compararla con lo que dice el art. 92. 7 del CC y es que dicho artículo cita: *"No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica".*

Hay un claro parecido entre ambos artículos el nuevo art. 94 y 92.7 del CC en ambos vemos reflejada la frese "*no procederá…*" y describiendo en cada uno su supuesto concreto, el primero habla sobre el régimen de visitas, estancia y comunicación respeto del progenitor no custodio en este caso deduciendo que tienen un régimen de custodia exclusiva, mientras que en el segundo nos dice que: *no procederá la guarda y custodia conjunta* por lo tanto, nos advierte en este artículo que no procederá la guarda y custodia compartida cuando alguno de los progenitores este incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral etc.. del otro cónyuge. En ambos artículos los supuestos descritos, es decir los delitos que se narran son los mismos, lo que cambia es el que en uno se habla del régimen de visitas que se tiene y en el otro de la custodia compartida, pero en ambos se suspenderá o no procederá si se advierte la apertura de un proceso penal por alguno de estos delitos.

Está claro que es importante tener en cuenta en que situaciones no procederá que el menor tenga un régimen de visitas con cualquiera de los progenitores como el supuesto explicado anteriormente, cuando, uno de los progenitores se ve envuelto en un proceso penal por atentar contra la vida del otro cónyuge etc… pero hay otros supuestos que cabe mencionar donde también se suspenderá el régimen de visitas:

- Cuando el progenitor se encuentre cumpliendo una pena de prisión.

- Cuando el menor este en un entorno que ponga en riesgo su integridad física o psíquica.

- Cuando el progenitor sufra alguna enfermedad mental que le impida hacerse cargo del menor.

- Cuando el progenitor tenga adicción a las drogas o al alcohol.

Por lo tanto, es tan importante saber que es el régimen de visitas y cuando se puede dar, así como, cuando este no se da por diversas razones como son las que hemos explicado más arriba.

Por último, en este primer punto vamos a abordar el tema de los distintos tipos de regímenes de visita y estancia que se pueden dar, ya que, puede haber tantos regímenes como crisis familiares, cada familia tiene la potestad de organizarse como mejor le convenga, pero, en términos generales hay un régimen de visitas estándar que incluye uno extraordinario, y el no establecimiento de régimen de estancia y visitas y el régimen de visitas y estancia abierto o flexible, que pasamos a explicar a continuación.

1.1 Régimen estándar de estancia y visitas: está pensado sobre todo para los menores que están escolarizados y las visitas con el progenitor no custodio se darían desde la tarde del viernes hasta la tarde del domingo, todos los fines de semana o fines de semana alternos. También cabe la posibilidad de establecer día o días de visitas o estancia intersemanal, sobre todo en la semana en la cual, el progenitor no custodio no tenga al menor el fin de semana. Debemos tener en cuenta en todo momento la edad del menor, sus necesidades, obligaciones, actividades extraescolares.

1.2 Régimen extraordinario: este puede englobarse dentro del estándar, porque hace referencia al periodo vacacional: navidades, semana santa y verano, se suele organizar por mitades, es decir, el menor pasa con cada progenitor la mitad del tiempo de su conjunto de vacaciones. Las vacaciones de verano que son las más extensas, incluso se pueden dividir por meses o quincenas. Durante las vacaciones se suele suspender el régimen ordinario.

Por otra parte, respeto a este régimen estándar que viene a incluir también al extraordinario, tiene cabida el no establecimiento de régimen de visita o estancia este solo se da, de manera restrictiva y cuando el progenitor no custodio este incurso en alguna de las circunstancias que hemos visto más arriba, de suspensión del régimen de visitas.

1.3 Régimen de visitas y estancia abierto o flexible: este último, viene a tomar en consideración algunas circunstancias como la lejanía de las residencias, la edad del menor, está pensado para niños más mayores, incluso adolescentes. Por lo tanto, en este tipo de régimen los progenitores tendrían más flexibilidad a la hora de establecer las visitas, horarios etc.

