

**JOEL HARRY CLAVIJO SUNTURA**

**De la  
patria potestad  
a la custodia  
de los hijos**



**Colección  
Monografías de Derecho Civil**

**I. Persona y Familia**

**DYKINSON**



**DE LA  
PATRIA POTESTAD  
A LA  
CUSTODIA DE LOS HIJOS**



DE LA  
PATRIA POTESTAD  
A LA  
CUSTODIA DE LOS HIJOS

Joel Harry CLAVIJO SUNTURA

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil  
en la Universidad Complutense de Madrid*

 Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Dirijase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web [www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com) o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial  
Para mayor información, véase [www.dykinson.com/quienes\\_somos](http://www.dykinson.com/quienes_somos)

*Colección "Monografías de Derecho Civil"*  
*Dirección de D. Mariano Yzquierdo Tolsada*

© Copyright by  
Joel Harry Clavijo Suntura  
Madrid, 2023

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1170-375-8  
Depósito Legal: M-27458-2023  
DOI: 10.14679/2739

Preimpresión:  
Besing Servicios Gráficos S.L.  
[besingsg@gmail.com](mailto:besingsg@gmail.com)

*A mis hijos:  
Victoria e Ignacio*



# ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	13
INTRODUCCIÓN .....	21
CAPÍTULO I. LA PATRIA POTESTAD .....	25
1.1. DEFINICIÓN.....	25
1.2. LA TITULARIDAD Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD .....	28
1.3. EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.....	32
<b>1.3.1. Contenido personal</b> .....	32
<b>1.3.2. Contenido patrimonial</b> .....	34
<b>1.3.3. Representación de los hijos</b> .....	36
1.4. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN SITUACIONES DE RUPTURA MATRIMONIAL O DE DESESTRUCTURACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO .....	37
<b>1.4.1. Sistemas de ejercicio de la patria potestad en situaciones de ruptura matrimonial o de desestructuración de la unión de hecho</b> .....	38
<i>a) Mantenimiento del ejercicio conjunto de la patria potestad</i> .....	39
<i>b) Atribución del ejercicio total de la patria potestad a uno de los progenitores</i>	43

c)	<i>Atribución parcial del ejercicio total de la patria potestad a uno de los progenitores.....</i>	50
d)	<i>Distribución de las funciones del ejercicio de la patria potestad entre los progenitores.....</i>	52
1.5.	LOS ACTOS USUALES Y LOS ACTOS EXTRAORDINARIOS .....	54
1.6.	EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN CASO DE AUSENCIA DE UNO DE LOS PROGENITORES. LA FAMILIA TRANSNACIONAL .....	57
1.6.1.	<b>El ejercicio de la patria potestad en la maternidad y paternidad transnacional .....</b>	61
1.7.	RECAPITULACIÓN SOBRE LOS SISTEMAS DE EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD .....	63
<b>CAPÍTULO II. LA GUARDA Y CUSTODIA.....</b>		67
2.1.	DEFINICIÓN DE LA GUARDA .....	67
2.2.	DEFINICIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS .....	69
2.3.	OTRAS DEFINICIONES: LA TENENCIA Y EL CUIDADO DE LOS HIJOS .....	71
2.4.	LA GUARDA Y CUSTODIA EN LAS NORMAS SUSTANTIVA Y ADJETIVA .....	73
2.4.1.	<b>El Código Civil .....</b>	73
2.4.2.	<b>La Ley de Enjuiciamiento Civil .....</b>	77
2.5.	EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y LA CUSTODIA .....	78
2.5.1.	<b>Los hijos ante la desestructuración de la familia .....</b>	84
2.6.	CUSTODIA UNILATERAL.....	87
2.6.1.	<b>La custodia y el derecho de visitas .....</b>	88

2.7.	LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	96
<b>2.7.1.</b>	<b>La custodia compartida y su interpretación.....</b>	<b>98</b>
2.8.	LA CUSTODIA UNILATERAL Y LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	101
2.9.	LA CUSTODIA DE LOS HIJOS EN LAS FAMILIAS TRANSNACIONALES .....	113
<b>CAPÍTULO III. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA NORMA SUSTANTIVA .....</b>		<b>117</b>
3.1.	LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO Y SIGUIENTES MODIFICACIONES .....	117
<b>3.1.1.</b>	<b>Propuesta de convenio regulador .....</b>	<b>119</b>
<b>3.1.2.</b>	<b>Determinación judicial previa valoración .....</b>	<b>128</b>
<b>3.1.3.</b>	<b>El rol del Ministerio Fiscal.....</b>	<b>133</b>
<b>3.1.4.</b>	<b>El dictamen de especialistas .....</b>	<b>139</b>
<b>3.1.5.</b>	<b>El Equipo Técnico Judicial.....</b>	<b>143</b>
<b>3.1.6.</b>	<b>Violencia doméstica, maltrato infantil y maltrato animal.....</b>	<b>147</b>
<b>3.1.7.</b>	<b>A solicitud previa de uno de los progenitores .....</b>	<b>156</b>
<b>CAPÍTULO IV. LOS CRITERIOS PARA APLICAR LA CUSTODIA UNILATERAL O LA CUSTODIA COMPARTIDA.....</b>		<b>163</b>
4.1.	MODALIDADES APLICABLES DE CUSTODIA UNILATERAL Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	163
<b>4.1.1.</b>	<b>Lugar de ejercicio de la custodia compartida .....</b>	<b>165</b>
<b>4.1.2.</b>	<b>La custodia compartida según el ejercicio de la patria potestad.....</b>	<b>169</b>

<b>4.1.3. La custodia compartida según el reparto de tiempo.....</b>	172
4.2. EL INTERÉS DEL MENOR.....	173
<b>4.2.1. Personas que participan en la determinación del interés del menor .....</b>	179
<b>4.2.2. La estabilidad del menor.....</b>	187
<b>4.2.3. El interés del menor y el bienestar del animal de compañía .....</b>	188
4.3. LA CUSTODIA DE LOS HIJOS Y LA REESTRUCTURACIÓN DE LA VIDA SENTIMENTAL DE LOS PROGENITORES .....	193
4.4. LA EDAD DE LOS HIJOS Y SU TIEMPO DISPONIBLE.....	200
4.5. DISPONIBILIDAD Y OCUPACIÓN DE LOS PROGENITORES .....	205
<b>4.5.1. Enfermedad de los hijos .....</b>	210
<b>4.5.2. Enfermedad de uno de los progenitores .....</b>	213
4.6. LUGAR DE RESIDENCIA DE LOS PROGENITORES .....	215
4.7. MANTENER UNIDOS A LOS HERMANOS .....	218
<b>CONCLUSIONES .....</b>	221
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	225
LEGISLACIÓN .....	233
JURISPRUDENCIA .....	234

# ABREVIATURAS

CC:	Código Civil
CDN:	Convención sobre los Derechos del Niño
CE:	Constitución Española
ETJ:	Equipo Técnico Judicial
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM:	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LOPIVG:	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género
MF:	Ministerio Fiscal
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia



# PRÓLOGO

Es para mí un motivo de enorme satisfacción y honor presentar esta obra. Su autor me ha regalado la oportunidad de volver a trabajar juntos y con ello a leer su trabajo. Hace ya años que realizó sus estudios de Doctorado en la Universidad de Salamanca alcanzando el grado de doctor bajo mi dirección, una labor académica que enriquece no sólo al doctorando sino a quien trata de acompañarle en ese duro viaje que es la redacción de la Tesis Doctoral. De esta forma, hemos ido forjando una estrecha relación académica que nos llevó al diálogo científico que tanto enriquece.

En este caso, el autor es un investigador nacido en Bolivia que cursó estudios de Derecho en la Universidad Católica de La Paz tras su paso por Ucrania ampliando su formación. Fue posteriormente, cuando tuve la oportunidad de conocer su valía durante los cursos de doctorado, su necesidad de aprender y afrontar nuevos retos. Ya entonces mostró su interés por el Derecho Civil en general y por la protección de los menores en particular, un tema del que es un gran experto. Del mismo modo, amplió su formación siendo investigador en el Instituto Iberoamericano de Berlín, realizando una práctica en el Instituto Alemán de Derechos Humanos del país germano.

En esta ocasión, la obra que nos presenta “De la patria potestad a la custodia de los hijos” aborda un tema delicado y siempre de actualidad. Acercarse al derecho de familia no siempre es fácil, pues cada familia es un mundo propio y no es posible aplicar recetas que sirvan para todas ellas. Es por ello que esta obra parte del análisis de la patria potestad como figura jurídica y lo hace con el fin de más tarde, afrontar las distintas

modalidades de custodia que el legislador proporciona a quienes aplicamos el Derecho en los Juzgados (en este caso en un Juzgado con competencia en materia de Familia). Asistimos así a un planteamiento metodológico que no pretende convencer al lector, sino que ofrece con una visión crítica las distintas opciones, modalidades y formas en las que, una vez producida la ruptura de una pareja, se puede ejercer la custodia de los hijos comunes. Y es que como bien señala el autor, han pasado ya más de veinte años desde que el legislador introdujo la regulación expresa de la custodia compartida, régimen que ha tenido que irse actualizando en distintas ocasiones para acomodarse a la realidad social, dando una mejor respuesta a las situaciones que se producen en ocasiones tras la ruptura.

El autor del presente libro aprovecha la oportunidad del estudio para sistematizar tanto los elementos de la patria potestad como para ahondar en los distintos sistemas de ejercicio de ésta de acuerdo con el derecho sustantivo. Así, el análisis de nuestro querido Código Civil se ve complementado con una visión práctica, pues el trabajo tiene en cuenta cómo la jurisprudencia ha ido dando respuesta a los conflictos planteados. Y es que, se diferencia de forma muy clara entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, pues, ambos no van siempre de la mano. No es infrecuente que en los Juzgados debamos suspender a uno de los titulares de la patria potestad del ejercicio de la misma, siempre teniendo en cuenta el interés superior de los menores como principio rector de todas las decisiones. A estos efectos contamos con el art. 156 del Código Civil como punto de partida y regla general, pero conscientes de que los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad son cada vez más frecuentes en la práctica, habiéndose judicializado decisiones que, a priori, escapan a cualquier mínima lógica.

Sentado lo anterior, esta obra se ocupa y preocupa de múltiples problemas que su objeto sugiere, llevando al lector a través del índice sistemático muy hábilmente hacia un obje-

tivo. La atribución de la guarda y custodia de los hijos comunes cuando se ha producido la ruptura de la pareja. Una vez allí, partiendo de un ideal de custodia compartida fijada por el Legislador ya en el año 2005, va analizando los distintos escenarios. Somos conscientes de que la custodia compartida como nos ha señalado el Tribunal Supremo de forma reiterada es el modelo de custodia deseable. Y es que como bien ha señalado nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 29 de marzo de 2021 cuando afirma que la atribución de la custodia compartida a favor de los litigantes con respecto a su hija común, conforma en general una manifestación declarada por este tribunal del interés y beneficio de los menores, en tanto en cuanto: se fomenta la integración de los hijos con su padre y con su madre, obviando desequilibrios en los tiempos de presencia; se evita el sentimiento de pérdida; no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores.

Es por ello que el autor de esta obra nos expone los distintos escenarios de ejercicio de guarda y custodia, siendo consciente que incluso, caso de atribuirse una custodia compartida, la misma abre al mismo tiempo un gran abanico de posibilidades si se pone en relación con la atribución de la vivienda familiar, así: (i) Custodia compartida simultánea, en supuestos excepcionales en que los hijos conviven con sus padres en la misma casa, cuando existen posibilidades reales y efectivas de vida separada entre ellos en el mismo inmueble. (ii) Custodia compartida a tiempo parcial, en que los hijos permanecen en el que fue domicilio familiar, siendo los padres quienes periódicamente lo abandonan cuando la custodia corresponde al otro progenitor. Es el modelo denominado de “casa nido”, adoptado por la sentencia recurrida. (iii) Custodia compartida a tiempo parcial, con cambio de residencia de los hijos, que se ha descrito gráficamente con la expresión de “niños mochila”, en el que son los menores quienes periódicamente conviven en el respectivo domicilio de sus padres. (iv) Custodia compartida, en la que la

distribución del tiempo de convivencia no es igualitario con respecto a los padres, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, que condicionan la viabilidad de la custodia común. (v) A su vez, los sistemas referidos admiten distintas fórmulas, en relación a los periodos temporales en que se lleva a efecto el cambio de custodia, siendo el más habitual el semanal, aunque caben otras modalidades temporales de intercambio: diario, quincenal, mensual, etc.

En todo este horizonte el autor mantiene en el eje central el interés superior del menor, y es que a la hora de evaluar cuál es el interés superior del niño, debemos prestar particular atención al principio de la unidad familiar, al bienestar y al desarrollo social del menor, a los aspectos de seguridad y al punto de vista del menor con arreglo a su edad y madurez, etc... Estamos ante un principio que nuestra normativa nacional regula de una forma indeterminada y genérica, pero que debemos individualizar en cada resolución que se dicte, pues lo que puede ser lo mejor para un menor, puede no serlo para otro. Debemos tratar de confeccionar un traje a medida para cada familia, y para ello, se nos plantean en este trabajo las posibles opciones que la norma y la jurisprudencia nos ofrece, respetando así el contenido del art. 2 LOPJM que establece que 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. Es así que debe primar siempre el interés del menor por encima de cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Es por ello que, como señala la STS 7 de junio de 2018, debemos tener en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio, dice

la sentencia, se impone a los jueces y tribunales de acuerdo con los artículos 53 CE y 5 LOPJ, y por dicha razón en no rige el principio de justicia rogada. Del mismo modo, como nos ha recordado el Tribunal Supremo en sentencias de fecha 19 y 27 de julio de 2021, el derecho de los menores a ser oídos en todo tipo de procedimientos que le afecten es un derecho fundamental. Así, nos recuerda la letra del art. 92.6 del Código Civil, “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda “[...]”.

Como señala la STC 64/2019, de 9 de mayo, “[el] derecho del menor de edad a ser “oído y escuchado”, entre otros ámbitos, en todos los procedimientos judiciales en los que esté afectado y que conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social es reforzado por la reforma legal de 2015 al disponer que, en las resoluciones sobre el fondo de aquellos procedimientos en los que esté afectado el interés de un menor, debe hacerse constar el resultado de la audiencia a este y su valoración (art. 9.3 in fine de la Ley Orgánica 1/1996)”. Estamos ante un derecho que forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos.

Como puede colegirse de tan rápido y superficial recorrido por alguna de las cuestiones que se abordan por el autor, son muchos los puntos de interés que ofrece su análisis para cualquier jurista. De esta forma, sólo puedo concluir estas líneas manifestando mi más sentido reconocimiento al Dr. Clavijo por la confianza depositada en mí para presentar este Libro y por

la colaboración académica que espero sigamos manteniendo a lo largo de los años.

Eva María MARTÍNEZ GALLEGO

*Magistrada Titular*

*Profesora Titular de Derecho Civil Usal (en excedencia)*

# INTRODUCCIÓN

El trabajo se encuentra orientado a realizar un estudio sobre las modalidades de custodia que el legislador español contempla en su regulación. No obstante, como la figura jurídica de la custodia de los hijos es propia de las familias cuya estructura funcional desaparece como consecuencia de la separación, divorcio o desestructuración de la unión de hecho, resulta imprescindible comenzar su estudio, a partir del análisis de la figura jurídica de la patria potestad.

En cuando a las modalidades de custodia, se debe recordar que hasta el año 2005, la norma sustantiva contemplaba únicamente la custodia unilateral de los hijos, a partir de entonces el legislador prevé la modalidad de custodia compartida. Por lo que, la norma sustantiva contempla dos modalidades de custodia de los hijos, la unilateral y la compartida respectivamente.

El objetivo de este trabajo no consiste en posicionarse a favor de una u otra modalidad de custodia, sino en analizar los diferentes criterios que se deben tomar en cuenta al momento de determinar la modalidad de custodia aplicable en una situación concreta de desestructuración familiar.

En ese contexto, sobresale al momento de determinar la modalidad de custodia aplicable la valoración del interés del menor, criterio que se utiliza como una especie de comodín para sustentar una u otra modalidad de custodia. Esto no significa, que no se prepondere el interés del menor, sino que de una valoración objetiva de todos los criterios que rodean a una situación concreta, se debe determinar precisamente lo mejor para los hijos.

Uno de los principales desaciertos al momento de determinar la modalidad de custodia aplicable a un caso concreto, consiste en identificar al progenitor con la custodia compartida y a la progenitora con la custodia unilateral. Es así, que en los primeros años de vigencia de la modalidad compartida de custodia, se formó un debate tenso en procura de desacreditar las bondades que ofrece el sistema compartido, que tampoco significa que pueda ser aplicado en todos los casos, toda vez que, de acuerdo con las circunstancias concretas es probable que en interés del menor sea más aconsejable la asignación de la custodia unilateral a uno de los progenitores. En definitiva, en la elección del régimen de custodia de los hijos se debe dejar de lado la pugna de los hijos como si se tratara de una competencia.

En ese marco, *ad-portas* de cumplir veinte años de la regulación del régimen compartido de custodia de los hijos en el ordenamiento jurídico español y luego de varios intentos del legislador por mejorar el contenido normativo de esta figura jurídica en la norma sustantiva, consideramos oportuno que exista una regulación dual de modalidades de custodia sin preponderar la aplicación de una modalidad en detrimento de otra.

La estructura del trabajo comienza por el estudio de la figura de la patria potestad en el primer capítulo. En esa línea, se analiza su definición, se aborda las diferencias que comprende la titularidad y el ejercicio. En ese sentido, se realiza un breve estudio sobre el contenido de esta figura jurídica. Luego de ello, se analizan los diferentes sistemas de ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales o de unión de hecho. En ese contexto, se estudia las diferencias entre los actos usuales y los actos extraordinarios que comprende el ejercicio de la autoridad parental. Igualmente, se realiza un breve estudio sobre el ejercicio de la patria potestad en los supuestos en los cuales uno de los progenitores se encuentre ausente, para concluir este capítulo con una recapitulación sobre los diferentes sistemas que regula el legislador en la norma sustantiva.

En el segundo capítulo, analizamos la guarda y custodia, la definición de estas figuras jurídicas, así como la definición de tenencia y el cuidado de los hijos. En ese marco, estudiamos su regulación tanto en la norma sustantiva como en la norma adjetiva. Luego de ello, nos abocamos a determinar la diferencia entre el ejercicio de la patria potestad y la custodia. En esa línea, estudiamos las consecuencias que genera la desestructuración de la familia en los hijos. Posteriormente, analizamos la figura de la custodia monoparental y el derecho de visitas, así como la figura jurídica de la custodia compartida. En la última parte de este capítulo, estudiamos la regulación dual de la custodia monoparental y la custodia compartida en la normativa, para terminar con un estudio sobre la custodia de los hijos en las familias transnacionales.

En el tercer capítulo, analizamos de forma extensa la regulación de la custodia compartida en la norma sustantiva. En ese marco, nos remitimos al estudio de la reforma al Código Civil implementada el año 2005, que establece los requisitos para la aplicación de esta figura jurídica. Así pues, analizamos el contenido del convenio regulador, la determinación judicial del régimen compartido, el rol del Ministerio Fiscal (MF), el dictamen de los especialistas, la participación del Equipo Técnico Judicial (ETJ). Asimismo, estudiamos la viabilidad de la aplicación de la custodia compartida en situaciones de violencia doméstica, maltrato infantil y maltrato animal. Para concluir, con un estudio sobre la procedencia del régimen compartido a solicitud de uno de los progenitores.

Finalmente, en el cuarto capítulo, nos dedicamos al estudio de los criterios para determinar la custodia unilateral, o bien la custodia compartida. En ese marco, los criterios objeto de análisis nos servirán de orientación, por cuanto, dada la infinidad de situaciones que rodean a la custodia de los hijos, cada ruptura matrimonial o desestructuración de una unión de hecho genera situaciones concretas que deben ser valoradas casuísticamente.

Así pues, comenzamos por analizar las modalidades aplicables de custodia unilateral, el régimen de comunicación y la custodia compartida. Luego de ello, estudiamos el interés del menor como criterio rector y las personas que participan en su determinación. Posteriormente, nos abocamos al estudio de los siguientes criterios; la custodia de los hijos en función de la reestructuración de la vida sentimental de los progenitores, la edad de los hijos y su tiempo disponible, la disponibilidad y ocupación de los progenitores, la enfermedad de los hijos, el lugar de residencia de los progenitores y la necesidad de mantener unidos a los hermanos.

# CAPÍTULO I

## LA PATRIA POTESTAD

### 1.1. DEFINICIÓN

En primer término, se debe señalar que la figura jurídica de la patria potestad se define como un derecho subjetivo que contempla derechos y deberes, con el objetivo de proteger al menor en el ámbito personal y patrimonial<sup>1</sup>.

Al respecto, se entiende que es un derecho subjetivo en favor de los progenitores como parte que asume la responsabilidad indeclinable de proteger a los hijos, quienes a su vez son los beneficiarios de ese derecho subjetivo.

En contra de la definición de la patria potestad como derecho subjetivo, se afirma que es un conjunto de derechos y obligaciones determinados por la ley para ser ejercidos sobre los hijos que no se encuentran emancipados. En esa línea, se resalta que no es un derecho subjetivo, por cuanto, el interés que se debe tomar en cuenta es el de los hijos, en virtud de ello, la función implica deber y responsabilidad más que un derecho<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase ALBALADEJO, M. *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*. Edit. Bosch, Barcelona, 2002, p. 267. En cambio, LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros *Elementos del Derecho Civil IV Familia*. Edit. Dykinson, Madrid, 2002, p. 409, afirman que la patria potestad no es un derecho subjetivo, sino un officium.

<sup>2</sup> Véase SOLÉ RESINA J., y GETE-ALONSO Ma. del C. *Filiación y Potestad Parental*. Edit. Tirant lo Blanch, 2014, pp. 129 y 130. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.eu1.proxy.openathens.net/cloudLibrary/ebook/info/9788490536735>

Sobre el tema, la profesora Acuña, señala que la patria potestad no se entiende como un derecho subjetivo del patriarca de la familia o de ambos progenitores, sino que es una potestad en sentido técnico<sup>3</sup>.

Al respecto, consideramos –como no podía ser de otra manera– que el interés de los hijos menores de edad prepondera en el ejercicio de la patria potestad, por cuanto, no tienen una capacidad de obrar plena. No obstante, la patria potestad es un derecho subjetivo, en cuanto debe ser ejercida por los progenitores, aunque es un derecho *sui generis*, porque su ejercicio se debe llevar a cabo en el marco de la responsabilidad y el cumplimiento de deberes en favor de los hijos en diferentes ámbitos como la crianza y la educación.

Hay otra corriente que también prescinde de la denominación de la patria potestad como derecho subjetivo y señala que es un conjunto de deberes atribuciones y derechos que tienen los padres sobre los hijos menores de edad que se encuentran bajo la guarda, protección y custodia de los progenitores<sup>4</sup>.

En sentido amplio, esta corriente contempla en el ejercicio de la patria potestad la guarda y custodia de los hijos, con la finalidad de justificar que la figura jurídica de la patria potestad no es un derecho subjetivo, discrepamos de ello, porque la figura de la guarda y custodia de los hijos en sentido estricto aparece únicamente cuando se desestructura la familia. Es decir, es propia de las estructuras familiares disfuncionales y no de las estructuras familiares funcionales.

Sin embargo, en la actualidad predomina la configuración de la patria potestad como una función que confiere a los titulares de la patria potestad la atribución de un conjunto de

---

<sup>3</sup> Véase ACUÑA SAN MARTÍN, M. Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 28, núm. 1, 2015, p. 57.

<sup>4</sup> LASARTE, C. *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid, Novena edición, 2010, p. 393, afirma que la patria potestad consiste en un conjunto de deberes, y derechos que tienen los padres sobre sus hijos menores de edad.

derechos y facultades que se traducen en el cumplimiento de determinados deberes y obligaciones que surgen de la relación con sus hijos. En ese marco, la patria potestad como función determina una serie de características propias de esta figura jurídica como; su intransmisibilidad y su irrenunciabilidad<sup>5</sup>.

En el ámbito jurisprudencial se tienen diferentes posturas sobre la definición de patria potestad. Así, por ejemplo, la STS, de 20 de abril de 1991, sostiene que la patria potestad es un conjunto de derechos que la Ley otorga a los progenitores sobre la persona y los bienes de los hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que el contenido de esta institución tiene en favor de los hijos<sup>6</sup>.

De esta resolución, se debe destacar que en la patria potestad prepondera el interés de los hijos, no obstante, llama la atención, por una parte, que se considere a esta figura jurídica como un derecho y por otra parte, como una carga. No se puede considerar el contenido de la patria potestad como una carga, por cuanto, es más propia de una obligación o prestación ajena a la que se forja entre los padres y los hijos.

Por su parte, otra corriente jurisprudencial, contempla la patria potestad como un derecho inherente de la paternidad y la maternidad, en ese ámbito prepondera el carácter de función tutelar que se orienta en interés de los hijos<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> SERRANO FERNÁNDEZ, M. “Concepto y naturaleza de la patria potestad”. En HORNERO MÉNDEZ, C., INFANTE RUIZ F., VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L, OLIVA BLÁZQUEZ F, AGUILAR RUIZ L, PIZARRO MORENO, E., et al. *Derecho de Familia* Tirant lo Blanch, Cuarta edición, 2023, pp. 212 y 213. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.eu1.proxy.openathens.net/cloudLibrary/ebook/info/9788411478120>, también afirma, que es factible la titularidad individual en los supuestos en los cuales: la filiación se encuentra determinada legalmente únicamente con relación a uno de los padres, o bien cuando solo hay un adoptante. Igualmente, cuando uno de los progenitores ha sido excluido, ha sido privado de la patria potestad o cuando ha fallecido.

<sup>6</sup> Véase la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de abril de 1991.

<sup>7</sup> Véase la STS, Sala Primera, de lo Civil, núm. 720/2002, de 9 de julio de 2002.

Desde nuestro punto de vista, dejando de lado la discusión doctrinal sobre la consideración de la patria potestad como “derecho subjetivo” que conlleva el ejercicio de deberes, consideramos que la patria potestad como función es la que más se ajusta al contenido de esta figura jurídica. En esa línea, se debe puntualizar que la patria potestad configurada como función, deja de lado de concepción de una supuesta “propiedad” sobre los hijos menores de edad.

De todo lo anterior, debemos señalar que la figura jurídica de la patria potestad es propia de las relaciones paterno-filiales que se conciben en el ámbito de las estructuras familiares funcionales propias del matrimonio y de las uniones de hecho, así como también de estructuras familiares disfuncionales propias de la separación, divorcio y desestructuración de la unión de hecho.

## 1.2. LA TITULARIDAD Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

La configuración de la patria potestad comprende la titularidad y su ejercicio. La titularidad se define como el conjunto de derechos y deberes que tienen ambos progenitores, por su parte, el ejercicio consiste en la facultad de actuación que asume uno o los dos progenitores<sup>8</sup>.

Como se puede deducir la titularidad de la patria potestad comprende la definición debatida en el anterior epígrafe, aunque en relación con el ejercicio de la patria potestad, se debe destacar que el nexo entre la titularidad y el ejercicio es la función tutelar que asumen los padres en favor de los hijos.

---

<sup>8</sup> Postura que asumen BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. A. *Manual de Derecho de Familia*, Edit. Astrea, Buenos Aires, Segunda edición, 1990, p. 420. Igualmente, FUENTE NORIEGA, M. *La patria potestad compartida en el código civil español*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1986, p. 204. Así como, MARTÍNEZ GALLEGU, E. M.<sup>a</sup> *La rendición de cuentas en el código civil, con especial examen en la tutela*. Edit. Dykinson, Madrid, 2003, p. 44.

Desde otra perspectiva, se afirma que el ejercicio de la patria potestad comprende las competencias y responsabilidades que forman parte del contenido de la titularidad de la patria potestad que se asemeja a un estado latente que se limita al control de su ejercicio<sup>9</sup>.

En sentido amplio, la titularidad de la patria potestad son los derechos y deberes que son atribuidos a los cónyuges por el solo hecho de convertirse en progenitores, titularidad que permanece inalterable hasta que los hijos cumplen la mayoría de edad. En cambio, el ejercicio de la patria potestad implica el ámbito práctico que consiste en la función de ejercer los derechos y deberes que contempla la titularidad.

El ejercicio de la patria potestad es una especie de instrumento que le otorga un sentido práctico a la figura de la titularidad. No es imaginable una titularidad sin ejercicio, porque sin esta, su contenido se queda en un enunciado teórico.

En esa línea, de forma ilustrativa para entender mejor la diferencia entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, la titularidad es el vehículo y el conductor se hace cargo del ejercicio. Esto significa, que sin vehículo el conductor no puede conducir, por lo que, sin titularidad no hay ejercicio de la patria potestad.

Al respecto, bien se afirma que el ejercicio de la patria potestad comprende la realización material de las funciones que comprende la titularidad de la patria potestad en el ámbito personal y patrimonial<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. “De las relaciones paterno-filiales”. En *VVAA. Comentarios a las reformas del Derecho de Familia Volumen II*. Edit. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1044 – 1045.

<sup>10</sup> Véase a ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia con sus padres”. En ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., y otros, *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*. Edit. Dykinson, Madrid, 2004.

En ese marco, se entiende por funciones los deberes que los progenitores tienen que cumplir durante el ejercicio de la patria potestad, de conformidad a lo previsto en el art. 154 del CC<sup>11</sup>. Por su parte, el art. 156 del CC, prevé que la patria potestad se ejercerá de forma conjunta por los dos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor.

Sobre el tema, conviene resaltar en primer término que esta regulación se encuentra en el título VII del Código Civil, que comprende a las relaciones paterno-filiales. Es decir, que se refiere a las estructuras familiares funcionales, toda vez que, la autoridad parental es una consecuencia del matrimonio, o bien de la unión de hecho.

Esto significa, que el ejercicio de la patria potestad en sede matrimonial o de unión de hecho, corresponde como regla a los dos progenitores y de forma excepcional, acuerdo de por medio a uno de los progenitores. En esa línea, resulta oportuno puntualizar que en apariencia el ejercicio de la patria potestad en las

---

<sup>11</sup> El art. 154 del CC expresamente señala que: “Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

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

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

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

Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

estructuras familiares funcionales no genera desavenencias. No obstante, consideramos que en algunos casos es probable que se generen desacuerdos que posteriormente pueden ser uno de los motivos para que la familia se desestructure de forma definitiva.

Los motivos que generan desavenencias en el ejercicio de la patria potestad se presentan tanto con relación a los actos usuales como a los actos extraordinarios que conlleva la realización de las funciones de esta figura jurídica<sup>12</sup>.

Es así, que las desavenencias pueden suscitarse en el ejercicio diario de la patria potestad cuando no existe acuerdo, por ejemplo, sobre la alimentación de los hijos o la vestimenta de los hijos, aspecto que se agrava cuando los progenitores practican una creencia religiosa distinta. Igualmente, los desencuentros sobre el ejercicio de la patria potestad se presentan en las decisiones trascendentales que los padres deben tomar con relación a sus hijos, entre otros, en cuanto a la residencia principal, o bien en cuanto a la educación que deben recibir los hijos. En estos casos, más que un acuerdo lo normal para destrabar el desacuerdo es que uno de los progenitores ceda por el bienestar de la familia. De la misma forma, resultará valiosa la opinión de los hijos a partir de los doce años para destrabar las situaciones conflictivas donde se encuentra inmerso su destino, o bien siempre que tengan suficiente juicio. Es decir, a medida que los hijos se acercan a la mayoría de edad su opinión resulta más relevante. Sin embargo, no en todos los casos, se llega a un consenso entre los actores (progenitor-hijo-progenitora), por lo que, en esos extremos es muy probable que el núcleo familiar se desestructure para siempre.

En virtud de ello, debemos señalar que el ejercicio de la patria potestad en sede matrimonial o de unión de hecho será conjunta siempre que se compartan las mismas ideas o modelos de vida entre los progenitores, caso contrario estamos ante

---

<sup>12</sup> Sobre los actos usuales y actos extraordinarios se analizará su contenido de forma detallada en el epígrafe 1.5. de este capítulo.

un ejercicio unilateral con aquiescencia obligada por parte del progenitor que no está de acuerdo, pero que cede por conservar la unidad de la familia, o en casos extremos por no perder la convivencia con sus hijos menores de edad.

Al respecto, el legislador nos brinda en supuestos de desacuerdo la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial, con la finalidad de encontrar una solución a la controversia, casos en los que inclusive el juez antes de decidir sobre el motivo de la controversia tiene la obligación de oír al menor cuando tenga un juicio razonable o siempre que tenga 12 años cumplidos. No obstante, consideramos que no en todos los supuestos es factible esta opción, especialmente en los supuestos en los cuales urge una decisión inmediata en función de las circunstancias y los intereses de los hijos.

### 1.3. EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

La titularidad y el ejercicio de la patria potestad no se contemplan sin un contenido, que comprende; la esfera personal, la esfera patrimonial y la representación legal de los hijos. Esto significa, que la funcionalidad del ejercicio de la patria potestad se plasma mediante el contenido que esta figura jurídica tiene.

Al respecto, los profesores Solé y Gete afirman que el contenido de la patria potestad si bien aborda la esfera personal, patrimonial y la representación del menor, repercute a todos los ámbitos de la vida del menor<sup>13</sup>.

#### 1.3.1. Contenido personal

En la esfera personal los titulares de la patria potestad deben cuidar o velar por los hijos. Esto significa, el deber de

---

<sup>13</sup> SOLÉ RESINA J., y GETE-ALONSO Ma. del C. *Filiación y Potestad Parental*, op. cit., pp. 131 y 136.

proporcionar los cuidados físicos, proveer sus necesidades intelectuales, procurar las atenciones afectivas y vigilar por sus intereses.

Sobre el tema, la profesora Serrano afirma que velar significa proporcionarle al menor cuidados materiales y morales<sup>14</sup>. Por lo que, el deber de cuidar o vigilar a los hijos subsiste incluso si no se tiene la potestad.

Lastimosamente, cuidar o velar por los hijos implica que los progenitores deben tener una capacidad económica razonable, para poder satisfacer las necesidades materiales y las necesidades intelectuales de los hijos, aspecto que genera desigualdades en el ámbito de la sociedad en su conjunto, porque no todos los progenitores tienen disponibilidad económica para fomentar en igual grado los requerimientos de los hijos. Es así, que el Estado juega un rol preponderante en la organización de actividades extraescolares de acceso gratuito o subvencionado que permita a todas las familias participar en igualdad de condiciones.

Asimismo, el cuidado de los hijos implica la guarda, aunque esta figura jurídica en los supuestos de crisis matrimoniales se encuentra disociado, por cuanto, si se determina la aplicación de la custodia monoparental el deber de cuidado en sentido estricto es asumido por el progenitor que se encuentra a cargo de la custodia y por el progenitor no custodio cuando se encuentre en compañía del menor.

En función de lo anterior se debe destacar que:

De manera general, en sede matrimonial o de unión de hecho, tener a los hijos en su compañía, significa que deben vivir

---

<sup>14</sup> SERRANO FERNÁNDEZ, M., “Concepto y naturaleza de la patria potestad”, op. cit., p. 215. Sobre el tema, la STS Sala Primera, de lo Civil, núm. 14/2017 de 13 de enero de 2017, sostiene que las características del progenitor no se ajustan a las que debe tener un buen padre de familia, motivo por el cual considera el Tribunal que se afectaría el interés del menor si se permite que ejerza la patria potestad, por cuanto, no se encuentra capacitado para cumplir las obligaciones que comprende el cuidado del menor.

en un mismo espacio. No obstante, cabe aclarar que se puede satisfacer las necesidades materiales de los hijos incluso sin convivir con ellos en un mismo espacio.

Por su parte, en caso de separación de los progenitores la compañía habitual con uno de ellos se encuentra compaginada con el derecho de visita del otro. Desde nuestro punto de vista, en sentido estricto vivir con los hijos es uno de los componentes más importantes del contenido personal de la patria potestad, aunque, en sentido amplio, tenerlos en su compañía en los casos de las familias transnacionales –por ejemplo– se puede asimilar al contacto virtual que uno o ambos padres tienen con sus hijos de forma periódica.

Asimismo, el cuidado de los hijos implica su alimentación, que es una obligación distinta a la obligación de alimentos determinada en la Ley. La alimentación de los hijos respecto al deber de cuidado se caracteriza porque nace de la patria potestad y tiene carácter unilateral. La unilateralidad a diferencia de la obligación de alimentos no es dispuesta por una autoridad judicial. Por lo que, este tipo de alimentación en sede de autoridad parental consiste en la obligación de asumir los gastos a realizarse, con la finalidad de lograr un desarrollo completo de los hijos.

Por último, el deber de cuidado implica la educación de los hijos que tiene como finalidad proporcionarles una formación integral, para lograr el desarrollo pleno de su personalidad. Motivo por el cual, la educación no se limita al hogar, sino que también comprende la que se delega al centro educativo.

### **1.3.2. Contenido patrimonial**

El ámbito patrimonial, comprende las facultades que se otorgan a los progenitores en lo que respecta la administración de los bienes de los hijos, de conformidad a lo previsto en el nu-

meral 2 del art. 154 del CC. El patrimonio del menor comprende el patrimonio general y el patrimonio especial.

El patrimonio general contempla los caracteres comunes del patrimonio. Al respecto, cabe resaltar que no limita la titularidad, sino el ejercicio de la capacidad de obrar de los hijos. Los titulares, en este caso los menores necesitan de la autorización judicial para la realización de los actos que enuncia el art. 166 del CC, que se sustituye por un consentimiento expreso a constar en un instrumento público cuando el menor tenga dieciséis años cumplidos.

En cambio, el patrimonio personal llámese también patrimonio especial, es el patrimonio común u ordinario del menor que tiene como función principal asumir los gastos necesarios para la subsistencia diaria de la persona y para hacer frente a la responsabilidad económica que le corresponda durante su proceso de crecimiento.

Por su parte, conviene puntualizar que el régimen específico del patrimonio del menor se configura en virtud de su minoría de edad, que comprende su capacidad de obrar limitada y la dependencia jurídica de sus progenitores, sin que esto le impida ser titular de determinados derechos<sup>15</sup>.

En cuanto al poder de decisión que tienen los progenitores, Acuña San Martín afirma que con relación a los actos de mera conservación cualquiera de los padres puede actuar de forma indistinta. En cambio, en el resto de los actos se requiere la actuación conjunta para autorizar un acto jurídico, así, por ejemplo, en lo referente a la disposición de los bienes<sup>16</sup>.

Al respecto, se valora de forma positiva la denominación de actos de mera conservación, para dar funcionalidad a los actos

---

<sup>15</sup> SOLÉ RESINA J., y GETE-ALONSO Ma. del C. *Filiación y Potestad Parental*, op. cit., p. 134.

<sup>16</sup> Véase ACUÑA SAN MARTÍN, M. Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto, op. cit., p. 73.

que comprenden el contenido del patrimonio. No obstante, la denominación como “el resto de actos” que comprende el contenido del patrimonio conlleva diferentes interpretaciones. Por lo que, lo más conveniente sería dividir los actos del contenido del patrimonio en actos de conservación y actos de disposición, con la finalidad de no generar controversia.

### 1.3.3. Representación de los hijos

En cuanto a la representación de los hijos, los padres como regla general son titulares de la patria potestad, por lo que, son los representantes legales de conformidad a lo establecido en los arts. 162 y 164 del CC<sup>17</sup>. Este poder suple la falta de capacidad de obrar de los hijos menores de edad. No obstante, cabe recordar que en función de la edad de los hijos —doce años—, los progenitores tienen la obligación de oír a sus hijos antes de tomar una decisión ya sea en cuanto al ámbito personal, o bien con relación al ámbito patrimonial.

Esto significa, que la obligación de oír al menor a medida que se acerca a la mayoría de edad adquiere mayor relevancia. De esta forma, si bien la decisión final recae en los progenitores, es altamente posible de facto que exista un acuerdo previo entre el menor y los progenitores.

Por su parte, conviene resaltar lo siguiente, en los supuestos en los cuales exista un interés contrapuesto entre los progenitores y los hijos que no se encuentran emancipados, se presentan dos alternativas de conformidad a lo establecido en el art. 163 del CC:

---

<sup>17</sup> La primera parte del art. 162 del CC, de manera textual establece que: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos...”. Por su parte, la primera parte del art. 164 del CC, prevé que: “Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria”.

- Primero, la representación le corresponderá al progenitor con el cual el menor no tenga conflicto.
- Segundo, en caso de que exista conflicto con ambos progenitores se nombrará un defensor judicial.

Sobre el tema, de forma correcta se puntualiza que la participación del defensor judicial no tiene como finalidad sustituir en su conjunto el ejercicio de la patria potestad, ni la curatela, sino en casos puntuales donde exista conflicto<sup>18</sup>.

#### 1.4. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN SITUACIONES DE RUPTURA MATRIMONIAL O DE DESESTRUCTURACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO

La titularidad y el ejercicio de la patria potestad en sede matrimonial o de unión de hecho, en virtud de la convivencia conjunta de progenitores e hijos se complementa y permite que los derechos y deberes que comprende la función tutelar de los progenitores sean ejercidos progresivamente hasta que los hijos se independicen.

No obstante, conviene preguntarse qué ocurre con el ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales. Al respecto, se debe señalar que una crisis matrimonial se caracteriza por una serie de acontecimientos negativos que se convierten en un impedimento para que los progenitores convivan en armonía<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> SOLÉ RESINA J., y GETE-ALONSO M.<sup>a</sup>. del C. Filiación y Potestad Parental, op. cit., p 150.

<sup>19</sup> La crisis matrimonial se encuentra compuesta por eventos formales y personales que llevan al fracaso de la relación, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. “Matrimonio y crisis: Separación, Divorcio y Nulidad”. En GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE. P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*. Edit. Sepín, Madrid, 2005, p. 67.

Al respecto, resulta oportuno señalar que la relación entre los cónyuges a medida que transcurre el tiempo tiende a sufrir altibajos, que en algunos casos se hacen más evidentes durante la crianza de los hijos. Lo deseable es que la relación entre los cónyuges retome la senda de la normalidad propia de una estructura familiar funcional. Sin embargo, en caso de que ello no ocurra, los progenitores terminarán su relación formal dando origen a una estructura familiar disfuncional como resultado del divorcio o la desestructuración de la unión de hecho.

En ese contexto, cabe resaltar que el ejercicio de la patria potestad —especialmente— al inicio de la ruptura definitiva entre los progenitores se resquebraja, entre otros, porque los progenitores dejan de convivir en un mismo hogar producto de las desavenencias irreconciliables entre ellos.

En esa línea, el legislador no solo regula el divorcio o la separación de los cónyuges, sino también regula diferentes modelos de ejercicio de la patria potestad, a ser ejercidos en una nueva configuración de roles que tienen como denominador común el desdoblamiento del hogar familiar que se reconvierte en dos hogares distintos a la cabeza de uno y otro progenitor.

Asimismo, conviene puntualizar que el ejercicio de la patria potestad implica una serie de actos clasificados en actos usuales y actos extraordinarios que se estudiarán en el epígrafe 1.5. de este capítulo.

#### **1.4.1. Sistemas de ejercicio de la patria potestad en situaciones de ruptura matrimonial o de desestructuración de la unión de hecho**

La separación o divorcio de los progenitores conlleva la reestructuración del modelo de ejercicio de la patria potestad, en virtud de que los progenitores dejan de convivir bajo un mismo techo con los hijos. Por lo que, luego del periodo de luto senti-

mental provocado por la crisis matrimonial o de unión de hecho, los progenitores pueden optar:

- Por el mantenimiento del sistema de ejercicio conjunto.
- Por la atribución total del ejercicio a uno solo de los progenitores.
- Por la distribución parcial del ejercicio a uno de los progenitores.
- Por la distribución total de funciones entre ambos progenitores.

Sobre el tema, hay quien afirma que en la práctica lo más usual con relación al ejercicio de la patria potestad es que tanto los progenitores en el convenio regulador como los jueces en las resoluciones judiciales establezcan un sistema de ejercicio conjunto, que se adaptará a las circunstancias concretas de convivencia separada en diferentes domicilios<sup>20</sup>.

Sin duda, resulta ideal mantener el ejercicio conjunto en situaciones de crisis matrimoniales, no obstante, no se puede idealizar el ejercicio conjunto en todos los casos, porque la desestructuración de la familia, por lo general, se debe a desavenencias entre los cónyuges. Motivo por el cual, consideramos impensable generalizar esta opción. En esa misma línea, el legislador de forma acertada nos brinda diferentes opciones que permiten desterrar los supuestos de conflicto entre los progenitores con relación al ejercicio de la autoridad parental sobre los hijos menores de edad.

a) *Mantenimiento del ejercicio conjunto de la patria potestad*

En cuanto a lo previsto en la norma sustantiva, el art. 156 del CC, prevé que la patria potestad se ejercerá de forma con-

---

<sup>20</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I. *Los menores en el Derecho Español*. Edit. Tecnos, Madrid, 2002, p. 228.

junta por los dos progenitores<sup>21</sup>. Esta regulación está pensada para las estructuras familiares funcionales. No obstante, el último párrafo del citado artículo establece de forma expresa que la autoridad judicial a petición del otro progenitor en interés del menor tiene la facultad de mantener el ejercicio conjunto de la patria potestad.

Al respecto, consideramos que partiendo del hecho de que la titularidad de la patria potestad permanece inalterable tanto en los casos de estructuras familiares funcionales como disfuncionales, sería aconsejable mantener el ejercicio conjunto, pero no a expensas de la voluntad o predisposición del progenitor que no convive con el menor. Esto motiva a entender que no hay acuerdo sobre el ejercicio de la patria potestad, motivo por el cual, el legislador confiere la posibilidad a cada uno de los progenitores a solicitar el ejercicio conjunto, porque se asume que uno de los progenitores no está de acuerdo en mantener el ejercicio conjunto.

Igualmente, el legislador afirma que se puede mantener el ejercicio conjunto siempre que el interés del menor lo aconseje, en este caso damos por asumido que para el menor el sistema conjunto es el que mejor se ajusta a sus necesidades, toda vez que, para él la separación o divorcio de los progenitores, por lo general es una experiencia traumática. Además de ello, conviene resaltar que el interés del menor se sobreentiende en todos los casos, salvo que exista, por ejemplo, algún tipo de violencia en su contra ya sea de forma directa o indirecta. En el caso de la

---

<sup>21</sup> Sobre el tema, LACRUZ BERDEJO, J. L. *Matrimonio y Divorcio, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil*. Edit. Civitas, Madrid, 1994, p. 978, sostiene que se puede establecer el ejercicio conjunto global de la patria potestad. Igualmente, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”. En GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)* Edit Lex Nova, Valladolid, 2005, p.135, afirma que resulta común que los padres acuerden el ejercicio compartido de la patria potestad, al considerar lo más beneficioso para los hijos.

violencia indirecta nos referimos a la violencia verbal producto de la relación conflictiva entre los progenitores siempre que tengan contacto.

El ejercicio compartido de la patria potestad permite mantener en apariencia –salvo la desaparición del hogar familiar– que la relación de los progenitores con los hijos no ha cambiado, al menos en lo que respecta a la autoridad parental.

En el ámbito jurisprudencial, entre otras, se debe destacar la STS de 17 de junio de 1995, que dispone el mantenimiento del ejercicio conjunto, toda vez que, la atribución de esta viene hecha *ope legis*, es decir, no requiere solicitud de parte ni declaración judicial<sup>22</sup>.

Desde nuestro punto de vista, la resolución se fundamenta en la primera parte del art. 156 del CC, que establece que la patria potestad se ejercerá de forma conjunta. No obstante, discrepamos de la fundamentación de la resolución judicial, por cuanto, el mismo art.156, en su último párrafo prevé que la autoridad judicial a petición del otro progenitor puede en interés del menor determinar el ejercicio conjunto de la patria potestad.

En esa línea, conviene destacar también que la adopción de un sistema conjunto de ejercicio de la patria potestad no se limita al arbitrio de los cónyuges, sino también la autoridad judicial tiene potestad para decidir en interés de los hijos el mantenimiento del sistema conjunto de ejercicio de la patria potestad.

En ese sentido, la STS de 29 de abril de 2013, decide que la patria potestad sea ejercida de forma conjunta velando por el interés de los hijos, aunque puntualiza que en caso de

---

<sup>22</sup> Por su parte, la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de enero de 1993, afirma que el ejercicio compartido de la patria potestad resulta imposible. En igual sentido, la SAP de Cantabria (sección 3ª) núm. 413 de 20 de octubre de 2004, rechaza el ejercicio de la patria potestad conjunta.

desacuerdo será la autoridad judicial el ente que dilucide la controversia<sup>23</sup>.

Al respecto, conviene puntualizar, por una parte, que en función del interés del menor la autoridad judicial prefiere mantener el ejercicio conjunto de la autoridad parental. No obstante, señala que en caso de desacuerdo será el juez quien dilucide la controversia, por lo que, se entiende que ante la falta de acuerdo se prescindirá del ejercicio conjunto.

Otra interrogante que se presenta sobre la falta de acuerdo de los progenitores es cuán rápida puede ser la decisión judicial en supuestos en los cuales se necesite una respuesta inmediata, como, por ejemplo, un aspecto relacionado a la salud de los hijos, concretamente cuando se requiere una intervención quirúrgica impostergable.

En cuanto a la predisposición de los progenitores para decidir el ejercicio conjunto de la patria potestad, se debe resaltar que es más factible en situaciones de separación o divorcio amistosos, que lastimosamente no representan la mayoría de los supuestos de desestructuración familiar, por cuanto, son asumidos como matrimonios fracasados<sup>24</sup>.

Por su parte, conviene preguntarse qué sucede en el supuesto de que, en función de la norma sustantiva, cada progenitor solicite el ejercicio de la patria potestad de forma unilateral.

---

<sup>23</sup> Véase la STS Sala Primera, de lo Civil, núm. 257/2013 de 29 de abril de 2013, que también determina la custodia compartida. En la misma línea, se pronuncia la STS Sala Primera, de lo Civil núm. 106/2014, de 18 de marzo de 2014, que resuelve mantener la titularidad y ejercicio compartido de la patria potestad, por lo que, los progenitores deben actuar de consuno en todo lo relacionado a la formación, desarrollo integral y prevención de la hija, motivo por el cual invoca que los progenitores se abstengan de adoptar decisiones unilaterales que perjudiquen al interés de la hija.

<sup>24</sup> Al respecto, FOSAR BENLLOCH, E. *Estudios de Derecho de Familia, Tomo II*, Edit. Bosch, Barcelona, 1982, p. 318, afirma que resulta complicado llegar a un acuerdo entre los cónyuges sobre el ejercicio de la patria potestad.

Esto significa, que ambos progenitores no han podido acordar una alternativa sobre el ejercicio de la patria potestad, motivo por el cual, solicitan que el juez determine el ejercicio unilateral de la patria potestad.

En ese marco, la autoridad judicial se encuentra facultada en beneficio de los hijos a disponer el ejercicio compartido de la patria potestad, esto valorando que ambos progenitores se encuentran aptos para ello. Igualmente, en caso de que el juez determine que se mantenga el ejercicio compartido, conviene preguntarse si es factible obligar a los progenitores al ejercicio conjunto cuando es evidente la falta de sintonía entre ellos. En ese sentido, consideramos que la predisposición inicial a compartir el ejercicio de la patria potestad resulta determinante para que este sistema de atribución de ejercicio de la patria potestad no quede en una mera decisión sin ejecución. Sin duda, es una situación atípica donde prevalece el interés del menor, aunque a expensas de la conducta de los progenitores.

*b) Atribución del ejercicio total de la patria potestad a uno de los progenitores*

En primer término, una vez más debemos hacer referencia a una parte del primer párrafo del art. 156 del CC, que prevé que la patria potestad puede ser ejercida por uno solo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro. Esto significa, que esta regulación se puede extrapolar a las estructuras familiares disfuncionales, por cuanto, es factible previo consentimiento expreso, o bien tácito de los progenitores que sea ejercida de forma total por uno de ellos, esto, con la finalidad de que las funciones que comprende el ejercicio fluyan.

Por su parte, el cuarto párrafo del art. 92 del CC, con relación a la separación, nulidad o divorcio, establece de forma expresa que mediante el convenio regulador los progenitores

pueden decidir que la patria potestad sea ejercida por uno de los progenitores, o bien el juez mediante resolución judicial, en ambos casos precautelando el interés del menor.

En este supuesto, asumimos que el progenitor no custodio decide ceder el ejercicio debido a que confía plenamente en el otro progenitor. En esa línea, se afirma que resulta complicado mantener el ejercicio compartido, porque, aunque el derecho corresponda a los dos progenitores los hijos convivirán más tiempo con uno de los progenitores<sup>25</sup>. Al respecto, se sostiene también que, si bien se mantiene la titularidad compartida, el ejercicio conjunto de la patria potestad no es posible, por lo que, se debe gestionar un ejercicio exclusivo<sup>26</sup>.

En cuanto a la titularidad compartida de la patria potestad no se admite discusión. No obstante, discrepamos en lo que respecta su ejercicio, porque el progenitor no custodio si bien tiene un tiempo de contacto físico limitado con los hijos puede ejercer las funciones que comprenden el ejercicio de los actos usuales de la patria potestad. Igualmente, en lo que respecta la realización de los actos extraordinarios, toda vez que, para su ejercicio no se requiere obligatoriamente convivir con los hijos. En virtud de ello, se tiene la impresión de que el progenitor no custodio no tiene interés en coparticipar en las decisiones trascendentales que conllevan el ejercicio de la autoridad parental.

Otra interpretación relacionada a la cesión voluntaria del ejercicio de la autoridad parental de forma exclusiva en favor del otro progenitor, presumimos que se debe a la falta de tiempo por motivos laborales, o bien debido a imprevistos insalvables como una enfermedad o un periodo de convalecencia.

---

<sup>25</sup> Véase VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Matrimonio y Divorcio*. Edit. Difusa, Madrid, 2005, p. 175.

<sup>26</sup> FREIJANES BENITO, A. “La protección de los derechos de los menores en casos de divorcio y separación”. En RODRÍGUEZ TORRENTE, J. *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*. Edit. UPCO, Madrid, 1998, p. 80.

Al respecto, se debe señalar que la situación laboral de uno de los progenitores no es motivo para ceder voluntariamente el ejercicio de la patria potestad, porque las jornadas laborales no son interminables y no se extienden durante las 24 horas del día, por lo que, consideramos que el verdadero motivo escondido tras el supuesto conflicto laboral es el desinterés en el ejercicio de la autoridad parental.

En cuanto a las situaciones de convalecencia o enfermedad de uno de los progenitores, consideramos que mientras dure el periodo de convalecencia es factible ceder el ejercicio de la autoridad parental en favor del otro progenitor. Es decir, de forma temporal con el objetivo de no ralentizar el ejercicio de las funciones que conlleva esta figura jurídica.

En situaciones de enfermedad, habría que valorar el tipo de enfermedad. En ese sentido, mientras dure el tratamiento si es una enfermedad grave, se justifica la cesión del ejercicio de la patria potestad. Igualmente, si la enfermedad es terminal se justifica la cesión definitiva del ejercicio de la autoridad parental.

No obstante lo anterior, consideramos que la predisposición del progenitor resulta gravitante para ceder o no el ejercicio de la autoridad parental, porque es mejor ceder el ejercicio de la patria potestad a ejercer de forma coaccionada, aunque resulta extraño que se tenga que obligar a un progenitor a cumplir su rol parental, por cuanto, no estamos ante la función tutelar de una persona extraña, sino de un hijo propio.

Por su parte, si es la autoridad judicial quien decide atribuir el ejercicio de la patria potestad a uno solo de los progenitores, se debe a que el progenitor ha incurrido en una conducta inapropiada que no le permite mantener el ejercicio compartido. La conducta apropiada contempla no solo un daño físico en contra de los hijos, sino también psicológico.

En ese sentido, la STS de 28 de febrero de 2018, afirma que la atribución del ejercicio exclusivo de la patria potestad en fa-

vor de la madre no se produce por los desacuerdos constantes entre los progenitores, sino porque es una medida necesaria en interés del hijo menor de edad. De esta forma, se evitará que el progenitor interfiera en las decisiones que se deben tomar en favor del hijo común<sup>27</sup>.

Por lo que, salvo esta excepción si ambos progenitores se encuentran aptos para ejercer la patria potestad no deberían ceder de forma voluntaria esta facultad, toda vez que, mantener únicamente la titularidad implica que únicamente conservará la denominación en abstracto de la autoridad parental sin participar en las funciones que conlleva su ejercicio. No obstante, desde nuestro punto de vista consideramos que un progenitor forzado a ejercer la patria potestad difícilmente cumplirá su labor de forma responsable, por lo que, existe el riesgo de que en lugar de beneficiar al menor sea contraproducente.

Esto no significa, que se descarte la atribución total del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores. En esa línea, se pronuncia la SAP de Salamanca de 29 de octubre de 2001<sup>28</sup>, en virtud del análisis concreto se determina el ejercicio de la patria potestad, así como la custodia de la hija de dos años en favor de la madre, fallo motivado porque los progenitores se separaron después del nacimiento de la hija y debido a que residen en diferentes ciudades.

Al respecto, se debe señalar que indudablemente en el caso concreto la presencia paterna resulta un tanto figurativa, puesto que, apenas convivió con la menor y porque además reside en otra localidad. Sin embargo, esto no es óbice para que

---

<sup>27</sup> Véase la STS Sala Primera, de lo Civil, de 28 de febrero de 2018.

<sup>28</sup> Véase la SAP de Salamanca núm. 510, de 29 de octubre de 2001. Igualmente, la STS, Sala Primera, de lo Civil de 27 de marzo de 2019, decide mantener la atribución total del ejercicio de la patria potestad a la madre en virtud del interés del menor, por cuanto, la menor de 15 años solo ha visto a su progenitor en dos ocasiones, motivo por el cual, considera a su padre como una persona extraña.

el progenitor se desatienda del ejercicio de la patria potestad, por cuanto, si bien no podría desplazarse a la residencia de la menor diariamente, lo podría hacer de forma semanal o bien mensual. El ejercicio total de la patria potestad por parte de un progenitor implica que en determinados casos exista el riesgo de que se tomen decisiones arbitrarias que afecten al desarrollo del menor. En ese sentido, consideramos que el ejercicio conjunto implica que haya un contrapeso entre los progenitores, una especie de equilibrio en función de precautelar el beneficio del menor.

En esa línea, la titularidad de la patria potestad implica una serie de obligaciones que el progenitor debe cumplir en favor de los hijos. No obstante, sin ejercicio se limita a una titularidad abstracta, sin facultades decisorias, que es más propio de una familia monoparental.

El mantenimiento de la titularidad sin ejercicio implica convertirse en una especie de patrocinador económico de los hijos, aspecto que desnaturaliza la finalidad de la figura jurídica de la patria potestad que comprende la satisfacción material y emocional de los hijos. Al respecto, cabe señalar que el vínculo afectivo de cercanía y contacto con los hijos juega un rol preponderante en la formación integral del menor<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Sobre el tema, AMORÓS, P., y PALACIOS, J. *Acogimiento Familiar*, Edit. Alianza, Madrid, 2004, p. 59, afirman que en tanto el menor se sienta querido de manera estable e incondicional, le resulta más fácil desarrollar una imagen de sí mismo como persona. En cambio, en cuanto perciba que las personas que le rodean no le brindan afecto y cariño, le genera dudas e inseguridad, aspecto que puede generar inclusive un sentimiento de culpa. Por su parte, MARTÍN HERNÁNDEZ, J. *La intervención del maltrato infantil, una revisión del sistema de protección*. Edit. Pirámide, Madrid, 2005, p. 39, sostiene que, si se prepondera los derechos individuales, en detrimento de los lazos parentales y los vínculos afectivos, conlleva a que en caso de ruptura no se genere un sentimiento de pérdida o sufrimiento. Asimismo, BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. A. *Manual de Derecho de Familia*, op. cit., p. 430, sostienen que el deber de los progenitores no termina con la satisfacción de las necesidades materiales, sino que comprende también el deber de índole espiritual, la formación ética de los

En esa línea, resulta oportuno aclarar que el soporte económico que se brinda a los hijos no se debe utilizar como instrumento para comprar el cariño de los hijos, ni tampoco se debe utilizar para direccionar en un determinado sentido las decisiones que comprende la autoridad parental.

Por otra parte, conviene preguntarse qué ocurre en el supuesto de que los progenitores no incluyan en el convenio regulador el sistema de ejercicio de la patria potestad, ni tampoco soliciten a la autoridad judicial que se pronuncie al respecto.

La doctrina se encuentra dividida sobre el tema. Por una parte, se afirma que en caso de que la autoridad judicial no haya determinado a quien le corresponde el ejercicio de la patria potestad, en virtud del último párrafo del art 156 del CC, su ejercicio corresponderá al progenitor que conviva con el menor<sup>30</sup>. Por otra parte, en virtud del mismo contenido normativo un sector de la doctrina sostiene que se debe indefectiblemente determinar el ejercicio de la patria potestad en todos los procesos de separación o divorcio<sup>31</sup>.

En este caso estamos ante una situación *sui generis*, por cuanto, se tiene la impresión de que el ejercicio de la patria potestad queda en el aire. A nuestro modo de ver, el último párrafo del art. 156 del CC, nos brinda una solución parcial, toda vez que, se establece que en caso de que los progenitores vivan sepa-

---

hijos, asegurar la educación de acuerdo con sus posibilidades e implica también evitar que asuma riesgos de carácter material, psíquico o espiritual.

<sup>30</sup> Entre otros, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia con sus padres”, op. cit., p.175, sostiene que, si no se ha determinado su ejercicio en la resolución judicial, su ejercicio le corresponde únicamente al cónyuge con el que el menor convive. Igualmente, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. *Comentarios al Código Civil*. Edit. Aranzadi, Navarra, Segunda edición, 2006, p. 216 afirma que, si el Juez no se pronuncia sobre el ejercicio de la patria potestad, le corresponderá al progenitor que tiene la custodia de los hijos.

<sup>31</sup> Véase GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., pp. 140 – 141.

rados, la patria potestad se ejercerá por el progenitor con quien el menor conviva. Esta redacción admite dos interpretaciones:

En sentido amplio, se entiende que la separación es aplicable también al divorcio, por lo que, en caso de que los progenitores no acuerden lo relacionado al ejercicio de la patria potestad ni tampoco soliciten el pronunciamiento de la autoridad judicial, la patria potestad se ejercerá por el progenitor con quien el hijo conviva.

En sentido restringido, el legislador únicamente regula el ejercicio de la patria potestad sin acuerdo ni resolución judicial en el proceso de separación de los progenitores, por lo que, el ejercicio de la patria potestad en situaciones de divorcio se queda sin determinar. En este caso, consideramos que una atribución de hecho del ejercicio de la patria potestad al progenitor custodio no es factible, porque el ejercicio no requiere necesariamente convivir con el menor, por ejemplo, en el caso del ejercicio de los actos extraordinarios.

No obstante lo anterior, en la doctrina se discrepa con el ejercicio unilateral de la patria potestad, porque existe el riesgo de que genere un sentimiento de frustración en el progenitor afectado, por cuanto, la autoridad parental se limitaría a una titularidad vacía de contenido restringida a una convivencia de fines de semana. En virtud de ello, se debe modificar el último párrafo del art. 156 del CC, con la finalidad de que el ejercicio conjunto sea la regla y el ejercicio unilateral la excepción<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> En esa línea, ECHARTE FELIÚ, A. M. *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*. Edit. Comares, Granada, 2000, pp. 25 – 26, afirma que la norma sustantiva que regula la posibilidad de que solo el progenitor conviviente asuma el ejercicio de la patria potestad dejando al otro progenitor sin ejercicio de esta, no se considera como la mejor alternativa, porque conlleva una sensación de frustración puesto que, se limita a una convivencia de fin de semana que resulta insuficiente para formar una relación profunda. En ese contexto, considera que la mejor opción en estos casos es el mantenimiento del ejercicio conjunto de la patria potestad.

c) *Atribución parcial del ejercicio total de la patria potestad a uno de los progenitores*

Este sistema se presenta como una alternativa entre el ejercicio conjunto de la patria potestad y la atribución total del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores<sup>33</sup>.

Al respecto, el numeral 4 del art. 92 del CC, prevé que los progenitores vía convenio regulador, o bien mediante resolución judicial se podrá determinar el ejercicio parcial de la patria potestad por parte de uno de los progenitores siempre y cuando sea beneficioso para el menor.

Por su parte, el tercer párrafo del art. 156 del CC, establece que, en caso de desacuerdos reiterados, o bien cuando exista una causa que entorpezca el ejercicio de la patria potestad, el juez tiene la potestad de atribuirla de forma parcial a uno de los progenitores por un tiempo no superior a dos años.

Un aspecto que justifica la distribución parcial del ejercicio de la patria potestad es la especialización, formación o conocimiento que tiene uno de los progenitores sobre un determinado tema como la salud y la educación<sup>34</sup>.

En este caso nos encontramos ante una situación *sui generis*, porque el progenitor ejerce la patria potestad de forma puntual como especialista en una determinada disciplina. Sin embargo, conviene aclarar que esto no debe ser motivo para generar un ambiente de desigualdad entre los progenitores, porque en este caso se trata de precautelar lo mejor para los hijos. Así, por ejemplo, si la progenitora es profesora de colegio, sería más factible que sea ella quien asuma todo lo relacionado a los deberes escolares.

---

<sup>33</sup> Véase GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 144. Igualmente, BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO R. *Comentarios al Código Civil*, op. cit., p. 216.

<sup>34</sup> Entre otros, SEISDEDOS MUIÑO, A. *La patria potestad dual*. Edit. Servicio editorial del País Vasco, 1988, p. 353.

En cuanto a la limitación temporal que se establece, a nuestro modo de ver, la línea que sigue el legislador no es la más conveniente, toda vez que, es probable que el menor requiera apoyo especializado por un tiempo superior a dos años que prevé la norma sustantiva.

Por otra parte, el legislador justifica la atribución parcial del ejercicio de la patria potestad en virtud de los desacuerdos que existen entre los progenitores. Sin embargo, se otorga al juez una potestad discrecional para determinar las funciones concretas que asumirá uno de los progenitores como parte del ejercicio parcial de la patria potestad.

Al respecto, consideramos que el juez que tiene conocimiento de la causa debe fundamentar su decisión en base a los antecedentes del caso, aspecto, que si bien permite que haya un cierto margen de discrecionalidad en la resolución no permite que la decisión sea arbitraria.

Asimismo, debemos señalar que en la atribución parcial del ejercicio de la patria potestad el tiempo libre de los progenitores juega un rol preponderante en función de la actividad y ocupación que tienen. No obstante, debemos aclarar que en función del tiempo libre que dispongan los progenitores el ejercicio de la patria potestad se verá limitado en lo que respecta los actos relacionados a la vida cotidiana de los hijos, porque estos requieren un contacto directo del progenitor con sus hijos. En cambio, hay una serie de actos transcendentales que no necesariamente requieren de forma imprescindible un contacto directo con los menores.

Por último, conviene puntualizar que más que un sistema independiente de ejercicio de la patria potestad es una subespecie de ejercicio compartido de la patria potestad.

d) *Distribución de las funciones del ejercicio de la patria potestad entre los progenitores*

Al igual que acontece con la atribución parcial del ejercicio de la patria potestad en favor de unos de los progenitores, este sistema es posible de conformidad con el tercer párrafo del art. 156 del CC, donde se establece que en caso de desacuerdos reiterados u otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial podrá distribuir entre ellos las funciones que comprenden su ejercicio por un tiempo no superior a dos años.

Sobre el tema, se debe resaltar que el legislador no establece una diferencia o límites entre la atribución parcial y distribución de funciones que conllevan el ejercicio de la patria potestad. En esa línea, asumimos que la distribución implica un reparto de las funciones al 50% entre ambos progenitores y la atribución parcial una asignación menor a este porcentaje.

Igualmente, en el párrafo quinto del citado artículo 156 del CC, se prevé que, si los progenitores viven separados, a solicitud expresa del progenitor que no convive con el menor, la autoridad judicial puede distribuir entre ambos las funciones que contempla su ejercicio.

De lo previsto en esta redacción, el legislador deja a criterio de la autoridad judicial determinar el ejercicio parcial del ejercicio de la patria potestad, o bien la distribución de las funciones, en virtud de ello, hubiera sido conveniente regular únicamente la distribución del ejercicio de la patria potestad y no así la atribución parcial.

Asimismo, en cuanto a esta modalidad de ejercicio de la patria potestad, se afirma que ya sea por acuerdo, o bien por decisión judicial puede resultar conveniente su aplicación especialmente cuando la relación entre los progenitores luego de

la desestructuración de la familia se torna progresivamente conflictiva<sup>35</sup>.

Igualmente, consideramos que la distribución de funciones sobre el ejercicio de la patria potestad permite a los dos progenitores participar de forma activa en el proceso de desarrollo de los hijos, a diferencia del sistema de atribución total del ejercicio de la patria potestad que concentra el ejercicio de todas las funciones únicamente en un progenitor. En esa línea, con la distribución de funciones con la salvedad que representa el hecho de dejar de compartir un espacio común, tanto la figura materna como la figura paterna, se mantienen presentes en la vida de los hijos de forma activa<sup>36</sup>.

Sobre el tema, un sector de la doctrina afirma que es complicado aplicar el sistema de distribución del ejercicio de la patria potestad debido a la dificultad de establecer las funciones que cada uno de los progenitores ejercerá<sup>37</sup>.

Sin duda, resulta complicado clasificar de forma detallada todas las funciones que comprenden el ejercicio de la patria potestad. En esa línea, una división macro consiste en adoptar una clasificación en función de los actos usuales y extraordinarios que comprende el ejercicio de la autoridad parental. Igualmente, se sostiene que es recomendable clasificar la distribución en función del ámbito personal de la potestad y en función del ámbito patrimonial<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Véase ACUÑA SAN MARTÍN, M. “Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto”, op. cit., p. 63.

<sup>36</sup> Al respecto, GUILARTE MARTÍN – CALERO, C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 144, afirma que este sistema se puede aplicar a ambas modalidades de custodia, no obstante, debe preponderarse el interés del menor y la formación especializada de los padres, esto con la finalidad de que contribuya al desarrollo personal de los hijos y por otro lado, la administración y representación de sus bienes.

<sup>37</sup> Entre otros, VENTOSO ESCRIBANO, A. *La representación y disposición de los hijos*. Edit. Colex, Madrid, 1989, p. 128.

<sup>38</sup> En ese sentido, se manifiesta SEISDEDOS MUIÑO, A. *La patria potestad dual*, op. cit., p. 353.

En virtud de lo anterior, consideramos que se pueden tomar como parámetros ambas macro divisiones para distribuir las funciones del ejercicio de la patria potestad de forma general. En esa línea, son los progenitores quienes tienen que detallar las funciones concretas que comprende el ejercicio de la patria potestad en cada caso y en el supuesto de que no exista acuerdo entre ellos, la autoridad judicial al momento de distribuir las funciones de la patria potestad deberá remitirse a los antecedentes del caso.

### 1.5. LOS ACTOS USUALES Y LOS ACTOS EXTRAORDINARIOS

De conformidad a lo previsto en el artículo 154 del CC, se regula un conjunto de deberes y facultades que comprende el ejercicio de la autoridad parental. En esa línea, se debe velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos, administrar sus bienes, así como decidir el lugar de su residencia.

En función de ello, se establece una clasificación de los actos que comprenden el ejercicio de la patria potestad, que se dividen en:

- Actos usuales
- Actos extraordinarios.

En ese sentido, se afirma que los actos usuales se denominan también actos ordinarios, su contenido comprende el ejercicio de la patria potestad en el ámbito personal y patrimonial de los hijos menores de edad. Por su parte, los actos extraordinarios se refieren a los temas de mayor importancia<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Véase SEISDEDOS MUIÑO, A. *La patria potestad dual*, op. cit., pp. 28 y 29. Por su parte, la SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 530, de 8 de julio de 2005, establece que, si bien se determina la custodia unilateral en favor

Esto significa, que los actos usuales son las decisiones cotidianas que deben ser ejercidas por el progenitor que en ese momento convive con el menor. En cambio, los temas de mayor importancia con relación a los actos extraordinarios se requieren concretar, caso contrario existe el riesgo de que su contenido se entienda de forma discrecional. En esa línea, los actos extraordinarios comprenden ámbitos como la salud, la religión la administración de bienes y la elección del centro educativo, entre otros. En cuanto a los actos extraordinarios es preciso señalar que requieren una decisión consensuada entre ambos progenitores indistintamente del periodo de convivencia con los hijos menores de edad.

Sobre el tema, conviene resaltar que, si no hay buena relación entre los progenitores, al menos debe existir tolerancia entre ellos, con el objetivo de encontrar una decisión conjunta sobre los actos extraordinarios que comprende el ejercicio de la patria potestad pensando no en ellos, sino en lo mejor para los hijos. En esa línea, la STS de 20 de octubre de 2014, señala que la desestructuración de la familia obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo sobre el ejercicio de los actos extraordinarios que componen la patria potestad, por ejemplo, la determinación del nuevo domicilio<sup>40</sup>.

Sobre el tema, no sin razón se señala que resulta complicado que el progenitor no custodio pueda influir en el progenitor custodio, por lo que, en este esquema el ejercicio de la patria potestad tiene un valor simbólico<sup>41</sup>. En esa línea, conviene señalar que evidentemente el progenitor custodio al compartir más tiempo de convivencia con el menor tiene más posibilidades de jugar un rol preponderante en la dirección y decisión de

---

del padre, decide que se mantengan de forma conjunta el resto de las funciones de la patria potestad, por lo que, deben consensuar sobre los temas de mayor relevancia como lo relacionado a la educación y salud, entre otros.

<sup>40</sup> Véase STS Sala Primera, de lo Civil, núm. 536/2014, de 20 de octubre de 2014.

<sup>41</sup> Véase GUILARTE MARTÍN – CALERO, C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 142.

los actos usuales que comprende el ejercicio de la patria potestad, a diferencia del progenitor no custodio que, dependiendo del régimen de visitas asignado, tiene un tiempo limitado de convivencia con el menor. Por lo que, en el supuesto de los actos extraordinarios no necesariamente se requiere que ambos progenitores compartan una misma cantidad de tiempo con los hijos para decidir sobre las tareas que comprenden el ejercicio de los actos extraordinarios de la patria potestad.

De lo analizado, consideramos que a pesar de la relación tensa que pueda existir entre los progenitores a consecuencia de su separación o divorcio, lo ideal sería mantener el ejercicio compartido de la patria potestad, con la finalidad de modificar lo menos posible las funciones que comprenden el ejercicio de la patria potestad. En ese contexto, hay que tomar en cuenta que los hijos se encuentran en esta situación de forma involuntaria a diferencia de sus progenitores quienes son los responsables. Salvo cuestiones insalvables donde la comunicación entre los progenitores se encuentra rota, y no sea posible encontrar una alternativa que permita adoptar decisiones conjuntas entre ambos en beneficio de los hijos.

En el ámbito jurisprudencial, se destaca la STS de 21 de julio de 2016, que sostiene que se inclina por el mantenimiento de la patria potestad compartida en sintonía con la ejecución de los actos que comprende la autoridad parental. En esa línea, se señala que las decisiones con relación a las actividades diarias, habituales ordinarias o rutinarias serán adoptadas por el progenitor que se encuentre en compañía del menor, sin consulta previa ni acuerdo con el otro progenitor en casos en que exista una situación de urgencia. Por su parte, las decisiones trascendentales que afecten al desarrollo del menor requieren previa comunicación y consentimiento conjunto y en caso de no exista consenso se requerirá una autorización judicial<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Véase STS, Sala Primera, de lo Civil núm. 522/2016 de 21 de julio de 2016. Esta resolución comprende una serie de actividades que forman parte de los actos extraordinarios, como: las decisiones sobre la elección o cambio

Al respecto, se debe señalar que la sentencia en cuestión divide de forma implícita el ejercicio de la patria potestad en actos usuales y actos extraordinarios. Sin embargo, en el caso de los actos usuales que tienen relación con la vida diaria del menor, es un tanto confusa la resolución de la autoridad judicial, porque resuelve que no es necesario el consentimiento del otro progenitor en casos de urgencia. Esto, motiva a entender que los actos usuales en general requieren el consentimiento de ambos progenitores, aspecto que no viabiliza la realización de las funciones que implica la vida cotidiana del menor, por cuanto, se entiende que para cada acto se necesitará el acuerdo del otro progenitor, aspecto que ralentiza el ejercicio de la patria potestad.

#### 1.6. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN CASO DE AUSENCIA DE UNO DE LOS PROGENITORES. LA FAMILIA TRANSNACIONAL

En este supuesto, el legislador en el penúltimo párrafo del art. 156 del CC, prevé que, ante la ausencia de uno de los progenitores, el ejercicio de la patria potestad será asumido de forma exclusiva por el otro progenitor.

Al respecto, consideramos que *a priori* es una alternativa que permite destrabar y agilizar el ejercicio de la patria potestad en casos de ausencia de uno de los progenitores, especialmente porque el numeral 1 del art. 154 del CC, establece que el ejercicio de la patria potestad comprende una serie de debe-

---

de centro escolar o cambio de modelo educativo, las relacionadas a intervenciones quirúrgicas o tratamiento médico no banal o psicológico, igualmente, incluye las celebraciones religiosas, o bien la contratación de actividades extraescolares.

res, entre los que se destaca que los hijos deben encontrarse en compañía de sus progenitores<sup>43</sup>.

No obstante, conviene resaltar que el escenario familiar ha cambiado, así pues, hoy en día no resulta extraño que una parte del núcleo familiar resida en un lugar distinto al hogar familiar. Así, por ejemplo, se tiene el caso de la estructura familiar denominada familia transnacional<sup>44</sup>.

Es una estructura *sui generis*, porque no se ajusta a una situación de divorcio, no obstante, sus miembros permanecen separados hasta que el núcleo familiar se reunifique nuevamente. En ese sentido, especialmente cuando existe predisposición de los progenitores conviene preguntarse si es asumible el ejercicio de la patria potestad a distancia, es decir de forma virtual.

En esa línea, conviene analizar el ejercicio de la autoridad parental en función de su contenido. Así pues, se debe resaltar que en lo que respecta el aspecto patrimonial el ejercicio virtual es realizable por parte del progenitor que se encuentra en el país de acogida, por cuanto, en la mayoría de los casos los progenitores deciden emigrar a otro país, precisamente para mejorar su condición económica.

En cambio, la interrogante surge con relación al ámbito personal, toda vez que, el ejercicio por regla implica una relación presencial de contacto periódico entre padres e hijos.

Sobre el tema, una forma de destrabar un supuesto desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad nos brinda el art. 92.4 CC, que prevé que los padres pueden acordar en el convenio regulador, o bien el juez puede decidir en beneficio de los hi-

---

<sup>43</sup> De forma concreta, el numeral 1 del art. 154 del CC, establece que el ejercicio de la patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

<sup>44</sup> Las familias transnacionales son conocidas también como familias multilocales o globales, véase BECK, U. y BECK – GERNSHEIM, E. *Amor a distancia: nuevas formas de vida en la era global*. Paidós Buenos Aires, 2012.

jos, que la patria potestad sea ejercida de forma total o parcial por uno de los cónyuges.

En este caso, es más factible que el progenitor que se encuentra en el Estado receptor ceda el ejercicio de la patria potestad al progenitor que se encuentra en el país de origen. Igualmente, se debe tomar en cuenta que es improbable que una familia transnacional recurra a un convenio regulador porque la separación de sus miembros es temporal. Es decir, no implica una situación de desestructuración familiar definitiva.

En cuanto al ejercicio parcial de la patria potestad por uno de los progenitores, consideramos que es factible su aplicación en las familias transnacionales, debido a que los cónyuges se encuentran en diferentes países. No obstante, conviene preguntarse al respecto ¿Qué funciones concretamente ejerce el progenitor que se encuentra en el país receptor?

Otra alternativa que nos brinda el legislador en cuanto al ejercicio de la patria potestad es la distribución de funciones, de conformidad a lo previsto en el art 156.5 CC, que establece que a solicitud fundada de un progenitor la autoridad judicial podrá en interés de los hijos distribuir las funciones que comprenden la patria potestad. En el supuesto de las familias transnacionales que no se divorcian es poco probable que exista resolución judicial. No obstante, *a priori* es el sistema que mejor se ajusta, en virtud de la diferente ubicación geográfica de sus progenitores.

En cuanto a los sistemas de ejercicio parcial de la patria potestad y la distribución de funciones, si bien se encuentran similitudes, toda vez que, ambas comprenden un ejercicio compartido, se debe destacar que se asume que la distribución de funciones se asemeja a una distribución equitativa de funciones. En cambio, en el sistema de ejercicio parcial de la patria potestad las funciones que acumula para su ejercicio el progenitor que se encuentra en el país de origen en detrimento del otro progenitor que se encuentra en el país receptor son puntuales.

Sobre el tema, resulta importante resaltar que en la composición de la familia transnacional, los hijos y progenitores se encuentran repartidos entre el país de origen y el país de residencia, aspecto que se asemeja a una situación de separación o divorcio, porque los progenitores y los hijos dejan de vivir en un mismo espacio, aunque con una connotación diferente, en sede matrimonial el divorcio conlleva la separación definitiva de los integrantes del núcleo familiar. En cambio, en las familias transnacionales la separación es temporal, a menos que se convierta en definitiva con el transcurso del tiempo. Sin duda, mientras más tiempo transcurra más difícil será la reunificación de sus miembros, inclusive en supuestos donde se haga efectiva la reunificación de la familia en el Estado receptor. Asimismo, luego de un tiempo prolongado, la relación entre los miembros del núcleo familiar conlleva el riesgo de no ser como era hasta antes de la separación de la familia en el Estado de origen.

Otro aspecto, que resulta oportuno tomar en cuenta es la edad de los hijos. En ese sentido, el crecimiento de los hijos ligado al transcurso del tiempo es inevitable. La infancia es la etapa que mejor se adecúa a las circunstancias de la familia transnacional, por cuanto, la figura del progenitor ausente goza de un componente de autoridad y de credibilidad, por lo que, su palabra, será escuchada, aunque no se encuentre de forma presencial. Esto significa, que si bien los actos usuales son asumidos en su totalidad por el progenitor que se encuentra en el país de origen, las directrices o los consejos que vierta el progenitor ausente serán bien recibidos y realizados por parte de los hijos.

En cambio, la etapa más crítica relacionada al ejercicio de la patria potestad se encuentra desde la pubertad hasta la mayoría de edad. En ese contexto, los hijos cambian de conducta—así sea temporalmente—especialmente, debido a su crecimiento biológico. En estas circunstancias aparecen nuevas tentaciones en los círculos sociales de los cuales forman parte, por lo que, el ejercicio de la patria potestad se torna más complicado cuando la familia se encuentra desestructurada temporalmente. En estos

casos, el ejercicio total de la patria potestad, por parte del progenitor que se encuentra en el país de origen es la única alternativa para que los hijos no evadan el control de ambos progenitores. Esto comprende, tanto los actos usuales como los actos extraordinarios. Por lo que, la función del progenitor que se encuentra en el país de acogida se limita a ser de consulta o bien de apoyo.

Al respecto, resulta oportuno destacar que el ejercicio de la patria potestad no solo sirve para llevar una relación idílica entre los miembros de la familia, sino también para resolver conflictos sobre la conducta de los hijos que se acrecienta a medida que se acercan a la mayoría de edad.

De todo lo anterior, el ejercicio conjunto de forma virtual, en cuanto a los actos usuales es irrealizable, porque los progenitores se encuentran en diferentes países, a diferencia de los actos extraordinarios que pueden ser realizados a control remoto independientemente del lugar donde se encuentren los progenitores.

### **1.6.1. El ejercicio de la patria potestad en la maternidad y paternidad transnacional**

Una alternativa que surge de la familia transnacional es la maternidad transnacional<sup>45</sup>. En esa línea, no son pocos los casos, en los cuales las mujeres progenitoras deciden migrar a otro país en busca de una fuente laboral que le permita mantener a sus hijos económicamente. Lo llamativo de estos supuestos es que los hijos se quedan en el país de origen no al cuidado de los progenitores que se desentienden, sino al cuidado de terceras personas bien sean los abuelos maternos, o bien parien-

---

<sup>45</sup> GREGORIO GIL, C. “Análisis de las migraciones transnacionales en el contexto español, revisitando la categoría de género desde una perspectiva etnográfica y feminista”, *Revista Nueva Antropología*, vol. 24, núm. 74, 2011, p. 50.

tes colaterales. En este esquema le toca asumir el ejercicio de la patria potestad a la madre sola, por lo que, nos encontramos ante la denominada maternidad transnacional.