1.4 Régimen de visitas normalizado y no normalizado. Criterios de los tribunales

Esta otra manera de dividir el régimen de visitas es la más común, aunque luego podamos ver más subgrupos como los anteriores, cuando hablamos de régimen de visitas normalizado, hacemos referencia al régimen de visitas en el que el progenitor no custodio tiene una estancia con su hijo los fines de semana alternos y vacaciones por mitad con pernocta y una tarde o dos entre semana. En cambio, cuando hablamos de régimen de visitas no normalizado, es el que se acuerda atendiendo a particularidades, tales como la distancia entre la residencia de los progenitores o del propio menor, otras circunstancias o la edad del menor.

Llegado a este punto, vamos a dilucidar como y quien fija este régimen de visitas.

¿Quién fija el régimen de visitas? Se podrá determinar de dos formas:

- De mutuo acuerdo: serán los mismos progenitores quienes fijen los periodos y la forma de estancia de los hijos con el progenitor no custodio. Es la forma más deseable de establecer el régimen de visitas, atendiendo a sus posibilidades y siempre en beneficio del menor. En este caso, será preciso incluir en el convenio regulador, el acuerdo del régimen de visitas que hayan establecido los progenitores.

- Por el Juez en la sentencia de divorcio: a falta de acuerdo de los progenitores será el Juez quien determine el modo, tiempo y lugar para ejercer el derecho de visitas, estancia y comunicación con los hijos.

2. Circunstancias que se tienen en cuenta para determinar el régimen de visitas:

- Condiciones familiares, personales y laborales de los padres.

- Recursos económicos de los mismos.

- Edad de los hijos: es uno de los criterios más importantes a tener en cuenta. Durante la edad preescolar y la adolescencia la duración de las visitas y estancia deberá ser mayor, de este modo, se participará de una forma más activa en el desarrollo del menor.

- Distancia y condiciones de viaje para las visitas y estancia de los hijos: cuando el progenitor no custodio residiera en otra ciudad, comunidad autónoma o incluso otro país se suma una complejidad adicional, siempre es mejor que sean los padres quien decida la manera de repartir su tiempo y poder concretar esas visitas, recalcando siempre en beneficio e interés del menor. Por regla general, en estos casos de distancia geográfica las visitas semanales y las estancias de fines de semana se suprimirían y se vería ampliado el periodo vacacional que el progenitor no custodia tendría para poder de alguna forma compensar esa carencia.

Nuestro Tribunal Supremo a tenor del tema que nos atañe sobre el régimen de visitas ha dicho que: "*No existe una previsión legal acerca de cómo debe organizarse el sistema de visitas ni con carácter general ni, en particular, cuando los progenitores residen en lugares alejados o incluso… en países que se encuentran en distintos continentes. Como ha advertido esta sala, cuando no exista un acuerdo entre los progenitores que sea beneficioso para el menor, para los supuestos que supongan un desplazamiento de larga distancia, es preciso ponderar las circunstancias concurrentes con el fin de adoptar las*

medidas singulares más adecuadas en interés del menor." Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2017.

3. Derecho de visitas de los abuelos

Respecto a este derecho, nuestro CC en el art. 160.2 cita "*no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos u otros parientes y allegados"*. Por lo tanto, independientemente de los problemas que pudiera haber entre padres y abuelos, los abuelos tienen un derecho independientemente de tener a los nietos en su compañía.

¿Cómo pueden ejercer este derecho?

Si los padres no se han divorciado, deben presentar demanda solicitando el derecho de visitas, comunicaciones y estancia de sus nietos. En caso de divorcio de los padres, se podrá incluir en el convenio regulador el régimen de visita de los nietos con sus abuelos. Según el art. 90.1 "*El convenio regulador deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:*

b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

En dicho convenio se fijarán los días y cuánto tiempo los abuelos puedan visitar a sus nietos siempre primando el interés superior del niño.

Los criterios a tener en cuenta por el Juez para conceder un régimen de visitas entre abuelos y nietos:

- La edad del menor.
- La relación de los nietos con sus abuelos.

- Si los nietos pernoctan fuera de casa o no.