Es una figura atípica de la familia transnacional, en estos supuestos el ejercicio virtual de la patria potestad corresponde en su totalidad a la madre al no existir la figura paterna en el país de origen. En este caso, asumimos que la efectividad del ejercicio virtual se resquebraja significativamente, porque su funcionalidad en el país de origen se encuentra condicionada a la colaboración de los parientes o terceras personas a cargo de los hijos, aspecto que desnaturaliza la naturaleza del ejercicio de la patria potestad que les corresponde a los progenitores.

Sobre el tema, conviene aclarar que no es nuestra intención dejar de lado la importancia de la figura paterna en estos casos, o bien obviar la posibilidad de que se exista una paternidad transnacional.

En ese sentido, se debe señalar que las circunstancias personales que les toca vivir a cada uno de ellos lejos de su núcleo familiar, si bien son parecidas de forma estructural, son diferentes en cuanto a la casuística. Al respecto, bien se debe señalar que las prácticas transnacionales diferenciadas en hombres y mujeres no hace más que mostrar la existencia de dos tipos de personas con roles diferentes<sup>46</sup>.

Los roles diferentes se refieren al ámbito laboral, sin embargo, en el ámbito familiar con relación al ejercicio de la autoridad parental, el ejercicio de la paternidad transnacional es

---

<sup>46</sup> GREGORIO GIL, C. “Análisis de las migraciones transnacionales en el contexto español, revisitando la categoría de género desde una perspectiva etnográfica y feminista”, op. cit., p. 51. Asimismo, se debe resaltar que los roles de género sufren también una variación en cuanto al rol de los hijos que se encuentran en el país de origen, porque en algunos casos las hermanas mayores tienen que asumir el rol de mamá de sus hermanos menores. Véase TENESACA GUZMAN, G. T. *Familia transnacional: efectos en las relaciones familiares adolescentes de la Unidad Educativa del Milenio Victoria del Portete, desde un enfoque de género*. Edit. Universidad de Cuenca, 2019, pp. 23 y 24.

un fenómeno real. En ese supuesto, al igual que en el caso de la maternidad transnacional, las circunstancias nos conducen al ejercicio unilateral de la patria potestad, por cuanto, solo existe la figura paterna.

A modo de resumen, con relación a la maternidad y la paternidad transnacional debemos señalar que también existe un desdoblamiento de los integrantes del núcleo familiar, aunque solo con relación a los hijos. Es decir, que la figura del padre y de la madre se concentra al mismo tiempo en uno solo de los progenitores. Asimismo, otro aspecto común a ambos subtipos de familia transnacional consiste en el hecho de que los hijos se quedan a cargo de terceras personas en el país de origen.

## 1.7. RECAPITULACIÓN SOBRE LOS SISTEMAS DE EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

En primer término, se debe señalar que los cuatro sistemas de ejercicio de la patria potestad se encuentran comprendidos en dos artículos de la norma sustantiva, nos referimos al art. 92 del CC, con relación a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, así como al art. 156 del CC, con referencia a las relaciones paterno-filiales.

En situaciones de desestructuración familiar tendría que ser aplicable únicamente el art 92 del CC, aunque, asumimos que el legislador incluye la regulación del ejercicio de la patria potestad en el título de las relaciones paterno-filiales, en virtud de que el ejercicio nace de la titularidad y esta se concibe a partir de la estructuración de la familia. No obstante, el art. 156 del CC, regula el ejercicio de la patria potestad de forma concreta en el supuesto de que los progenitores vivan separados, esto genera confusión, porque el término separación conlleva dos escenarios de interpretación:

- Primero. Se presenta como una separación temporal en sede matrimonial, debido principalmente a motivos laborales de uno de los progenitores, que debe ausentarse a otra ciudad o país. Esta interpretación es la que más se ajusta debido a que el artículo se encuentra regulado en el título relacionado a las relaciones paterno-filiales.
- Segundo. La separación en sentido amplio comprende la desestructuración de la familia de forma definitiva. En este caso, nos referimos principalmente a la desestructuración de la unión de hecho, o bien al divorcio de los progenitores.

En virtud de ello, resulta oportuno que el legislador en el art. 156 del CC, haga referencia expresa a que el alcance comprende únicamente a la separación temporal. De esta forma, los procesos de divorcio con relación al ejercicio de la patria potestad únicamente deben orientarse a lo previsto en art. 92 del CC.

Sobre el contenido de ambos artículos, debemos resaltar que el legislador de forma optativa en el numeral 4 del art 92 del CC, concede a los progenitores la facultad de optar vía convenio regulador por el ejercicio unilateral total o parcial de la patria potestad, o bien en su defecto será el juez quien pueda decidir en interés de los hijos la viabilidad de uno u otro régimen de ejercicio de la autoridad parental.

Por su parte, el primer párrafo del art. 156 del CC, nos ofrece 2 alternativas expresas, así se tiene el ejercicio compartido, o bien el ejercicio unilateral. En cambio, en el último párrafo del mismo artículo el legislador faculta de forma optativa al juez previa solicitud de uno de los progenitores a determinar el ejercicio conjunto, o bien distribuir entre ambos las funciones.

De ambos artículos llama la atención que el legislador recurre al termino “podrá o podrán”, aspecto que no denota obligatoriedad, sino más bien opcionalidad. En esa línea, cabe puntualizar que las situaciones de desestructuración familiar si

bien son parecidas difieren entre sí, por lo que, no resultaría aconsejable limitar la regulación a un solo sistema de ejercicio de patria potestad. No obstante, la regulación en este caso no debería ser optativa, sino fija y concreta, toda vez que, se debe determinar los sistemas de ejercicio con claridad. De esta forma, se evitará que la autoridad judicial en determinados casos decida de forma discrecional aprovechándose de la dubitación del legislador.

En ese contexto, en cuanto al contenido de las funciones que comprende el ejercicio de la patria potestad, lo más lógico es un ejercicio alternativo en cuanto a los actos usuales que comprende el ejercicio de la patria potestad y un ejercicio conjunto en lo que respecta los actos extraordinarios que comprende el ejercicio de la patria potestad, toda vez que, no necesariamente se requiere que el progenitor custodio sea quien tenga poder de decisión.

En cuanto a la distribución del ejercicio de la potestad no es lo óptimo, porque da la impresión de que se utiliza al hijo como a un instrumento, salvo en los casos justificados en función de la necesidad del menor y en función de la especialidad y formación que tiene uno de los progenitores.

En lo que respecta el ámbito jurisprudencial, hemos visto que las resoluciones judiciales se decantan por el mantenimiento del ejercicio compartido, o bien por el ejercicio unilateral de la patria potestad. En cambio, el ejercicio parcial de la patria potestad, así como la distribución de funciones apenas se aplican. En ese sentido, consideramos que la irrupción de las familias transnacionales en el ámbito del ejercicio de la patria potestad puede ser motivo para que se genere jurisprudencia, que contemple la distribución de funciones de la autoridad parental en función de los actos usuales y de los actos extraordinarios. Sin embargo, en función de la escasez de resoluciones judiciales que contemplen el ejercicio parcial y la distribución de funciones, se debería plantear el legislador la reconfiguración de los sistemas de ejercicio de la autoridad parental.

Por todo lo anterior, consideramos que en una situación de desestructuración familiar el sistema compartido de ejercicio de la patria potestad debe ser la regla y la distribución de las funciones la excepción. En cuanto a la atribución parcial esta debería considerarse como una subespecie de la distribución del ejercicio de la patria potestad. Con relación a la atribución total del ejercicio de la patria potestad, este sistema debe ser aplicado únicamente en caso de que uno de los progenitores se encuentre en alguna causal que atente contra la integridad del menor, o bien tenga relación con algún caso probado de violencia doméstica.

Por último, se debe puntualizar que la viabilidad de uno u otro sistema dependerá de la predisposición de los progenitores, que sin duda es complicado, debido al proceso de separación o divorcio que se debe a divergencias entre ellos, aspecto que no les permite continuar una vida en común. Por ello, en caso de que el acuerdo entre progenitores no sea factible no queda otra alternativa que ajustarse a la resolución judicial de una persona con conocimientos técnicos especializados en la materia –nos referimos a los administradores de justicia–, pero que no conocen a los hijos menores de edad lo suficiente como los progenitores.

# CAPÍTULO II

## LA GUARDA Y CUSTODIA

### 2.1. DEFINICIÓN DE LA GUARDA

En primer término, se debe señalar que la guarda otorga a terceras personas de forma temporal el cuidado y la custodia de un menor mediante una resolución judicial, con la finalidad de satisfacer sus necesidades básicas de protección, por cuanto, se encuentra en estado de orfandad, o bien porque la permanencia junto a sus padres conlleva un riesgo para su formación integral y su salud<sup>47</sup>.

Al respecto, debemos asumir esta definición en sentido amplio, toda vez que, la guarda otorga la facultad de entregar el cuidado de los hijos a terceras personas que no son los progenitores, por lo que, en función del tema objeto de estudio no comprende la custodia de los hijos en una situación de separación o divorcio.

Otra postura doctrinal con relación a esta figura jurídica sostiene que la guarda es una potestad que concede a los progenitores el derecho de convivir habitualmente con los hijos de forma unilateral, o bien de forma compartida y comprende todas las obligaciones que se originan en la vida cotidiana de los hijos menores de edad desde el cuidado hasta la responsabilidad por su conducta<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Véase PACHECHO DE KOLLE, S. *Derechos de la Niñez y Adolescencia, teoría y práctica*. Edit. Alexander, Cochabamba-Bolivia, 2004, p. 81.

<sup>48</sup> Véase GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op cit., pp. 135-136.

Siguiendo esta línea, se concibe la guarda en sentido restringido como la facultad que tienen los progenitores para asumir la custodia de los hijos ya sea en su modalidad unilateral o compartida.

En función de lo anterior, se ha pretendido establecer una clasificación que incluye diferentes modalidades de guarda, con la finalidad de delimitar su alcance<sup>49</sup>:

- La guarda unilateral que se concede a uno de los progenitores.
- La guarda compartida que se concede a los dos progenitores.
- La guarda a un tercero que se concede a una persona diferente a los progenitores.

Al respecto, conviene resaltar que, si bien esta clasificación comprende ambas modalidades de guarda en favor de terceras personas, hay que puntualizar que el término más común que hace referencia al cuidado de los hijos es la custodia de los hijos.

En esa línea, el profesor Martínez afirma que solo cabe hablar de la figura jurídica de la guarda y custodia de los hijos cuando la guarda se ejerce por uno o ambos progenitores, en el resto de los casos, si bien existe la figura genérica de la guarda, no puede asimilarse a la figura de la guarda y custodia. Toda vez que, si se parte de la idea de considerar la guarda y custodia como un elemento integrante de la patria potestad, resultaría incongruente utilizar el citado término para referirse a los supuestos en los cuales la guarda del menor se atribuye a una tercera persona que no es titular de la patria potestad<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> GODOY MORENO, A. “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa”. En DE ANDRÉS IRAZAZÁBAL, C. y HERNÁNDEZ CATALÁN, G. *Diez años de abogados de familia*. Edit. La Ley, Madrid, 2003, pp. 322-323.

<sup>50</sup> MARTÍNEZ CALVO, J. *La guarda y custodia de los hijos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 38, 39 y 40. En cuanto a la utilización de los términos guarda y custodia en sede de separación o divorcio se abstiene de

Por lo que, sería conveniente que el legislador uniforme la terminología a utilizar en la norma sustantiva y adjetiva, con relación al cuidado de los hijos, una vez que la familia se desestructura. De esta forma, si se utiliza como término uniforme la custodia de los hijos, el debate sobre el alcance de la figura jurídica de la guarda se quedaría vacía de contenido, por lo que, desaparecería.

## 2.2. DEFINICIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

Una definición abierta nos brinda Lázaro al afirmar que la figura jurídica de la guarda y custodia se define como “la determinación de la persona con quien van a convivir habitualmente los hijos”<sup>51</sup>.

Sobre el tema, consideramos que se trata de una definición bastante genérica, puesto que, en sentido amplio la determinación de la persona comprende no solo a los progenitores, sino también a terceras personas del entorno de los hijos. En cambio, una concepción en sentido restringido comprende únicamente la asignación de la guarda y custodia en favor de los progenitores.

Igualmente, si forzamos la interpretación en sentido restringido se tiene la impresión de que la guarda y custodia no es aplicable en situaciones de crisis matrimoniales, porque si se afirma que mediante la guarda y custodia se determina la persona con quien los hijos menores de edad convivirán de forma habitual, en el supuesto de que esa persona sea uno de los progenitores, en una situación de separación o divorcio en la

---

realizar una diferenciación y se decanta por utilizar ambos términos como sinónimos.

<sup>51</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I. *Los menores en el Derecho Español*, op. cit., p. 229.

custodia unilateral los hijos menores de edad no convivirán de forma habitual con el progenitor no custodio, sino con el progenitor custodio. En cambio, la habitualidad puede ser entendida en sede de la custodia compartida, porque los progenitores alternan la guarda y custodia del menor.

Por su parte, se afirma que la guarda y custodia son sinónimos, por cuanto, comprende la convivencia habitual con los hijos menores de edad<sup>52</sup>.

Al respecto, consideramos que esta definición prescinde de entrar a un debate etimológico sobre el significado de los términos “guarda” y “custodia” de forma separada, por eso, se opta por señalar que son sinónimos. En esa línea, la guarda y la custodia en algunos casos efectivamente son utilizados como sinónimos por parte del legislador. No obstante, hemos visto también que la guarda en sentido amplio se puede otorgar en favor de terceras personas que no son los progenitores.

Otra postura interesante nos brinda Ragel Sánchez, quien señala que los términos; guarda y custodia son prácticamente similares, aunque el término custodia supone algo más que la guarda, motivo por cual, al ir juntos ambos términos se refuerza la guarda y cuidado de los hijos. En virtud de ello, afirma que la guarda y custodia se atribuye a los progenitores. En cambio, sostiene que la guarda se atribuye a un tercero, llámese tutor, guardador de hecho o bien entidad pública<sup>53</sup>.

Esta postura, tampoco entra en un debate semántico sobre el alcance de ambos términos, sino que en función de su similitud considera que tienen la misma finalidad. Sin embargo,

---

<sup>52</sup> ECHARTE FELIÚ, A. M. *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, op. cit., p. 64. Igualmente, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. La guarda y custodia de los hijos. *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001, p. 289, afirma que la guarda y custodia de los hijos conlleva el cuidado, educación y la formación integral de uno o ambos progenitores.

<sup>53</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F. La guarda y custodia de los hijos, op. cit., pp. 282 y 284.

el hecho de que sean términos similares no significa que sean idénticos, aspecto que reconoce el autor, al establecer una diferencia entre la asignación de la guarda y custodia a los hijos y la guarda a terceras personas.

No obstante lo anterior, desde nuestro punto de vista se debe resaltar que tanto la guarda como la custodia tienen como finalidad la convivencia con el menor que puede ser asignada a los progenitores o a una tercera persona alternativamente<sup>54</sup>.

En ese contexto, en situaciones de crisis matrimoniales –separación o divorcio–, o de desestructuración de unión de hecho donde se debe dilucidar la situación de los hijos con relación al régimen de comunicación y estancia con los progenitores, resulta aconsejable que el legislador priorice la utilización del término custodia de los hijos. De esta forma, el “término guarda” debe ser exclusivamente utilizado en favor de terceras personas que pueden ser los ascendientes del menor, los parientes colaterales, o en último caso personas que no forman parte de la estructura familiar.

### 2.3. OTRAS DEFINICIONES: LA TENENCIA Y EL CUIDADO DE LOS HIJOS

Se recurre al término tenencia de los hijos, que implica de forma fáctica la proximidad física con los hijos, a diferencia de la guarda que comprende la custodia y defensa de los hijos, con la finalidad de satisfacer los deberes de vigilancia y cuidado<sup>55</sup>.

Sobre el tema, de la tenencia de los hijos, en sentido amplio significa que el progenitor se encuentra a cargo de sus hijos, no

---

<sup>54</sup> A modo de antecedente, la STS de 25 de junio de 1994, utiliza la expresión guarda y custodia para hacer referencia a la solicitud de la tía de la hija menor de edad.

<sup>55</sup> D' ANTONIO, D. H. *Derecho de los menores*. Edit. Astrea, Buenos Aires - Argentina, Tercera edición, 1986, p. 225.

obstante, consideramos que tener a los hijos conlleva una idea de propiedad, por lo que, el término apropiado en estas circunstancias es la guarda de los hijos que implica su custodia bien sea unilateral o compartida. En sentido estricto, la tenencia implica estar junto a los hijos de forma presencial, por lo que, la tenencia implica cercanía.

En cuanto al término cuidado de los hijos, se afirma que comprende la convivencia habitual del progenitor a quien se le ha otorgado la guarda con los hijos en un mismo domicilio<sup>56</sup>.

En este caso, el término cuidado de los hijos se ajusta a la ejecución práctica de la guarda, por lo que, es preferible utilizar el término guarda en lugar de cuidado de los hijos. Igualmente, conviene señalar que la definición es más propia de la custodia unilateral, puesto que, se afirma que comprende la convivencia habitual con el progenitor que ha sido beneficiado con la guarda de los hijos.

En cuanto a la convivencia habitual de forma presencial con uno de los progenitores, resulta oportuno señalar que en determinados supuestos esta no se lleva a cabo, por ejemplo, en los casos en los cuales el hijo menor de edad se encuentra internado en un centro educativo. Es así como, en este caso en lugar de tenencia estamos ante la figura de la guarda, porque la convivencia del menor no es con el progenitor a quien se le ha otorgado la guarda, sino con un tercero en este caso el centro educativo.

Por todo lo anterior, sobre la convivencia habitual se debe tomar en cuenta los siguientes contextos:

- En la estructura familiar funcional, la convivencia habitual implica una relación con ambos progenitores en un mismo espacio que es el hogar familiar.
- En situaciones de crisis familiares de separación o divorcio, la convivencia habitual conlleva la determina-

---

<sup>56</sup> En ese sentido, HERRERO GARCÍA, M.<sup>a</sup> J. Las medidas provisionales en la crisis matrimonial, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 115, 1982, p. 201.

ción de la persona a quien se asignará la custodia que puede ser unilateral, o bien compartida.

- En supuestos donde se desaconseje la convivencia habitual con los progenitores, se recurre a la guarda en favor de terceras personas que no son los progenitores.

En cuanto a la diferencia principal entre la tenencia y la custodia de los hijos, consideramos que la tenencia implica contacto en vivo de forma presencial con los hijos. En cambio, la custodia implica no solo un contacto ininterrumpido, sino también los periodos de ausencia, por ejemplo, la asistencia de los hijos al centro educativo.

## 2.4. LA GUARDA Y CUSTODIA EN LAS NORMAS SUSTANTIVA Y ADJETIVA

La guarda y custodia de los hijos no se limita al contenido previsto en el Código Civil, sino que también se aborda en el contenido de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), debido a que son figuras jurídicas que determinan la situación procesal con relación a la custodia de los hijos menores de edad que se encuentran inmersos en una situación de desestructuración familiar.

### 2.4.1. El Código Civil

La norma sustantiva no es uniforme con relación a la terminología que utiliza. En ese contexto, en el Código Civil en el capítulo IX sobre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio se observa lo siguiente:

En el inciso a) del numeral 1 del art. 90 del CC, se hace referencia expresa al “cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos”. En virtud de que el legislador incluye esta

redacción en una situación de desestructuración familiar, se asume el cuidado de los hijos en su modalidad compartida, toda vez que, la figura de la patria potestad en situaciones de separación o divorcio no cambia.

Sobre el tema, bien se afirma que el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de los progenitores implica un ejercicio corresponsable y una participación equilibrada del padre y de la madre<sup>57</sup>.

El art. 92 del CC, además del término cuidado hace referencia a los términos custodia y guarda. De forma expresa:

- El numeral 2 utiliza el término “la custodia y el cuidado de los hijos menores”.
- El numeral 5 prevé “el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos”.
- El numeral 6 establece el régimen de “guarda y custodia”.
- El numeral 7 regula la “guarda conjunta”.
- El numeral 8 prevé la “guarda y custodia compartida”.
- El numeral 9 establece el “régimen de custodia”.
- El numeral 10 hace mención al término “régimen de guarda y custodia”.

Al respecto, resulta complicado encontrar una explicación que justifique la amplia oferta del legislador. Por ejemplo, en los numerales 5, 7 y 8, se hace referencia a la modalidad compartida, sin embargo, se utilizan los términos; ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, la guarda conjunta, así como la guarda y custodia compartida de los hijos. En ese sentido, hubiera sido conveniente que el legislador se decante por utilizar uno de los siguientes términos:

- La guarda y custodia compartida de los hijos, o bien,

---

<sup>57</sup> Véase ORTUÑO MUÑOZ, P. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Edit. Civitas, Navarra, 2006, p. 37.

- La custodia compartida de los hijos, toda vez que, la “guarda conjunta” prevista en el numeral 5, en el contexto del art. 90 del CC, tiende a entenderse como otra modalidad de custodia diferente a la custodia compartida.

Asimismo, en los numerales 2, 6, 9 y 10, se hace mención a los siguientes términos:

- Custodia y cuidado de los hijos.
- Régimen de guarda y custodia.
- Régimen de custodia.
- Régimen de guarda y custodia.

En este caso, igualmente hubiera sido conveniente uniformar su contenido utilizando los términos:

- Guarda y custodia, o bien,
- Custodia de los hijos.

Por su parte, el numeral 1 del art. 96 del CC, con relación al uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario hace referencia a los menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden. En esa línea, el numeral 1 del art. 103 del CC, prevé que a falta de acuerdo de los cónyuges, el juez de la causa debe determinar en interés de los hijos la forma de ejercer la guarda y custodia de los hijos —especialmente— la forma de comunicarse y tenerlos en su compañía.

De los numerales 1 de los arts. 96 y 103 del CC, se observa que el legislador utiliza una nueva expresión “tenerlos en su compañía”, asumimos que es una derivación de la tenencia de los hijos, porque implica una cercanía física cercana entre el progenitor no custodio y los hijos. No obstante, en el caso del numeral 1 del art. 103 del CC, se observa que el legislador incluye la expresión tenerlos en su compañía como parte de la guarda y custodia de los hijos. Al respecto, como anteriormente mencionamos hubiera sido preferible uniformar su contenido con el término guarda y custodia o custodia de los hijos.

Asimismo, de la redacción del numeral 1 del art. 103 del CC, queda claro que no se puede asumir el término tenencia de los hijos como sinónimo de la custodia de los hijos, porque la tenencia es una parte de la custodia. Esto significa, que la tenencia se limita al contacto presencial, en cambio, la custodia además de la presencialidad comprende el deber de vigilancia, cuidado y educación de los hijos menores de edad.

Por su parte, en las disposiciones generales del capítulo I del título VII de las relaciones paterno-filiales, concretamente en el numeral 1 del art. 154 del CC, se afirma que uno de los deberes y facultades de la patria potestad consiste en tenerlos en su compañía a sus hijos. Al respecto, si bien el ejercicio de la patria potestad contempla las estructuras familiares funcionales y no funcionales, en este caso concreto, se prioriza su regulación a las relaciones paterno-filiales en el ámbito del matrimonio.

Asimismo, en el numeral 2 del art. 158 del CC, se regula que el juez de oficio o a solicitud de los hijos, parientes o del Ministerio Fiscal, dictará las disposiciones apropiadas, con la finalidad de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los supuestos de cambio de titular de la potestad de la guarda. La redacción de este numeral conlleva dos interpretaciones:

- Primero. Que la guarda comprende la custodia monoparental de los hijos. Eso significa, que el juez dispone el cambio de la titularidad de la custodia, o bien el juez dispone el cambio de la modalidad de custodia. Por ejemplo, de la modalidad monoparental se pasa a la custodia compartida, o bien de esta se pasa a la custodia monoparental.
- Segundo. Que la guarda comprende no solo la custodia de los hijos en favor de los progenitores, sino también la entrega a terceros, en este caso concreto los parientes del progenitor.

El art. 159 del CC, prevé que, si los progenitores viven separados y no se ponen de acuerdo, el juez decidirá en beneficio

de los hijos al cuidado de cuál de los progenitores se quedarán los hijos menores de edad. Al respecto, conviene resaltar que, de la redacción de este artículo, el legislador prioriza la custodia unilateral de los hijos en detrimento de la custodia compartida. Asimismo, el legislador utiliza el término “cuidado” como sinónimo de la “custodia”, sin embargo, conviene resaltar que el cuidado implica solo una faceta del término custodia, que implica además de cuidar, el deber de vigilancia y formación de los hijos.

De todo lo anterior, el legislador no define en el capítulo relacionado a los efectos de la separación y divorcio, ni en el capítulo que comprende las relaciones paterno-filiales, ninguno de los términos utilizados, aspecto que genera confusión en su concepción y alcance, motivo por el cual, consideramos que el legislador debe transmitir de forma uniforme que hay dos modalidades de guarda y custodia de los hijos, la unilateral y la compartida respectivamente. De forma alternativa, se puede obviar el término “guarda” y utilizar únicamente el término “custodia de los hijos”. Esto, con la finalidad de diferenciar la custodia de los hijos en favor de los progenitores, de la guarda de los menores en favor de terceras personas.

#### **2.4.2. La Ley de Enjuiciamiento Civil**

La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en el título de los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores, concretamente en el capítulo I sobre las disposiciones generales en el numeral 4 del art. 748 de la LEC, establece que las disposiciones previstas en este título serán aplicables con los procesos sobre guarda y custodia de hijos menores.

Asimismo, en el capítulo V, concretamente en el numeral 3 del art. 769 de la LEC, sobre la competencia de los procesos ma-

trimoniales y de menores utiliza el término guarda y custodia de los hijos.

En la misma línea, sobre el procedimiento, el numeral 6 del art. 770 de la LEC, también hace referencia al término guarda y custodia de los hijos.

A diferencia de lo que se establece en la norma sustantiva, se debe resaltar de forma positiva que el legislador utiliza de forma uniforme el término “guarda y custodia”, aunque tampoco se evidencia una definición sobre el tema, aspecto, comprensible porque se trata de una norma adjetiva que se encarga del ámbito procesal.

## 2.5. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y LA CUSTODIA

En el ámbito de las estructuras familiares funcionales la custodia de los hijos pasa a segundo plano, puesto que, es absorbida por el ejercicio de la patria potestad<sup>58</sup>. En ese sentido, bien puede afirmarse que la custodia en sede matrimonial o de unión de hecho pierde sentido, porque no hay disputa sobre la convivencia habitual con los hijos menores de edad.

En esa línea, el profesor Martínez señala que cuando los progenitores viven en un mismo domicilio, la custodia de los hijos menores de edad queda subsumida en el ejercicio de la patria potestad. Motivo por el cual, no resulta necesario delimitar el campo de acción de ambas figuras jurídicas, por cuanto, el ejercicio conjunto de la patria potestad conlleva también el ejercicio de la custodia de los hijos<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F. La guarda y custodia de los hijos, op. cit., pp. 284-285, sobre el tema, señala que la patria potestad junto a la guarda y custodia de los hijos forman parte de la relación de un todo a una parte.

<sup>59</sup> MARTÍNEZ CALVO, J. *La guarda y custodia de los hijos*, op. cit., p. 30.

En ese sentido, lo normal es que los progenitores pasen el tiempo junto a los menores, la excepción a esta regla se presenta en casos concretos, por ejemplo, cuando en el periodo de vacaciones uno solo de los progenitores viaja con el menor, casos en los cuales únicamente el progenitor que permanece en compañía del menor asume la custodia transitoria de los hijos mientras el periodo vacacional se prolongue.

Así pues, en caso de desacuerdo en sede matrimonial o de unión de hecho, la disputa surge sobre el ejercicio de la patria potestad, que en caso de persistir el desacuerdo conlleva la desestructuración de la familia y a la aparición de la custodia sobre los hijos.

Por lo que, cuando la familia se desestructura, la custodia de los hijos pasa a primer plano en detrimento del ejercicio de la patria potestad, por cuanto, se debe dilucidar si los progenitores compartirán la custodia, o bien esta será atribuida a uno de ellos<sup>60</sup>.

No obstante, la profesora Acuña afirma que de lo previsto en la norma existe una dependencia estrecha entre la patria potestad y la custodia de los hijos<sup>61</sup>. Postura que también se comparte en la jurisprudencia, por ejemplo, la STS de 20 de octubre de 2014, afirma que la custodia de los hijos deriva de la figura jurídica de la patria potestad<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Al respecto, conviene puntualizar que existe una tendencia errónea que identifica al ejercicio de la patria potestad con la custodia de los menores, aunque, en determinados supuestos cuando se otorga el ejercicio de la patria potestad exclusiva a uno de los progenitores, se genera una coincidencia entre el ejercicio de la patria potestad y la custodia de los hijos. Véase ALIAGA FIGUERES, M. “Lo que establece la ley en torno a los menores inmersos en rupturas familiares”. En JABBAZ CHURBA, M., y DÍAZ, C. *Menores en disputa. Custodia, visitas y patria potestad en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 29-42.

<sup>61</sup> Véase ACUÑA SAN MARTÍN, M. “Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto”, op. cit., p. 60.

<sup>62</sup> Véase la STS Sala Primera, de lo Civil, núm. 536/2014, de 20 de octubre de 2014.

En el supuesto de optarse por la custodia compartida el cambio no será significativo, porque se asume que los progenitores comparten el ejercicio de la patria potestad en función de la custodia de los hijos. En ese sentido, en un supuesto donde exista consentimiento se entiende que el ejercicio de la patria potestad y la custodia fluirán en el mismo sentido.

En el supuesto de optarse por la custodia unilateral, la escisión del ejercicio de la patria potestad con la custodia de los hijos es irremediable<sup>63</sup>. Esto, debido principalmente al tiempo de convivencia habitual del menor con el progenitor custodio. No obstante, esto no significa que el progenitor no custodio tenga menos derechos, sino que se encuentran limitados en lo que respecta la custodia, al tiempo que tenga asignado el régimen de comunicación con sus hijos.

En virtud de ello, resulta importante diferenciar su contenido, así pues, el ejercicio de la patria potestad conlleva la determinación del domicilio, la nacionalidad, la educación, la formación y la salud, entre otros. En cambio, la custodia implica las decisiones cotidianas con relación a la educación, la salud y la disciplina, entre otros<sup>64</sup>.

Esto significa, que el ejercicio de la patria potestad conlleva la responsabilidad integral de los hijos menores de edad, en cambio, la custodia conlleva convivir con el menor y cuidarlo<sup>65</sup>.

En ese sentido, consideramos que una forma de clasificar el contenido del ejercicio de la patria potestad y la custodia de los

---

<sup>63</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F. “La guarda y custodia de los hijos”, op. cit., pp. 286 y 293, de igual forma, sostiene que cuando los progenitores dejan de convivir, la guarda y custodia se separa de la figura jurídica de la patria potestad como el polluelo del cascarón.

<sup>64</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”. En ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L., y otros, *Temas de actualidad en Derecho de Familia*. Edit. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 39 y 40.

<sup>65</sup> GODOY MORENO, A. “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa”, op. cit., pp. 321 y 322.

hijos consiste en distinguir los actos usuales y los actos extraordinarios. Los actos usuales forman parte de la cotidianidad por lo que, son asumidos por el progenitor que tiene la custodia de los hijos. En cambio, los actos extraordinarios son propios del ejercicio de la patria potestad y deben ser decididos por ambos progenitores.

Por ejemplo, en lo que respecta la educación, la elección del centro educativo debe concertarse entre ambos progenitores, porque forma parte del ejercicio de la patria potestad. Por su parte, la realización de las tareas/deberes escolares deben ser asumidos por cada progenitor a su turno durante el ejercicio de la custodia de los hijos<sup>66</sup>.

Por otra parte, existen temas concretos como la nacionalidad de los hijos que forman parte del ejercicio de la patria potestad, porque tienen calidad de actos extraordinarios. No obstante, su aplicación se limita a las familias transnacionales —que resulta más evidente cuando los cónyuges son de diferentes continentes—, por lo que, si bien por su importancia tienen la categoría de actos extraordinarios, consideramos que en los supuestos de doble o triple nacionalidad no se debe requerir el consentimiento de ambos progenitores, sino que es un derecho personal que cada progenitor de solicitar que el menor también adquiera su nacionalidad. Esto siempre y cuando no se tenga que renunciar a otra nacionalidad, porque de darse este su-

---

<sup>66</sup> BORDA, G. A. *Manual de Derecho de Familia*. Edit. Perrot, Buenos Aires, 1988, Décima edición, 1988, pp. 348-363, sostiene que la educación forma parte de los derechos y deberes de los padres con los hijos. Así pues, se entiende la guarda como parte de los derechos de educación y asistencia. Toda vez que, la guarda comprende la potestad que tienen los progenitores de tener a sus hijos consigo, con el objetivo de cuidar de ellos y de prestarles vigilancia. Sobre el tema, MAZEAUD, H. L., y MAZEAUD, J. *Lecciones de Derecho Civil, Vol. IV*, traducido por ALCALA – ZAMORA y CASTILLO, L. Edit. Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1976, p. 94, sostienen que el derecho de guardar y vigilar a los hijos comprende el derecho de guarda. En cambio, el derecho de elegir su educación forma parte del derecho de dirección.

puesto, se necesita el consentimiento de ambos progenitores. En esa línea, se debe valorar el lugar de residencia de los progenitores y las oportunidades que a futuro le brinda al menor la elección de una u otra nacionalidad.

Así pues, se debe puntualizar que la custodia se ejerce en una situación de desestructuración familiar por el progenitor que se encuentra en compañía del hijo, bien sea el progenitor custodio o no, independientemente de la modalidad de custodia que se adopte. A su vez, el ejercicio de la patria potestad implica la resolución de temas trascendentales en la vida de los hijos menores de edad. Al respecto, se debe aclarar que son más trascendentales los actos extraordinarios en comparación con los actos usuales, porque estos pueden ser modificados día a día, a diferencia de los actos extraordinarios.

En uno u otro caso, la titularidad de la patria potestad se mantiene inalterable en favor de ambos progenitores, puesto que, conlleva los actos que comprenden el ejercicio de la patria potestad, así como los actos que comprenden la custodia de los hijos.

Por su parte, con relación a los efectos de la nulidad, la separación y el divorcio, el inciso a) del numeral 1 del art. 90 del CC, prevé que en el convenio regulador se debe determinar lo relacionado al cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, al ejercicio de la patria potestad, y en su caso, al régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva de forma habitual con ellos.

El legislador en este caso prepondera la voluntad de los progenitores, para que mediante el convenio regulador se acuerde entre ellos la forma de ejercer el contenido de la titularidad la patria potestad y la custodia de los hijos. Al respecto, se pueden presentar dos escenarios:

- Primero, en el supuesto de que se opte por la modalidad de custodia compartida, consideramos que el

ejercicio de la patria potestad se resquebraja menos, porque si bien los progenitores y los hijos no convivirán habitualmente alternarán el ejercicio de la patria potestad y la custodia.

- Segundo, en el supuesto de que la custodia de los hijos se atribuya a uno de los progenitores se resquebraja también el ejercicio de la patria potestad. Esto no significa, que el progenitor no custodio pierda el ejercicio de la patria potestad, no obstante, el contacto habitual con los hijos se limita al periodo determinado en el convenio regulador.

En el supuesto de que la separación o divorcio de los progenitores se acuerde de forma amistosa, o bien siempre que los progenitores dejen de lado un interés personal en favor del interés de los hijos, consideramos que el convenio regulador es la mejor opción para dar continuidad al ejercicio de la patria potestad en un escenario post matrimonial, toda vez que, los progenitores son quienes mejor se conocen y conocen los hábitos y las necesidades de los hijos menores de edad.

No obstante, el legislador prevé en el numeral 2 del art. 90 del CC, que el acuerdo adoptado por los cónyuges será aprobado siempre que no sea atentatorio contra los hijos, o bien siempre que no sea gravemente perjudicial para uno de los progenitores. Esto significa, que el legislador precautela el interés del menor con relación al acuerdo celebrado y no solo ello, sino que también protege a los progenitores en el supuesto de que el acuerdo no sea equitativo para ambas partes.

En esa línea, si bien los progenitores dejan de convivir, cada uno a su turno se responsabiliza por la custodia de sus hijos. No obstante, el cambio o alteración en el ejercicio de la patria potestad será menos percibido en la modalidad de custodia compartida, puesto que, los progenitores permanecerán más tiempo con los hijos, a diferencia de la custodia unilateral donde en función al tiempo limitado que convive el menor con

el progenitor no custodio, se tiene la impresión de que la patria potestad se ejerce a control remoto.

De una u otra forma, consideramos que el legislador debe valorar la posibilidad de regular la custodia de los hijos de forma separada de la patria potestad, sin que esto signifique desmerecer la conexión que existe en la patria potestad y la custodia de los hijos. Por cuanto, sin patria potestad es irrealizable que los progenitores asuman la custodia de los hijos.

### **2.5.1. Los hijos ante la desestructuración de la familia**

Sobre el tema, bien afirman Planiol y Ripert que, en la desestructuración familiar, el destino de los hijos es la principal cuestión por resolver. Por lo que, debe orientarse en función de que sufran lo menos posible por la desaparición de su hogar<sup>67</sup>. Al respecto, se debe puntualizar que los hijos se encuentran de forma involuntaria en una disputa que ellos no han iniciado y que dependiendo de su edad –derecho a ser oídos si tienen doce años– deben decantarse por uno de ellos, voluntad que en algunos casos el juez considera vinculante para determinar la modalidad de custodia.

En ese marco, la desestructuración del hogar se gesta en base a los siguientes supuestos:

- Primero, los progenitores deciden separarse de forma voluntaria. En este caso al ser una decisión consensuada, se asume que existe mayor probabilidad de que la separación no sea traumática para los hijos. No obstante, si bien asumen esta decisión de forma consen-

---

<sup>67</sup> PLANIOL, M. y RIPERT, J. *Tratado práctico de Derecho Civil Francés, tomo segundo, la familia, matrimonio, divorcio, filiación*, traducción de Díaz Cruz, M. Edit. Juan Buxo, Habana, 1928, pp. 510-511.

suada, es de suponer que se debe a discrepancias entre ellos, por lo que, también es de suponer que estas discrepancias hayan afectado a la armonía del hogar en relación con los hijos. Por lo tanto, el acuerdo no borra los antecedentes del caso.

- Segundo, uno de los progenitores decide de forma unilateral dar por concluida la relación conyugal o de unión de hecho. En este caso, no solo los hijos son los principales afectados, sino también el progenitor que no toma la decisión. Igualmente, se presume que la decisión no se toma de forma intempestiva. Sin embargo, al igual que el primer supuesto, la decisión final de separarse, también viene precedida de divergencias con el otro progenitor.

De lo anterior, tanto en uno como en otro supuesto la desestructuración no se produce abruptamente, sino que en función de los antecedentes del caso es un proceso que se gesta paulatinamente.

En virtud de ello, consideramos que en el primer supuesto existen mayores probabilidades de optar por una modalidad de custodia de forma consensuada, ya sea monoparental, o bien compartida. En cambio, en el segundo supuesto *a priori* se asume que será complicado encontrar un acuerdo previo para adoptar una modalidad de custodia, toda vez que, la decisión de separarse proviene de uno de los progenitores.

Si bien son suposiciones en base a los supuestos de caso planteados, no se excluye que en ambos casos los progenitores acuerden la modalidad de custodia, como también no se excluye la posibilidad de que en ambos casos no exista acuerdo.

En este último caso, se complica la posibilidad de determinar lo mejor para el menor, toda vez que, en su determinación participarán terceras personas que en principio no conocen ni tienen un contacto cercano con el menor. Esto, no significa que

se subestime el trabajo de los equipos psicosociales y de las autoridades jurisdiccionales, sino que el contacto desarrollado día a día entre progenitor-hijo no se puede reducir a una evaluación psicológica concreta, o bien a una audiencia en sede judicial. Por ello, consideramos que la falta de acuerdo entre los progenitores es una oportunidad perdida irremplazable.

Sin embargo, la falta de acuerdo por parte de los progenitores en la determinación del interés del menor en la modalidad de custodia de los hijos no es un fenómeno reciente, por ello, el derecho sustantivo regula la determinación judicial del régimen de custodia, que en principio solo era unilateral, y también de forma compartida desde el año 2005.

Lamentablemente, en los divorcios que suelen ser conflictivos las disputas entre los excónyuges se mantienen durante un largo periodo, aspecto que genera entre los integrantes de la familia una situación traumática, que se refleja en los hijos de forma internalizante, por ejemplo, los hijos tienen depresión, o bien de forma externalizante, cuando los hijos tienen problemas de conducta<sup>68</sup>.

Al respecto, conviene señalar que en mayor o menor medida la determinación judicial afecta a los hijos, puesto que, se encuentran de forma involuntaria ante terceras personas con las cuales no tienen relación alguna y son quienes deben decidir su futuro. En esa línea, dependiendo de su edad tendrán contacto con el juez que conoce la causa, así como con otras personas que forman parte del Equipo Técnico Judicial. Esta situación genera una especie de indefensión en los hijos, puesto que, se convier-

---

<sup>68</sup> Sobre el tema, ARCH MARÍN, M. Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: implicaciones para las recomendaciones de la guarda y custodia. *Revista papeles del psicólogo*, vol. 31, núm. 2, 2010, pp. 184 y 187, sostiene que es conveniente potenciar el desarrollo de intervenciones psicoeducativas, así como programas de mediación familiar, con la finalidad de promover la cooperación, para que contribuyan de forma eficaz a reducir el conflicto interparental.

ten en objeto de estudio, ya que tienen que responder preguntas sobre su relación con sus progenitores, aspecto que les genera angustia, toda vez que, a pesar de su edad son conscientes que sus progenitores han decidido desestructurar el núcleo familiar.

## 2.6. CUSTODIA UNILATERAL

En primer término, conviene señalar que esta modalidad de custodia comprende el ejercicio de la custodia por parte de uno de los progenitores, denominada también custodia exclusiva, o bien custodia monoparental.

A pesar de ser la modalidad de custodia que en solitario ha sido adoptada en nuestro ordenamiento jurídico durante muchos años –concretamente hasta el año 2005–, lastimosamente, el legislador no incluye una definición en la norma sustantiva.

El profesor Martínez entiende la custodia exclusiva como el régimen de custodia de los hijos menores de edad en el que las funciones propias de esta figura son atribuidas únicamente a uno de los progenitores<sup>69</sup>.