4.OTRAS MEDIDADAS QUE ACOMPAÑAN A LA CUSTODIA COMPARTIDA

4.1 Vivienda familiar

En nuestra legislación vigente no existe una regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar para adaptarla a la custodia compartida. Lo que es evidente es que al menor tras la ruptura matrimonial se le debe garantizar un espacio físico estable donde desarrollar sus actividades diarias, estudio, comidas, descanso etc. Es esencial que el hijo cuente con una habitación en la cual desarrollar su vida.

El art. 96 del CC prescribe que "en defecto de acuerdo con los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden". Por lo tanto, la atribución del uso de la vivienda familiar solo se ve contemplada para la custodia exclusiva, en este caso, no hay duda de quien se va a quedar con la vivienda familiar. En el caso de la custodia compartida, es más complejo poder resolver este problema de quien va a permanecer en la vivienda habitual o familiar.

Debemos tener claro que el criterio más relevante para la atribución de la vivienda familiar es asegurar el interés del hijo a conservar el ambiente doméstico en el cual se ha estado desarrollando su existencia. Pero, por otra parte, si la vivienda familiar ha sido un verdadero "campo de batalla" de los padres, el alejamiento de ese lugar también sería lo mejor para el menor.

El uso de la vivienda familiar debe ser atribuido en función de lo establecido en materia de guarda y custodia. En consecuencia, sí el régimen establecido es la custodia compartida con residencia alternada, las partes o el Juez deberán determinar la localización principal de la vida del hijo a través de la asignación de la vivienda familiar al progenitor con el cual el hijo vaya a habitar normalmente.

4.2 Pensión de alimentos

Respeto a este apartado, tenemos que estar a lo que dice el legislador a partir del 2005, pero, indagando sobre esta figura, nada se ha dicho sobre los alimentos de los hijos cuya guarda y custodia se ejerce de manera conjunta por ambos progenitores.

La obligación de pensión de alimentos la vemos reflejada en la CE que cita "los padres deberán prestar asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda".

También, atendiendo al art. 142 del CC que cita "se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los dos epígrafes anteriores hacen referencia a la obligación de alimentos en general y no atendiendo específicamente a la guarda y custodia compartida, ya que, en esta, no existe solo un asignatario de esta obligación, sino que, siendo conjunto el cuidado del hijo, ambos progenitores, recíprocamente, deben hacerse cargo de esta obligación atendiendo al periodo de convivencia.

Por lo tanto, como no hay pronunciamientos claros del legislador respeto a esta figura analizaremos lo que dice la doctrina en diferentes sentencias: **Sentencia núm. 71/2015 de 14 octubre del TSJ de Cataluña,** esta sentencia refleja que la instauración de una custodia compartida no es causa de extinción automática de la pensión de alimentos, debiendo fijar la distribución de alimentos en atención a las necesidades de estos, al tiempo que deban estar en compañía de cada uno de los progenitores y a las posibilidades económicas de éstos. Por lo tanto, de esta sentencia, sacamos en claro que la obligación de pensión de alimentos no se extingue si se fija custodia compartida, sino que ambos progenitores deberán hacerse cargo de la pensión de alimentos atendiendo al tiempo de convivencia con el hijo.

La **sentencia núm. 106/2016 de 22 diciembre. RJ 2016\6433 del TSJ de Cataluña** dice que "*se puede optar por la distribución de la pensión de alimentos para compensar la menor capacidad económica de uno de los progenitores por un sistema de cuenta*

común o por el establecimiento de una pensión de alimentos a favor del menor entregado al progenitor que ostente una menor capacidad económica y, ello aun cuando el tiempo de permanencia con los hijos sea idéntico. Cada uno de los progenitores se hará cargo de la habitación, vestido y alimentos de la menor, gastos farmacéuticos y ocio cuando la tengan en su compañía. Apertura de una cuenta común en la que se domicilien los recibos por gastos escolares y extraescolares u otros regulares aceptados por ambos padres o decididos por el Juzgado en caso de controversia, contribuyendo al 50% cada uno de los progenitores a sufragarlos".