Sobre el tema, resulta claro que la custodia exclusiva es asumida por parte de uno de los progenitores, de lo contrario, hasta la denominación de esta modalidad de custodia no tendría sentido, porque una modalidad de custodia unilateral o exclusiva como se quiera entender mejor no puede ser asumida por ambos progenitores. No obstante, la definición resulta un tanto incompleta, por cuanto, se limita a señalar las funciones que comprende la custodia de los hijos, sin especificar qué tipo de funciones comprende esta modalidad de custodia. Por lo que, conviene puntualizar que el progenitor custodio asume el cuidado cotidiano que necesitan los hijos que no solo implica com-

---

<sup>69</sup> Véase MARTÍNEZ CALVO, J. *La guarda y custodia de los hijos*, op. cit., p. 49.

partir un mismo espacio, sino también asumir las cargas que requiere la asistencia a un centro educativo por parte del menor. Esto implica preparar su vestimenta, llevarlo y recogerlo del colegio, entre otros.

En cuanto a la evolución de la asignación de la custodia unilateral, si nos remontamos a tiempos recientes hasta los años 80 —propriadamente hasta la reforma legal del año 1981—, los hijos menores de siete años en todos los casos se quedaban al cuidado de la progenitora, salvo que la autoridad judicial decidiera de forma excepcional la custodia en favor del padre<sup>70</sup>.

Se afirma que la principal característica de la custodia individual consiste en que la relación del progenitor no custodio con sus hijos tiene lugar fundamentalmente durante los periodos no lectivos, es decir, fuera de las condiciones de la vida ordinaria<sup>71</sup>.

Si analizamos la custodia individual tradicional que consistía únicamente en asignar un régimen de visitas al progenitor no custodio limitado a los fines de semana, efectivamente, la relación continuada del progenitor no custodio con sus hijos se llevaba a cabo especialmente durante los periodos vacacionales. Por lo que, en estos casos la custodia de los hijos se subsume al régimen de visitas, que es el periodo “limpio” que el progenitor no custodio puede disfrutar de la compañía de sus hijos.

### 2.6.1. La custodia y el derecho de visitas

La custodia de los hijos, así como el derecho de visita son 2 figuras jurídicas, que como denominador común se originan

---

<sup>70</sup> PICONTO NOVALES, T. “Ruptura familiar y coparentalidad: un análisis comparado”, En PICONTO NOVALES, T. *La custodia compartida a debate*. Edit. Dykinson, Madrid, 2012, p. 59.

<sup>71</sup> SERRANO GARCÍA, J. A. Estudio de la jurisprudencia aragonesa sobre custodia de los hijos y régimen de visitas. *Revista de derecho civil aragonés*, núm. 25, 2019, p. 49.

en situaciones de desestructuración familiar. Ambas son fruto del divorcio o separación de los progenitores. Sin embargo, su naturaleza jurídica es diferente, por lo que, no pueden equipararse<sup>72</sup>.

Por ello, estamos en contra de subsumir el derecho de visita como parte de la custodia unilateral, porque de ocurrir ello estamos ante una custodia compartida encubierta, o bien ante una custodia unilateral abierta, que dado el caso no es aceptable, por cuanto de ocurrir ello, no tendría sentido regular la custodia compartida, sino únicamente la custodia unilateral.

La jurisprudencia menor, en determinados casos respalda esta postura, así, por ejemplo, la SAP de Ciudad Real de 13 de marzo de 2019, establece que el régimen de visitas y comunicaciones puede ser fijado por los progenitores según sus posibilidades y según sea lo más conveniente para los hijos<sup>73</sup>.

Es decir, en caso de aceptar la teoría de una sola modalidad de custodia, se podría subclasificar la custodia unilateral en:

- Custodia unilateral/exclusiva restringida.
- Custodia unilateral/exclusiva ampliada.

El común denominador de ambas sub-modalidades sería el tiempo de asignación de custodia al progenitor no custodio. Por ejemplo, en la custodia unilateral restringida el tiempo oscilaría entre uno a dos días y en la custodia unilateral ampliada a partir de dos días hasta tres y medio. Incluimos este límite, puesto que, no tendría sentido que el progenitor no custodio tenga asignado un periodo mayor a tres días y medio, toda vez que, el progenitor que tiene la custodia unilateral de los hijos debe tener asignado un tiempo mayor de convivencia con ellos.

---

<sup>72</sup> MARTÍNEZ CALVO, J. *La guarda y custodia de los hijos*, op. cit., p. 50.

<sup>73</sup> Además de ello, la SAP de Ciudad Real de 13 de marzo de 2019, afirma que, de esta forma la separación matrimonial no ocasionará transformaciones sustanciales que afecten a los hijos.

El régimen normalizado o estandarizado de visitas se ha incrementado en los últimos años. Esto significa, que ha pasado de establecerse un régimen de visitas en fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones a implementar un par de visitas intersemanales, incluso con pernoctación, aspecto que se traduce en repartir el tiempo equitativamente entre el progenitor custodio y el que no ejerce la custodia<sup>74</sup>.

En el ámbito jurisprudencial la aplicación de la custodia unilateral extensiva, se disfraza –fundamenta– en base a la formación de los progenitores. Así pues, la STS de 14 de octubre de 2015, observa también que en la resolución recurrida se acepta que los progenitores tienen capacidad para la educación de su hijo, por lo que, se mantiene un régimen de visitas amplio que se aproxima a la custodia compartida, aunque sin adoptarlo, sin causa que lo justifique y sin un riesgo objetivable<sup>75</sup>.

En principio, todos los progenitores se encuentran capacitados para coadyuvar en las tareas escolares de los hijos, salvo que uno de ellos sea analfabeto, o bien que no tenga conocimiento del idioma en el cual se imparte la enseñanza. Por lo que, salvo las excepciones expuestas es un caso asimilable a la modalidad de custodia compartida.

En otro caso, la STS de 29 de marzo de 2016, adopta un régimen amplio de custodia unilateral. Sin embargo, observa que el juez *a quo* se haya decantado por el establecimiento de la custodia unilateral, en función de la profesión del progenitor, quien es guardia civil y tiene horario solamente de mañana<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> ORDÁS ALONSO, M. Custodia monoparental con régimen de visitas amplio versus custodia compartida. Más allá del nomen, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2, 2022, p. 1413.

<sup>75</sup> Véase el fundamento jurídico tercero de la STS 571/2015, de 14 de octubre de 2015.

<sup>76</sup> Véase el fundamento jurídico primero de la STS 194/2016, de 29 de marzo de 2016. De igual forma, la SAP de Madrid (sección 22ª) núm. 530, de 8 de julio de 2005, concede la custodia del hijo al progenitor, aunque con un periodo amplio de visitas en favor de la progenitora.

Desde nuestro punto de vista, este supuesto también es perfectamente asumible a un régimen de custodia compartida, en lugar de adoptar un régimen de custodia compartida encubierto.

En uno u otro caso, consideramos que de fondo no se quiere aceptar la modalidad de custodia compartida, motivo por el cual, para fundamentar ello, se recurre a justificaciones que perfectamente también son aplicables a la custodia compartida. De esta forma, los administradores de justicia que se decantan por la custodia unilateral con un amplio régimen de visitas disimulan su reticencia a aceptar la regulación de la custodia compartida<sup>77</sup>.

Por lo que, si analizamos la naturaleza jurídica de ambas figuras jurídicas, el denominado régimen normalizado o estandarizado de visitas es una forma solapada de negar el régimen de custodia compartida.

La ventaja de esta clasificación es que con ello desaparecerían los detractores de la custodia compartida, así como el enfrentamiento entre padres a favor del régimen compartido y madres a favor de la custodia monoparental. No obstante, desde nuestro punto de vista, de esta forma se desnaturaliza la figura jurídica de la custodia unilateral, porque el esquema tradicional de esta figura comprende un régimen de visitas a ejercer por el progenitor no custodio durante los fines de semana, o bien con horarios fijos durante la semana.

En virtud de ello, consideramos que el régimen de visitas en un modelo de custodia dual, que comprende a la custodia unilateral y custodia compartida se configura de la siguiente forma:

- Primero. En un modelo rígido dual de modalidades de custodia, el régimen de visitas se mantiene únicamen-

---

<sup>77</sup> Extremo que se puede evidenciar en la SAP de Madrid (sección 22ª), de 8 de julio de 2005.

te en la custodia unilateral. En cambio, en la custodia compartida desaparece, porque se asume que el tiempo de alternancia en la custodia de los hijos se ha distribuido de forma equitativa.

- Segundo. En un modelo abierto dual de modalidades de custodia, el régimen de visitas se mantiene en la custodia unilateral y en la custodia compartida se aplica de forma excepcional sin pernoctación por horas. Esto, debido a que no tiene sentido implementar un régimen de visitas normal en un supuesto de establecimiento de custodia compartida, puesto que si la custodia es compartida y a ello se añade una sub-modalidad de custodia unilateral, entonces uno de los progenitores resulta afectado en función del tiempo asignado de disfrute en compañía de sus hijos.

No obstante, a favor del régimen de comunicación y estancia en la modalidad de régimen compartido, se afirma que su aplicación no se limita a la custodia unilateral, puesto que, en ambas modalidades de custodia, los progenitores que a su turno ejercen la custodia disfrutan de ella de forma exclusiva<sup>78</sup>.

Igualmente, se sustenta esta postura en base al silencio del legislador sobre este tema, por lo que, se afirma que el régimen compartido no parece incompatible con la atribución de un régimen de visitas tanto a favor de la progenitora como del progenitor para que cada uno de ellos se beneficie con este derecho durante el periodo de convivencia que no le corresponda, especialmente en los periodos en los cuales los hijos disfrutan de vacaciones<sup>79</sup>.

Por su parte, en función del tiempo de convivencia del progenitor que tiene asignado el régimen de visitas, una parte de

---

<sup>78</sup> GUILARTE MARTÍN – CALERO, C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 153.

<sup>79</sup> LÓPEZ ARCONA, M. A. Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa, *Revista de derecho civil aragonés*, núm. 20, 2014, p. 135.

la doctrina descarta el modelo de custodia compartida, para ello se argumenta que la convivencia con ambos progenitores con los hijos siempre se alterna, aunque no sea al 50%. Así pues, se afirma que en el régimen de visitas que se adopta en la custodia unilateral un 66% de los 365 días del año los hijos conviven con la progenitora y el porcentaje restante con el progenitor. En virtud de ello, se considera que no tiene sentido la regulación de la custodia compartida<sup>80</sup>.

Se asume, que esta división incluye no solo los fines de semana, sino también los periodos vacacionales, caso contrario no se justificaría la operación aritmética. No obstante, no se trata únicamente de realizar un cálculo matemático para desacreditar la modalidad de custodia compartida. En contrapartida, para desvirtuar esta afirmación se debe señalar que el régimen compartido también incluye periodos vacacionales que deben ser distribuidos o asignados a cada progenitor.

No obstante, cabe puntualizar que, tanto en una modalidad de custodia como en la otra, se debe distribuir entre ambos progenitores el tiempo anual del menor, que incluye el calendario educativo, los festivos, las fiestas festivas, las vacaciones, los días laborales y los fines de semana<sup>81</sup>.

En el caso de la distribución del tiempo para el ejercicio de la custodia compartida, es aconsejable que exista una alternancia flexible, porque no debe considerarse como requisito imprescindible que su división comprenda el 50 %, la finalidad de

---

<sup>80</sup> PÉREZ MARTÍN, A. J. “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores”. En ZARRALUQUI SÁNCHEZ – ESNARRIAGA, L., y otros. *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*. Edit. Dykinson, Madrid, 2002, p. 94.

<sup>81</sup> Aunque esta estructura de la división ha sido concebida en función de la custodia compartida, es también aplicable a la custodia monoparental, ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia con sus padres”, op. cit., p. 93.

esta modalidad de custodia no se condiciona a una operación aritmética de división.

En ese sentido, bien se afirma que el tiempo de convivencia con ambos progenitores no tiene que ser siempre igual, máxime cuando la disponibilidad de ambos para cuidar a los hijos no sea la misma debido a motivos laborales, entre otros<sup>82</sup>.

Esta línea es seguida por la jurisprudencia menor, así se tiene, la SAP de Girona de 10 de junio de 2011, que afirma que la custodia compartida no significa que los periodos de estancia de los progenitores con los hijos sean iguales<sup>83</sup>.

En virtud de ello, consideramos que la flexibilidad en la determinación de la distribución del tiempo debe ser aplicable no solo en la custodia compartida, sino también en la custodia monoparental, en ambos casos se debe priorizar el bienestar del menor, aprovechando las cualidades personales de cada progenitor, aunque la flexibilidad no debe convertirse en discrecionalidad o arbitrariedad al momento de determinar una u otra modalidad de custodia, porque de ocurrir ello, se perdería la naturaleza jurídica de cada una de ellas.

En sentido estricto, el régimen de visitas en la custodia unilateral no debería incluir la pernoctación en el domicilio del progenitor que no tiene la custodia. Por lo que, en caso de pernoctación estamos ante una estancia del progenitor con sus hijos<sup>84</sup>.

Por una parte, estamos de acuerdo con esta afirmación, por cuanto, en efecto no se puede asimilar el hecho de que el perio-

---

<sup>82</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y MARTÍNEZ, P. J. *La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos cuyos familiares no conviven: Un estudio en clave jurisprudencial*. Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano, 2015, p. 22.

<sup>83</sup> Véase la SAP de Girona de 10 de junio de 2011.

<sup>84</sup> Véase LLORENTE PINTOS, R. El régimen de visitas: La corta edad como impedimento para la pernocta, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 33, 2006, p. 27.

do de visitas incluya pernoctación en el domicilio del progenitor no custodio. En realidad, si analizamos más exhaustivamente el significado del término visitas, como críticos con ello, porque resulta complicado asimilar que un padre o una madre visite a su hijo menor de edad. El régimen de visitas cuando un hijo es menor de edad se entiende en situaciones excepcionales cuando el menor, por ejemplo, se encuentra matriculado en una institución educativa en régimen cerrado.

En lugar del término “derecho de visitas”, consideramos oportuno recurrir al término “régimen de comunicación y estancia”, por cuanto, nos referimos a relaciones directas entre ascendiente y descendiente como parte de las relaciones paterno-filiales. Al respecto, bien se afirma que el término “visitas” es una locución tradicional más propia de otras épocas. Además, se sustenta esa afirmación en el hecho de que las visitas esporádicas en la actualidad se han sustituido por estancias más continuadas que además de la pernoctación incluyen también comunicaciones virtuales<sup>85</sup>.

Por su parte, el término “estancia” tampoco resulta la mejor opción, porque si bien comprende un periodo de tiempo más extenso que se puede asimilar al periodo vacacional, resulta complicado entender que durante un fin de semana el menor tenga un periodo de estancia con su progenitor, motivo por el cual, somos partidarios de utilizar el término “pernoctación”.

De una u otra forma, en algún momento el legislador debe plantearse re-definir el término “régimen de visitas”, especialmente, con la finalidad de crear un ambiente de cercanía con el progenitor que no se beneficia con la custodia de los hijos.

---

<sup>85</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Las reformas legales que nos esperan”, en ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. y otros, *Actualización del derecho de familia y sucesiones*. Edit. Dykinson, Madrid, 2005, p. 50.

## 2.7. LA CUSTODIA COMPARTIDA

La custodia compartida se define como la modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, en la que los progenitores acuerdan establecer una relación viable entre ellos, con la finalidad de que los hijos comunes tengan una relación frecuente y equitativa con ellos, que permitirá resolver de forma ágil los desacuerdos y distribuir de forma justa y proporcional la atención de sus necesidades materiales<sup>86</sup>.

En esta definición se prioriza el acuerdo de los progenitores para aplicar la custodia compartida en función de la relación cordial que ellos tengan. Sobre la relación amistosa entre los progenitores Caballero bien afirma que una de las condiciones para que la aplicación de la custodia compartida sea efectiva, dependerá del nivel bajo de conflicto entre los progenitores<sup>87</sup>. En igual sentido, se señala que la voluntad de los excónyuges es primordial para el establecimiento del régimen compartido de custodia<sup>88</sup>.

Esto significa, que la determinación de la custodia compartida en una situación concreta dependerá del pacto entre progenitores. Al respecto, se señala que el éxito en la implementación de esta modalidad de custodia requiere algo más que un buen entendimiento entre los progenitores<sup>89</sup>.

Desde nuestro punto de vista, más que un buen entendimiento se necesita un acuerdo efectivo, priorizando la figura de

---

<sup>86</sup> Véase ORTUÑO MUÑOZ, P., El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial, op. cit., p. 60.

<sup>87</sup> Véase CABALLERO GEA J. A. *Matrimonio. Contrayentes del mismo o diferente sexo. Separación y divorcio. Unión de hecho Acogimiento y adopción. Violencia de Género, pensión impagada*. Edit. Dykinson, Madrid, 2005, p. 176.

<sup>88</sup> GARAY MOLINA, A. C. La custodia compartida en las relaciones familiares en conflicto, *Revista Ius Vocatio*, núm. 4, 2021, p. 84.

<sup>89</sup> Véase TAMBORERO y DEL RIO, R. “La guarda y custodia compartida”, En DE ANDRÉS IRAZAZÁBAL, C. y HERNÁNDEZ CATALÁN, G. *Diez años de abogados de familia*. Edit. La Ley, Madrid, 2003, p. 516.

los hijos en lugar de la propia de los progenitores. Por lo que, un acuerdo es viable sin que el entendimiento se constituya en el requisito *sine qua non*.

Esto, debido a que cada ruptura tiene sus peculiaridades, por lo que, las parejas no siempre se separan de forma cordial. En ese sentido, conviene puntualizar que, si bien son los progenitores quienes mejor conocen a los hijos, en una situación de ruptura, la objetividad corre el riesgo de confundirse con la ofuscación, debido a la relación tensa entre los progenitores, aspecto que impide a que los progenitores puedan adoptar una decisión que beneficie a los hijos. Por lo que, con la finalidad de destrabar la falta de acuerdo es conveniente que sea la autoridad judicial quien decida lo mejor para los hijos, pensando en su interés.

En cuanto a la finalidad de la custodia compartida, consideramos que no consiste principalmente en satisfacer las necesidades materiales, sino sobre todo prioriza la relación afectiva con los hijos, toda vez que, las necesidades materiales se pueden satisfacer no necesariamente mediante la convivencia diaria con los hijos.

En ese contexto, se debe resaltar que, en función de preponderar el interés del menor, previsto en el numeral 1 del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1989, así como en el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) de 1986, la modalidad de custodia compartida tiene como objetivo principal precautelar el respeto de sus derechos fundamentales. En esa línea, de conformidad a lo previsto en el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, los hijos tienen el derecho de mantener su relación con los dos progenitores. Asimismo, el art. 39 de la Constitución Española, prevé que los progenitores tienen el derecho-deber de prestar asistencia a sus hijos. De igual forma, el art. 154 del CC establece que los progenitores deben velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos.

Por su parte, se define también la modalidad de custodia compartida como:

Aquella situación que se produce tras el cese de la convivencia de pareja, en la cual los progenitores se alternan o suceden en el cuidado, atención y educación de los hijos, ejerciendo en igualdad, los derechos y deberes que la ley les confiere, siempre atendiendo el interés superior del menor<sup>90</sup>.

De esta definición, se debe resaltar –como no podía ser de otra manera– que los progenitores a su turno alternan en igualdad de condiciones la custodia de sus hijos. Igualmente, se tiene la impresión de que la definición parte del contenido de la patria potestad, aunque con la diferencia de que la custodia compartida aparece únicamente si los progenitores se separan o se divorcian. Por lo demás, no es necesario reafirmar que la finalidad principal de esta modalidad de custodia consiste en preponderar el interés de los hijos en su aplicación.

### **2.7.1. La custodia compartida y su interpretación**

El término “custodia compartida” se ha consolidado en el ámbito jurídico español, así como en la sociedad civil. No obstante, esto no significa que sea la locución más apropiada.

El término “compartir” implica tener, usar o consumir una cosa entre varias personas<sup>91</sup>. Esto significa, que compartir tiene un componen de simultaneidad y de ejercicio en un mismo espacio al mismo tiempo, aspecto que no ocurre en el supuesto

---

<sup>90</sup> Véase DOMINGUEZ OLIVEROS, I. *¿Custodia Compartida Preferente o Interés del Menor?* Edit. Tirant lo Blanch, 2018, p. 46.

<sup>91</sup> Véase ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia con sus padres”, op. cit., pp. 91-92.

de la custodia compartida, porque los progenitores a su turno ejercen la custodia de los hijos.

En contra de ello, se afirma que el participio “compartida”, en sentido amplio, implica que la titularidad sea ostentada tanto por la madre como por el padre en situaciones de convivencia normal de la familia<sup>92</sup>.

En este caso, consideramos que la explicación se ajusta más al campo de la patria potestad aplicable en situaciones estables de matrimonio o de unión de hecho. En ese sentido, conviene aclarar que la custodia se comparte entre los progenitores, aunque en un espacio de tiempo diferente, caso contrario si nos remitimos a la definición cerrada de compartir, no estaríamos ante una situación de desestructuración familiar que implica dilucidar la asignación de la custodia de los hijos.

En virtud de ello, consideramos que en situaciones de separación, divorcio o desestructuración de una unión de hecho resulta más apropiado utilizar los términos; custodia sucesiva o custodia alterna, o bien custodia alternativa. Eso implica prescindir del término “custodia compartida”, por cuanto, la custodia como tal comprende la guía y determinación sobre los actos que realizan los hijos durante el periodo de convivencia con el progenitor a cargo de su custodia<sup>93</sup>. En ese sentido, es inimaginable que para los actos propios de la custodia se tenga que preguntar o consensuar con el progenitor que no se encuentra a cargo de la custodia, toda vez que, la mayoría de los actos relacionados con la custodia requieren una decisión dinámica.

---

<sup>92</sup> GODOY MORENO, A. “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa”, op. cit., pp. 323-324.

<sup>93</sup> Véase GUILARTE MARTÍN – CALERO, C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., pp. 135-155. Igualmente, ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia con sus padres”, op. cit., p. 92.

Esto, se respalda en el ámbito jurisprudencial, que determina la custodia sucesiva o alternativa, en virtud de que se considera inviable que los hijos mantengan una relación simultánea con ambos progenitores en lo que respecta a la vida cotidiana de los hijos<sup>94</sup>.

Hay otra corriente que se decanta por el término “reparto de tiempo de convivencia”, en lugar de la “custodia compartida”<sup>95</sup>. Al respecto, consideramos que es una alternativa que se ajusta a la situación de ruptura que da lugar a la custodia, toda vez que, los progenitores interactuarán con los hijos en diferentes espacios y nunca al mismo tiempo, salvo momentos puntuales que tienen relación –por ejemplo– con el ejercicio de la patria potestad.

Asimismo, cabe destacar también que hay quienes van más allá y sostienen que sería preferible eliminar el término “guarda y custodia” y en su lugar adoptar el término “distribución racional de la convivencia”<sup>96</sup>.

Por nuestro parte, expresamos nuestro desacuerdo con esta alternativa, toda vez que, la distribución racional fomentaría la determinación discrecional de la asignación del tiempo de custodia a cada uno de los progenitores. En ese sentido, consideramos que mientras menos opción a una interpretación abierta genere el *nomen* de la custodia mejor. De esta forma, se evitan situaciones de conflicto que bastante ya se tiene con la modalidad de custodia a determinarse en una situación concreta.

---

<sup>94</sup> Entre otros, la SAP de Madrid (Sección 22ª), de 23 de septiembre de 1997 y la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 26 de enero de 2004, aunque esta última utiliza indistintamente los términos custodia alternada y compartida como sinónimos.

<sup>95</sup> PÉREZ MARTÍN, A. J. “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores”, op. cit., p. 114.

<sup>96</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., pp. 58-60.

En virtud de todo lo anterior, resulta oportuno destacar que no existe uniformidad de criterio sobre el *nomen* de esta figura jurídica, especialmente, por lo que implica el participio “compartida”. Por este motivo, consideramos que el legislador debe valorar una red denominación del término, por; la custodia alterna, la custodia alternativa, o bien la custodia sucesiva, entre otros, que se ajusten mejor a la nueva configuración de la relación entre progenitores e hijos. De esta forma, el esquema entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, con relación a la custodia de los hijos fluye en cuanto a su contenido, por cuanto, los cónyuges dejan de convivir en el mismo domicilio familiar, a diferencia del término “custodia compartida” que motiva a generar una confusión con el ejercicio compartido de la patria potestad.

## 2.8. LA CUSTODIA UNILATERAL Y LA CUSTODIA COMPARTIDA

El presente apartado tiene el objetivo de analizar las ventajas y las desventajas que tienen ambas modalidades de custodia, sin menoscabar una modalidad en beneficio de la otra, tampoco es nuestra intención posicionarnos a favor de una modalidad de custodia, sino de analizar de forma objetiva su regulación y aplicación priorizando el interés de los hijos.

No obstante, de forma oportuna se afirma que el interés superior de los hijos en supuestos de conflicto con otros intereses, especialmente sobre el interés de los progenitores no se debe reducir a una preferencia matemática<sup>97</sup>.

Así pues, se debe puntualizar que son dos modalidades de custodia que se diferencian en función de la exclusividad que

---

<sup>97</sup> GARCIA LEHMANN, R. La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres, *Revista Ius et Praxis*, núm. 24, 2, 2018, p. 478.

tiene el progenitor con los hijos. Es decir, que la exclusividad se refleja en el tiempo que el progenitor custodio permanece con los hijos.

En cuanto a su regulación, debemos resaltar que la custodia unilateral es una especie de modalidad clásica de custodia, en el ordenamiento jurídico español hasta el año 2005 era la única modalidad de custodia. A partir de ese año, el legislador decide la implementación de la custodia compartida, con lo cual se establece un régimen dual; la unilateral y la compartida.

Sobre el régimen de custodia compartida, se afirma que promueve un fuerte lazo afectivo con ambos progenitores y reduce el sentimiento de pérdida y frustración que se presenta en los casos de desestructuración familiar<sup>98</sup>. Por lo que, esta modalidad de custodia permite a los menores disfrutar de una mejor calidad de vida, por cuanto, ambos progenitores satisfacen sus necesidades.

En esa línea, se afirma que un régimen de custodia unilateral indistintamente de a quien se asigne la custodia conforme al interés de los hijos puede resultar inclusive discriminatorio y transgresor del interés superior del menor<sup>99</sup>.

Si se parte del principio de igualdad de los progenitores esta afirmación no deja de ser cierta. No obstante, tampoco queremos generar un debate sobre cuál es el interés superior del menor, porque al ser un concepto jurídico indeterminado, en virtud de las circunstancias de cada situación de separación y divorcio es variable.

En el ámbito jurisprudencial, la STS de 9 de septiembre de 2015, la STS de 20 de septiembre de 2016, así como la STS

---

<sup>98</sup> Cfr. PÉREZ FUENTES, G. “La guarda y custodia compartida en México. Una solución jurisprudencial”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2, 2022, p. 1447.

<sup>99</sup> GARCIA LEHMANN, R. La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres”, op. cit., p. 479.

de 26 de enero de 2017, afirman que el régimen de custodia compartida sirve para que los hijos tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, por cuanto, es un sistema que beneficia a los hijos, toda vez que, les aportará mayor equilibrio emocional y afectivo<sup>100</sup>. Por lo que, esta modalidad de custodia se ha introducido para dejar atrás la atribución de la custodia a un cónyuge como premio y las visitas al otro como premio de consolación<sup>101</sup>.

En contra de ello, la STS de 11 de marzo de 2010, la STS de 1 de octubre de 2010, así como la SAP de Barcelona de 27 de febrero de 2013, señalan que la aplicación de la custodia compartida no consiste en un premio o castigo al progenitor que se haya comportado mejor durante la crisis matrimonial<sup>102</sup>. En efecto, en la determinación de la modalidad de custodia aplicable a un caso concreto, se debe valorar el contacto periódico de los hijos tanto con el padre como con la madre, con la finalidad de fortalecer su desarrollo estable.

En cuanto a su regulación, se tiene la impresión de que el legislador no se encuentra del todo convencido sobre su utilidad, motivo por el cual condiciona su aplicación, por ejemplo, a un informe del Ministerio Fiscal, o bien a un informe de especialistas. Esto significa, que ambas modalidades de custodia no se encuentran igualmente reguladas, por lo que, se tiene la impresión de que la custodia monoparental, parte con una cierta ventaja en detrimento de la custodia monoparental.

En esa línea, el legislador podría optar por una de las siguientes alternativas:

---

<sup>100</sup> Sobre el tema, véase la STS de 9 de septiembre de 2015, la STS de 20 de septiembre de 2016 (Rec. 3217/2015) y la STS de 26 de enero de 2017 (Rec. 398/2016).

<sup>101</sup> CAMPO IZQUIERDO, A. L. La conflictividad y los procesos matrimoniales. *Boletín de Derecho de Familia el Derecho*, núm. 59, 2006, p. 2.

<sup>102</sup> Véase la STS de 11 de marzo de 2010 (Rec.54/2008), la STS de 1 de octubre de 2010 (Rec. 681/2007), y la SAP de Barcelona de 27 de febrero de 2013 (Rec.404/2012).

- Primero. En virtud de que, el ejercicio compartido de la patria potestad es el sistema que prima durante el matrimonio o la unión de hecho, lo aconsejable es que se mantenga la custodia compartida de los hijos. De esta forma, los hijos si bien dejan de convivir con ambos progenitores, al menos tienen la posibilidad de alternar la convivencia con ambos.
- Segundo. Una vez desestructurada la familia, se debe facultar a los progenitores mediante convenio regulador a determinar bien sea la custodia monoparental, o bien la custodia compartida.
- Tercero, En el supuesto de que los progenitores no puedan consensuar la modalidad de custodia, será la autoridad judicial previo informe de los especialistas quien decida sobre la modalidad de custodia a implementarse.

A excepción de la primera alternativa de solución –justificada, desde nuestro punto de vista– se puede observar que ambas modalidades de custodia se regulan en igualdad de condiciones. De esta forma, consideramos que no se condiciona la aplicación de la custodia compartida, motivo por el cual, en caso de llegar al tercer supuesto, la autoridad judicial tiene menos presión, porque el informe de los especialistas juega un rol decisivo, por lo que, al ser vinculante el juez determinará lo que mejor convenga dado el caso.

En cuanto a las desventajas de la aplicación de la custodia compartida, se afirma que con esta modalidad la vida de los hijos se encuentra dividida, por cuanto, tienen que convivir con sus progenitores en diferentes domicilios.

Es así que, los hijos pernoctan de forma alternada tanto en la casa de la progenitora como en la casa del progenitor. No obstante, con la aplicación de la custodia unilateral los hijos también –especialmente– durante los fines de semana cuando la custodia comprende pernoctación, se quedan hasta el día si-

guiente en el domicilio del progenitor que no tiene asignada la custodia, y ni que decir en los supuestos en los cuales se regula un periodo extenso de visitas, por cuanto, en estos casos los hijos al menos pernoctan 2 veces en el domicilio del progenitor que tiene asignado un periodo de visitas<sup>103</sup>.

En esa línea, se señala que los hijos actualmente se encuentran acostumbrados a pernoctar no solo en un domicilio, sino en diferentes durante el año educativo, o bien durante el periodo vacacional<sup>104</sup>.

En función de ello, consideramos que no se puede estigmatizar la custodia compartida, porque los hijos se quedan durante la noche en el domicilio del otro progenitor.

En sentido estricto, la única diferencia que existe entre ambas modalidades de custodia, con relación a la pernoctación de los hijos es el número de noches que pernoctan los hijos con el progenitor no custodio. En ese sentido, cabe puntualizar que la pernoctación en la custodia compartida se asume que será mayor, aunque la diferencia será de 1 o 2 días, por lo que, la diferencia es ínfima, a menos que el cómputo se refleje de forma anual. De una u otra forma, no es una cuestión de aritmética, por lo que, desde nuestro punto de vista, descartamos que se decida la inviabilidad de la custodia compartida, debido a

---

<sup>103</sup> Sobre el tema, MASON EKMAN, M. A. “¿Cómo pueden enfrentarse los padres a las mentiras de sus hijos?”. En EKMAN, P. *Por qué mienten los niños, cómo los padres pueden fomentar la sinceridad*, Edit. Paidós, Barcelona, 1999, p. 187, señala que los hijos se encuentran divididos incluso en las modalidades tradicionales de custodia que asigna la custodia a uno de los progenitores con régimen de visita que compagina la alternabilidad con la pernoctación de los hijos en el domicilio del progenitor no custodio.

<sup>104</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., p. 63, al respecto, señala que la pernoctación alternativa de domicilios no genera problemas psíquicos. Desde nuestro punto de vista, es un especialista quien tendrá que confirmar si los hijos padecen algún problema de carácter psicológico o psíquico con la alternancia de domicilios.

que resulta contraproducente que los hijos pernocten en otro domicilio.

Otro motivo para sustentar que los hijos están acostumbrados a pernoctar en diferentes domicilios, se encuentra no solo con relación a los progenitores, sino también con relación a los abuelos, ya durante el matrimonio, hay progenitores que dejan a sus hijos al cuidado de sus abuelos no solo un día, sino inclusive por un periodo más extenso. De esta forma, queda demostrado que los hijos se encuentran acostumbrados a pernoctar fuera de su domicilio.

Otro tema sensible que surge al momento de acordar una de las modalidades de custodia por parte de los progenitores es el tema económico, el interés de los hijos no debería supeditarse al ámbito económico, sino únicamente al ámbito afectivo, pero ocurre que en determinados supuestos uno de los progenitores rechazará la modalidad compartida de custodia, debido a que quiere permanecer en el domicilio familiar y debido al interés en solicitar la pensión alimenticia, o bien el otro progenitor puede aprovechar su situación económica para manipular la determinación de la custodia a su favor.

De lo anterior, se pueden realizar tres lecturas:

- Primero. El progenitor que tiene una situación económica holgada además de quedarse sin la vivienda familiar se queda sin posibilidad de beneficiarse con la custodia compartida, que de hecho conlleva también que tenga que otorgar una pensión alimenticia de forma mensual.
- Segundo. El progenitor que tiene una situación económica favorable decide que no quiere solicitar la aplicación de la custodia compartida y que en base a su posición económica solicite la aplicación de la custodia unilateral.
- Tercero. El progenitor que no tenga una holgura económica decide no acordar la custodia compartida, porque

de esta forma corre el riesgo de perder la vivienda familiar, así como la pensión alimenticia.

Sin duda, el aspecto económico juega un rol determinante en la vida del menor debido al estado de confort que los progenitores le pueden ofrecer<sup>105</sup>. No obstante, consideramos que el ámbito afectivo es irremplazable e innegociable, el cariño y afecto que reciben los hijos del progenitor, o bien de la progenitora no se calcula económicamente, así como tampoco se puede obligar a querer a los hijos en los supuestos de progenitores desamorados.

No obstante lo anterior, conviene recordar que en el caso de determinarse la custodia compartida, se establecerá la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores tomando en cuenta la atribución del uso del domicilio que fue conyugal y la dedicación personal de cada progenitor a la atención y cuidado del hijo, tal como se determina en la STS de 29 de marzo de 2016<sup>106</sup>.

Otro aspecto que también conviene analizar se encuentra relacionado a la relación entre los progenitores para hacer viable el sistema compartido. En ese marco, la jurisprudencia no en un caso se ha inclinado por rechazar la aplicación de esta modalidad de custodia por la mala relación entre los progenitores<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Sobre el tema, el fundamento jurídico tercero de la STS 296/2017, de 12 de mayo, que establece la modalidad compartida de custodia, hace énfasis en las condiciones de vida cómodas, estables y saludables con total adaptación al sistema por parte de ambos progenitores. Por nuestra parte, consideramos que, si ambos progenitores se adaptan a tal situación, asumimos que también los hijos se ajustan a este nuevo escenario de custodia compartida.

<sup>106</sup> Véase la STS 194/2016, de 29 de marzo de 2016.

<sup>107</sup> Así, por ejemplo, han seguido esa corriente; la SAP de Bizkaia de 31 de octubre de 2008 (Rec. 24/2008), la SAP de Madrid de 21 de julio de 2009 (Rec. 783/2008), la STS de 09 de marzo de 2012 (Rec. 113/2010), la SAP de Almería de 27 de diciembre de 2012 (Rec. 329/2012), y la STS de 30 de octubre de 2014 (Rec. 1359/2013), entre otras.

Sin embargo, cabe resaltar que la mala relación entre los progenitores no solo debe ser motivo para rechazar la aplicación de la custodia compartida, sino también la custodia unilateral, toda vez que, en ambas modalidades de custodia, los progenitores de una u otra forma deben mantener al menos un contacto mínimo. Por lo que, la mala relación entre los progenitores no se debe considerar como un elemento determinante para desechar la aplicación de la custodia compartida.

Por su parte, en los casos donde la mala relación se convierta en supuestos de enfrentamiento, o bien de conflictividad extrema entre los progenitores, se entiende que la aplicación de la custodia compartida no es recomendable<sup>108</sup>. Esa línea, sigue la jurisprudencia, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2009, decide mantener el régimen de custodia unilateral debido al grado de conflictividad entre los progenitores que ha desencadenado una serie de denuncias de malos tratos e incumplimiento del régimen de visitas<sup>109</sup>.

Si bien es cierto que se debe analizar si es factible la custodia compartida de forma casuística, no es fácil que exista una situación ideal luego de la desestructuración de la familia. En esa línea, resulta conveniente que exista buena relación entre ambos progenitores en el marco del respeto, aunque en la práctica esto no sucede, principalmente porque la relación es conflictiva por diversos motivos como; diferentes caracteres, o formas de entender la educación de los hijos, entre otros, han sido motivo para que hayan decidido la ruptura del vínculo que les unía. No obstante, los progenitores deben en su caso realizar ciertas concesiones ante todo en función del menor y en segundo lugar también en función de sus necesidades, toda vez que, deben replantearse la reorganización de sus vidas.

---

<sup>108</sup> PINTO ANDRADE, C. “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución”, op. cit., p. 159.

<sup>109</sup> Véase la STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2009 (Rec. 14/2009).

Sin embargo, consideramos que en estos casos no solo es inviable el régimen de custodia compartida, sino también la custodia unilateral, porque la conflictividad y la violencia no desaparecerán con la aplicación de una u otra modalidad de custodia. En virtud de ello, en casos extremos en los cuales el contacto entre los progenitores sea desaconsejable lo más conveniente es recurrir a puntos de encuentro neutrales que hagan posible la custodia monoparental, o bien la custodia compartida.

En el supuesto que se determine la custodia compartida en casos en los cuales exista conflictividad entre los progenitores, resulta aconsejable valorar si la relación parental con los hijos durante el matrimonio ha sido óptima aspecto que conveniría fomentar<sup>110</sup>. En ese sentido, se pronuncia la STS de 16 de octubre de 2014, al valorar de forma positiva la favorable disposición de los hijos y la gran aptitud de ambos progenitores durante el ejercicio de la custodia, que además se abstienen de predisponer negativamente a los hijos en contra del otro progenitor<sup>111</sup>. Por todo ello, dice la resolución judicial que el régimen compartido es perfectamente viable en el caso concreto.

Por ello, bien se resalta la importancia de que exista una diversidad de alternativas para tener más probabilidades de adoptar una modalidad adecuada de custodia de los hijos<sup>112</sup>. Esto, porque es preferible consensuar antes de imponer que es lo que ocurre si es que la normativa regula únicamente una modalidad de custodia debido a que condiciona la voluntad de los progenitores. Es decir, que su margen de discrepancia se limitaría a solicitar a su favor la asignación de la custodia monoparental. En cambio, si se regulan dos modalidades de custodia se tiene la posibilidad de tomar una decisión de acuerdo con

---

<sup>110</sup> PINTO ANDRADE, C. “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución”, op. cit., p. 159.

<sup>111</sup> Véase la STS de 16 de octubre de 2014 (Rec. 683/2013).

<sup>112</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., p. 63.

el caso concreto, porque no solo las situaciones familiares son diferentes, sino también la concreción del interés de los hijos.

De igual forma, la dualidad de alternativas de custodia favorece la determinación judicial, debido a que no se condiciona al juez a fallar a favor de uno de los progenitores, sino que en cada caso al existir una regulación dual de modalidades de custodia, se tiene la posibilidad de que la autoridad judicial pueda determinar en casos sesgados una alternativa conciliadora que favorezca no solo a los progenitores, sino especialmente a los hijos.

Aunque, resulta imprescindible para determinar la aplicación de una u otra modalidad de custodia, que los progenitores como partes del proceso aporten pruebas que faciliten al juez a determinar lo más aconsejable para los hijos.

Por su parte, sobre las consecuencias de una regulación exclusiva de la custodia unilateral, se señala que el progenitor custodio tiende a apropiarse de los hijos y el progenitor no custodio puede apartarse del ejercicio cotidiano de las funciones que conlleva el ejercicio de la parentalidad<sup>113</sup>.

Al respecto, si bien es cierto que el progenitor no custodio no tiene un contacto periódico con sus hijos, no se puede generalizar la tendencia a apartarse de las funciones que conlleva el ejercicio de la patria potestad y custodia. Sin embargo, corre el riesgo de resquebrajarse porque tiene un contacto presencial puntual durante el tiempo que tiene asignado el régimen de visitas.

Sin duda, no se encontrará una postura uniforme sobre la regulación de la o las modalidades de custodia en la doctrina. No obstante, estamos seguros de que la regulación dual, no perjudica en absoluto la determinación adecuada de la modalidad de custodia aplicable a un caso específico.

---

<sup>113</sup> GARCÍA LEHMANN, R. “La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres”, op. cit., p. 480.

En ese contexto, bien se afirma que la custodia compartida es una alternativa que no debe desvirtuarse de forma sistemática, aunque tampoco debe aplicarse en toda ruptura matrimonial, sino que su regulación es útil como una posibilidad más que el legislador otorga<sup>114</sup>.

Sobre el tema, conviene realizar una reflexión en sentido contrario ¿Cuáles son los inconvenientes de regular únicamente la modalidad compartida de custodia?

Al respecto, se afirma que se corre el riesgo de que los padres de los hijos que se benefician con la custodia compartida, lo que hacen cuando les toca ejercer la custodia es transferir sus obligaciones a las mujeres de su familia, que pueden ser sus familiares, o bien su nueva pareja sentimental<sup>115</sup>.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que no se debe prohibir el contacto con su abuela o con sus tías, aunque resulta inaceptable que de facto transfiera sus obligaciones como progenitor custodio. De comprobarse ello, a denuncia de parte corresponde en primer término llamar la atención al progenitor denunciado para que rectifique su conducta. No obstante, en caso de reincidencia corresponderá dejar sin efecto la custodia compartida y en su lugar fijar un régimen de comunicación a favor del progenitor infractor.

La regulación de la custodia compartida como única modalidad en situaciones de separación o divorcio corre el riesgo de que resulte contraproducente para los progenitores, por cuanto,

---

<sup>114</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., pp. 82-83.

<sup>115</sup> JABBAZ CHURBA, M. Custody and care of children in Spain: Can the two rights be reconciled, *Feminist legal studies*, núm. 29, 2021, p. 352, de forma textual afirma que: “We have observed in the case analysed through interviews that fathers are often nominal custodians, as they actually transfer care tasks to women in their family (new partners, grandmothers, sisters)”.

al conocer que la normativa únicamente ofrece esta modalidad de regulación se relajarán e incumplirán sus obligaciones, toda vez que, de antemano saben que en todos los casos la custodia será compartida. A menos que incumplan lo relacionado a las tareas que comprende el ejercicio de la patria potestad, de ser así, incluso podría conllevar la suspensión de la patria potestad y consecuentemente de la custodia de los hijos.

Al respecto, se debe puntualizar que el establecimiento de la custodia compartida de oficio resquebraja las relaciones entre los progenitores y los hijos lo menos posible en una situación de ruptura matrimonial o de desunión de hecho, porque es una figura que nace del ejercicio del ejercicio de la patria potestad compartida. Sin embargo, consideramos que la regulación de la custodia de los hijos no puede sufrir un cambio intempestivo de una a otra modalidad de custodia, por cuanto, la relación de los progenitores con los hijos puede ser parecida, pero no son iguales, por lo que, se valora la regulación dual.

No obstante, se debe optimizar su regulación y ello ocurrirá una vez que las condiciones que impone el legislador en la implementación de la custodia compartida sean derogadas, de modo tal que ambas modalidades sean consideradas en igualdad de condiciones antes de su determinación en un caso concreto.

A modo de justificación con la postura del legislador, asumimos que su intención ha sido regular la custodia compartida de modo gradual, que no deja de tener sentido. Sin embargo, el enfoque no ha sido del todo correcto, puesto que, su implementación ha generado un conflicto entre madres y padres<sup>116</sup>.

Para terminar, conviene puntualizar que una regulación única obligatoria del régimen compartido conlleva el riesgo de no tener la misma eficacia que la regulación dual de alterna-

---

<sup>116</sup> Véase, DE PEÑAFORT, R. *Una Juez frente al maltrato*. Edit. Debate, Barcelona, 2005, p. 192.

tivas de custodia, porque en este último caso en función de los antecedentes del caso, el juez objetivamente luego de un análisis integral tiene la opción de optar por una de ellas. Es decir, el juez tiene un margen de flexibilidad para decidir entre la modalidad compartida, o bien la modalidad unilateral.

## 2.9. LA CUSTODIA DE LOS HIJOS EN LAS FAMILIAS TRANSNACIONALES

Así como el ejercicio de la patria potestad sufre un resquebrajamiento en el caso de las familias transnacionales, la custodia de los hijos en estos supuestos también contempla características peculiares propias de la residencia y la nacionalidad de los progenitores. En esa línea, *a priori* la custodia unilateral se presenta como la modalidad más factible, puesto que, tomando en cuenta que los progenitores residen en diferentes países lo más apropiado es que uno de ellos asuma la custodia unilateral de los hijos.

En ese contexto, según se encuentre situada la residencia de los progenitores se presentan los siguientes supuestos:

— Primero. Si la residencia de los progenitores se encuentra en un mismo Estado y en una misma ciudad, ambas modalidades de custodia son viables. En este supuesto, la familia transnacional se reconvierte en familia reunificada, porque si bien en principio los cónyuges, así como los hijos se encontraban separados, se reunifican en el Estado receptor, luego de lo cual se divorcian. Este caso en sede judicial será valorado igual que un divorcio local.

Un aspecto que puede inclinar la balanza al momento de determinar la custodia de los hijos es la familia extensa que uno de ellos tenga en el país receptor, por cuanto, en caso de que ambos progenitores se encuentren en la misma situación

y con las mismas aptitudes para ejercer la custodia y no sea viable la custodia compartida, la existencia de una red familiar se convierte en un factor determinante para beneficiarse con la custodia monoparental de los hijos, tomando en cuenta que todos los integrantes del núcleo familiar se encuentran en un país diferente.

En la jurisprudencia, la SAP de Barcelona de 30 de noviembre de 2012 y la SAP de Castellón de 24 de octubre de 2014, consideran determinante la existencia de una red de apoyo que comprende a los ascendientes y hermanos<sup>117</sup>.

— Segundo. Si la residencia de los progenitores se encuentra en un mismo Estado, pero en diferentes comunidades y/o ciudades, en principio la custodia unilateral toma ventaja, salvo que la distancia entre ciudades no sea significativa y exista disponibilidad por parte de ambos progenitores.

Una vez más, la existencia de una red familiar se convierte en un factor que puede ayudar a influir al momento de determinar la custodia de los hijos. Este supuesto se presenta generalmente una vez que la familia transnacional se reunifica. Luego de ello, por motivos laborales, o bien personales uno de sus integrantes decide cambiar de residencia a otra ciudad en la misma comunidad, o en su caso en otra comunidad, aunque en ambos casos no alejada del ex domicilio del núcleo familiar.

— Tercero. Si la residencia de los progenitores se encuentra en Estados diferentes, pero relativamente cerca uno del otro, la custodia unilateral parte con ventaja, puesto que, el desplazamiento de un lugar a otro, implica una erogación dineraria adicional. No obstante, si la capacidad económica de los progenitores y las condiciones laborales lo permiten la custodia compartida puede ser aplicable. En el caso de la custodia unilateral el periodo de visitas dependerá de los mismos factores,

---

<sup>117</sup> Véase la SAP de Barcelona de 30 de noviembre de 2012 (Rec. 44/2012) y la SAP de Castellón de 24 de octubre de 2014 (Rec. 118/2014).

aunque el tradicional régimen de visitas semanal deja de ser el modelo a seguir, por lo que, es más real pensar en un régimen de visitas mensual.

Este supuesto, se presenta cuando la familia transnacional se separa luego de haberse reunificado, o bien es posible que los excónyuges de diferentes países se hayan conocido y hayan formado una familia transnacional en un tercer país o en el país de origen de uno de ellos. En el caso de que se divorcien en el Estado del cual es originario uno de los cónyuges, *a priori* este progenitor parte con ventaja para que se le atribuya la custodia unilateral, toda vez que, se presume que cuenta con una red familiar, a diferencia del progenitor que proviene de otro país.

— Cuarto. Si la residencia de los excónyuges se encuentra en diferentes Estados localizados en diferentes continentes, se debe a que la familia transnacional no ha sido reunificada en su totalidad bien sea por factores externos de incumplimiento de requisitos, o bien por voluntad de los cónyuges. En este supuesto, se suele concretar de forma paulatina la reagrupación de los hijos<sup>118</sup>.

En este caso, sin duda la única opción factible es la custodia unilateral de los hijos bien sea a favor del progenitor que se encuentra en el Estado receptor si los hijos han sido reunificados, o bien sea a favor del progenitor que se encuentra en el Estado de origen de los miembros de la estructura familiar. En cambio, la custodia compartida es inaplicable, aunque exista predisposición por parte de los progenitores, toda vez que, existen factores externos como la distancia entre ambos Estados.

En ese marco, el aspecto económico tampoco permite que los hijos pueden desplazarse periódicamente de un Estado a otro, inclusive el régimen de vistas de la custodia unilateral podría verse afectado en virtud de los medios económicos que dis-

---

<sup>118</sup> CLAVIJO, J. H., El interés del menor en la reagrupación familiar, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, bis, 2022, p. 1173.

ponen los progenitores. Esto significa, que el régimen de visitas presencial en función de la capacidad económica de los progenitores, se puede concretar como mucho una vez al año o quizás inclusive una vez cada dos años.

Sin duda, este supuesto es el peor de los escenarios posibles para los hijos, porque el contacto presencial con el progenitor no custodio es muy esporádico. Los medios digitales en la actualidad se convierten en recursos paliativos, más no reemplazan el contacto presencial que ayuda a fortalecer la relación entre progenitor-hijo.

# CAPÍTULO III

## LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA NORMA SUSTANTIVA

### 3.1. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO Y SIGUIENTES MODIFICACIONES

En este capítulo nos abocaremos al estudio de lo previsto en la norma sustantiva. En esa línea, la Ley 15/2005, de 8 de julio, marca un antes y un después en cuanto a la custodia de los hijos en el ordenamiento jurídico español. De forma concreta, analizaremos el art. 92 del CC, que regula la figura jurídica de la custodia compartida.

Sobre el tema, una parte de la doctrina afirma que el contenido de la reforma implementada el año 2005, aborda no solo el derecho sustantivo, sino también el derecho procesal, puesto que, de forma asistemática, con precauciones y en cierta forma con incongruencias y deficiencias en el ámbito de la terminología, implementa los requisitos para su aplicación<sup>119</sup>.

Desde la implementación de la custodia compartida el año 2005, en el capítulo IX sobre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, concretamente el art. 92 del CC, ha sido modificado periódicamente. A pesar de ello, consideramos que la redacción tiene margen de mejora. En ese sentido, si bien en

---

<sup>119</sup> Véase ORTUÑO MUÑOZ, P. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, op. cit., pp. 41 y 71.

situaciones de crisis matrimoniales, de la patria potestad nace la figura de la custodia de los hijos, conviene tratar ambas figuras jurídicas de forma separada.

Por lo que, el numeral 3 del art. 92 del CC, que aborda la privación de la patria potestad debe reubicarse. Igualmente, el numeral 4, que regula el ejercicio de la patria potestad mediante convenio regulador, o bien por decisión judicial.

En virtud de ello, de forma secuencial debe regularse; primero, el ejercicio de la patria potestad, luego, la custodia de los hijos y seguidamente, las modalidades de custodia, hasta tanto ello no ocurra, el régimen de custodia compartida no terminará de consolidarse en el ordenamiento jurídico español. En esa línea, ambas modalidades de custodia deben regularse en igualdad de condiciones sin que una modalidad prime sobre la otra, o bien en línea con el sistema de ejercicio compartido en situaciones de desestructuración familiar, se debe regular como regla la custodia compartida y alternativamente la custodia unilateral.

Uno de los principales obstáculos para que la custodia compartida no se haya consolidado desde su regulación además de los motivos citados anteriormente, radica en el enfoque equivocado de relacionar la custodia compartida con la figura paterna y la custodia unilateral con la figura materna, resulta paradójico que el discurso principal consista en preponderar el interés de los hijos que para unos se consolida mediante la custodia unilateral y para otros con la custodia compartida. Esto, motiva a entender que se recurre al interés de los hijos para argumentar una u otra modalidad de custodia, que sin ese enfoque parcializado de relacionar a los padres con la custodia compartida y a las madres con la custodia monoparental sería más fácil de asimilar.

Por su parte, la regulación del art. 92 del CC, prevé la posibilidad de regular la custodia compartida mediante el acuerdo entre los progenitores, o bien por determinación judicial. No

obstante, las condiciones de aplicación de esta figura jurídica denominadas como requisitos complican su determinación, toda vez que, se asumen como una especie de obstáculos<sup>120</sup>.

De esta forma, queda en evidencia que la regulación de la custodia compartida prevista en el art. 92 del CC, despierta mucha controversia, síntoma que motiva a entender que el legislador no se encuentra del todo convencido sobre su aplicación.

A continuación, nos abocaremos a realizar un análisis sobre cada uno de los presupuestos que se contemplan en el art. 92 del CC y los motivos que generan su controversia.

### **3.1.1. Propuesta de convenio regulador**

La predisposición de los progenitores juega un rol preponderante al momento de decidir la modalidad de custodia compartida. Es así que el numeral 5 del art. 92 del CC, prevé que:

Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo.

Asimismo, se utiliza también el término “propuesta de convenio regulador” en el art. 81 del CC, con relación a la separación judicial de los progenitores<sup>121</sup>. Igualmente, se recurre al

---

<sup>120</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., p. 75.

<sup>121</sup> De forma textual, el art. 81 del CC, prevé que: “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código...”. Al respecto, llama la atención que

mismo término en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los numerales 2, 4, 7 y 8 del art. 777, sobre la separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro<sup>122</sup>. En cambio, el art. 90 del CC, como parte de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio de los cónyuges utiliza el término “convenio regulador”<sup>123</sup>. En igual sentido, el citado art. 777 de la LEC, en sus numerales 5, 6, 9 y 10.

Sobre el tema, consideramos, que el legislador debe separar y uniformar la terminología según sea la norma sustantiva, o bien la norma adjetiva. En ese sentido, la norma sustantiva

---

el legislador, no se refiera textualmente a la custodia de los hijos, por lo que, se tiene que recurrir a una interpretación amplia, o bien suponer que la propuesta de convenio regulador se refiere a la custodia de los hijos.

<sup>122</sup> De forma concreta, conviene hacer referencia a los numerales 2 y 4 del art. 777, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre la separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otros, que prevé que: “2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo.

4. Ratificada por ambos cónyuges la solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia que fuere competente concederá a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador”.

<sup>123</sup> El art 90 del CC, de forma expresa establece que: “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos...”. Al respecto, cabe aclarar que de forma textual el art. 86, no hace referencia al convenio regulador ni a la propuesta de convenio regulador.

debe referirse únicamente al “convenio regulador” y la norma adjetiva al término “propuesta de convenio regulador”.

Al respecto, conviene puntualizar que este numeral es una continuación de lo previsto en el numeral 4 de este mismo artículo, que determina que los progenitores mediante convenio regulador tienen la facultad de convenir sobre el sistema de ejercicio de la patria potestad<sup>124</sup>.

En función de ello, el legislador adopta en el caso de la custodia compartida, el término “propuesta de convenio regulador”, porque a diferencia del convenio regulador previsto para el ejercicio de la patria potestad, la propuesta debe ser validada por el juez, asumimos siempre y cuando beneficie al interés del menor y no haya motivo para su no concesión en supuestos en los cuales debido a la conducta o antecedentes de uno de los progenitores se desaconseja su aplicación. Esto significa, que los padres no tienen un poder de decisión totalmente autónomo con relación a la adopción del sistema de custodia compartida.

No comparte esta postura Zarraluqui, quien afirma que la propuesta como tal requiere un trámite para la realización efectiva del convenio regulador, que no se encuentra previsto en la normativa<sup>125</sup>.

De forma general, el trámite que se hace mención asumimos que es competencia del derecho adjetivo, otra interpretación extensiva sobre el termino propuesta de convenio regula-

---

<sup>124</sup> El numeral 4 del art. 92 del CC, establece textualmente que: “Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges”. Sobre el tema, conviene realizar una observación, este artículo se encuentra regulado en el capítulo sobre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, por lo que, consideramos que no es aconsejable recurrir al término cónyuges, puesto que, precisamente han dejado de serlo, de lo contrario no estaríamos ante un caso de desestructuración familiar.

<sup>125</sup> Véase ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., pp. 21-22.

dor nos remite al ámbito del derecho de contratos, por cuanto, ambos progenitores tienen capacidad de obrar y por ende libertad contractual, para establecer las cláusulas del convenio de forma autónoma de acuerdo con su voluntad/criterio. Sin duda, la elaboración del convenio forma parte del proceso de exteriorización de la voluntad y consentimiento como parte de los elementos del contrato, que en este caso nos lleva a la determinación judicial como forma de aprobación de la propuesta. El legislador opta por este procedimiento, porque nos encontramos ante una situación *sui generis* de formación contractual, debido a la presencia de los hijos menores de edad.

Sobre el tema, bien se afirma que el convenio regulador adoptado entre los progenitores no debe ser homologado por la autoridad judicial para que sea eficaz, toda vez que, al igual que los contratos su eficacia surge del acuerdo de voluntades<sup>126</sup>.

En la jurisprudencia, la STS de 22 abril de 1997, si bien reconoce la validez del convenio regulador como negocio jurídico del derecho de familia sostiene que al carecer de aprobación judicial no puede ser incorporado al proceso y producir la correspondiente eficacia procesal<sup>127</sup>. En ese sentido, se pronuncia la

---

<sup>126</sup> GONZÁLVEZ VICENTE, P. “Procedimiento consensuado”. En GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*. Edit. Sepín, Madrid, 2005, p. 691, afirma que el convenio regulador tiene una naturaleza jurídica contractual. En virtud de ello, surge la posibilidad de lograr la nulidad de los convenios por los mismos motivos que se anulan los contratos. Al respecto, discrepamos en parte con ello, porque si bien el convenio regulador en función de la voluntad de los progenitores tiene una naturaleza contractual, la nulidad o anulabilidad de este, no sigue el mismo procedimiento establecido en el derecho adjetivo.

<sup>127</sup> Sobre el tema, llama la atención la SAP de Valencia, de 18 de octubre de 1990, que determinó dejar sin efecto, un convenio regulador firmado por ambos cónyuges, en virtud de que uno de los cónyuges demandó el hecho de que no fue ratificado ante autoridad judicial. Con relación a la demanda planteada se debe señalar que el demandante actúa de mala fe, por cuanto, de forma voluntaria suscribió el convenio regulador. No obstante, para evitar observaciones de tipo adjetivo, en virtud de que la norma sustantiva prevé la

STS de 21 de diciembre de 1998, resolución judicial que dispone la validez de los pactos estipulados en el convenio regulador, aunque no haya sido ratificado ante un juez<sup>128</sup>.

En cambio, la SAP de Alicante de 30 de marzo de 1990, sostiene que el convenio regulador, trata sobre la regulación de los deberes paterno-filiales y conyugales. A diferencia de los contratos que tienen un contenido patrimonial.

En cuanto a la determinación judicial y la aprobación de la propuesta, bien se afirma que no debe considerarse como una propuesta dirigida al Juez, toda vez que, la autoridad judicial no es parte en la relación con los progenitores<sup>129</sup>. En estos casos la actuación del juez debe limitarse a aprobar o rechazar el convenio regulador. Es decir, que no es un procedimiento como tal en toda su rigurosidad.

En cuanto a la participación del juez, la STS de 23 de diciembre de 1998, señala que los progenitores participan en la elaboración del convenio regulador y el juez en la homologación del acuerdo, motivo por el cual, se considera al acuerdo como un convenio regulador de naturaleza mixta<sup>130</sup>.

No obstante, se afirma que la homologación del convenio regulador que propongan los progenitores no debe ser aprobado

---

homologación del convenio regulador, se recomienda presentar ante la autoridad judicial para su ratificación tan pronto como fue acordada.

<sup>128</sup> En igual sentido, se pronuncia la STS de 25 de junio de 1987.

<sup>129</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. y OTERO CRESPO, M. Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio de la custodia compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005. *Revista Xuridica da Universidade d Santiago de Compostela*. Edit. Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006, p. 98. Igualmente, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 161.

<sup>130</sup> Sobre el tema, la SAP de 7 de julio de 1995 y la SAP de Las Palmas de 24 de marzo de 1998, sostienen que el convenio regulador se considera como un negocio jurídico del Derecho de Familia, en virtud del principio de la autonomía privada, pero que debido a su vocación procesal propio de su naturaleza debe ser ratificado no solo por los cónyuges, sino también debe ser aprobado por el juez para tener eficacia jurídica.

por el juez, si su contenido es dañoso para los hijos. Sin embargo, la disyuntiva se presenta en la forma de detectar el supuesto daño a los hijos<sup>131</sup>.

Sin duda, la ratificación del convenio se debe realizar pensando en la figura de los hijos. Sin embargo, detectar un daño eventual al menor, por ejemplo, en el ámbito psicológico le resulta complicado por no decir imposible. Por lo que, el juez antes de adoptar una decisión sobre el tema puede recabar el dictamen de especialistas cualificados, con la finalidad de determinar la idoneidad del sistema de custodia a adoptarse<sup>132</sup>.

Sobre el tema, el legislador opta por una solución facultativa, con la finalidad de asegurar que el convenio no vulnere el interés superior del menor. Sin embargo, hubiera sido conveniente que no sea facultativo, sino obligatorio, por cuanto, quien mejor conoce al menor son los progenitores y en su defecto los especialistas en el ámbito de la psicología y la salud, entre otros. Con ello, no se desmerece los conocimientos que tiene una autoridad judicial. No obstante, no estamos ante un proceso que requiera adoptar una decisión en el marco del derecho adjetivo, sino ante un caso que requiere conocer al menor, caso contrario se corre el riesgo de que la autoridad judicial asuma una decisión discrecional e inclusive subjetiva.

Una solución para evitar determinar el alcance del término “propuesta”, consiste en limitar el término utilizado a “convenio regulador”. No obstante, de todas formas, el juez en función

---

<sup>131</sup> Véase ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., p. 52.

<sup>132</sup> De forma expresa, el numeral 9 del art. 92 del CC, prevé que: “El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior”.

del interés del menor debe tener potestad para validar o rechazar la aplicación del convenio regulador. Esto, porque bajo el manto de la aplicación de la custodia compartida puede ser que se incluyan cláusulas que afecten a los hijos. Por ejemplo, que se establezcan estipulaciones que dispongan la atribución de la custodia en horario laboral del progenitor custodio. Esto significa, que el menor se quedará solo, o bien al cuidado de una tercera persona, cuando la finalidad de la custodia consiste en que los hijos se encuentren en compañía del progenitor custodio durante el tiempo asignado en su favor.

No obstante, hay que tener presente que los principios del interés superior del menor y de la igualdad de los progenitores se encuentran ligados íntimamente<sup>133</sup>.

Hay otra postura, que se aparta de la determinación judicial, así pues, se afirma que en caso de que no se homologue el convenio regulador por parte del juez, siempre existirá la posibilidad que los progenitores de facto apliquen el acuerdo establecido previamente<sup>134</sup>.

En efecto, los progenitores en función de la autonomía de la voluntad, sin que haya una ratificación judicial positiva, pueden poner en práctica el convenio regulador alcanzado entre ellos. Sin embargo, no se garantiza que *a posteriori* su aplicación tenga éxito, por lo que, en caso de que su aplicación implique una falta de entendimiento, de todas formas, se tendrá que acudir ante la autoridad judicial en busca de solucionar la divergencia sobre la custodia. En ese marco, la resolución inicial incumplida se considerará como un antecedente negativo en contra de los progenitores, que dependiendo de la magnitud puede ser motivo para retirar la custodia a uno o ambos progenitores.

---

<sup>133</sup> GARCÍA LEHMANN, R. “La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres”, op. cit., p. 506.

<sup>134</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Matrimonio y divorcio*, op. cit., p. 179.

Otro aspecto para tomar en cuenta con relación al convenio regulador es la variación de las circunstancias, debido especialmente a la edad y crecimiento del menor. Esto significa, que el acuerdo debe modificarse de forma periódica. Por ejemplo, cuando el menor cambia de horarios en el centro educativo, o bien porque asiste a nuevas actividades extraescolares.

Igualmente, las circunstancias pueden ser susceptibles de variación en función a la situación laboral de los progenitores. Por ejemplo, debido al cambio de empleador, o bien al cambio de destino, esto implica la reconfiguración del convenio inicialmente acordado, que inclusive puede repercutir en el cambio de la modalidad de custodia, toda vez que, la custodia compartida se hace inviable.

En ese sentido, de forma correcta se señala que los acuerdos realizados entre los excónyuges, al haberse determinado en una situación de inestabilidad emocional producto de la ruptura entre los progenitores, no prevén consecuencias futuras, aspecto que repercute en su cumplimiento y conlleva la necesidad de consensuar nuevamente<sup>135</sup>.

En contra de ello, se sostiene que, si los progenitores han sido capaces de consensuar sobre la situación personal de los hijos en un momento emocional inestable, es altamente posible que sea beneficioso para los hijos<sup>136</sup>.

Es una visión positiva válida que no deja de ser cierta, porque no es fácil coincidir sobre un tema tan delicado como es la

---

<sup>135</sup> Véase ORTUÑO MUÑOZ, P. El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial, op. cit., p. 54.

<sup>136</sup> Véase ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, op cit., p. 53. Sobre el tema, JABBAZ CHURBA, M. “Custody and care of children in Spain: Can the two rights be reconciled”, op. cit., p. 352, señala textualmente que: “Join custody would perhaps be most desirable option if there were no gender inequalities and, if women and men peacefully agreed on custody and responsibilities”.

custodia de los hijos cuando los cónyuges han decidido dar por finalizado su vínculo conyugal. Esto, motiva a pensar que luego de superado el luto por la ruptura conyugal, será más factible negociar nuevamente el acuerdo. Aunque también puede ocurrir lo contrario. Esto significa, que uno de los progenitores debido a la situación inestable emocional del momento, acuerda según su criterio la adopción del régimen compartido en una situación de desventaja, aspecto que implica que tan pronto como se encuentre en un periodo de lucidez emocional estable, buscará dejar sin efecto el acuerdo inicialmente consensuado con el otro progenitor.

En estos casos, se recomienda recurrir a un abogado, con la finalidad de evitar consensuar en condiciones que impliquen un acuerdo desventajoso que afecte la relación con sus hijos<sup>137</sup>.

Sin duda, la participación de un letrado sirve para establecer un equilibrio entre las partes. Igualmente, Si ambos progenitores a su turno cuentan con un letrado, esto, permitirá consensuar un acuerdo objetivo en favor de los hijos, inclusive se puede planificar/programar el acuerdo según la edad de los hijos de forma progresiva, sin tener nuevamente que establecer un nuevo acuerdo.

No obstante, esta situación no implica que se quiera dejar de lado el control judicial sobre las decisiones que afecten al menor. En esa línea, se pronuncia la SAP de Madrid de 6 de marzo de 1998, que señala que los acuerdos que contemplen la custodia de los hijos, de forma periódica deben ser sometidos a un control judicial, motivo por el cual, no se consideran válidos los acuerdos que modifiquen la custodia sin control de los administradores de justicia. Aunque para modificar una determinación judicial sobre la custodia de los hijos, se exige que exista una alteración sustancial de las circunstancias que rodean la

---

<sup>137</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., pp. 56-57.

vida del menor, tal como se pronuncia la SAP de Valencia de 15 de mayo de 1995, así como la SAP de Almería de 11 de mayo de 1998.

En esa línea, se decanta una parte de la doctrina, aunque condiciona la modificación sobre la determinación de la custodia a la madurez y a la edad de los hijos, cuando se encuentren próximos a convertirse en personas mayores de edad<sup>138</sup>.

Sobre el tema, si los progenitores son previsores pueden establecer un convenio regulador variable según la edad y el cambio de circunstancias. Sin embargo, condicionar las modificaciones a la edad de los hijos conlleva el riesgo de atentar al derecho de autonomía progresivo que los hijos deben tener. En ese sentido, en caso de controversia, bien afirma la SAP de Asturias de 27 de abril de 2000, que lo mejor es recurrir a un informe pericial psicológico<sup>139</sup>. De esta forma, consideramos que las decisiones sobre la custodia que se originan en un convenio regulador por voluntad de los progenitores y que debe ser ratificado ante autoridad judicial, gozará de mayor objetividad si la decisión judicial es respaldada por un especialista que tiene mayor conocimiento técnico para determinar lo que es más aconsejable para un menor de acuerdo con su desarrollo y conducta.

### **3.1.2. Determinación judicial previa valoración**

Al respecto, resulta oportuno hacer referencia expresa al numeral 10 del art. 92 del CC, que establece de forma concreta lo siguiente:

---

<sup>138</sup> Por todos, ANDRÉS JOVEN, J. “Modificaciones de medidas definitivas”. En GONZÁLEZ POVEDA, P y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*. Edit. Sepín, Madrid, 2005, p. 923.

<sup>139</sup> Véase la SAP de Asturias, de 27 de abril de 2000.

El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

Sobre el tema, conviene puntualizar que esta redacción se encuentra vigente desde el año 2012. Esto significa, que a diferencia de la redacción inicial sobre el mismo tema que se encontraba regulada en el inciso 5 del art. 92 del CC, del año 2005, su contenido ha sido modificado sustancialmente, puesto que, en la regulación vigente el legislador únicamente se limita a referirse de forma general a las modalidades de custodia. En cambio, la regulación anterior hacía mención expresa a la custodia compartida, aspecto que denotaba una valoración desigual entre la custodia compartida y la custodia unilateral, porque se requería la adopción de cautelas únicamente para una modalidad de custodia, de esta forma, se tenía la impresión de que el legislador priorizaba la custodia monoparental en detrimento de la custodia compartida<sup>140</sup>.

En ese sentido, se afirma que el legislador actuó de forma temerosa y desconfiada, toda vez que, obligaba a la autoridad judicial a la adopción de determinadas medidas antes de decidir la aplicación de la modalidad compartida de custodia, que en el caso de la custodia unilateral no se prevén, sino de forma facultativa en los arts. 90 y 91 del CC. Asimismo, también se observaba lo relacionado al tipo de cautelas o garantías que debía adoptar la autoridad judicial de forma previa a la adopción

---

<sup>140</sup> En la redacción del año 2005, el numeral 5 del art 92 del CC, establecía que: “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”.

de la custodia compartida, que consistían en la obligación de comunicarse entre los progenitores sobre las decisiones a adoptar durante el tiempo de convivencia asignado, así como consensuar y no dificultar la relación con el menor<sup>141</sup>.

En cuanto a las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para garantizar el cumplimiento eficaz de la modalidad de custodia que se adopte, de conformidad al citado numeral 10 del art 92 del CC, se observa que desde su implementación el año 2005, el legislador no se decanta por determinar el tipo de cautelas a adoptarse<sup>142</sup>.

Al respecto, consideramos que las cautelas a determinarse deben ser de tipo patrimonial, o bien de tipo personal. En el caso de las cautelas patrimoniales deben garantizar la estabilidad de los hijos, por ejemplo, acordando que los progenitores no enajenen el bien inmueble que les sirve como domicilio, o si se encuentran bajo la modalidad de arrendamiento, que el canon sea ajustado a la situación laboral de cada progenitor, esto con la finalidad de que los hijos a su turno puedan tener un domicilio alterno con cada uno de los progenitores. En el supuesto, de las garantías personales resulta más complicado determinar una medida concreta. En ese sentido, el incumplimiento de lo pactado por parte de uno de los progenitores sobre la modalidad de custodia adoptada debe castigarse en caso de que afecte a la estabilidad del menor con la modificación de la custodia inicialmente acordada.

En cuanto al incumplimiento de las cautelas, conviene preguntarse si el castigo debe ser drástico o gradual. En el caso

---

<sup>141</sup> Véase LORCA NAVARRETE, A. M., y DENTICI VELASCO, N. M. *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva Ley de Divorcio de 2005, con especial referencia a la mediación familiar*, Edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2005, p. 61.

<sup>142</sup> Sobre el tema, ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., p. 77, señala que hubiera sido conveniente que el legislador regule el tipo de cautelas a adoptarse, con la finalidad de que la custodia asignada cumpla su objetivo.

del castigo drástico la única opción consiste en modificar la modalidad de custodia. En cambio, en las sanciones graduales por incumplimiento, se pueden adoptar sanciones económicas siempre y cuando la situación económica de los progenitores lo permita. El dinero recaudado debe reservarse para cuando el menor adquiriera la mayoría de edad. Mientras que, si la situación económica de los padres es limitada, se debe recurrir a sanciones que prohíban al progenitor ver su hijo durante un determinado periodo. En ambos casos, las sanciones graduales tienen como finalidad que el progenitor infractor reconduzca su conducta. Desde nuestro punto de vista, si bien no es aconsejable actuar bajo presión, consideramos que es la única forma de coaccionar a los progenitores a cumplir lo dispuesto por una autoridad judicial.

El único factor en la redacción de este numeral objeto de estudio que no amerita controversia es la no separación de los hermanos, independientemente de la modalidad de custodia que se adopte. En esa línea, hay quien relaciona las cautelas a tomarse con el principio de no separación de los hermanos<sup>143</sup>.

A nuestro modo de ver, las cautelas a las que hace mención –sin determinar– el legislador, no necesariamente implican la no separación de los hermanos, porque dependiendo de la casuística, el tipo de cautelas a adoptarse puede variar. En cambio, como regla en todos los casos el legislador establece que no se debe separar a los hermanos. Aunque siempre que la resolución se encuentre motivada, en determinados casos será más aconsejable separar a los hermanos, por ejemplo, se adopta el régimen unilateral de custodia, porque es una familia numerosa con 4 hijos. En este supuesto, cada progenitor asume la custodia unilateral de 2 hijos, debido a la situación económica de uno de los progenitores, o bien de ambos. Por todo ello, consideramos que las cautelas a adoptarse como medida para

---

<sup>143</sup> Entre otros, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Matrimonio y divorcio*, op. cit., p. 171.

garantizar la eficacia de una modalidad de custodia no tienen relación con el principio de no separación de los hermanos.

Asimismo, resulta oportuno puntualizar con relación a la redacción del año 2005 en este numeral, que el legislador no solo contempla el régimen de custodia para el establecimiento de cautelas, sino que hace referencia expresa al periodo de estancia, relación y comunicación, asumimos con el progenitor no custodio, de forma independiente a la modalidad de custodia. Al respecto, consideramos atinada la postura del legislador, por cuanto, no solo el progenitor que se encuentra a cargo de la custodia corre el riesgo de infringir lo dictaminado por un juez con relación a la custodia, sino también el progenitor que no se encuentra con la custodia activa de los hijos, por ejemplo, desde el incumplimiento de horarios hasta la no devolución de los hijos en los días y fechas determinadas por la autoridad judicial.

A nuestro modo de ver, el numeral 10 del art. 92 del CC, que analizamos en este epígrafe tiene relación con la primera parte del numeral 2 de este mismo artículo, que prevé que el juez siempre que deba adoptar una medida relacionada a la custodia de los hijos, tiene la obligación de oír a los hijos antes de emitir una resolución judicial que será motivada preponderando el interés del menor<sup>144</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, conviene tomar en cuenta la STS 194/2016, de 29 de marzo, que determina la custodia compartida del menor, esta sentencia puntualiza que el reparto de tiempo se realizará en función de los principios de flexibilidad y el mutuo entendimiento entre los padres<sup>145</sup>.

Esto significa, que los progenitores si bien no han podido consensuar sobre la factibilidad de la custodia compartida vía

---

<sup>144</sup> De forma textual, la primera parte del numeral 2 del art. 92 del CC, establece que: “El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión”.

<sup>145</sup> Véase la STS 194/2016, de 29 de marzo de 2016.

convenio regulador, son capaces de acordar el reparto de tiempo porque existe comprensión entre ellos. Sin duda, la conducta de los progenitores en sede judicial es determinante para que la aplicación del régimen compartido tenga éxito. Sin embargo, a modo de reflexión cabe preguntarse, el motivo por el cual los progenitores no han consensuado antes de acudir ante la autoridad judicial. A modo de conjetura, asumimos que uno de los motivos puede estar ligado al tema patrimonial generado durante la convivencia de los cónyuges.

No obstante, se afirma que el riesgo de judicializar la vida del menor conlleva el riesgo de que las autoridades judiciales dicten decisiones arbitrarias, porque se recurre a la participación de terceras personas como el relato de los profesores u orientadores de los colegios infantiles. Motivo por el cual, es recomendable recurrir a modelos de negociación o mediación<sup>146</sup>.

Sin duda, lo ideal es que existe un acuerdo entre los progenitores, con la finalidad de que el modelo de custodia determinado fluya. Sin embargo, discrepamos en parte con ello, por cuanto, las decisiones que se fundamenten en base al centro educativo no tienen que reflejarse como arbitrarios, porque al contrario son necesarios y en algunos casos el informe de los especialistas es hasta vinculante. Por lo que, en el peor de los casos, es posible que la autoridad judicial emita un fallo discrecional, pero no arbitrario, puesto que, la norma sustantiva no se lo permite.

### 3.1.3. El rol del Ministerio Fiscal

En primer término, conviene preguntarse el motivo por el cual el Ministerio Fiscal participa en los procesos de familia, toda vez que, *a priori* resulta sorprendente su participación en un caso de naturaleza privada.

---

<sup>146</sup> Véase JABBAZ CHURBA, M. “La crianza en medio del conflicto, la amenaza y la violencia”, op. cit., p. 184.

Sobre el tema, debemos señalar que la norma adjetiva, respalda su participación, en concreto nos referimos a la interpretación amplia del art. 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que el Ministerio Fiscal velará por el interés superior del menor<sup>147</sup>.

Al respecto, surge una interrogante ¿Qué ocurre si un fiscal en un caso concreto detecta, por ejemplo, que hay antecedentes de violencia no en contra del menor, sino del otro progenitor? Si nos remitimos al contenido de la norma adjetiva, los casos de violencia no se encuentran directamente relacionados con el menor. Por lo que, en principio no debería gravitar en el informe positivo o negativo sobre la modalidad de custodia. No obstante, si se detecta que la violencia ejercida en contra de uno de los progenitores influye en el desarrollo, o bien en la conducta del menor, tanto lo uno como lo otro debe ser motivo suficiente para que el fiscal direcciona el informe en contra del progenitor infractor. En esa línea, consideramos que el informe del fiscal debe respaldarse en un informe psicológico especializado, por cuanto, no es suficiente adoptar una determinación en base a supuestos, sino sobre una certificación oficial contrastada.

Sobre el tema, el legislador regula la participación del Ministerio Fiscal en cuanto a nuestro tema objeto de estudio en tres sedes:

---

<sup>147</sup> De forma textual, el art 749 de la LEC prevé que: “1. En los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación, será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la ley, asumir la defensa de alguna de las partes.

El Ministerio Fiscal velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor.

2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad o esté en situación de ausencia legal”.

- Primero, para determinar la modalidad apropiada de guarda.
- Segundo, para determinar la aplicación de la custodia compartida.
- Tercero, para recabar el informe de especialistas y comprobar la idoneidad del régimen de custodia.

Así pues, conviene analizar lo que dispone el numeral 6 del art. 92 del CC, que textualmente prevé que:

En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

En virtud de ello, se afirma que el fiscal tiene competencia para requerir la aplicación de una u otra modalidad de custodia tomando como principal parámetro de orientación la satisfacción del interés del menor<sup>148</sup>.

No obstante, de la redacción de este numeral, se entiende que en primer término el legislador prioriza el informe del Ministerio Fiscal antes de decidir la modalidad de custodia aplicable en una situación concreta. No obstante, con relación a la actuación del Ministerio Público, también se prevé que el fiscal puede solicitar un informe. Por lo que, surge la siguiente interrogante ¿Si el juez debe recabar informe cómo es posible que el fiscal también solicite un informe?

---

<sup>148</sup> LORCA NAVARRETE, A. M., y DENTICI VELASCO, N. M. *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva Ley de Divorcio de 2005, con especial referencia a la mediación familiar*, op. cit., p. 62.

Al respecto, se asume que de la interpretación del contenido de este numeral no queda duda de que el juez antes de determinar el régimen de custodia compartida, de forma obligatoria debe solicitar un informe del Ministerio Fiscal. Esto significa, que si el Ministerio Público no se pronuncia, la autoridad judicial no puede decidir la aplicación de una u otra modalidad de custodia, con el correspondiente perjuicio no solo a los hijos que se encuentran en una situación de incertidumbre, sino también a los progenitores que no pueden planificar sus actividades.

En cuanto al contenido del informe del Ministerio Fiscal, consideramos que si bien puede aportar a tener una visión amplia sobre el régimen adecuado de custodia en un caso concreto, no termina de ser decisivo, porque se remitirá al estudio del caso y a los antecedentes de hecho. Es decir, el informe tiene la finalidad de generar una certidumbre los hechos acaecidos durante la vida conyugal hasta la desestructuración de la familia. Esto significa, por ejemplo, que el Ministerio Fiscal en un caso de violencia ejercido en contra de los hijos no puede sugerir que se beneficie al progenitor infractor con la custodia monoparental de los hijos.

Por todo ello, a nuestro modo de ver, el informe que emita el Ministerio Fiscal le servirá al juez para respaldar su postura sobre la modalidad aplicable en un caso concreto.

Por su parte el numeral 8 del art. 92 del CC, con relación a la participación del Ministerio Fiscal establece que:

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.

A diferencia de la regulación inicial prevista en este numeral, el legislador ha eliminado el término “favorable” y solo se requiere el informe del Ministerio Fiscal. No se entiende en profundidad el motivo del cambio, puesto que, si el informe no es favorable se desaconsejará la aplicación del régimen de custodia compartida aplicable a un caso concreto. Es decir, que si un progenitor solicita la aplicación del régimen compartido y el fiscal se encuentra en desacuerdo es altamente posible que el juez rechace la solicitud del progenitor.

Sobre la utilización del término “favorable”, se afirmaba que era una contradicción establecer la condición de informe favorable previo al establecimiento de la custodia compartida, por cuanto, de esta forma, se confundía las funciones de juez o de fiscal, toda vez que, se le concedía a la figura del fiscal un poder de decisión que no le correspondía<sup>149</sup>.

Por su parte, en cuanto a la redacción actual de este numeral se debe puntualizar que, excepcionalmente se recurre a la figura del Ministerio Fiscal, siempre y cuando uno de los progenitores solicite la aplicación de la custodia compartida. Esta regulación se entiende como un segundo intento por parte de uno de los progenitores en lograr que se determine la modalidad de custodia compartida.

En cuanto al informe del Ministerio Fiscal, este debe respaldarse en la satisfacción del interés de los hijos. No obstante, nos preguntamos en base a que conocimiento especializado puede recomendar el Ministerio Fiscal la aplicación del sistema compartido. En esa línea, consideramos que el informe positivo del Ministerio Fiscal se fundamentará en un aspecto que los progenitores no hayan tomado en cuenta en el convenio regulador, aunque se tendrá acceso a ello, únicamente cuando los progenitores se encuentren en proceso de separación o divorcio,

---

<sup>149</sup> Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., pp. 35 y 82.

porque antes de ello, son los progenitores los únicos que tienen conocimiento sobre el contenido del convenio regulador.

De todo lo anterior, debemos señalar que el fiscal tiene una especie de derecho a veto. Esto significa, que si el informe es desfavorable se opondrá a la aplicación del régimen compartido de custodia. De esta forma, se observa que el legislador es desconfiado en cuanto a la adopción de esta modalidad de custodia<sup>150</sup>.

Por su parte, el numeral 9 del art. 92 del CC, sobre la participación de fiscal establece que:

El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.

Al respecto, debemos resaltar que, a diferencia de lo previsto en la redacción inicial del año 2005, el legislador no reguló en ese entonces la posibilidad de que el fiscal tenga la facultad de solicitar un informe de especialistas cualificados sobre el tema.

En ese sentido, debemos resaltar el cambio adoptado por el legislador, porque los profesionales especializados en niños, llámese psicólogos o pedagogos, entre otros, son quienes mejor pueden complementar y coadyuvar a determinar lo que es mejor para un menor en una situación concreta a diferencia de la figura del fiscal en este caso. No se trata de desmerecer la

---

<sup>150</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. y OTERO CRESPO, M. “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio de la custodia compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, op. cit., p. 101.

actuación del fiscal, sino al contrario se debe resaltar que tenga la facultad de solicitar la ayuda de un especialista con conocimientos concretos, de forma que se tengan mayores elementos para adoptar una decisión apropiada sobre el régimen de custodia, con la finalidad de satisfacer el beneficio de los hijos.