Por lo que vemos reflejado en estos pronunciamientos la pensión de alimentos no tiene un régimen tajante en la custodia compartida, ya que, ambos progenitores recíprocamente se deben hacer cargo de los gastos y mantenimiento del hijo cuando estén en su compañía, pero, aun así, los jueces a la hora de resolver estas controversias tienen en cuenta cada caso singularmente atendiendo a las circunstancias familiares y económicas de cada progenitor. En la sentencia que voy a describir a continuación, los ingresos de ambos progenitores son algo dispares, por lo tanto, la sentencia cita lo siguiente**:**

Tribunal Supremo (Sala 1ª), sentencia de 26.06.2015: *"Por lo que se refiere a los alimentos, el recurrente solicita pagar 200 euros al mes; cifra insuficiente. Lo pactado en el convenio fueron 1.050 euros, además de otras prestaciones económicas. En principio el régimen de guarda y custodia comporta que cada progenitor, con ingresos propios, atienda directamente los alimentos cuando tenga consigo a la hija.*

El problema surge cuando existen diferencias sustanciales en los ingresos y recursos de uno con respecto al otro y no es posible cumplir la regla de atemperar los alimentos a las necesidades de los hijos y recursos de los padres – artículo 93 Código Civil – especialmente en el momento en que estos permanecen bajo la custodia del menos favorecido, como ocurre en este caso, en el que la diferencia de ingresos de uno y otro es sustancial, lo que determina que el padre vendrá obligado a satisfacer en este concepto la cifra de 500 euros al mes;…"

3 parte TFG. Introducción del Régimen de visitas y custodia internacional.

En este apartado, vamos a analizar la guarda y custodia internacional, haciendo hincapié únicamente en aquellos aspectos más importantes. Como ya sabemos, el derecho de visitas se encuentra regulado en el art. 94 CC, pero, para analizar que es el Derecho de visitas y custodia internacional tenemos que estar a lo que dicen los Convenios internacionales.

Cuando uno de los progenitores resida en el extranjero significa que la custodia adquiere un aspecto internacional, ya que ciertos aspectos como la frecuencia de las visitas, su duración, quien se desplaza, quien asume el gasto es totalmente diferente. Uno de los requisitos para que pueda darse la custodia compartida es que los padres tengan domicilios cercanos, por lo tanto, no existiría como tal, una custodia compartida internacional porque no se daría el requisito de la proximidad de los domicilios, esto significa, que uno de los progenitores tiene la custodia del menor y el otro tendría el derecho de visitas que el juez fijaría para el caso.

Ahora voy a analizar una sentencia que relata perfectamente el tema que estamos tratando. Es una **STC del 16 de mayo del 2017 del TS**[10], es un caso de divorcio contencioso en el que el padre es norteamericano y la madre española. Se fija la guarda y custodia de la hija a favor de la madre y un régimen de visitas a favor del padre por el juzgado de primera instancia. Según lo establecido la menor podía visitar al padre durante las vacaciones de verano y era el padre quien debía asumir los gastos de desplazamiento de la menor a Estados Unidos, así como recogerla y devolverla al domicilio materno en España.

El padre recurre dicha sentencia solicitando que su hija permaneciera con él un periodo de tiempo más largo durante las vacaciones de verano, por ejemplo 1 mes y tres semanas.

Efectivamente le dan la razón y amplían dicho periodo justificándolo debido a las ausencias de visitas intersemanales provocadas por la gran distancia entre el domicilio

[10] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº102/2007 de 20 de febrero de 2007.

de ambos progenitores, por ello, había que compensar. También a petición del padre el juez decidió reducir la pensión de alimentos teniendo en cuenta su capacidad económica y el hecho de hacerse cargo de los desplazamientos de la hija a Estados Unidos.

Por último, la madre presentó recurso de casación contra esta resolución de la Audiencia Provincial, que fue desestimado por el TS. El TS alegó que la sentencia recurrida valoraba el interés de la menor y la contribución económica del padre de manera equitativa, por lo tanto, no prosperó.

Este tipo de custodia ha adquirido relevancia hace relativamente poco tiempo, la gente cada vez viaja más, hay más emigración, por lo tanto, cada vez es más común encontrarnos con casos de este tipo, donde la pareja se divorcia y uno de los cónyuges vuelve a su país de origen, pero hay un hijo de por medio que tiene que convivir con sus dos padres. La solución siempre es analizar cada caso en concreto y estar siempre al interés superior del menor.