### 3.1.4. El dictamen de especialistas

Con relación a la participación de especialistas el numeral 9 del art. 92 del CC, establece que el juez antes de adoptar una decisión con relación a la modalidad de custodia tiene la facultad de solicitar un dictamen de especialistas debidamente cualificados sobre la modalidad idónea de régimen de custodia, con la finalidad de que prevalezca el interés del menor.

Al respecto, se debe puntualizar que en este caso el legislador se refiere a la participación de especialistas no solo con relación a la custodia compartida, sino también a la custodia monoparental.

Sobre el tema, no solo se valora de forma positiva la intervención de los especialistas, sino también de forma crítica. En ese sentido, se afirma que los especialistas redactan informes heréticos y destructivos sobre temas que conocen de forma superficial, promoviendo una visión liberal sobre la vida social y familiar, que desencadena en una libertad carente de control de los hijos y conlleva una forma equivocada de ejercer la custodia de los hijos<sup>151</sup>.

Igualmente, se afirma que inclusive a los mejores especialistas se les dificulta emitir un informe completo y unívoco en una o dos sesiones con los menores en disputa, que además se redacta sobre la base de entrevistas a los integrantes de la familia sin

---

<sup>151</sup> Véase. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Matrimonio y divorcio*, op. cit., p.171.

recurrir a testimonios o antecedentes de los servicios sociales, centro educativo o pediatra. A ello, se suma el hecho de que las condiciones laborales que tienen no son óptimas. No obstante, al menos en apariencia, se tiene la impresión de que el proceso de determinación de la custodia depende del informe que emita<sup>152</sup>.

En esa línea, se afirma que el psicólogo forense en los procesos familiares relacionados a la custodia de los hijos debe obtener información de diferentes fuentes de información colateral cuya idoneidad, suficiencia y exactitud debe ser determinada por él mismo, con la finalidad de que aporten datos relevantes para la emisión del informe sobre la determinación de la custodia de los hijos<sup>153</sup>.

Desde nuestro punto de vista, se deja en evidencia la labor de los especialistas, sin ánimo de desmerecer esta postura o crear un sesgo, consideramos que no se debe generalizar la actuación de todos los especialistas de forma negativa. Sin duda, los especialistas, así como todos los profesionales que conocen temas relacionados al menor no conocen en profundidad la situación real de los hijos en un caso concreto donde se dilucida la modalidad adecuada de los hijos. No obstante, si se descarta la participación de los especialistas en la determinación de la modalidad de custodia ¿Quién llevaría a cabo esta tarea? ¿Únicamente el juez o el fiscal?

---

<sup>152</sup> Al respecto, también señala como crítica que los informes se estandarizan, lo que genera una pérdida de detalles importantes, por lo que, los jueces tienen que realizar una selección –de profesionales– para fundamentar sus resoluciones. Así pues, afirma textualmente: “es un troquelado de la vid, y no puede ser confundido con la vida misma”, JABBAZ CHURBA, M. “Una reconstrucción de las instituciones desde la narrativa de quienes la transitan”. En JABBAZ CHURBA, M., y DÍAZ, C. *Menores en disputa. Custodia, visitas y patria potestad en la comunidad Valenciana*, Valencia. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 71 y 72.

<sup>153</sup> ARCE, R., ARCH, M., SEIJO, D., RAMÍREZ, M., MUÑOZ, J. M., FARIÑA, F. “La evaluación pericial psicológica en procesos de ruptura de pareja con hijos”. En FARIÑA, F., y ORTUÑO, P., (Coords.), *La gestión positiva de la ruptura de pareja con hijos*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.160.

No es la solución ideal, porque tanto el juez como el fiscal son especialistas uno en el ámbito de la familia y otro en la protección del menor. En esa línea, se requiere la participación de un especialista que aconseje lo mejor desde otro ámbito del conocimiento, bien sea la psicología, la pedagogía o inclusive la psiquiatría.

No vamos a negar que los especialistas en la conducta del menor, por ejemplo, los psicólogos tienen una postura personal como el juez o como el fiscal, en función de ello, pueden ser conservadores o más bien liberales. Sin embargo, eso ocurre en todos los ámbitos, en esa línea, lo ideal es que se separe lo personal de lo profesional.

Al respecto, se afirma de forma acertada que, en el ámbito familiar, la labor que realizan los especialistas es decisiva en la determinación del régimen de custodia, inclusive se puede afirmar que el juez delega a los especialistas las decisiones sobre la custodia de los hijos, aspecto que genera reticencia en algunos de los letrados intervinientes en una causa concreta, porque el ejercicio del derecho a la defensa no se ajusta a su concepción tradicional<sup>154</sup>.

Sobre el tema, siempre y cuando el informe psicosocial no contravenga lo regulado en la norma sustantiva, consideramos que es determinante al momento de decidir la modalidad de custodia ajustarse al informe psicosocial. En ese sentido, la STS de 12 de mayo de 2017, decide mantener el régimen compartido en base al informe psicosocial en función de precautelar el interés de las 3 menores, por cuanto, tienen una relación estable con ambos, a diferencia de la relación tensa que existe entre los progenitores, que sin embargo no es relevante y grave<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. “Soluciones extrajudiciales de conflictos familiares: arbitraje, conciliación, mediación”. En ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., y otros. *Actualización del derecho de familia y sucesiones*. Edit. Dykinson, Madrid, 2005, p. 146.

<sup>155</sup> Véase los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la STS 296/2017, de 12 de mayo de 2017.

Por una parte, estamos de acuerdo con la importancia del trabajo de los especialistas en la determinación del régimen de custodia. Por otra parte, discrepamos de la postura reticente que adoptan los letrados, por cuanto, en otros ámbitos del derecho civil se requiere peritos externos para dirimir o dar su opinión sobre un determinado tema<sup>156</sup>.

Por lo anterior, resulta irremplazable la participación de los especialistas en estos casos donde se dilucida la asignación de la custodia los hijos en una situación de separación, divorcio o desestructuración de unión de hecho. En cuanto a su dictamen, conviene puntualizar que no debe fundamentarse en conocimientos empíricos sin contrastar, motivados en experiencias o posturas personales, sino que su informe debe ser objetivo en función de la conducta del menor.

Otro aspecto que merece nuestro comentario es el término “especialistas debidamente cualificados”, al respecto, surge la interrogante de si hay especialistas que no se encuentren bien capacitados. En principio, toda persona que tiene una formación específica se asume que tiene los conocimientos necesarios como para desempeñar un determinado rol, esto no significa desmerecer a quienes en el transcurso de su vida profesional acumulen más experiencia o acumen más méritos. No obstante, un profesional que accede a un cargo en la administración de justicia se asume que tiene un conocimiento basto para desempeñar el rol asignado, puesto que, para acceder al cargo –en la mayoría de casos– se requiere haber superado una convocatoria o bien una oposición.

Motivo por el cual, hubiera sido conveniente que el legislador prescinda del término “debidamente cualificados” y en su lugar se adopte la denominación “equipos psico-asistenciales adscritos a la administración de justicia”. La labor de estos especialistas debe destacarse por su objetividad, a diferencia de los exámenes

---

<sup>156</sup> Por ejemplo, para la tasación de un bien inmueble.

o informes de especialistas privados que son solicitados e incorporados a pedido de las partes, que corren el riesgo de ser parcializados y articulados para respaldar la postura del progenitor que propone la consideración de esa prueba como factor determinante para que se le asigne la custodia de los hijos<sup>157</sup>.

Al respecto, es indudable que si uno o ambos progenitores aportan una prueba será para respaldar su postura, con la finalidad de que la custodia le sea favorable. Por ello, el informe técnico de los especialistas se convierte en un elemento determinante que dirime la controversia al respecto.

En ese sentido, hay quien manifiesta que, en el ámbito familiar, la labor que realizan tanto psicólogos como los graduados en trabajo social como parte de los equipos psicosociales de los juzgados, resulta determinante en lo que respecta las medidas a adoptar con relación a los hijos, aunque ello signifique salirse del esquema tradicional de resolución de controversias<sup>158</sup>.

### **3.1.5. El Equipo Técnico Judicial**

El legislador desde la regulación de la custodia compartida en el año 2005, le concede importancia a la participación del denominado Equipo Técnico Judicial. Es así, como se regula su participación en el numeral 6 y en el numeral 9 del art. 92 del CC.

Se asume que el término utilizado en el ámbito civil se toma del numeral 5 del art. 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> Vid. LORCA NAVARRETE, A. M., y DENTICI VELASCO, N. M. La regulación de la separación y el divorcio en la nueva Ley de Divorcio de 2005, con especial referencia a la mediación familiar, op. cit., pp. 62-64.

<sup>158</sup> UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. “Soluciones extrajudiciales de conflictos familiares: arbitraje, conciliación, mediación”, op. cit., p. 146.

<sup>159</sup> De forma textual, el numeral 5 del art. 777 de la LEC, prevé que: “Si hubiera hijos menores o hijos mayores con discapacidad y medidas de apoyo

Al respecto, consideramos acertada la postura del legislador en sentido de uniformar la terminología tanto en la normativa sustantiva como en la normativa adjetiva. En ese sentido, conviene preguntarse ¿Quiénes componen el Equipo Técnico Judicial?

Para ello, debemos remontarnos al Decreto de 30 de julio de 2004 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de forma concreta en el numeral 1 del art 4, establece que los equipos técnicos se encuentran integrados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales, entre cuyas funciones se resalta que deben asistir al Ministerio Fiscal en la elaboración de informes<sup>160</sup>.

---

atribuidas a sus progenitores, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y serán oídos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio hijo. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si este no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días”. Hacemos hincapié en el ámbito civil, por cuanto, el término Equipo Técnico Judicial ya se regula en el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que en al art 4. 1 regula el término objeto de análisis en el presente artículo.

<sup>160</sup> El art 4.1. Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, establece que: “Los equipos técnicos estarán formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales cuya función es asistir técnicamente en las materias propias de sus disciplinas profesionales a los jueces de menores y al Ministerio Fiscal, elaborando los informes, efectuando las propuestas, siendo oídos en los supuestos y en la forma establecidos en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y, en general, desempeñando las funciones que tengan legalmente atribuidas. Del mismo modo, prestarán asistencia profesional al menor desde el momento de su detención y realizarán funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado. Podrán también incorporarse de modo temporal o permanente a los equipos técnicos otros profesionales relacionados con las funciones que tienen atribuidas, cuando las necesidades planteadas lo requieran y así lo acuerde el órgano competente”.

Esto significa, que se encuentra conformado por profesionales de diferentes especialidades, con la finalidad de que los informes solicitados tengan una visión integral e interdisciplinaria y un enfoque objetivo, a diferencia del informe de un especialista en un ámbito, que sin premeditación puede enfocar un caso de forma subjetiva, con el correspondiente daño en la figura del menor.

En cuanto a las competencias que tiene el Equipo Técnico Judicial, en el numeral 6 del citado art. 92 del CC, se señala que:

En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

De la redacción textual de este numeral, se evidencia que las competencias del Equipo Técnico Judicial son un tanto ambiguas. En esa línea, se entiende que tiene potestad para solicitar al Juez que convoque a los menores para que sean oídos antes de determinar la modalidad de custodia. No obstante, se prevé también que el juez tiene esta potestad de oficio. En virtud de ello, se entiende que el rol del Equipo Técnico Judicial consiste en una especie de recordatorio en los supuestos que el juez no disponga de oficio oír a los menores. Al respecto, el juez siempre que los hijos tengan 12 años cumplidos debe oír al menor, en los demás casos, el menor debe ser oído de forma obligatoria por los miembros del Equipo Técnico Judicial.

Asimismo, en función de la regulación actual de este inciso, dado que se entiende que no es obligatorio oír a los menores, consideramos que la atribución de recordar al juez que en de-

terminados casos debe oír al menor le corresponde al Ministerio Fiscal, o bien a las partes. Por cuanto, el Equipo Técnico Judicial debe abocarse al estudio del menor en función de la modalidad de custodia a adoptarse. No obstante, consideramos que el legislador al regular este inciso de forma abierta, es decir, al no obligar al juez a oír a los menores en todos los supuestos, genera un margen de actuación discrecional que si bien se solapa con la facultad que otorga a las partes, o bien al Ministerio Fiscal o en su defecto al Equipo Técnico Judicial, se corre el riesgo de forma involuntaria de dejar de lado en algún caso la necesidad de oír al menor, porque puede ser que ni el juez, ni ninguno de los antes mencionados solicite que es necesario oír al menor.

Por su parte, el numeral 9 del art. 92 del CC, prevé que:

El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.

Al respecto, no se entiende el motivo por el cual, el legislador establece que el Equipo Técnico Judicial tiene la facultad de recabar un dictamen de especialistas cualificados. Esto, debido a que la composición del equipo es interdisciplinar, por lo que, se asume que tienen los conocimientos necesarios como para emitir un informe técnico especializado. En ese marco, consideramos que la participación de especialistas cualificados duplica el trabajo que debe asumir el Equipo Técnico Judicial. Además de ello, desde el ámbito del derecho adjetivo dilata el procedimiento, aspecto que no beneficia a los hijos en una situación de separación o divorcio, por cuanto, dilata la incertidumbre sobre la determinación de la custodia de los hijos.

Una segunda interpretación del contenido de este inciso conlleva entender que el Equipo Técnico Judicial tiene esta potestad, con la finalidad de solicitar un informe imparcial a cargo de los especialistas debidamente cualificados. No obstante, de ser así, cabe preguntarse si el informe del Equipo Técnico Judicial puede no ser objetivo. Se asume que este procedimiento tiene como finalidad reforzar la concreción del interés del menor desde la casuística, aspecto que se valora, aunque si el informe no coincide que es algo que puede ocurrir, entonces surge la siguiente interrogante ¿Qué informe prepondera ¿El informe del Equipo Técnico Judicial o el informe de los especialistas? Asumimos que debe preponderar dada la redacción actual el informe de los especialistas, toda vez que, se recurre a ellos a petición expresa del Equipo Técnico Judicial.

Del contenido de los numerales 6 y 9 del art. 92 del CC, consideramos recomendable que el legislador sobre este tema separe el análisis del ejercicio de la patria potestad y la custodia de los hijos, por cuanto, debemos tener presente que la custodia de los hijos es una figura propia de las familias desestructuradas.

### **3.1.6. Violencia doméstica, maltrato infantil y maltrato animal**

Sobre el tema, debemos remitirnos al numeral 7 del art. 92 del CC que prevé que:

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar 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 o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas.

En primer término, debemos puntualizar que el legislador regula en este numeral de forma general situaciones de violencia en la familia no solo en contra del otro cónyuge y los hijos, sino también los malos tratos en contra de los animales o inclusive la amenaza de causarlos, con la finalidad de ejercer una presión o causar miedo en contra de las víctimas de violencia.

Un aspecto que llama la atención en la redacción del presente inciso es el término “estar incurso”, que no termina de ajustarse al lenguaje técnico jurídico apropiado en estos supuestos, asumimos que el legislador se refiere a “estar imputado”, caso contrario, el término “estar incurso” motiva a entender que en una causa no solo el imputado se encuentra incurso, sino también el demandante. Aunque, estar condenado es el término más apropiado en esta situación concreta.

Al respecto, debemos señalar que el legislador inicialmente el año 2005, fecha de implementación de la custodia compartida no regulaba el maltrato animal como causa para descartar esta modalidad de custodia, ni menos la amenaza de maltratos a los animales. Sin duda, son temas sensibles que no dejan indiferente a nadie, por lo que, se valora de forma positiva su regulación<sup>161</sup>.

No obstante, así como destacamos la regulación del maltrato animal, somos críticos con la regulación general de este nu-

---

<sup>161</sup> Sobre el tema, se sigue la política de la Unión Europea previsto en el art. 13 del Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en vigencia desde 2010, que prevé sobre el bienestar de los animales su consideración como seres sensibles. Aunque, se debe puntualizar que su regulación se implementa con cierto retraso.

meral, puesto que, únicamente ha sido concebido para desvirtuar la aplicación de la custodia compartida. De esta forma, se tiene la impresión de que el legislador prioriza la regulación de la custodia unilateral, en detrimento de la custodia compartida.

Al respecto, se afirma, por una parte, que el legislador desde el año 2005 regula no solo la custodia unilateral, sino también la custodia compartida, aunque, por otro lado, limita la aplicación del régimen compartido en supuestos de violencia doméstica<sup>162</sup>.

En ese sentido, consideramos que lo más factible es regular la violencia doméstica, el maltrato infantil, y el maltrato animal como causales para evitar la aplicación de ambas modalidades de custodia de los hijos.

Si partimos de la definición de la violencia doméstica, por ejemplo, Martínez Gallego, afirma que comprende el uso deliberado de la fuerza, con la finalidad de tener bajo control a la pareja o a los hijos que conviven con el agresor, fuerza que no solo es de carácter físico, sino también de carácter psicológico o sexual<sup>163</sup>. No se observa de la definición que pueda estar orientada únicamente en función de penalizar una de las modalidades de custodia que regula el legislador.

Lo propio ocurre con la definición de maltrato infantil que contempla cualquier forma de violencia, perjuicio, o bien abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación mientras los hijos permanezcan bajo la custodia de

---

<sup>162</sup> MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.<sup>a</sup>. “Las recientes reformas del Derecho de Familia”. En FIGUEREO BURRIEZA, A. y IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup>. L. (Eds.), *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*. Edit. Comares, Granada, 2006, p. 67.

<sup>163</sup> MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.<sup>a</sup>. “El derecho ante la violencia doméstica”. En MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.<sup>a</sup> Y REGUERO CELADA, J. (Coords.). *Mujer y Empleo, Una estrategia para la igualdad*. Edit. Comares. Edit. Comares, Granada, 2004, p. 245.

sus progenitores<sup>164</sup>. Esto significa, que el maltrato infantil no es propio del progenitor o de la progenitora, por lo que, tomando en cuenta que cualquiera de los progenitores puede ser sujeto activo, tampoco resulta oportuno estigmatizar únicamente la aplicación del régimen compartido de custodia.

En cuanto a la regulación actual, la primera interrogante surge sobre el tema de la presunción de inocencia<sup>165</sup>. En esa línea, si como una medida de prevención se descarta la aplicación de la custodia compartida en supuestos donde haya una causa abierta por violencia doméstica o de género, *a priori* se favorece al hijo, porque se evita que el progenitor demandado pueda beneficiarse con esta modalidad de custodia. No obstante ¿qué ocurre si se absuelve al demandado?

Al respecto, conviene realizar dos lecturas, si se demuestra que la denuncia es falsa, lo lógico sería privar a la demandante de ambas modalidades de custodia, como una medida de resarcimiento a favor del progenitor perjudicado con la aplicación de la custodia compartida. De esta forma, se equilibraría la igualdad entre los progenitores antes y después de la denuncia. Pero, no es la solución óptima, puesto que, si bien se compensa la situación entre los progenitores, los hijos en estos supuestos son los más afectados, toda vez que, se les priva de relacionarse tanto con uno como con otro progenitor de forma injusta. Un factor que agrava este supuesto es el transcurso del tiempo, el crecimiento de los hijos no se detiene, por lo que, el tiempo de

---

<sup>164</sup> Véase. MORENO MANSO, J. M. *Maltrato infantil*. Edit. EOS, Madrid, 2002, p. 26.

<sup>165</sup> CORCOY BIDASOLO, M. “Qué aporta la LO 11/2003, en la incriminación de la llamada violencia doméstica. En MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.<sup>a</sup> y REGUERO CELADA, J. (Coords). *Mujer y Empleo, Una estrategia para la igualdad*, Edit. Comares. Edit. Comares, Granada, 2004, p. 177, sobre el tema, señala que la realización de supuestos hechos tipificados como delito, deben necesariamente ser probados por el acusador, caso contrario se debe determinar la absolución del acusado en virtud de *in dubio pro-reo*.

relación y contacto periódico que el hijo ha perdido con el progenitor demandado es irrecuperable<sup>166</sup>.

En esa línea, conviene recordar que en los supuestos de determinación de la modalidad de custodia, el principal parámetro rector es el interés de los hijos y no el interés de los padres. Por lo que, en estos casos, se requiere un alto grado de empatía y de respeto antes de iniciar de forma consciente una denuncia falsa.

Otro supuesto que se puede presentar en estos casos es que el acto o los actos de violencia en contra del demandante no pueden ser demostrados, debido a diversos factores como ser la habilidad o argucia del abogado de la parte demandada. En estos casos, debemos remitirnos a la sentencia, aunque cuesta asimilar esta decisión porque el daño real ha ocurrido, no obstante, no ha sido probado. Por lo que, cabe preguntarse ¿Quién es el afectado, el demandante o el demandado? Sin duda, en este supuesto resulta complicado contestar, aunque sin ánimo de ser reiterativo, son los hijos quienes sufren más con esta decisión, porque si bien no son parte del proceso, son los principales destinatarios de la modalidad de custodia que se determine.

Por su parte, conviene preguntarse el alcance del término violencia doméstica, puesto que, si la intención del legislador en la redacción de este numeral objeto de estudio comprende la violencia de género, entonces se evidencia una contraposición con el art. 57 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género (LOPIVG), que determina que la autoridad judicial en materia civil debe inhibirse de conocer el proceso y librar testimonio en el estado en que se encuentre, a los Juzgados de Violencia sobre la mujer, para que sea esta autoridad quien determine si ha existido violencia de género<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup> En igual sentido, GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. y OTERO CRESPO, M. “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio de la custodia compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, op. cit., pp. 98 – 100.

<sup>167</sup> Véase SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M.<sup>a</sup> A. y MARTÍNEZ GALLEGU, E. M.<sup>a</sup> (Coords). *Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Edit. Iustel, Madrid, 2005.

Al respecto, consideramos sin lugar a dudas, que quién tiene conocimiento especializado sobre el tema es el Juzgado de Violencia sobre la mujer. En ese sentido, corresponde suspender el proceso de separación o divorcio hasta que se emita una sentencia condenatoria o de absolución sobre el tema. El problema que ello genera es la dilatación del proceso de determinación del régimen de custodia con el consecuente daño a los hijos. En virtud de ello, la interposición de recursos que tengan como finalidad únicamente dilatar el proceso, con el objetivo de impedir que el progenitor acusado pueda acceder al beneficio de la custodia compartida, debe tomarse en cuenta por el juez que determinará el régimen de custodia aplicable como un elemento en contra de quien recurre a la retardación procesal.

Por otra parte, conviene analizar en la regulación del numeral 7 del art. 92 del CC, la relación de la violencia doméstica con el interés del menor, mejor dicho la confrontación entre el interés del menor y el interés de los progenitores. En esa línea, el factor determinante a tomar en cuenta es la relación de los progenitores con los hijos. Por lo que, siempre que exista buena relación entre el menor y el progenitor acusado de ejercer violencia, se debe priorizar el interés de los hijos.

En ese sentido, la STS de 11 de enero de 2023, afirma que el numeral 7 del art. 92 del CC, podría colisionar con el interés superior del menor previsto en el art. 39 de la CE, así como en los convenios internacionales, entre otros<sup>168</sup>.

En cuanto al maltrato infantil por parte de uno de los progenitores en contra de los hijos, desde nuestro punto de vista no resulta imprescindible esperar hasta la conclusión del proceso, para tener la certeza de que haya existido maltrato en contra de los hijos, sino que durante el proceso se puede comprobar la existencia de violencia física mediante la aportación de un certificado médico especializado.

---

<sup>168</sup> Véase la STS (Sala Primero de lo Civil) de 11 de enero de 2023. Rec. 8870/2021.

La disyuntiva sobre el maltrato infantil surge con los supuestos de maltrato psicológico ¿Cómo proceder en estos casos? Igualmente, consideramos que no es imprescindible esperar hasta que se pronuncie una sentencia condenatoria, sino que es suficiente un informe psicológico que demuestre que el menor ha sido víctima de maltrato psicológico.

De todas formas, si nos circunscribimos en rigurosidad al derecho adjetivo como tal, lo ideal es que exista una sentencia firme por maltrato infantil, hasta tanto ello no ocurra no se tendría que penalizar al supuesto progenitor maltratador con la prohibición de beneficiarse con la custodia compartida.

En esa línea, otro aspecto que se debe tomar en cuenta es la actuación del progenitor demandante, de forma previa a la denuncia, toda vez que, el hecho de que tome la iniciativa y denuncie un supuesto maltrato no significa que no tenga ninguna responsabilidad, por cuanto, se debe recordar que en el ámbito penal no solo existen delitos por acción, sino también por omisión<sup>169</sup>.

Asimismo, conviene analizar la relación entre la violencia doméstica y el maltrato infantil. En ese contexto, bien se afirma que las situaciones de violencia entre los cónyuges que presencian los hijos se consideran como una tipología de maltrato infantil, por cuanto, les genera un trauma emocional<sup>170</sup>.

No obstante, al igual que ocurre con las situaciones de violencia, lo más aconsejable es evitar que el progenitor maltratador se beneficie con alguna de las modalidades de custodia, por

---

<sup>169</sup> Sobre el tema, AMORÓS, P., y PALACIOS, J. *Acogimiento Familiar*, op. cit., p. 31, sostienen que el maltrato se produce por acción como también por omisión. La acción consiste en el hecho de golpear físicamente a un niño, o bien de obligarle a trabajar. En cambio, la omisión comprende la falta de atención a un niño y no asumir defensa en favor de quien es atacado sexualmente.

<sup>170</sup> Véase. AMORÓS, P., y PALACIOS, J. *Acogimiento Familiar*, op. cit., pp. 37-41.

lo que, no es aconsejable limitar el castigo con la inviabilidad de determinar la custodia compartida. En el caso de que los hijos se queden sin la custodia de sus progenitores, se presenta como alternativa la figura del acogimiento, o bien la guarda institucional.

En ese sentido, considerando que tanto el acogimiento como la guarda institucional son soluciones temporales, conviene preguntarse en estos supuestos si la rehabilitación del progenitor maltratador le permite de forma automática recobrar el derecho a solicitar la custodia de los hijos.

La rehabilitación del progenitor maltratador no implica que de forma automática se beneficie con la custodia compartida, por cuanto, se debe preponderar el interés de los hijos. Así, por ejemplo, debido al tiempo transcurrido puede ser probable que el menor ya no tenga interés en tener contacto con el progenitor interesado, inclusive es posible que el menor haya desarrollado un sentimiento de rechazo hacia el progenitor maltratador<sup>171</sup>.

Asimismo, se debe analizar no solo si el progenitor se ha rehabilitado, sino también si el hijo ha superado las secuelas ocasionadas por el maltrato recibido. En esa línea, la situación se agrava si son varios hijos, por cuanto, es posible que unos hayan superado los daños ocasionados y otros no, por lo que, si se parte del hecho de que no se debe separar a los hermanos, la aplicación de la custodia compartida se torna inviable.

Por su parte, el numeral objeto de estudio en este epígrafe castiga con la privación de acceder al beneficio de la custodia compartida no solo en supuestos de violencia doméstica, maltrato infantil y animal, sino que el legislador regula también supuestos de tentativa de homicidio, privación de libertad, o

---

<sup>171</sup> Al respecto, PAGÉS, I. y CRIVILLE, M. *Hijos y Divorcio*. Edit. Martínez Roca, 2002, p. 98, sostienen que es posible que el menor que haya sufrido malos tratos sienta una angustia fóbica al estar en contacto con el progenitor de quien ha recibido maltrato.

cuando se atente contra la dignidad del otro cónyuge, o bien de los hijos. En el caso de los hijos, se castiga también el hecho de que se atente contra el desarrollo normal de su sexualidad.

Al respecto, consideramos que el legislador con el ánimo de proteger tanto al cónyuge como a los hijos regula una serie de actos jurídicos que normalmente requieren un análisis extenso en la norma sustantiva que no es propio del derecho de familia. Esto no significa, que se desaconseje su regulación, sino que se regule y se clasifique de forma separada los diferentes supuestos que se plantean en el contenido de este numeral.

A modo de ejemplo, conviene hacer mención a la indemnidad sexual que el legislador regula en este numeral, sin duda ante todo se debe proteger a los hijos que son quienes se encuentran en situación de desventaja debido a que se encuentran en etapa de formación. No obstante, se requiere una regulación más amplia tomando en cuenta que la concepción tradicional de la familia ha experimentado cambios en los últimos tiempos. En esa línea, surge la siguiente interrogante ¿Qué tipo de formación deben recibir los hijos de padres que tienen una misma identificación sexual? Son temas relativamente nuevos que no dejan de ser sensibles, por lo que, lo mejor que se puede hacer es ofrecer una regulación que no se limite solo a nombrar el acto ilícito. En este caso, de forma concreta consideramos que los hijos deben desarrollar su formación sexual de forma natural sin que haya una influencia ni direccionamiento en uno u otro sentido.

Igualmente, como ya se manifestó anteriormente se tiene la idea de que el legislador no es tolerante al momento de establecer los requisitos que hacen viable la custodia compartida en un supuesto concreto, porque con la actual regulación se tiene la impresión de que se es benevolente con los requisitos que se requieren para determinar la aplicación de la custodia unilateral.

Por último, el tema relacionado al maltrato animal genera la siguiente interrogante ¿Qué consecuencias conlleva con relación a la determinación de su custodia? ¿Qué ocurre con la custodia de los animales? Asumimos que la inviabilidad de la custodia compartida de los hijos es extensible a la custodia de los animales, puesto que, no resulta lógico que el progenitor maltratador de animales se beneficie con su custodia. Sin embargo, consideramos que es recomendable regular el maltrato animal y la regulación de la custodia de forma concreta en un capítulo concreto.

### **3.1.7. A solicitud previa de uno de los progenitores**

Sobre el tema, se debe recurrir al numeral 8 del art. 92 del CC, que establece lo siguiente:

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.

En principio, debemos observar que el legislador utiliza el término “partes” en lugar de progenitores. En ese sentido, hubiera sido oportuno utilizar el término progenitores, puesto que, es a quienes corresponde solicitar o en todo caso beneficiarse con la aplicación en este supuesto de la custodia compartida. Esto, debido a que nos remite al numeral 5 del art. 92 del CC, que señala que se acordará el régimen compartido de custodia a solicitud de los “padres”.

No obstante, en sentido amplio asumimos que el término “partes” implica en este caso la posibilidad de que un tutor en representación de uno de los progenitores solicite la aplica-

ción de la custodia compartida. Aunque, resulta complicado imaginar, que un curador solicite la aplicación de la custodia compartida.

Sobre el tema, resulta llamativo que, así como uno de los progenitores se encuentra facultado a solicitar ante la autoridad judicial la aplicación de la custodia compartida, el otro progenitor tiene la potestad de negarse a que se aplique esta modalidad de custodia. Por lo que, de facto en la práctica estamos ante una especie de derecho a veto que tienen los progenitores para la implementación de la modalidad compartida de custodia<sup>172</sup>.

En esa línea, conviene resaltar que el legislador en primera instancia confiere a los progenitores la posibilidad de vía convenio regulador acordar la custodia compartida. Sin embargo, implícitamente también los progenitores pueden oponerse a su aplicación ante autoridad judicial.

Por ello, resulta oportuno destacar que la identificación de los padres con la custodia compartida y de las madres con la custodia unilateral, en lugar de favorecer la consolidación de la modalidad compartida, fomenta su rechazo.

De lo anterior, no se pretende limitar la opinión y la participación de los progenitores para objetar una determinada modalidad de custodia —en este caso el régimen compartido—, sino que la objeción sea fundamentada, coherente y acorde al caso concreto si se pretende una resolución judicial favorable sobre la custodia, lo contrario significa dilatar el proceso, con el consecuente daño a la figura de los hijos.

Asimismo, resulta oportuno destacar que no es suficiente que uno de los progenitores solicite la asignación de la custodia compartida, sino que el juez debe valorar el informe del

---

<sup>172</sup> Criterio que asumen GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. y OTERO CRESPO, M. “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio de la custodia compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, op. cit., pp. 97 y 98.

Ministerio Fiscal. Al respecto, cabe puntualizar que el legislador inicialmente el año 2005 establecía que el informe del Fiscal debía ser “favorable”, término que fue derogado debido a un recurso de inconstitucionalidad<sup>173</sup>.

Sin embargo, se presume que el informe debe ser positivo, porque caso contrario si el informe del fiscal es negativo entonces no procede la aplicación de la custodia compartida. La condición *sine qua non* para que el juez requiera la aplicación del régimen compartido es que su aplicación favorezca el interés superior del menor.

Otro aspecto que conviene analizar es el poder de decisión que tiene el juez en este caso, si bien será quién determine si es factible la aplicación de la custodia compartida a solicitud de uno de los progenitores, se entiende que solo puede dictaminar la viabilidad del régimen compartido, si además de la solicitud de uno de los progenitores hay un requerimiento positivo de parte del fiscal. Esto, debido a que no resulta comprensible que el juez dictamine la aplicación del régimen compartido si el fiscal se opone a ello. De darse este supuesto, es decir que el fiscal se oponga y el juez se encuentre a favor de la custodia compartida cabe preguntarse ¿Qué sentido tiene solicitar al fiscal un informe si de todas formas el juez se apartará de ello?

Además, conviene puntualizar que en sentido restringido, en el ámbito del derecho adjetivo quien tiene jurisdicción y

---

<sup>173</sup> Sobre el tema véase la Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012, sobre Cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006, planteada por la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria (sección quinta) en relación con el artículo 92.8 del Código civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, sobre derecho a la tutela judicial efectiva, exclusividad jurisdiccional y principio de protección a la familia: nulidad parcial del precepto legal que, en los procesos de separación y divorcio en los que no medie acuerdo entre los padres, supedita al informe favorable del Ministerio Fiscal la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida de los hijos menores de edad. Voto particular. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14060>

competencia para conocer y decidir sobre la modalidad de custodia es el juez, por lo que, dada la configuración actual se tiene la impresión de que el legislador le concede poder de decisión al fiscal. En ese marco, se critica la concesión de jurisdicción a quien no la tiene<sup>174</sup>. Aunque, consideramos que más que jurisdicción se le concede competencia al fiscal, porque el juez en ningún caso perderá jurisdicción. De una u otra forma, resulta contraproducente sobreponer el requerimiento del fiscal a la decisión del juez.

Esto significa, que el juez no puede determinar de oficio la aplicación de la custodia compartida, al respecto, cabe preguntarse ¿Qué ocurre si el juez detecta que la mejor alternativa en función del interés del menor es la aplicación del régimen compartido? En virtud de ello, se afirma que en estos casos la mejor opción es facultar al juez a decidir de oficio la factibilidad de la modalidad compartida en función del beneficio del menor, tomando en cuenta su edad y su grado de madurez<sup>175</sup>.

Sobre el tema, si bien no es factible condicionar la decisión del juez a la solicitud de uno de los progenitores, o bien al informe del fiscal, consideramos dada la sensibilidad del tema, especialmente debido a que de por medio de encuentran los hijos, ya sea para determinar una u otra modalidad de custodia, el informe de los especialistas es vital en estos casos para que el juez pueda respaldar su decisión no solo en base a argumentos jurídicos, sino también en base a lo que es mejor para los hijos desde otros ámbitos, por ejemplo, la psicología.

---

<sup>174</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Matrimonio y divorcio*, op. cit., p. 171.

<sup>175</sup> Al respecto, PASTOR VITA, F. J. “Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 28, 2005, p. 46, además señala, que el juez debe manifestar su complacencia sobre el sistema compartido de custodia. Desde nuestro punto de vista, no es un requisito determinante que muestre inclinación por la aplicación de este sistema, porque de ocurrir ello se corre el riesgo de perder objetividad, que es precisamente lo que se quiere que prevalezca en la determinación de la custodia, que el juez adopte decisiones objetivas en beneficio del menor.

Otro aspecto que resulta llamativo es la facultad que se le otorga a cualquiera de los progenitores a solicitar la modalidad compartida de custodia. Al respecto, se deduce que los progenitores de mutuo acuerdo no han podido consensuar la aplicación del sistema compartido. Sobre el tema, conviene preguntarse si el motivo por el cual el legislador regula la posibilidad de solicitar unilateralmente la determinación del régimen compartido. Esto, debido a que, si uno de los progenitores se encuentra en desacuerdo con el régimen compartido, eso significa que prefiere la custodia unilateral, por lo que, al progenitor que solicita de forma unilateral la custodia compartida le sería más factible solicitar también la custodia unilateral.

De lo anterior, consideramos que el progenitor que recurre de forma unilateral a la determinación de la custodia compartida se encuentra en situación de desventaja, porque en caso de denegarse la custodia compartida tampoco podrá acceder a la custodia unilateral.

Una segunda lectura sobre el tema consiste en que el progenitor que solicita la custodia compartida de forma unilateral no tiene la posibilidad, o bien los recursos –llámese vivienda familiar– para hacer efectiva la custodia unilateral. No obstante, si eso ocurre para asumir la custodia unilateral, tampoco podrá hacer efectiva la custodia compartida.

Una tercera lectura a favor de la custodia compartida consiste en que el legislador faculta a una de las partes de forma adicional a solicitar la aplicación de la custodia compartida ante autoridad judicial, aspecto que no ocurre con la figura de la custodia unilateral.

Sin embargo, para la asignación de la custodia compartida a solicitud de uno de los progenitores, el legislador no debería condicionar su aplicación a un informe positivo del fiscal. Esto, con la finalidad de que la custodia compartida, así como la custodia unilateral se encuentren reguladas en igualdad de condiciones. Los condicionamientos a los que es sometida la aplica-

ción previa de la custodia compartida, únicamente nos llevan a deducir que el legislador se decanta por la custodia unilateral.

De todas formas, consideramos que si los progenitores que son quienes mejor conocen a sus hijos no pueden consensuar sobre el régimen de custodia aplicable, resulta complicado imaginar que el juez o el fiscal tengan la posibilidad de conocer mejor a los hijos, puesto que, apenas tendrán contacto con los menores. En virtud de ello, se asume que de esta forma los excónyuges pierden la mejor oportunidad para que los hijos experimenten lo menos posible las consecuencias de la ruptura de sus progenitores, por cuanto, quien pierde en estas situaciones son los hijos. Sin duda, uno de los dos progenitores es más responsable que el otro, por cuanto, en casos donde es difícil consensuar, lo aconsejable es que uno de ellos ceda no por satisfacer al otro progenitor, sino por precautelar el bienestar de los hijos en función de su desarrollo.

Al respecto, se deben fomentar otros medios alternativos antes de que uno de los progenitores decida acudir irremediablemente ante una autoridad judicial, por ejemplo, la figura de la mediación familiar que, aunque no termina de consolidarse permite a los progenitores tener un contacto más cercano y hasta íntimo en procura de que entren en cordura y acuerden la modalidad de custodia de sus hijos.

Por lo que, del contenido general del numeral objeto de estudio en este epígrafe, lo único que no ofrece dudas es que cualquier decisión que se tome debe estar enfocada en el interés del menor, aunque su determinación, lastimosamente, se envuelve en un manto de discrecionalidad variable, por cuanto, la postura sobre el interés del menor puede variar desde la perspectiva del juez y del fiscal.



## CAPÍTULO IV

# LOS CRITERIOS PARA APLICAR LA CUSTODIA UNILATERAL O LA CUSTODIA COMPARTIDA

### 4.1. MODALIDADES APLICABLES DE CUSTODIA UNILATERAL Y CUSTODIA COMPARTIDA

En el caso de la custodia unilateral o exclusiva, la disyuntiva se encuentra en función de asignar el régimen de visitas o comunicación al progenitor no custodio, que según sea el caso se puede determinar un sistema rígido de fines de semana, o bien ampliado a los días entre semana. No obstante, la determinación del periodo de comunicación debe ser real y aplicable.

Al respecto, en el caso del régimen de comunicación intersemanal se debe valorar la disponibilidad del progenitor no custodio<sup>176</sup>. Así pues, se tienen las siguientes alternativas:

- Régimen de comunicación durante los fines de semana con pernoctación de viernes a sábado o de viernes a domingo.
- Régimen de comunicación los fines de semana sábados y domingo sin pernoctación en el domicilio del progenitor no custodio.

---

<sup>176</sup> ORDÁS ALONSO, M. Custodia monoparental con régimen de visitas amplio versus custodia compartida. Más allá del nomen, op. cit., p. 1411. En esa línea, se señala que no tiene sentido recoger al menor de su centro educativo, si el progenitor no custodio tiene que trabajar en horario de tarde.

- Régimen de comunicación los fines de semana con pernoctación y entre semana por horas.
- Régimen de comunicación los fines de semana y entre semana por horas sin pernoctación en ambos casos.
- Régimen de comunicación entre los días de semana con pernoctación entre uno o a tres días como máximo.
- Régimen de comunicación entre los días de semana por horas sin pernoctación.
- Régimen de comunicación y estancia; mensual, trimestral, semestral, o bien anual. Este supuesto es exclusivo para las familias transnacionales y su periodo de duración es variable, se extiende como máximo al periodo de vacaciones.

Como se puede observar, la custodia unilateral nos ofrece una variedad de alternativas. En ese sentido, se destaca el hecho de que el sistema rígido de un régimen de visitas limitado a los fines de semana ha quedado superado. La única limitación que tienen los regímenes de comunicación abiertos consiste en que no superen los 3 días, excepto en el caso de las familias transnacionales, porque se desnaturaliza su finalidad y se ingresa en el campo de la custodia compartida, que como característica principal tiende a distribuir de forma proporcional el tiempo de los hijos en favor de ambos progenitores para que alternen la convivencia con ellos.

En cuanto a las modalidades de custodia compartida, no existe una clasificación uniforme que determine los modelos a seguir, por cuanto, dependerá de cada situación en concreto, en función de la situación en la que se encuentran los hijos y los progenitores. No obstante, la barrera que separa al régimen compartido del régimen unilateral es el tiempo de duración, que en teoría es el 50%, sin que esto signifique, una operación matemática de suma y división.

Al respecto, de forma atinada se señala que en el régimen compartido lo imprescindible es que los periodos de alternancia se ejerzan de forma equitativa antes que igualitaria, aspec-

to que implica determinar cuantitativamente el tiempo y frecuencia, así como cualitativamente en función de la crianza del menor<sup>177</sup>.

En función de ello, la doctrina acepta la siguiente clasificación:

#### 4.1.1. Lugar de ejercicio de la custodia compartida

Esta modalidad se clasifica en tres sub-modalidades; custodia compartida simultánea, custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los hijos y custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los hijos<sup>178</sup>.

El común denominador de esta subdivisión es la permanencia o movilidad de los hijos entre los domicilios de los excónyuges, por lo que, conviene analizar las características de cada una de ellas.

— Primero, la custodia compartida simultánea. Esta modalidad llama la atención, porque si bien es cierto que la estructura familiar se rompe, los progenitores deciden permanecer en el domicilio familiar<sup>179</sup>. Es una situación *sui generis*, toda vez que, a pesar de que los progenitores se separan o se divorcian, o bien se desestructura la unión de hecho deciden cohabitar en el mismo espacio.

Desde nuestro punto de vista, es la mejor alternativa, porque los hijos no tendrán que trasladarse de un domicilio a otro. No obs-

---

<sup>177</sup> Véase PINTO ANDRADE, C. “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución”, op. cit., pp. 146, 147 y 166.

<sup>178</sup> GODOY MORENO, A. “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa”, op. cit., p. 330.

<sup>179</sup> Sobre el tema, PÉREZ MARTÍN, A. J. “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores”, op. cit., p. 110, además de ello, sostiene que la vivienda familiar puede ser dividida en dos.

tante, se necesita un alto componente de madurez, porque no será fácil convivir en una relación de cohabitación con quien hasta el momento de la separación fungía como compañero/a de vida.

Por ello, consideramos que en la vida real esta opción se implementa no tanto por voluntad de los progenitores, sino por necesidad, por cuanto, debido a la situación económica de los cónyuges o de uno de ellos no se pueden permitir vivir en dos domicilios diferentes. Esto significa, que conviven después de la ruptura más que por voluntad por necesidad. Por tanto, se corre el riesgo de que no tengan la capacidad de relacionarse bien luego de la ruptura, con lo cual el ejercicio de la custodia compartida será inviable.

En ese contexto, se asume que los progenitores no han congeñado entre sí, aspecto que repercute desde la compatibilidad de caracteres hasta el mantenimiento del orden y la limpieza del hogar<sup>180</sup>.

Asimismo, conviene puntualizar que si los excónyuges cohabitan en el mismo espacio con un alto grado de desavenencias no solo la custodia compartida será inviable, sino también la custodia unilateral.

Por último, resulta oportuno señalar que esta modalidad puede ser aplicable hasta tanto los excónyuges no decidan rehacer su vida sentimental de forma oficial. En caso de que ello ocurra, uno de los progenitores está obligado a salir del ex domicilio conyugal, caso contrario es probable que la relación con el excónyuge, o bien inclusive con los hijos adquiera un alto grado de conflictividad.

— Segundo, la custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los hijos<sup>181</sup>. A diferencia de la prime-

---

<sup>180</sup> PÉREZ SALAZAR RESANO, M. "Patria potestad". En GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*. Edit. Sepín, Madrid, 2005, p. 198.

<sup>181</sup> Véase PÉREZ MARTÍN, A. J. "Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores", op. cit., p. 110.

ra variante, esta alternativa repercute de forma positiva en los hijos, porque son los progenitores quienes de forma alternada tienen que dejar periódicamente el ex domicilio conyugal. Si bien los excónyuges dejan de cohabitar de forma conjunta, consideramos que el hecho de que los hijos no tengan que dejar el domicilio familiar para visitar y pernoctar en el domicilio del otro progenitor favorece su estabilidad emocional.

Esta alternativa ha sido acogida por el Juzgado de Primera Instancia de Cerdanyola del Vallés de 4 de febrero de 2003 y por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 6 marzo de 2005, que determinan la custodia compartida trimestral de los hijos<sup>182</sup>. La misma modalidad de custodia adopta el Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 19 de julio de 2007, aunque de forma semanal con el uso de la vivienda familiar a favor de cada progenitor por periodos alternativos de un año<sup>183</sup>.

Esta modalidad implica que los excónyuges tengan estabilidad económica, porque solo uno de ellos, gozará de la vivienda familiar, esto conlleva que durante los periodos que los progenitores no ejerzan la alternancia de los hijos, les corresponde habitar en otra vivienda. Por lo que, se asume esta modalidad precautelando la estabilidad de los hijos, sin embargo, su movilidad dependerá de su edad, mientras más cerca de la mayoría de edad se encuentren los hijos es más posible que prefieran adoptar un domicilio itinerante por temporadas en uno u otro domicilio de sus progenitores.

Esta opción será viable siempre y cuando las viviendas sean propiedad de los excónyuges, porque asumir un arriendo implica una erogación económica adicional de pago de arrendamiento, que se puede convertir en una prestación inviable

---

<sup>182</sup> Véase la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Cerdanyola del Vallés de 4 de febrero de 2003 y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 6 marzo de 2005.

<sup>183</sup> Véase la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 28, de 19 de julio de 2007.

de cumplir, tomando en cuenta que el arrendamiento de pisos sube de forma constante<sup>184</sup>.

— Tercero, la custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los hijos. Esta es la modalidad tradicional de custodia compartida que contempla la cohabitación de los hijos con ambos progenitores en sus respectivos domicilios de forma alternada<sup>185</sup>. Lo más lógico, luego de la desestructuración de la familia es que uno de los progenitores abandone el domicilio familiar para siempre.

En ese sentido, se afirma que al existir dos domicilios la custodia de los hijos debe compartirse de forma igualitaria<sup>186</sup>. Una distribución igualitaria, no es aplicable en todos los casos, porque las características de cada familia son diferentes, por lo que, la distribución del tiempo debe ser equitativa, preponderando por sobre todo, que exista una relación periódica y estable tanto con la madre como con el padre.

Desde nuestro punto de vista, esta modalidad permite a cada progenitor en su espacio personal criar y formar a los hijos en el tiempo que tenga concedida la convivencia, de acuerdo con sus hábitos y costumbres. De esta forma, los hijos se formarán en dos ambientes diferentes sin que exista el riesgo de que las directrices de un progenitor sean desautorizadas por el otro, es decir, cada uno en su espacio que le corresponde. Al respecto, conviene aclarar que no se trata de ejercer un modelo de custo-

---

<sup>184</sup> MARTÍNEZ GALLEGU, E. M.<sup>a</sup>. “Las recientes reformas del Derecho de Familia”, op. cit., p. 268.

<sup>185</sup> Son numerosas las resoluciones judiciales que se decantan por esta modalidad de custodia compartida, entre otras: La SAP de Valencia (sección 6<sup>a</sup>), de 27 de mayo de 1997, la SAP de Alicante de 7 de julio de 1997, la SAP de Valencia de 1 de septiembre de 1997, la SAP de Madrid (sección 22<sup>a</sup>), de 20 de abril de 1999 y la SAP de Valencia de 30 de julio de 1999.

<sup>186</sup> PÉREZ MARTÍN, A. J., “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores”, op. cit., p. 110, sobre el tema, sostiene que los excónyuges deben dividirse la convivencia de los hijos al 50%, esto conlleva a que los hijos pernocten 183 días cada año en el domicilio de cada progenitor.

dia autoritario de custodia durante la alternancia, sino que la relación progenitor-hijo fluya en sentido positivo, esto porque uno de los tantos motivos que conllevan la desestructuración de la familia es la falta de armonía entre los progenitores al momento de criar a sus hijos.

#### **4.1.2. La custodia compartida según el ejercicio de la patria potestad**

Esta clasificación es una réplica de los sistemas de ejercicio de la patria potestad en situaciones de separación, ruptura matrimonial o desestructuración de la unión de hecho<sup>187</sup>.

En principio parece la solución más adecuada tomando en cuenta que la custodia se origina del ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, la custodia tiene características particulares que limitan su competencia a los actos cotidianos que conlleva la relación con los hijos. En esa línea, si se quiere establecer una similitud con el ejercicio de la patria potestad, conviene puntualizar únicamente a los actos usuales más no a los actos extraordinarios que necesariamente requieren el consentimiento de ambos progenitores.

A continuación, analizaremos los cuatro sistemas de ejercicio de la patria potestad asimilados como modalidades de implementación de la custodia compartida:

— Primero, la custodia compartida y el ejercicio conjunto de la patria potestad. Esta modalidad asumimos que se ajusta a las desestructuraciones consensuadas de las familias.

En sentido amplio, si los progenitores han consensuado el ejercicio compartido de la autoridad parental es altamente probable que el ejercicio de la patria potestad también fluya sin

---

<sup>187</sup> GODOY MORENO, A. “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa”, op. cit., pp. 329-330.

contratiempos en los periodos que cada uno de los progenitores tenga asignado. En cambio, en sentido restringido, la custodia compartida se limita al tiempo real de convivencia con uno y otro progenitor, aspecto que conlleva únicamente los actos usuales del ejercicio de la autoridad parental, por lo que, no puede subsumirse en su totalidad al ejercicio conjunto de la patria potestad.

— Segundo, la custodia compartida y ejercicio total alterado de la patria potestad por parte de un progenitor. Esta modalidad se ajusta más a las situaciones de crisis matrimoniales, porque cada progenitor a su turno al asumir la custodia de los hijos asume el ejercicio de la patria potestad.

Una diferencia que conviene puntualizar con relación al ejercicio alternado de la patria potestad y la custodia de los hijos consiste en que los actos usuales que comprenden el ejercicio de la patria potestad deben ser comunicados al progenitor no custodio, en cambio, no ocurre lo propio con los actos cotidianos que comprenden la custodia de los hijos.

Otra diferencia, que puede ser motivo de desavenencias es la responsabilidad por los actos que realizan los hijos, es así que como parte del ejercicio de la patria potestad, ambos progenitores son responsables, no así en lo que respecta la custodia de los hijos donde la responsabilidad la debe asumir de forma plena el progenitor custodio.

— Tercero, la custodia compartida y ejercicio parcial de la patria potestad por parte de un progenitor. Esta modalidad resulta complicado asimilar a la custodia, porque limita aún más el contenido del ejercicio de la patria potestad.

En esa línea, si en las anteriores dos sub-modalidades del ejercicio de la patria potestad se observa que solo contempla el ejercicio de los actos usuales que comprende la patria potestad, con una distribución parcial de la autoridad parental se corre el riesgo de que la custodia de los hijos tenga más contenido que el ejercicio de la patria potestad.

Asimismo, si bien las funciones que comprende la patria potestad de acuerdo con esta clasificación se pueden distribuir parcialmente, por ejemplo, de acuerdo con las habilidades de cada uno de los progenitores, no ocurre lo mismo con las funciones que comprende el ejercicio de la custodia compartida.

— Cuarto, la custodia compartida y ejercicio distribuido de la patria potestad. Al igual que en la anterior subclasificación es factible la distribución del ejercicio de la patria potestad más no las funciones de la custodia compartida.

Sobre el tema, se afirma que la alternancia tiene lugar solo con relación al cuidado de los hijos. En cambio, el ejercicio de la patria potestad debe permanecer de forma conjunta<sup>188</sup>.

A respecto, se tienen dos lecturas:

- Se ha consensuado sobre el régimen de custodia de los hijos, más no sobre el ejercicio conjunto de la autoridad parental.
- Se ha tenido la capacidad de distribuir tanto sobre el contenido del ejercicio de la patria potestad, así como sobre el ejercicio alternado de la custodia de los hijos.

De las cuatro sub-modalidades que comprende esta clasificación no se puede asimilar en su totalidad al ejercicio de la patria potestad, porque apenas conlleva la realización de los actos usuales más no los actos extraordinarios y menos la titularidad de la patria potestad. En ese sentido, su contenido tiende a desnaturalizar el contenido de la autoridad parental. Una alternativa que puede servir como atenuante para subsumir la custodia compartida al ejercicio de la patria potestad consiste en determinar el lugar de ejercicio de la alternancia. Aunque de ocurrir ello, ya no sería una modalidad independiente, sino mixta, que no es nuestra intención, por cuanto, se trata de es-

---

<sup>188</sup> Véase GUILARTE MARTÍN – CALERO, C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 159.

tablecer una clasificación sobre las modalidades de la custodia compartida.

### **4.1.3. La custodia compartida según el reparto de tiempo**

Esta modalidad de régimen compartido se caracteriza por el reparto de tiempo entre los progenitores, aunque en este trabajo hemos puntualizado de que esta modalidad no se limita a realizar una ecuación matemática de división al 50 %, porque el universo de desestructuraciones familiares puede ser parecido, pero en esencia en cuanto a los actores y las circunstancias son diferentes.

En esa línea, resulta complicado establecer una clasificación fija, por cuanto, ya sean los progenitores mediante el convenio regulador, o bien la autoridad judicial tienen libertad para repartir la alternancia de forma discrecional, siempre y cuando su aplicación sea realizable.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que la libertad para determinar la alternancia según el tiempo disponible de los progenitores y de los hijos ofrece únicamente ventajas. Por lo que, cada situación donde se prevé la aplicación de la custodia compartida puede ser configurada a medida y necesidad de los actores.

En ese marco, los acuerdos vía convenio regulador, o bien vía judicial contemplan periodos de alternancia; anuales, semestrales trimestrales, mensuales, semanales, por días, o por calendario académico<sup>189</sup>. Al respecto, llama la atención que in-

---

<sup>189</sup> Por ejemplo:

La SAP de Castellón de 10 de abril de 2003, adopta un régimen semanal de custodia compartida.

La SAP de Baleares de 19 de abril de 1999, regula una alternancia quincenal.

clusive se otorga una especie de carta blanca a favor de los hijos para que ellos puedan determinar el tiempo de convivencia con cada progenitor<sup>190</sup>.

De todas formas, corresponde fijar periodos de alternancia entre ambos progenitores que no se extiendan por mucho tiempo, que comprendan desde la fijación por días hasta un mes como máximo, esto con la finalidad de que la alternancia tenga un tiempo periódico, caso contrario los periodos de convivencia largos si bien favorece la relación con un progenitor perjudica la relación con el otro, puesto que, se puede generar en los hijos un sentimiento de ausencia del otro progenitor.

La determinación de la periodicidad –lastimosamente– no depende únicamente de la predisposición de los excónyuges, sino de otros factores externos. En ese sentido, si los progenitores y los hijos han formado una familia transnacional y residen en países diferentes, distantes el uno del otro, la periodicidad se encuentra condicionada, al tema laboral y a los recursos económicos, entre otros.

## 4.2. EL INTERÉS DEL MENOR

El interés superior del menor se constituye en el criterio rector a valorarse antes de la determinación de la custodia unilateral, o bien de la custodia compartida.

Por ello, resulta primordial determinar el contenido, o bien la definición del término interés del menor. Es así, que vanos

---

La SAP de Valencia de 22 de abril de 1999, implementa un régimen mensual de alternancia.

La SAP de Alicante de 7 de julio de 1997, adopta una alternancia semestral.

<sup>190</sup> Véase la SAP de Asturias (sección 4ª) de 15 de junio de 2000, determina que será el menor quien decida la frecuencia de la alternancia con sus progenitores.

han sido los intentos por la doctrina en adoptar una definición uniforme sobre su alcance. En esa línea, se señala que su contenido es variable en función de la persona que define su contenido<sup>191</sup>.

Así, por ejemplo, se afirma que el interés superior del niño conlleva determinar lo que es bueno y sano en su vida, que comprende desde la protección de sus derechos hasta el desarrollo autónomo de su personalidad mediante una formación integral<sup>192</sup>.

Lo anterior, antes que aclarar la concepción del término interés del menor, genera una serie de dudas sobre su alcance que resulta complicado justificar, por ejemplo ¿Qué se entiende por bueno para un menor? ¿Cómo se protegen sus derechos? ¿En qué consiste la protección integral?

En virtud de ello, la doctrina coincide en afirmar que el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, que se debe determinar ante un caso concreto como única solución<sup>193</sup>.

En esa línea, nuestro objetivo con relación al tema es determinar lo mejor para los hijos, de las dos opciones posibles de

---

<sup>191</sup> GUILARTE MARTÍN – CALERO, C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 147.

<sup>192</sup> VILLAZÓN DELGADILLO, M. *Familia, Niñez y Sucesiones*. Edit. Tupac Katari, Bolivia, 2000, p. 168. Igualmente, SANTOS URBANEJA, F. “¿Qué significa el interés del menor?”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 15, 2002, p. 271. Sobre la formación integral PAGÉS I CRIVILLÉ, M. *Hijos y Divorcio*, op. cit., p 25, puntualiza que esta comprende el ámbito escolar, cultural, social, moral y religioso. Al respecto, consideramos que el tema religioso dependerá de la creencia de los progenitores o mejor dicho si tienen una creencia o no.

<sup>193</sup> Entre otros, WARDA, G. *Dogmatische Grundlagen des Richterlichen Ermessens in Strafrecht*, Edit. Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, 1962, p. 25. GARCÍA ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo I*, Edit. Dykinson, Madrid, 2022, p. 446. Sobre el tema, VARELA GARCÍA, C. Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto, *Actualidad Civil*, núm. 12, 1997, p. 264, además, señala que es un concepto jurídico indeterminado abstracto.

custodia de los hijos que regula el legislador priorizando ante todo su interés.

Al respecto, se sostiene que la indeterminación del interés del menor en situaciones de crisis matrimoniales comprende dos fases; la determinación propia de ese interés y la determinación de la modalidad de custodia aplicable<sup>194</sup>.

Esto significa, que la determinación del interés de los hijos en situaciones de ruptura matrimonial o desestructuración de la unión de hecho será variable en cada caso.

El lado positivo de la concepción del interés del menor como concepto jurídico indeterminado faculta a quienes determinarán su interés a no regirse por una fórmula única establecida en la norma sustantiva, sino que le permite configurar su contenido de forma individual y flexible.

En cambio, el lado negativo de la indeterminación del interés del menor abre la posibilidad de ampararse en la discrecionalidad para justificar su interés de forma equivocada. Al respecto, bien se afirma que de esta forma se corre el riesgo de que el proceso de determinación sea absorbido por criterios personales y subjetivos de quien funge como intérprete de la valoración del interés del menor<sup>195</sup>.

La concepción del interés del menor como concepto jurídico indeterminado ha generado en la doctrina la búsqueda de una serie de técnicas y métodos, con la finalidad de concretar su determinación entre las que se destacan:

— La técnica de la cláusula general, que consiste en determinar en cada caso específico el interés concreto del menor,

---

<sup>194</sup> MARTÍN HERNÁNDEZ, J. *La intervención ante el maltrato infantil, una revisión del sistema de protección*, op. cit., p. 24.

<sup>195</sup> MARTÍN HERNÁNDEZ, J. *La intervención del maltrato infantil, una revisión del sistema de protección*, op. cit., p. 24.

interés que nunca será absoluto, sino relativo por las características propias de las separaciones y divorcios<sup>196</sup>.

Al respecto, consideramos que más que cláusula general debe considerarse como una técnica de cláusula concreta o específica, puesto que, procura la determinación del menor caso a caso.

— La técnica legislativa según criterios normativos pre-establecidos, que contempla una serie de criterios que sirven de guía al juez para determinar lo más beneficioso para el menor. Entre los principales criterios destacan; la satisfacción de sus necesidades básicas y de carácter emocional, la atención de los deseos del menor de acuerdo con su estado de madurez, el mantenimiento del *status quo* material y espiritual del menor, la edad, sexo y personalidad del menor, las perspectivas de futuro del menor, la capacidad de los progenitores para satisfacer las necesidades del menor, la interacción del menor con su familia, la salud física-mental de todas las personas implicadas en su desarrollo y el principio de mínima intervención judicial<sup>197</sup>.

Esta técnica genera un abanico de criterios, que si bien sirven de guía a quienes determinarán el interés del menor tienden a difuminarse ante una situación concreta, porque en algunos casos resultan inaplicables. Por ejemplo, el principio de mínima intervención judicial, resulta inaplicable si los progenitores han sido incapaces de consensuar sobre la modalidad de custodia aplicable.

---

<sup>196</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*. Edit. Dykinson, 2007, p. 59. Por su parte, HERRANZ BALLESTEROS, M. *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*. Edit. Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 52, señala que el relativismo es uno de los elementos más importantes en la determinación del interés del menor.

<sup>197</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, op. cit., pp. 60, 64, 67, 68, 203 y 205. Además de ello, afirma que esta técnica es una alternativa para solucionar la inconcreción de las normas abiertas y cláusulas generales que genera un riesgo de inseguridad e injusticia producto de decisiones judiciales arbitrarias.

— Los métodos de objetivización y del dynamic self determinism de John Eekelaar<sup>198</sup>, que determinan el interés del menor de la siguiente forma:

— Método de objetivización, que consiste en tomar en cuenta de forma previa determinadas valoraciones que aborden las circunstancias y las condiciones que deben considerarse en interés del menor<sup>199</sup>.

Desde nuestro punto de vista, no se concretan los parámetros a tomar en cuenta para determinar el beneficio del menor, aspecto que corre el riesgo de generar una apreciación discrecional al momento de asignar la custodia de los hijos.

— Método del dynamic self determinism, que contempla la autodeterminación por el propio menor sobre lo más beneficioso para su persona, decisiones susceptibles de ser modificadas a futuro.

Sin duda, resulta imprescindible que el menor participe en la determinación de su propio interés. Sin embargo, no en todos los casos es aplicable su propia determinación, por diferentes factores, por ejemplo, su edad.

En ese sentido, en cuanto a la modalidad de custodia aplicable, los interlocutores para determinar lo más beneficioso para los hijos son en primer término los progenitores y si no hay acuerdo será la autoridad judicial quien determine lo me-

---

<sup>198</sup> Véase EEKELAAR, J. The interest of the child and the child's wishes: the role of the dynamic self-determinism. *International Journal of Law Policy and the Family*, núm. 8 (1), 1994, pp. 42-61.

<sup>199</sup> Sobre el método de objetivización DÍEZ PICAZO, L. *Familia y Derecho*. Edit. Civitas, Madrid, 1984, p. 176, señala que deben ser convicciones generalizadas en la sociedad, las que deben tomarse en cuenta para determinar lo más beneficioso. Nosotros consideramos que más que convicciones son criterios generales. En contra de ello, RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, op. cit., p. 80, afirma que no existen valoraciones generales que tengan una validez objetiva y universal sobre el menor, por cuanto su concepción será según la persona que se pronuncie sobre el tema.

por para los hijos. Por lo que, en uno y en otro caso, los hijos no pueden decidir por cuenta propia.

— La técnica de la tónica jurídica de Wiehweg, el término “tónica” proviene del vocablo *topoi*, que consiste en el análisis de puntos de vista que permiten la formulación de premisas, con la finalidad de solucionar un determinado problema<sup>200</sup>.

Sobre el alcance de la utilidad de esta técnica, se afirma que sirve para brindar una orientación sobre un determinado tema, aunque únicamente permite generar conclusiones cortas<sup>201</sup>.

En cuanto a la custodia de los hijos discrepamos de esta afirmación, por cuanto, una vez que exista consenso sobre la modalidad de custodia, o bien sea el juez quien determina la modalidad a aplicarse, la resolución debe ser aplicada por las partes.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que los puntos de vista que pregona esta técnica deben ser asimilados como la argumentación jurídica que se escoge para fundamentar lo más beneficioso para los hijos con relación a su custodia, argumentos que deben ser valorados a partir del análisis de las características intrínsecas que cada ruptura matrimonial conlleva.

De la diversidad de técnicas y métodos de determinación del interés del menor, se aprecia que ninguno de ellos ha logrado consenso al respecto. Por lo que, se debe encontrar la forma de desarrollar una fórmula única con variables, que permita determinar el interés del menor. Hasta tanto eso ocurra, consideramos oportuno recurrir a la casuística que tiene similitud con la técnica de la cláusula general, para determinar la modalidad de custodia factible preponderando el interés de los hijos.

En ese sentido, según las circunstancias en unos casos será factible la custodia unilateral y en otros casos la custodia com-

---

<sup>200</sup> Véase WIEHWEG, T. *Tónica y jurisprudencia*. Edit. Taurus, Madrid, 1964, pp. 49, 121 y 124.

<sup>201</sup> ATIENZA, M. *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*. Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 54.

partida. De esta forma, consideramos que en función del interés del menor no se puede estigmatizar ni infravalorar ninguna de las dos modalidades vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. Además de ello, conviene puntualizar en que si bien el interés del menor es el criterio rector con relación a la modalidad de custodia a determinarse no será determinado sin tomar en cuenta otros criterios de valoración.

#### **4.2.1. Personas que participan en la determinación del interés del menor**

De forma general, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996, prevé la participación del menor en todos los procedimientos donde se diluciden temas que le afectan o son de su interés. Por lo que, según su edad, grado de desarrollo y madurez, será el propio menor quien participe activamente en la determinación de su propio interés<sup>202</sup>. No obstante, en virtud de su capacidad de obrar limitada, los progenitores fungen como intermediadores vía convenio regulador y en caso de controversia será la autoridad judicial quien determine el interés del menor con relación a la custodia de los hijos.

Sin duda, nos encontramos ante una situación *sui generis*, porque si bien el menor puede participar en la determinación de su interés, su opinión será analizada y quienes finalmente decidan lo que es más beneficioso para su caso son otras personas. Esto, conlleva el riesgo de que en el proceso de determinación del interés del menor los interlocutores valoren de forma equivocada las circunstancias y no se determine de forma apropiada la modalidad de custodia de los hijos<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> Al respecto, LÓPEZ SAN LUIS, R. *Capacidad contractual del menor*. Edit. Dykinson, Madrid, 2001, p. 79, afirma que en función de su capacidad natural los menores pueden decidir de forma individual sobre su situación personal.

<sup>203</sup> Sobre el tema, RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, op. cit., p. 102, sostiene que cada persona piensa que actúa de forma correcta según sus propios parámetros.

Lastimosamente, la opinión o deseos de los hijos no siempre coinciden con lo que es mejor para ellos, imaginemos que se decide la custodia de 2 hijos de 12 y 14 años; uno prefiere quedarse con su progenitor y el otro con la progenitora, si a ello, sumamos que la norma sustantiva recomienda que no se separe a los hijos, nos encontramos ante un dilema que debe ser resuelto por los intermediadores. Por lo que, siempre existirá un margen de discrecionalidad al momento de determinar el interés del menor.

Sobre el tema, bien se afirma que la validez de la opinión del menor se encuentra supeditada a su grado de madurez<sup>204</sup>. *A priori* el grado de madurez se convierte en un factor desequilibrante para determinar su interés. Sin embargo, una vez más nos encontramos con el dilema de recurrir a especialistas que tengan la capacidad para determinar en qué medida el menor es lo suficientemente maduro como para que su opinión sea tomada en cuenta no solo como un capricho o reacción del momento.

De forma concreta, con relación a la custodia de los hijos el numeral 2 del art. 92 del CC, prevé que:

El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.

Del contenido de esta regulación, el legislador de forma concreta establece que la autoridad judicial se encuentra obligada a oír a los hijos. Sin embargo, no especifica a partir de cuando se debe oír a los hijos. Si forzamos una interpretación se

---

<sup>204</sup> Véase ROCA, E. *Familia y cambio social*. Edit. Civitas, Madrid, 1999, p. 240. En el ámbito de la jurisprudencia menor, se afirma que si la voluntad del menor es razonada se constituye en una buena expresión de considerarla como parte de la determinación del interés del menor, SAP de Huesca de 31 de marzo de 1995.

asume que el juez se encuentra facultado a oír al menor no solo de forma directa, sino también mediante especialistas, que no es el caso, porque de lo que se trata es de oír a los menores de forma directa, motivo por el cual, la regulación de este numeral permite adoptar una decisión discrecional.

Por otra parte, el numeral 6 del art. 92 del CC, prevé que el juez antes de decidir la modalidad de custodia oirá a los menores que tengan suficiente juicio<sup>205</sup>. En este supuesto, el legislador si bien establece como condición para oír al menor que tenga suficiente juicio, nuevamente recurre a un concepto jurídico indeterminado, que le faculta a la autoridad judicial a determinar discrecionalmente los parámetros a considerar para determinar si un menor tiene suficiente juicio. El informe y diagnóstico de un profesional especialista, desde nuestro punto de vista, resulta decisivo para determinar si un menor tiene suficiente juicio, aunque no resulta vinculante para el juez.

En esa línea, la STC de 6 de junio de 2005, dispone que antes de resolver la asignación de la custodia de los hijos se oiga a los hijos de forma adecuada a su situación y desarrollo<sup>206</sup>. En esa misma línea, la STS de 27 de junio de 2021, dispone anular la sentencia y hacer efectivo el derecho de los hijos a ser oídos

---

<sup>205</sup> Sobre el tema, el numeral 1 del art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996, regula el derecho a ser oído, en los supuestos en los cuales se encuentre implicado y tenga relación con su esfera personal y familiar. Asimismo, establece que se oirá al menor de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo. Por su parte, el numeral 1 del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, prevé que los Estados Partes garantizarán a los niños que se encuentren en condiciones de formarse un juicio propio la posibilidad de ser oídos, con la finalidad de que se tome en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. Igualmente, el numeral 2 del citado artículo establece que se dará la oportunidad al niño de ser escuchado en todos los procedimientos que le afecten.

<sup>206</sup> Véase la STC núm. 152, Sala Primera, de 6 de junio de 2005 (RTC 2005/152). Por su parte, la STC núm. 141/2000 de 29 de mayo de 2000, afirma que los menores son titulares de sus derechos fundamentales, motivo por el cual, en función de su madurez y la evaluación de su capacidad de obrar, se debe valorar su participación directa.

considerando que se define su custodia. No obstante, reconoce que los tribunales no se encuentran obligados a oír siempre a los hijos, porque depende de circunstancias concretas como la edad, madurez e interés del menor<sup>207</sup>.

La opinión de los hijos resulta gravitante, especialmente en los supuestos en los cuales los progenitores en lugar de descongestionar y encontrar una vía para determinar una modalidad de custodia se atascan en no ceder en sus pretensiones<sup>208</sup>.

En estos supuestos, la opinión de los hijos resulta determinante, en particular cuando en la vía judicial se detecta que son utilizados como instrumento en la disputa entre sus progenitores.

En ese marco, la norma adjetiva, concretamente el numeral 1.4. del art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que a partir de los 12 años se deberá oír a los menores e inclusive antes si se estima que es necesario. En igual sentido, el numeral 5 del art. 777 del mismo cuerpo normativo, regula que en caso de ser necesario se oír a los hijos menores de 12 años.

Al respecto, se valora de forma positiva establecer una edad determinada, con la finalidad de evitar decisiones discrecionales. Sin embargo, en la norma adjetiva también se deja a criterio de la autoridad judicial los supuestos en los cuales se puede oír a los menores de 12 años.

Desde nuestro punto de vista, el legislador faculta al juez a determinar si es factible oír a los hijos menores de 12 años, con la finalidad de tener mayores elementos de juicio de forma directa, que le permitan decidir cuál de las dos modalidades de custodia se ajusta mejor a su situación personal.

---

<sup>207</sup> Véase la STS Sala Primera de lo Civil, de 27 de junio de 2021.

<sup>208</sup> LORCA NAVARRETE, A. M., y DENTICI VELASCO, N. M. La regulación de la separación y el divorcio en la nueva Ley de Divorcio de 2005, con especial referencia a la mediación familiar, op. cit., pp. 45, 46 y 49.

En el ámbito jurisprudencial, la STS de 25 de junio de 1994, afirma que el menor tiene derecho a ser oído siempre que tenga suficiente juicio, sin que necesariamente se tenga que hacer referencia a una determinada edad<sup>209</sup>.

Por otra parte, si bien el hecho de que el menor tenga doce años no garantiza que tenga suficiente juicio, no existe otra fórmula para determinar un parámetro inequívoco que permita detectar un grado solvente de madurez del menor.

De una u otra forma, conviene puntualizar la importancia de valorar el testimonio del menor como parte de la estructura familiar disuelta, más aún si son los progenitores los causantes de la disolución de la familia. En esa línea, los hijos son los más perjudicados con la desestructuración de la familia, porque sus progenitores si así lo desean pueden formar una nueva familia. En cambio, los hijos solo pueden tener un progenitor y progenitora biológicos. En virtud del daño causado a los hijos, lo menos que se puede hacer en estos casos es tomar en cuenta su postura.

En caso de que no sea factible la participación de los hijos en la determinación de la custodia, se recurre a los progenitores como titulares del ejercicio de la patria potestad<sup>210</sup>.

Sin lugar a duda, quienes mejor conocen a sus hijos son sus progenitores, por lo tanto, saben lo que es mejor para ellos, en caso de que la regulación normativa regule únicamente el régimen compartido de custodia, no habría mucho por consensuar salvo la modalidad de custodia compartida. No obstante, dado que nuestra regulación es dual no siempre existirá consenso entre los progenitores.

---

<sup>209</sup> Véase la STS de 25 de junio de 1994 (RJ/1994, 6502). En el mismo sentido, se pronuncia la STS, Sala Primera de lo Civil, núm. 536/2014, de 20 de octubre de 2014.

<sup>210</sup> Ver entre otros, a BO JANE, M., y CABALLERO RIVERA, M. El nuevo Derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés, *Revista La Ley*, núm. 6, 1996, p. 1487.

Así pues, en la asignación de la custodia de los hijos, la primera interrogante que surge al respecto tiene que ver con el ejercicio responsable de la patria potestad. Si la autoridad parental no ha sido ejercida de forma responsable en sede matrimonial se corre el riesgo de que ocurra lo mismo con la custodia de los hijos. En esa línea, consideramos que no es factible conceder la facultad de determinar lo mejor para el menor a quien ha incumplido las funciones relacionadas al ejercicio de la autoridad parental. De ocurrir ello, más que determinar el interés del menor, lo que prevalece en este supuesto es el interés del progenitor que tiene antecedentes de incumplimiento con relación al ejercicio de la patria potestad.

En cuanto a la determinación de la custodia de los hijos por parte de los progenitores existen dos fases:

- Primero, únicamente se intenta consensuar entre ambos progenitores la modalidad de custodia a implementarse, que en caso de acuerdo se plasma en el convenio regulador.
- Segundo, en caso de desacuerdo se recurre a la autoridad judicial. En este supuesto, se asumen posiciones antagónicas y cada parte intenta demostrar antes que persuadir al destinatario, que en este caso es la autoridad judicial<sup>211</sup>.

Una vez que los progenitores pierden la oportunidad de consensuar, existe el riesgo de que la percepción objetiva sobre lo que es mejor para el menor se distorsione, porque son los abogados de las partes quienes asumen el rol de interlocutores ante la autoridad judicial. Por lo que, es probable que no prime el interés objetivo de los hijos, sino el interés mejor argumentado ante la autoridad judicial.

---

<sup>211</sup> DÍEZ PICAZO, L. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Edit. Ariel, Barcelona, 2022, p. 220.

Por su parte, en cuanto a la determinación judicial, en los supuestos que se convoque a los hijos a una audiencia de exploración, se recomienda evitar la formulación de preguntas directas sobre la custodia, por ejemplo, con cuál de los progenitores prefieren convivir<sup>212</sup>.

En efecto, resulta de vital importancia crear un ambiente distendido de diálogo más que de interrogación, dada la condición del menor y tomando en cuenta que se encuentra de forma involuntaria en una situación donde se debe decidir su futuro.

Al respecto, dependiendo de las circunstancias, se debe valorar si es factible recurrir en lugar de realizar una audiencia presencial a una audiencia virtual, con la finalidad de que el menor se sienta lo más cómodo posible ante la presencia no solo del juez, sino de otras personas como los especialistas, o bien el fiscal.

En esa línea, se recomienda evitar todo tipo de formalidades; en cuanto a la vestimenta, el uso de la toga, el uso de terminología forense, así como la formulación de un cuestionario de preguntas<sup>213</sup>.

En el ámbito familiar, de forma concreta en el caso de la custodia de los hijos, si bien la resolución de la autoridad judicial es firme y debe ser acatada por las partes, dependiendo de las circunstancias es modificable. Esto significa, que, si en principio se determina la custodia compartida, debido a la acti-

---

<sup>212</sup> PÉREZ SALAZAR RESANO, M. “Patria potestad”, op. cit., p. 206.

<sup>213</sup> VARELA GARCÍA, C. “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto”, op. cit., pp. 78-79. Asimismo, señala que no existen reglas para celebrar la audiencia con la participación del menor, no obstante, afirma que lo ideal sería en una audiencia dual entre el juzgador y el entrevistado, por lo que, los progenitores no deben presenciar la audiencia. Por su parte, CLAVIJO, J. H., La participación del menor en la audiencia de exploración, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018, p. 575, recomienda la utilización de medios audiovisuales, con la finalidad de coadyuvar a detectar y descifrar la voluntad y el deseo de los hijos.

tud irresponsable de uno de los progenitores puede ser modificada por la custodia unilateral.

En virtud de que la determinación del interés del menor en la custodia de los hijos es un tema sensible, la autoridad judicial en lo que respecta su conocimiento técnico debe ceñirse a lo que prevén las normas sustantiva y adjetiva.

En ese sentido, bien se afirma que las autoridades judiciales deben decidir mediante la utilización de pautas y reglas que se encuentran en el derecho positivo<sup>214</sup>. De esta forma, se evitará entrar en el terreno de la discusión sobre el derecho y la moral, o bien sobre la existencia de valores absolutos o relativos<sup>215</sup>.

A modo de resumen sobre las personas que participan en la determinación del interés del menor, consideramos que mientras más interlocutores participan, es más probable que en lugar de determinar objetivamente el interés del menor se distorsione su contenido. No sin razón el célebre Ihering afirma que la voluntad en rigor de verdad es entregada a un tercero<sup>216</sup>.

En nuestro caso, con relación al interés de los hijos en la determinación de la custodia de los hijos si aplicamos lo afirmado por Ihering, resulta que los padres han sido incapaces de

---

<sup>214</sup> Véase CARRIÓ GENARO, R. *Dworkin y el positivismo jurídico*. Edit. Madero, México, 1981, pp. 10-11.

<sup>215</sup> Véase KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. Edit. Porrúa, México, Décima cuarta edición, 2005, p. 350, quien se pronuncia a favor de los valores relativos. En cambio, HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 250, afirma, que el sistema jurídico tiene que fundamentarse en un sentido de obligación moral y no únicamente en el poder del hombre sobre el hombre. Asimismo, VON IHERING, R., *El fin del derecho*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1978, p. 164, afirma que el orden moral del mundo se encuentra regido por tres especies de imperativos abstractos de ese género: los del derecho, los de la moral y los de las buenas costumbres. De todo lo anterior, queremos puntualizar en el hecho de que ajustarse a la norma no significa dejar de lado lo moral, sin que esto signifique aceptar aproximaciones individuales, sino en virtud de la sociedad en conjunto.

<sup>216</sup> Véase VON IHERING, R. *La dogmática jurídica*. Edit. Losada – Buenos Aires, 1946, p. 178.

transformar esa voluntad en un acuerdo. Por lo que, el denominado tercero por Ihering es el juez previa participación de otros interlocutores como el fiscal y el Equipo Técnico adscrito a los juzgados, o bien los especialistas en el ámbito del menor.

#### **4.2.2. La estabilidad del menor**

La estabilidad del menor como parte del interés del menor es un concepto jurídico determinado, porque en el caso de la determinación de la custodia, los hijos dependiendo de cada caso en concreto en unos casos encontrarán su estabilidad en la custodia unilateral y en otros en la custodia compartida.

Sin duda, para determinar el grado de estabilidad que tienen con uno u otro progenitor resulta indispensable analizar la relación de los hijos con los progenitores durante la convivencia en conjunto anterior a la desestructuración entre todos los miembros del núcleo familiar.

En ese sentido, se presentan los siguientes supuestos:

- Uno de los progenitores durante la convivencia común ha creado un vínculo afectivo inseparable con sus hijos. En este caso, es más factible optar por la custodia unilateral. No obstante, tampoco se recomienda que se separe a los hijos del otro progenitor de forma abrupta, porque el hecho de que haya una mejor relación con uno de ellos no implica que el otro progenitor se haya desentendido de su hijo. Por cuanto, el ejercicio de la patria potestad durante la convivencia de los progenitores no solamente implica el vínculo afectivo.
- Ambos progenitores se han dedicado a sus hijos de forma responsable durante la convivencia común. En este caso, es recomendable optar por la custodia compartida o en su defecto por el establecimiento de la custodia

unilateral con un régimen amplio de comunicación con el progenitor no custodio. Sin embargo, debemos puntualizar que en el régimen compartido los hijos concentran la atención de ambos progenitores. En cambio, en la implementación del régimen unilateral, es el progenitor custodio quien acapara la atención en detrimento del otro progenitor, porque obtiene la custodia de sus hijos, por eso, es conveniente que en caso de optarse por la custodia unilateral el contacto con el progenitor no custodio sea amplio.

Asimismo, la custodia compartida o la custodia unilateral con un régimen de comunicación extenso, permite a los hijos mantener contacto con la red familiar de ambos progenitores, que en caso de aplicarse un régimen de custodia unilateral limitado a un par de horas durante los fines de semana tiende a desaparecer, o bien el vínculo afectivo se resquebraja significativamente.

En uno y otro caso, resulta importante variar lo menos posible el ritmo de vida adquirido por los hijos durante la convivencia con ambos progenitores siempre y cuando su crecimiento se haya desarrollado con normalidad dentro de los parámetros que requiere su edad.

Al respecto, conviene puntualizar que toda ruptura de los cónyuges conlleva un periodo convulso de reestructuración a una nueva forma de vida, que requiere un tiempo de adaptación para los hijos, que deben aprender a vivir con uno solo de los progenitores, o bien con ambos de forma alternada.

#### **4.2.3. El interés del menor y el bienestar del animal de compañía**

La regulación de la custodia de los animales de compañía es un tema nuevo que tiene su fuente en la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, en vigencia desde el 5 de enero de 2022, concretamen-

te el numeral 1 del art. 333 bis del CC, considera a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad<sup>217</sup>. En ese sentido, resulta oportuno hacer referencia al convenio regulador que en el inciso b) bis del numeral 1 del art. 90 del CC, establece que su contenido debe incluir siempre que existan, el destino de los animales de compañía teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia, el bienestar del animal, la determinación de su custodia, así como el establecimiento de las cargas asociadas que genere su cuidado<sup>218</sup>. Por lo que, se tiene la impresión de que el legislador prioriza el bienestar del animal, puesto que, no hace mención expresa sobre el interés del menor.

Por su parte, art. 94 bis del CC, en sede judicial establece que, en la determinación de custodia de los animales de compañía, así como en el establecimiento de las cargas asociadas que conlleva el cuidado de las mascotas se debe atender al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal<sup>219</sup>. En

---

<sup>217</sup> Véase la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. De forma textual, el nuevo art 333 bis, numeral 1 establece que: “Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección”. A diferencia de la anterior regulación que consideraba a los animales como “cosas”.

<sup>218</sup> El inciso b) bis del numeral 1 del art. 90 del CC, prevé que: “El destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal”.