A la hora de fijar el régimen de visitas, hay que concretar ciertos aspectos importantes como: la frecuencia de las visitas, su duración, quien se desplaza, quien paga esos gastos del desplazamiento teniendo siempre en cuenta factores como la edad del menor, la distancia que debe recorrerse, así como las condiciones del viaje, circunstancias personales, familiares y profesionales de los progenitores.

En resumen, no existe una previsión legal de cómo debe organizarse el sistema de visitas, ni con carácter general, ni en particular cuando los progenitores residan en lugares alejados, como en el caso que hemos descrito anteriormente, aunque, la Sala de lo Civil del TS ha establecido que, cuando no hay acuerdo entre los progenitores que vaya acorde al interés del menor, para los supuestos que supongan desplazamientos de larga distancia, será necesario ponderar las circunstancias específicas de cada caso.

1. ¿Cómo se decide el régimen de visitas internacional?

Lo que se busca con el régimen de visitas tanto al uso como internacional es que los hijos no pierdan la relación con los padres que no tienen la custodia. Es un derecho del padre, pero también del hijo, del que se necesita cubrir sus necesidades educativas y emocionales. A la hora de decidir este régimen de visitas nos podemos encontrar con dos posibilidades:

1. Que los padres hayan decidido el régimen de visitas internacional de mutuo acuerdo, entonces aparentemente no habría ningún problema.
2. En caso de que no haya un acuerdo mutuo, lo fijaría el juez en la sentencia de divorcio.

2.Diferencias con el régimen de visitas al uso

Obviamente hay una diferencia clara, los padres no residen en el mismo país, por lo tanto, el hijo si tiene la suficiente madurez o el progenitor en su caso tendrán que desplazarse al lugar donde se ha establecido el encuentro que puede ser en el domicilio donde resida el menor o si es el menor quien se desplaza, donde se haya fijado el encuentro.

Obviamente, uno de los problemas que se pueden suscitar es el de los desplazamientos, por eso, es importante que se fije además de quien se desplaza, como son esos desplazamientos, quien los tiene que pagar. Por eso, además de ponderar el interés del menor también lo hará con la capacidad económica de los progenitores sobre todo de aquel que tiene que hacer frente a esos gastos de desplazamiento. También se tendrá en cuenta la edad de menor a la hora de viajar solo o acompañado.

El régimen de comunicaciones es más importante en estos casos porque el progenitor no custodio no tiene tanta facilidad para ver al menor, entonces, toman más relevancia las videollamadas, llamadas, WhatsApp etc.

3.Ventajas e inconvenientes de la custodia compartida

A continuación, vamos a enumerar una serie de ventajas e inconvenientes de la custodia compartida, objeto de este trabajo. Vamos a empezar por las ventajas[11]

1. Está claro que el motivo principal de este tipo de custodia es que el hijo mantenga la relación con ambos padres y que le afecte lo menos posible la ruptura familiar.

[11] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº102/2007, de 20 de febrero de 2007.

2. Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando así, el sentimiento de pérdida que tiene uno de los progenitores cuando se atribuye la custodia en exclusiva al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos.

3. Que el menor conviva con ambos progenitores ayuda en su desarrollo y evita que tome como único referente a uno de ellos.

4. Respeto a los padres, ambos tendrán más tiempo libre para dedicar a su vida personal y profesional, evitando de esta forma que uno de ellos quede condicionado al cuidado del menor mientras que el otro realice todas las tareas.

5. Respeto a los menores, se evita o por lo menos se intenta disminuir ciertos sentimientos que el menor puede desarrollar si tiene relación con solo uno de sus padres. Esos sentimientos negativos pueden ser: culpa, abandono, sentimiento de negación etc.

6. Se fomenta una actitud más abierta de los hijos respeto a la separación de los padres y empiezan a ver este modelo como normal porque se equipará de alguna forma a lo que tenían antes de la ruptura de los padres, ya que, comparten tiempo con ambos.

7. Los progenitores de esta manera tienen que cooperar necesariamente para el normal desarrollo de la vida familiar de sus hijos, tomando decisiones y llegando a acuerdos.

Así como hemos enumerado las ventajas de la custodia compartida, vamos a enumerara también una serie de inconvenientes[12]:

1. Inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio y los problemas de adaptación que vayan creando. No quiere decir que en todos los casos se den estos problemas, pero, la seguridad de los menores se ve afectada por no contar con un punto de referencia estable, al generarse una convivencia itinerante y al hacerse imposible la uniformidad de criterios educacionales[13].

2. La dificultad de llegar a acuerdos, en muchas ocasiones el núcleo familiar está muy deteriorado y no es nada fácil ponerse de acuerdo, ni siquiera en los asuntos que conlleve lo mejor para los hijos.

3. Mayor flexibilidad horaria por parte de los progenitores.

4. Mayores gastos, ya que ambos deben tener sus viviendas acondicionadas para la convivencia con los hijos.

5. Muchas veces se pide la guarda y custodia compartida no por entender que es la mejor opción para los hijos sino porque saben que la custodia arrastra otras medidas necesarias como el uso de la vivienda familiar o la pensión de alimentos.

[12] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº102/2007 de 20 de febrero de 2007.
[13] LATHROP GOMEZ, F: "Custodia compartida de los hijos". Edit. La Ley. Madrid, 2008. Pág 485.

Conclusiones

En esta última parte del trabajo, vamos a resumir y dejar claras las ideas que hemos estado desarrollando a lo largo del mismo:

1. La custodia compartida es una modalidad de guarda y custodia que ha sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la Ley 15/2005 nace para ayudar a los padres e hijos a tener una relación aun cuando se haya roto el núcleo familiar, puesto que, el hijo seguirá manteniendo una relación muy cercana con ambos padres.

2. La custodia compartida supone un esfuerzo para los padres ya que, tienen que diferenciar que la relación en pareja ha terminado, pero seguirán teniendo una relación con el hijo o hija para lo cual tienen que seguir dialogando y poniéndose de acuerdo con su excónyuge.

3. En la custodia compartida el objetivo principal es "el interés superior del menor" por lo tanto, todas las decisiones que se tomen tienen que ir en su beneficio, el de los hijos, garantizando de esta forma que la separación perjudique lo menos posible la vida y el entorno del hijo.

4. La custodia compartida no siempre es la mejor solución, es el juez quien valorará las circunstancias en cada caso en concreto y decidirá si se dan los requisitos para poder concederla. Por lo tanto, el juez valorará la relación entre los padres, la cercanía de sus domicilios y decidirá si la custodia compartida es la mejor solución.

5. Para determinar si procede o no la custodia compartida siempre se va a oír al menor, tienen el derecho a ser oídos y se tendrá en cuenta su voluntad siempre y cuando tengan el juicio suficiente.

6. La custodia compartida no quiere decir necesariamente que los tiempos se repartan de manera equitativa, esa distribución de responsabilidades siempre se tendrá en cuenta en beneficio del interés superior del menor.

7. Como hemos explicado anteriormente en este trabajo, hay infinidad de tipos de guarda y custodia y de tiempos de reparto, la ideal y más común es la semanal, es decir, una semana con cada progenitor, pero, hay infinidad de posibilidades.

8. Respeto a la vivienda familiar art.96 del CC decía que se atribuía dicha vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, esto ha cambiado, ahora se atenderá al interés más necesitado de protección.

BIBLIOGRAFÍA

- GUILLARTE MARTIN-CALERO Cristina. *Criterios de atribución de la custodia compartida*. Revista para el análisis de derecho 2010
- GUILLARTE MARTIN-CALERO Cristina. La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- LATHROP GÓMEZ Fabiola. C*ustodia compartida de los hijos* pág 438
- LATHROP GÓMEZ Fabiola. *Custodia compartida de los hijos* pág 452
- MONTERO AROCA Juan. *Guarda y custodia de los hijos*. Tirant lo Blanch
- PINTO ANDRADE Cristóbal. *La custodia compartida pág 126*
- ROMERO Aurelia María. *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria).* Ed. Reus 2011 pág 168
- SÁNCHEZ LA FUENTE Rabadán. E*jercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven.* Editorial Aranzadi Ed. 2011