<sup>219</sup> El art. 94 bis del CC, establece que: “La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales”.

el mismo sentido, se regula en el art. 103, 1.<sup>a</sup> bis del CC, con relación a la determinación de la custodia de los animales de compañía, se prioriza el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal<sup>220</sup>. Nuevamente, en ambos casos el legislador resalta que se debe tomar en cuenta el bienestar de los animales de compañía, así como el interés de todas las personas que forman parte de la estructura familiar que se encuentran en proceso de desestructuración. Así pues, toda vez que, el legislador es reiterativo en cuanto a hacer prevalecer el interés de los miembros de la familia, consideramos que el interés de los hijos se encuentra subsumido al interés de todos los integrantes de la familia desestructurada.

En el ámbito jurisprudencial, la SAP de Málaga, de 24 de noviembre de 2016<sup>221</sup>, determina que el bienestar de los animales de compañía en casos de controversia con relación al interés de los miembros de la familia no se limita a la solicitud y argumentación de las partes, sino que ante todo se debe comprobar de forma presencial los lazos emocionales que existen entre la mascota y los litigantes.

Esto significa que, *in situ* la autoridad judicial comprobará si el bienestar del animal se encuentra en compañía de ambos cónyuges o de uno solo. No obstante, el eje principal del vínculo con los animales de compañía es el menor, por lo que, en función de su bienestar se debe orientar la custodia de las mascotas.

Desde nuestro punto de vista, debemos reconocer que, así como los hijos, los animales de compañía también son los principales afectados con el divorcio o extinción de la unión de he-

---

<sup>220</sup> El art. 103 1.<sup>a</sup> bis prevé de forma textual que el juez a falta de acuerdo entre los cónyuges debe: “Determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”.

<sup>221</sup> La SAP de Málaga, de 24 de noviembre de 2016 prioriza el reconocimiento presencial.

cho. No obstante, sin ánimo de crear un criterio parcializado, desde nuestro punto de vista, sin dejar de lado el bienestar del animal, se debe priorizar el interés del menor, puesto que, si bien se considera a los animales de compañía como seres dotados de cierta sensibilidad no se conciben como sujetos plenos de derecho, por cuanto, su custodia siempre requiere supervisión y acompañamiento hasta que dejen de existir, a diferencia de la custodia de los hijos que tienden a independizarse hasta adquirir a los 18 años la capacidad plena de obrar.

En esa línea, una parte de la doctrina sostiene que el bienestar de los animales de compañía no relega a un segundo plano el interés de los hijos, puesto que, en realidad lo que se analiza es la vinculación especial que los hijos tienen con las mascotas<sup>222</sup>. A nuestro modo de ver, la relación especial en situaciones de desestructuración familiar se mantiene mediante el contacto físico de los hijos con las mascotas, que no puede ser reemplazado por ningún otro medio, a diferencia de lo que ocurre con la relación entre progenitores e hijos que tienen la posibilidad de recurrir a los recursos virtuales para complementar, o bien inclusive para reemplazar de forma temporal la convivencia física, por ejemplo, en el caso de las familias que se separan en un país y se reunifican en otro.

Sin embargo, conviene puntualizar que un eventual conflicto de intereses con relación a la determinación de la custodia entre los hijos y las mascotas se presenta siempre que la asignación de su custodia no coincida. Esto significa que, si la custodia de los hijos y de los animales de compañía se asignan a un mismo progenitor, o bien se determina un régimen compartido permanecerán juntos, por lo que, no surge un conflicto de intereses<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> Por todos, PEGUERO CARRERO, B. “Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021 de 15 de diciembre de 2021”, *Revista Diario La Ley*, núm. 10177, 2022, p. 16.

<sup>223</sup> Sobre el tema, véase ALCÁZAR JIMÉNEZ, M. N. *La custodia compartida en el supuesto de modificación de medidas definitivas en un procedi-*

Al respecto, resulta oportuno señalar que el conflicto surge en el caso de que la custodia unilateral de los hijos se asigne a un progenitor y la custodia de los animales de compañía al otro progenitor siempre y cuando –previamente– ambos hayan solicitado la custodia tanto de los hijos como de las mascotas. Aunque, más que conflicto se produce un daño porque se separa a los hijos de los animales de compañía. En ese sentido, se pronuncia la SAP de León, de 25 de noviembre de 2011, que establece un régimen de visitas para el contacto del menor con sus mascotas durante los fines de semana<sup>224</sup>.

De lo analizado, consideramos que resulta más factible preservar el interés los hijos y el bienestar de los animales siempre y cuando coincidan en la convivencia con uno o ambos progenitores según la modalidad de custodia adoptada. En cambio, en caso de que no sea posible la convivencia conjunta, a modo de premio consuelo se adopta un régimen de visitas, tal como resuelve la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, de 27 de mayo de 2019, que determina un régimen de visitas para el cónyuge que no ha sido beneficiado con la custodia en función del bienestar del animal de compañía<sup>225</sup>.

Para concluir este epígrafe, resulta oportuno recordar que, así como en la determinación de la custodia de los hijos se busca que la desestructuración de la familia les afecte lo menos posible, la misma línea se debe seguir con relación a la custodia de las mascotas. Esto significa, que su bienestar se encuentra ligado al interés de los hijos, por cuanto, son con quienes mayor del tiempo conviven, a diferencia de los cónyuges que normalmente tienen una ocupación laboral. Es más, hasta se puede

---

*miento de divorcio*. Edit. Universidad de Jaén, 2018, que resalta que a pesar de que se crea un vínculo entre los excónyuges con la mascota, prevalece el interés del menor, en función del beneficio que la mascota le concede.

<sup>224</sup> Véase la SAP de León, de 25 de noviembre de 2011 que determina la custodia unilateral de los animales de compañía.

<sup>225</sup> Véase la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 9) de Valladolid, de 27 de mayo de 2019.

afirmar que juntos los hijos y las mascotas se ayudan de forma mutua a superar el daño emocional que les representa la desestructuración de su hogar familiar.

#### 4.3. LA CUSTODIA DE LOS HIJOS Y LA REESTRUCTURACIÓN DE LA VIDA SENTIMENTAL DE LOS PROGENITORES

La vida personal post-matrimonial de los excónyuges depende de la modalidad de custodia que se adopte al momento de valorar la disponibilidad de tiempo que tiene cada progenitor para rehacer su vida sentimental.

Por lo que, la desestructuración de la familia no concluye con la determinación de la custodia de los hijos, sino que es muy probable que los excónyuges decidan rehacer su vida sentimental, si es que ya no lo han hecho durante la vida matrimonial, aspecto que pudo ser uno de los motivos para que la familia se haya desestructurado. De todas formas, no es el único motivo, por lo que, se presentan las siguientes alternativas:

- Primero, que en el mejor de los casos ambos progenitores decidan permanecer solos, para que ello ocurra es determinante la edad de los excónyuges, así pues, mientras más jóvenes más probabilidad de rehacer su vida tendrán.
- Segundo, que uno de los cónyuges tenga una nueva pareja sentimental, en estos casos, aunque la relación haya comenzado ya durante la vida conyugal, los hijos oficialmente recién tendrán que lidiar con esta nueva situación una vez que se determine la custodia de los hijos. En estos supuestos, el progenitor que tiene la custodia de los hijos unilateral o compartida y tiene una nueva pareja lo tiene más complicado porque no solo tie-

ne que lidiar con su nueva pareja, sino ante todo con la responsabilidad de tener a su cargo a los hijos, que en caso de descuido demostrable puede ser motivo inclusive para que le retiren la asignación de la custodia.

- Tercero, que ambos progenitores decidan rehacer su vida sentimental, este caso complica la interactuación de los progenitores con los hijos, porque no solo tienen que acostumbrarse al nuevo escenario, sino que tienen que aprender a convivir con la nueva pareja de su progenitor.
- Cuarto, que uno o ambos progenitores decidan rehacer su vida sentimental con una pareja del mismo sexo, este panorama sin ánimo de estigmatizar la nueva relación del excónyuge es *a priori* la más complicada, porque los hijos como la parte más importante de este esquema familiar, sin duda, indagarán el motivo del cambio de roles y la razón por la cual su papá o mamá tiene una pareja del mismo sexo.

En ese contexto, para los hijos significa un cambio trascendental, porque además de asumir la separación de sus progenitores ven como irrumpen en su vida terceras personas con las cuales no tienen un vínculo consanguíneo.

Este nuevo esquema de familia –reconstituida en ocasiones– conlleva una fuente de conflicto que conviene ser resuelto por los nuevos actores, como característica común en estos supuestos se tiene a los hijos que en ocasiones no solo corresponden a la familia desestructurada, sino también a los de la nueva pareja o parejas de los excónyuges<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> Sobre el tema, se afirma que estos supuestos generan la necesidad de mediación entre varios núcleos familiares con menores en común. Así pues, en las familias reconstituidas el dialogo es la clave para que los hijos asimilen esta situación. En ese sentido, inclusive se hace referencia al rol positivo que las familias de los excónyuges asumen como una especie de agentes mediadores informales NAVARRO FLETCHER, V., y DÍAZ MARTÍNEZ, C. “Los pa-

Sobre el tema, se afirma que las nuevas relaciones de los progenitores generan un conflicto, porque implica incorporar o duplicar las filiaciones, así a la filiación biológica se le añade la filiación de convivencia, que incluye hermanastros y medio hermanos, así como una nueva parentela<sup>227</sup>.

Sin duda, son escenarios nuevos con gente nueva para los hijos con diferentes supuestos:

- Primero, la nueva pareja del progenitor no tiene hijos de una relación anterior. Esto en teoría facilitaría la integración del hijo al nuevo esquema familiar. No obstante, también existe la posibilidad de que la nueva pareja tenga descendencia, por lo que, el hijo de la anterior pareja tendrá hermanastros.
- Segundo, la nueva pareja del progenitor tiene hijos de una relación anterior. Este supuesto conlleva que el hijo de los excónyuges no solo tiene que aceptar y acostumbrarse a la nueva pareja del progenitor, sino también a los hijos de la pareja de su progenitor, aspecto que resulta más complejo.
- Tercero, las nuevas parejas de los progenitores también tienen hijos. Por lo que, el hijo no solo tiene que convivir con los hijos de la nueva pareja de su progenitor, sino también con los hijos de la nueva pareja de la progenitora.

En ese marco, un aspecto que llama la atención con relación a este supuesto es la utilización del término “transiciones”. En ese sentido, se señala que la mayor complejidad de las formas

---

dres en divorcios litigiosos”. En JABBAZ CHURBA, M., y DÍAZ MARTÍNEZ, C. *Menores en Disputa. Custodia, Visitas y Patria Potestad en la Comunidad Valenciana*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 139-140.

<sup>227</sup> Véase JABBAZ CHURBA, M. “La crianza en medio del conflicto, la amenaza y la violencia”. En JABBAZ CHURBA, M., y DÍAZ, C. *Menores en disputa. Custodia, visitas y patria potestad en la Comunidad Valenciana*. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 189-190.

de convivencia se refleja en el desarrollo evolutivo de los hijos. Así pues, la ruptura de los progenitores conlleva un conjunto de transiciones en la que los hijos se ven inmersos durante su minoría de edad hasta cumplir su mayoría de edad<sup>228</sup>.

Sin duda, mientras más complejas sean las transiciones más posibilidades existen de que el proceso de asimilación de la nueva vida sentimental de su progenitor se extienda o inclusive no se concrete.

En esa línea, en gran parte la edad de los hijos se constituye en un indicador que resulta determinante para que se acostumbren al nuevo escenario, así pues, mientras más pequeños sean los hijos es más probable que acepten a la nueva pareja de su progenitor. En la jurisprudencia, este ámbito no ha quedado indiferente al momento de determinar la modalidad de custodia, así, por ejemplo, la STS 296/2017, de 12 de mayo, afirma que el régimen de guarda compartido es beneficioso para las menores, porque tienen buena relación no solo con sus progenitores, sino también con sus respectivas parejas<sup>229</sup>.

Una posibilidad nueva en virtud del mundo globalizado y el movimiento constante de personas tiene relación con las familias transnacionales. En ese sentido, es probable que él o la progenitora tenga una nueva pareja que provenga de una cultura diferente, con costumbres e inclusive con idioma diferente. Las costumbres son asimilables, no así el idioma que requiere ser estudiado. En ese contexto, se pueden presentar dos alternativas:

---

<sup>228</sup> Los procesos de transiciones generan estrés en los hijos, la generación de esta tensión se considera que es fruto del normal desenvolvimiento de los flujos de formación y ruptura de las estructuras familiares posteriores a la ruptura matrimonial, FLAQUER, LL., y BECERRIL, D. “Consecuencias socioeconómicas de la ruptura de las parejas”. En FARIÑA, F., y ORTUÑO, P., (Coords.). *La gestión positiva de la ruptura de pareja con hijos*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 197.

<sup>229</sup> Véase el fundamento jurídico tercero de la STS 296/2017, de 12 de mayo de 2017.

- Primero, que el progenitor no hable el idioma de su nueva pareja sentimental, que es el mejor escenario para los hijos, porque la nueva pareja se comunicará con ellos en la lengua materna del hijo y del progenitor.
- Segundo, que el idioma de comunicación del progenitor y de la nueva pareja sea uno diferente a la lengua materna del hijo, este escenario no es en principio favorable para el menor, porque además de tener que acostumbrarse a la presencia de una nueva persona en su círculo familiar no entiende la comunicación entre ellos, por lo que, tiende a sentirse incómodo. Para relativizar este escenario, existen 2 variantes: que en presencia del menor la comunicación sea en su lengua materna, o bien que el menor estudie el idioma que desconoce. Aunque, esta alternativa requiere tiempo, puesto que, el idioma necesita ser estudiado y practicado.

*A priori* la custodia unilateral le favorece al progenitor que tiene la custodia de los hijos, puesto que, si se establece un régimen de visitas de fin de semana con pernoctación en el domicilio del progenitor no custodio, el progenitor custodio tiene tiempo para disponer el fin de semana de forma libre y continuada. En cambio, un régimen de visitas sin pernoctación en el domicilio del progenitor no custodio durante el fin de semana impide al progenitor custodio planificar de forma abierta el fin de semana en actividades de tipo personal. Esto significa, que la disponibilidad de tiempo bajo el régimen de custodia monoparental se encuentra condicionado a los horarios establecidos. De todas formas, en ambos supuestos se debe reconocer que los días de descanso laboral son más favorables para quien ha sido beneficiado con la custodia de los hijos.

No obstante, comenzar una nueva relación sentimental no se limita a los fines de semana. En esa línea, resulta fundamental que los hijos también participen en este proceso de for-

ma gradual, aspecto que no se llevará a cabo en el régimen de custodia monoparental, porque esta modalidad se limita a un determinado periodo de tiempo, que generalmente como acabamos de ver son los fines de semana.

Así pues, el régimen de custodia compartida permite planificar una relación sentimental con una tercera persona no solo durante los fines de semana, sino también durante los días de la semana. Esto implica, también la posibilidad de que los hijos tengan la posibilidad de conocer —llegado el caso— a esta persona, quien puede convertirse en la pareja oficial de unos de sus progenitores e hipotéticamente coadyuvar en la crianza de los hijos de su pareja.

Al respecto, resulta fundamental que los hijos tengan un contacto gradual con la pareja sentimental de su progenitor, de esta forma, la situación emocional de los hijos no sufrirá un resquebrajamiento. En ese sentido, se debe puntualizar como antecedente que la separación de sus progenitores influye negativamente en su estado emocional, motivo por el cual, resulta importante procurar afectar lo menos posible su estado emocional, más aún si se trata de una persona que reemplazará a uno de sus progenitores al menos de forma física durante los tiempos de convivencia con su progenitor.

En el mismo sentido, hay que tomar en cuenta que la modalidad de custodia compartida beneficia también a la tercera persona que tiene una relación sentimental con uno de los progenitores, porque se asume que también tiene obligaciones en función de su estado civil. Por ejemplo, en el supuesto de que igualmente sea una persona divorciada, tendrá una mayor facilidad para planificar su horario no solo en función de su disponibilidad horaria, sino también en función del tiempo de su nueva pareja.

Por todo ello, pensamos que mientras más personas participen en este proceso más determinante es la modalidad de custodia que se adopte. En ese sentido, el régimen de custodia compartida permite administrar con mayor discrecionalidad el tiempo libre de cada progenitor.

Una vez analizados los diversos escenarios que se pueden presentar en este contexto, podemos afirmar que la custodia compartida ofrece a los dos progenitores la opción de gestionar su tiempo tanto con sus hijos como con su nueva pareja. Esto significa, que existe una distribución en cierta forma equitativa entre ambos progenitores. En cambio, la custodia unilateral dependiendo el enfoque que se asuma nos brinda dos lecturas:

- Primero, que el progenitor que se encuentra a cargo de la custodia de los hijos debe gestionar su tiempo tanto con sus hijos como con su nueva pareja sentimental durante los días laborales. Es decir, que tiempo para el ocio no tiene, porque dependiendo de la edad de los hijos debe gestionar no solo sus horarios de asistencia a su fuente de trabajo, sino también de asistencia al colegio de los hijos. Por lo que, si se determina el modelo tradicional de custodia unilateral con régimen de visitas los fines de semana, el progenitor custodio asume el cumplimiento de las obligaciones que comprende la custodia, por lo que, el progenitor no custodio tiene tiempo libre durante los días laborales para gestionar su vida privada.
- Segundo, el progenitor no custodio pierde lo más importante, el contacto diario físico con sus hijos durante los días laborales de semana y únicamente se beneficia de la custodia de los hijos durante el fin de semana. No obstante, esto le permite disfrutar la compañía de su nueva pareja sentimental durante los días laborales y los fines de semana debe gestionar su tiempo tanto con los hijos como con su nueva pareja.

Así pues, en uno y en otro caso hemos partido de la alternativa más simple que consiste en que todo gira en torno al tiempo de los excónyuges y la custodia de los hijos, sin tomar en cuenta la disponibilidad y la vida privada de la o las nuevas parejas sentimentales de los excónyuges. Este escenario se complica si la nueva pareja de los excónyuges tiene hijos,

puesto que, de darse ello, se debe compaginar el tiempo de todos los actores.

#### 4.4. LA EDAD DE LOS HIJOS Y SU TIEMPO DISPONIBLE

Las actividades de los hijos desde que nacen hasta que adquieren la mayoría de edad se planifican de acuerdo con su edad, no sin razón se afirma que la edad del menor es gravitante para fijar el reparto de tiempo según la modalidad de custodia que se adopte<sup>230</sup>.

Es decir, según la edad de los hijos se determinará el nivel de dependencia que tienen para realizar actividades sin la compañía de sus progenitores. En esa línea, a medida que crecen requieren cada vez menos la compañía de sus progenitores. No obstante, esto no significa que no sean responsables de lo que sus hijos hacen durante el tiempo que ejercen la custodia. En ese marco, se tiene la siguiente clasificación:

— Primero, en el periodo de lactancia los lactantes no tienen un tiempo disponible autónomo sin la presencia de sus progenitores. De forma concreta, la progenitora es quien asume este rol, aunque si el bebé es un lactante de biberón ambos progenitores pueden asumir este rol.

Así pues, los hijos especialmente cuando son bebés necesitan estabilidad y un ejercicio intensivo de cuidados. Motivo por el cual, se afirma que durante la lactancia materna se desaconseja la aplicación de la custodia compartida en función de la estabilidad del bebé. En esa línea, la presencia materna durante el periodo de lactancia es más llevadero para la madre y facilita al menor la previsibilidad<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> PÉREZ MARTÍN, A. J. “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores”, op. cit., p. 100.

<sup>231</sup> Véase JABBAZ CHURBA, M. “La crianza en medio del conflicto, la amenaza y la violencia”, op. cit., pp. 181-182.

Sin duda, si el menor se encuentra acostumbrado a dormir o despertar durante la noche para ser alimentado y acepta únicamente leche materna y no así biberón, la figura materna durante esta fase es irremplazable. Sin embargo, no es que sea más llevadero, sino que también implica mayor desgaste y cansancio para la madre, porque tiene que despertar al menos un par de veces durante la noche para alimentar al bebé.

En ese sentido, la jurisprudencia debido a la corta de edad de los hijos, se inclina por determinar el régimen unilateral de custodia<sup>232</sup>. No obstante, se han dado casos en los cuales, si bien la autoridad judicial dispone la custodia individual de los hijos, lo hace de forma temporal, por ejemplo, hasta los 7 años, luego de ello, determina la custodia compartida<sup>233</sup>. Sin duda, es un fallo peculiar porque combina la aplicación de ambas modalidades de custodia permitidas en la norma sustantiva.

De una u otra forma, asumimos que en los casos en los cuales se modifica el régimen de custodia unilateral por el régimen de custodia compartida, se debe priorizar el contacto presencial con los progenitores, esto debido a que no tiene sentido mantener la custodia unilateral si el progenitor quien tiene atribuida la custodia recurre a una asistente externa que no forma parte de la estructura familiar, debido a que debe ausentarse del domicilio por motivos laborales o de índole personal.

No obstante lo anterior, se recomienda que la custodia sea unilateral siempre y cuando el bebé dependa de la leche materna de su progenitora, porque la dependencia de la criatura es total. Aunque, es cierto que el progenitor puede ayudar activamente en su cuidado, resulta impensable que la custodia sea alterna,

---

<sup>232</sup> Entre otras, la STSJ de Aragón 13 de julio de 2011 y la STSJ de Aragón 30 de septiembre de 2011.

<sup>233</sup> Véase la SAP de Zaragoza 7/2012, de 17 de enero de 2012 (Rec. 513/2011), sobre el tema, cabe resaltar que en este caso específico se prioriza lo previsto en el derecho foral que prepondera la custodia compartida en detrimento de la custodia individual.

puesto que, en horario nocturno el lactante despierta durante la noche para ser alimentado, rol que no podría asumir el progenitor, por lo que, su rol se limita a ejercer el periodo de visitas durante los fines de semana por horas y siempre que se pueda durante los días laborales también por horas.

En cambio, la situación cambia si el lactante es alimentado con biberones, si bien la figura de la madre sigue siendo gravitante para el bebé en esta fase, tanto el padre como la madre pueden asumir este rol, motivo por el cual, la aplicación de la custodia compartida es factible en estos casos.

— Segundo, una vez que se supera el periodo de lactancia y los hijos ingresan en la primera infancia –aproximadamente desde los dos hasta los cinco o seis años– suelen asistir durante cierto tiempo a la guardería hasta que son matriculados en el sistema educativo en el ciclo infantil. Como característica de este periodo, los hijos se independizan parcialmente, porque durante su asistencia a una institución pública o privada la custodia no es ejercida por los progenitores.

En este caso, ambas modalidades de custodia son aplicables, por cuanto, tanto el padre como la madre pueden asumir la responsabilidad en el cuidado de los hijos. Durante este periodo los hijos ya se encuentran en condiciones bajo vigilancia controlada de realizar actividades lúdicas bien sea en un parque infantil, o bien en un centro cívico, entre otros. Esto significa, que el tiempo libre de los hijos transcurre en un espacio abierto o cerrado que también puede ser uno de los domicilios de los progenitores. Por lo que, en virtud de la descripción de la rutina de los hijos durante este periodo, las tareas son perfectamente asumibles por ambos si se determina la custodia compartida, o bien por uno de ellos de forma principal si se determina la custodia monoparental.

En esa línea, si bien los hijos son pequeños se afirma que se puede establecer la custodia compartida de los hijos, aunque para ello se tiene que dividir diariamente el tiempo de

la custodia tanto a favor del progenitor como a favor de la progenitora<sup>234</sup>.

— Tercero, este periodo comprende desde los seis o siete años hasta los doce años, en esta fase el menor adquiere mayor independencia, y su opinión adquiere paulatinamente mayor importancia al momento de planificar sus actividades.

En esta fase, la asistencia al colegio es la principal actividad que tienen los hijos que inclusive puede comenzar antes del horario fijado para el inicio de clases —siempre y cuando el centro educativo ofrezca ese servicio—, que a su vez puede extenderse hasta la mitad de la tarde y en algunos casos incluye el servicio de comedor. Esto significa, que la jornada de los hijos según sea el caso coincide con la jornada laboral de los progenitores o inclusive en algunos casos comprende una carga horaria superior.

En estos supuestos, ambas modalidades de custodia son aplicables, porque los hijos sobre todo requieren vigilancia y orientación para realizar sus deberes escolares si permanecen en su domicilio, o bien acompañamiento si necesitan desplazarse a un determinado centro para realizar una actividad extraescolar. En esa línea, se debe puntualizar que el tiempo disponible del menor no es significativo, por lo que, durante este tiempo el menor no debe permanecer solo o al cuidado de terceras personas que no conoce bien.

En virtud de ello, al momento de determinar la modalidad de custodia factible en un caso concreto, se debe tomar en cuenta si ambos progenitores no solo tienen predisposición, sino ante todo disponibilidad. Así pues, en un caso concreto si los horarios disponibles de los progenitores coinciden resulta inviable la custodia compartida, por lo que, se debe valorar la aplicación de la custodia unilateral con un régimen amplio de comunicación en favor del progenitor no custodio.

---

<sup>234</sup> PÉREZ MARTÍN, A. J. “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores”, op. cit., pp. 97-98.

— Cuarto, esta fase comprende desde los doce años hasta los dieciocho años, que es cuando los hijos se convierten en mayores de edad con capacidad plena de obrar. Este periodo se caracteriza por el ingreso de los hijos a la pubertad, consecuentemente, la relación con los progenitores tiene el riesgo de sufrir un resquebrajamiento temporal, fruto de los cambios de conducta que experimentan los hijos.

En virtud de ello, la presencia de ambos progenitores adquiere mayor importancia, porque la presencia de uno solo de ellos en la vida del menor puede resultar insuficiente para lidiar o corregir a los hijos.

En ese sentido, consideramos que la custodia compartida es la mejor opción para que de forma conjunta se resuelvan los cambios que experimentan los hijos durante esta etapa. En caso de que las circunstancias no permitan la aplicación del modelo compartido, se tiene que recurrir a la custodia unilateral como alternativa. No obstante, en caso de aplicarse la custodia unilateral, el rol del progenitor no custodio especialmente en caso de que incluya pernoctación debe seguir el mismo modelo del progenitor custodio, caso contrario los hijos intentarían situarse donde se encuentran más a gusto no en función de una formación equilibrada, sino en función de caprichos personales que a la larga pueden repercutir en su vida misma cuando adquieran capacidad de obrar plena. Esto resulta evidente cuando uno de los progenitores es más permisivo que el otro.

De forma general, hay que puntualizar que, en las diferentes fases de crecimiento, las necesidades de los hijos se diversifican, aunque con ello, los conflictos también se multiplican<sup>235</sup>.

En efecto, a medida que los hijos crecen existe la tendencia a participar en actividades extraescolares, esto, le permite formar parte de nuevos grupos, con el consecuente riesgo a ad-

---

<sup>235</sup> Véase JABBAZ CHURBA, M. “La crianza en medio del conflicto, la amenaza y la violencia”, op. cit., p. 185.

quirir nuevos hábitos fuera del domicilio familiar, aspecto que requiere un cuidado especial por parte de los progenitores, esto implica no solo planificar el tiempo libre de los hijos, sino también reforzar la vigilancia sobre ellos. Además, a medida que los hijos crecen no solo los progenitores deciden la distribución del tiempo de los hijos, sino también ellos participan en la planificación de su tiempo de forma activa.

#### 4.5. DISPONIBILIDAD Y OCUPACIÓN DE LOS PROGENITORES

La predisposición de los progenitores para asumir la custodia de los hijos juega un rol preponderante, bien sea unilateral o compartida. No obstante, será determinante siempre y cuando tenga disponibilidad de tiempo en función de su ocupación laboral.

En ese sentido, la SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2006, así como la SAP de 27 de febrero de 2013, establecen que resulta importante valorar la disponibilidad de tiempo que tienen los excónyuges para poder dedicarse a sus hijos<sup>236</sup>.

La disponibilidad de tiempo de los progenitores no solo se debe compaginar en función de su profesión, sino también en función de la disponibilidad de tiempo de los hijos, toda vez que, si el progenitor tiene tiempo disponible en los periodos en los cuales el menor se encuentra en un centro educativo, no tiene sentido atribuirle ni la custodia de los hijos ni establecer un régimen de visitas, a menos que se encargue de llevar y recoger a los hijos de su centro educativo, aunque esto dependerá de la edad de los hijos, porque según el nivel en el que

---

<sup>236</sup> Véase la SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2006 (Rec. 217/2006) y la SAP de 27 de febrero de 2013 (Rec. 404/2012).

se encuentren matriculados la compañía del progenitor resulta imprescindible.

De una u otra forma, con la finalidad de compaginar tanto el tiempo de los progenitores como el tiempo de los hijos, se recomienda adoptar una modalidad de custodia flexible bien sea unilateral o compartida, puesto que, no tiene sentido asignar un modelo de custodia rígido que en la práctica no va a funcionar.

En esa línea, se presentan las siguientes alternativas según la ocupación de los progenitores:

— Primero, si ambos progenitores tienen un trabajo fijo y estable con horarios definidos, la custodia compartida de los hijos se presenta como una modalidad aplicable, por cuanto, únicamente se tendría que dividir la disponibilidad de tiempo de los hijos.

— Segundo, si solo uno de los progenitores tiene un trabajo fijo y estable con horarios definidos, a diferencia del otro progenitor que tiene trabajos temporales y con horarios variables, la custodia unilateral en favor del progenitor que tiene más estabilidad se convierte en la modalidad que *a priori* se ajusta más a las circunstancias laborales de ambos.

— Tercero, si solo uno de los progenitores tiene una ocupación laboral fija y estable, a diferencia del otro progenitor que se encuentra desempleado en el paro, hay que valorar en este supuesto los motivos por los cuales uno de los progenitores no trabaja, porque si no trabaja por voluntad propia por desinterés, desde nuestro punto de vista, al momento de decidir la custodia se debe tomar en cuenta este aspecto como un elemento negativo en su contra.

Esto significa, que se debe priorizar la custodia unilateral en favor del progenitor que tiene una ocupación fija. En cambio, si tiene una ocupación temporal se debe valorar la posibilidad de implementar la custodia compartida, siempre y cuando

el progenitor desocupado tenga predisposición para alternar la custodia de sus hijos.

En cambio, si uno de los progenitores no trabaja, porque se dedica a la crianza de los hijos la situación cambia, en estos casos nos encontramos ante la disyuntiva de favorecer al progenitor que trabaja, o bien al progenitor que se dedica a la crianza de los hijos. Al respecto, consideramos que ambos progenitores tienen las mismas opciones para beneficiarse con la custodia compartida de los hijos.

Una forma de equilibrar la aplicación de la custodia compartida o unilateral consiste en comprobar si el progenitor desocupado se dedica a la crianza de sus hijos desde su nacimiento, o bien desde una fecha determinada. Esto significa, que si se dedica a la crianza de los hijos desde su nacimiento se prioriza la custodia unilateral a su favor, caso contrario se debe valorar la aplicación de la custodia compartida. En contra de ello, si se comprueba que uno de los progenitores ha dejado de trabajar voluntariamente para beneficiarse económicamente del otro progenitor, se debe valorar como penalización la asignación de la custodia unilateral en favor del otro progenitor que tiene una ocupación laboral.

— Cuarto, si ambos progenitores no tienen una ocupación laboral ni fija ni temporal, ambas modalidades son factibles de aplicación, aunque si uno de los progenitores se encuentra en esta situación voluntariamente, al igual que en el caso anterior se prioriza la aplicación de la custodia unilateral, en favor del progenitor desocupado involuntariamente.

En cuanto a la profesión de los progenitores, no es nuestra intención crear un criterio de discriminación al momento de decidir la modalidad apropiada de custodia, sino de valorar su utilidad en función de contribuir el desarrollo de los hijos.

Esto significa, que se debe valorar este aspecto incluso en los supuestos en los cuales el progenitor cualificado no se bene-

ficia con la asignación de ninguna de las modalidades de custodia. Es decir, que se debe aprovechar los conocimientos del progenitor especialista en un determinado ámbito inclusive durante el régimen de visitas que tiene asignado.

La profesión de los progenitores en función de la utilidad relacionada a la custodia de los hijos se debe tomar en cuenta desde la perspectiva de las necesidades de los hijos<sup>237</sup>. Por lo que, dependiendo de la ocupación de los excónyuges y la edad de los hijos existen determinadas profesiones que son más imprescindibles que otras.

En virtud del universo amplio de profesiones preferimos no enumerar a cada una de ellas. No obstante, consideramos que no es conveniente hacer una distinción en función de los estudios realizados. Es decir, si un progenitor tiene una formación técnica y el otro una formación universitaria o si uno tiene un grado universitario y el otro un grado + máster + doctorado, no debe repercutir porque se corre el riesgo de generar un criterio discriminatorio al momento de atribuir la custodia. En contrapartida, el objetivo de tomar en cuenta la profesión u ocupación de los progenitores tiene como finalidad coadyuvar en su formación.

Así pues, conviene tomar en cuenta la siguiente clasificación:

- Profesiones que conllevan un trabajo en horarios fijos.
- Profesiones que conllevan un trabajo con cambios de turno y de horarios.

En función de esta clasificación los progenitores que tienen un trabajo en horarios fijos tienen mayor facilidad para planificar y compaginar su tiempo con el tiempo y las actividades que

---

<sup>237</sup> La SAP de Valencia (Sección 10ª) núm. 745/2013, de 14 de noviembre de 2013 (Rec. 605/2013), en virtud del informe psicológico determina la aplicación de la custodia compartida por considerarse más beneficioso para las hijas, toda vez que, tendrán mayor contacto con su abuela debido a que el progenitor camionero de profesión trabaja hasta las 7 de la noche.

realizan los hijos, por eso, en estos casos la custodia unilateral se presenta como una opción preferente.

En cambio, los progenitores que tienen una ocupación en horarios que son sujetos a cambios de forma periódica, pueden acceder en el mejor de los casos al beneficio de la custodia compartida, aunque esto dependerá de la predisposición del otro progenitor, porque conlleva compaginar horarios de forma constante, caso contrario les queda como alternativa beneficiarse al menos de un régimen de comunicación amplio.

A continuación, vamos a plantear un par de ejemplos sobre la utilidad que significa ejercer una profesión que puede coadyuvar al crecimiento de los hijos:

En ese sentido, si uno de los progenitores es pediatra, y la disputa sobre la custodia de los hijos se presenta en los primeros años de vida del menor, el progenitor pediatra tiene más opciones para beneficiarse si no es con la custodia unilateral entonces con la custodia compartida, en ambos casos dependerá de su horario laboral.

En el supuesto de los progenitores que son profesores de educación infantil o educación primaria, desde nuestro punto de vista, tienen más probabilidades de beneficiarse con la custodia unilateral de los hijos, especialmente, en caso de que uno de los progenitores sea profesor de ciclo infantil, porque en esta etapa se trabajan los cimientos para que los hijos puedan iniciar el ciclo infantil bien encaminados con una buena fase formativa.

La educación primaria también juega un rol importante, especialmente, en la primera etapa desde los seis hasta los ocho años, porque los niños aprenden a leer de forma sostenida. En esa línea, resulta importante el apoyo extraescolar que en este caso le puede brindar el progenitor-profesor, a ello se suma la ventaja de que los profesores tienen un horario fijo de trabajo que concluye a primera hora de la tarde. Además, existe

la posibilidad de que los hijos asistan al mismo centro educativo donde trabaja su progenitor, por lo que, tienen los mismos horarios. Esto, favorece también al cumplimiento del régimen de visitas entre semana, porque el progenitor custodio no tiene que desplazarse a otro punto de la ciudad para que los hijos se reúnan con el progenitor no custodio.

Otro ámbito ocupacional que favorece al establecimiento de custodia unilateral son los espacios de atención a la infancia en los centros cívicos. Los progenitores que trabajan en estas dependencias también pueden coadyuvar en la formación de sus hijos durante la asistencia a espacios lúdicos, o bien si tienen un puesto asignado en las bibliotecas infantiles. La formación especializada se presenta primero en el domicilio del progenitor custodio, porque al ser especialista en el ámbito de la niñez, será más factible que puede brindarle a su hijo el apoyo que necesita en esta etapa. De igual forma, los hijos tienen la oportunidad de matricularse como alumnos en diferentes actividades en el mismo centro cívico donde trabaja su progenitor, esto significa, que los progenitores custodios no tienen que desplazarse a un lugar adicional.

En los ejemplos antes mencionados se prioriza la custodia unilateral. No obstante, si no se presentan las condiciones para su asignación, se presenta como alternativa la custodia compartida. En cambio, si en un caso concreto se determina únicamente un régimen de comunicación y estancia en favor del progenitor que tiene una formación relacionada con la niñez, desde nuestro punto de vista, consideramos que se desperdician sus conocimientos y la utilidad de su profesión que podría ser transmitida a sus hijos.

#### **4.5.1. Enfermedad de los hijos**

En los supuestos en los cuales los hijos sufren algún problema serio de diversidad funcional como autismo, síndrome de

Down, síndrome de asperger, entre otros, se afirma que existe la tendencia en el ámbito judicial a otorgar la custodia exclusiva en favor de la progenitora<sup>238</sup>.

A nuestro modo de ver, si bien son casos sensibles que implican un cuidado especial, no se puede estigmatizar la custodia compartida como modalidad inviable. En estos supuestos, la modalidad aplicable depende de la edad de los hijos, así, por ejemplo, durante la etapa de lactancia materna, resulta más factible la custodia unilateral, porque los lactantes durante esta etapa construyen una relación afectiva con la madre que no tienen con el padre. Por ello, para los bebés que sufren algún síndrome será más factible estar bajo el cuidado materno, porque son quienes mejor conocen a los lactantes que se dejan conocer especialmente por sus reacciones, toda vez que, a esta edad todavía no pueden hablar.

Sin embargo, la enfermedad de los hijos no es vinculante a la custodia unilateral, por cuanto, es probable que en algunos casos la madre no pueda controlar su estado anímico, que producto del estrés se puede reflejar en el cuidado de los bebés a esta edad. Por ello, dependiendo del caso, no es descartable la figura paterna inclusive en estos supuestos donde se requiere un cuidado especial.

Una vez superado el periodo de lactancia, consideramos que ambas modalidades de custodia son aplicables dependiendo de la enfermedad de los hijos y la situación de los progenitores. En la determinación de la custodia de los hijos con algún síndrome resulta determinante la formación de los progenitores. Por ejemplo, si un hijo tiene síndrome de Down y uno de sus progenitores es terapeuta o médico el contacto periódico no debe perderse, por lo que, siempre que se compagine la vida laboral del progenitor con su profesión la custodia monoparental se presenta como alternativa. En cambio, en el mismo supues-

---

<sup>238</sup> Véase JABBAZ CHURBA, M. “La crianza en medio del conflicto, la amenaza y la violencia”, op. cit., p. 182.

to, si no se puede compaginar la vida laboral con el tiempo libre del hijo, la custodia compartida se presenta también como una segunda opción.

Del ejemplo anterior, se evidencia que ambas modalidades de custodia son viables, no obstante, se desaconseja atribuir al progenitor que tiene una profesión que se ajusta a la enfermedad de los hijos un régimen de comunicación o de visitas, porque con ello, se pierde la oportunidad de que el hijo tenga una atención especializada de primera mano a domicilio.

Al respecto, cabe aclarar que no pretendemos generar una especie de discriminación entre los progenitores en virtud de su profesión, sino al contrario se trata de mejorar la calidad de los hijos que tienen una enfermedad congénita, o bien adquirida.

En ese sentido, en función de la magnitud de la enfermedad del menor las aptitudes profesionales de los progenitores se convierten en un factor gravitante para determinar la modalidad de custodia aplicable. Se puede afirmar inclusive en estos casos que, junto al interés del menor, la formación profesional de uno de los progenitores se convierte en un factor dirimente que decide si la custodia será unilateral o compartida.

Esto, siempre y cuando el progenitor que tiene una formación especializada en la enfermedad del menor tenga predisposición en asumir la custodia del menor, o bien de acuerdo con las circunstancias en alternar la custodia. En el supuesto de que el progenitor no tenga disponibilidad horaria para asumir en exclusividad la custodia unilateral, ni tampoco la custodia compartida, se puede atribuir la custodia al otro progenitor, por ejemplo, porque no tiene una fuente laboral, motivo por el cual, puede dedicarse a la hija que padece una minusvalía<sup>239</sup>.

Se asume esta postura tomando en cuenta que se presume que quien se encuentre a lado del menor de forma constante,

---

<sup>239</sup> En ese sentido, se pronuncia la SAP de La Coruña, de 27 de noviembre de 1996 (AC 1996/2194).

le brindará una mejor atención y cuidados, puesto que, tiene disponibilidad de tiempo que puede disponer de forma discrecional en libertad.

En estos supuestos, bien sea para determinar la custodia monoparental, o bien la custodia compartida, en virtud de la enfermedad del menor, el convenio regulador se convierte en la principal vía para acordar lo mejor para su bienestar.

#### **4.5.2. Enfermedad de uno de los progenitores**

Es un tema bastante sensible, porque no solo se debe superar la ruptura matrimonial o la desestructuración de la unión de hecho, sino que además conlleva al progenitor enfermo a asumir el riesgo de no poder beneficiarse con la custodia de los hijos.

En ese sentido, consideramos que se tienen que valorar las circunstancias del caso, aunque preponderando el interés del menor y la situación del progenitor enfermo. Así pues, existirán supuestos en los cuales la aplicación de una u otra modalidad de custodia sea inviable, nos referimos a las enfermedades diagnosticadas de carácter psíquico que puede resultar inclusive peligroso para la convivencia con los hijos<sup>240</sup>.

En estos casos, en función del diagnóstico médico siempre que las circunstancias lo permitan según la edad de los hijos se puede fijar un régimen de visitas controlado, en un punto de encuentro bajo supervisión, con la finalidad de que se conserve la relación entre el menor y el progenitor. Sobre el tema, de forma atinada se afirma que el informe médico especializado

---

<sup>240</sup> Véase, PÉREZ MARTÍN, A. J. “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores”, op. cit., p. 107. Al respecto, la SAP de Valencia (sección 7ª), de 7 de noviembre de 1997, inclusive rechaza la posibilidad de modificar el régimen de custodia establecido, pese a que la progenitora ha superado sus dolencias de carácter psíquico. En esa línea, el tribunal argumenta su decisión en virtud de que se debe preponderar la estabilidad de la hija menor.

le permitirá al juez determinar si es recomendable aplicar una medida de protección<sup>241</sup>.

Por su parte, en caso de que el progenitor padezca una enfermedad crónica, que no obstante de ello, le permita desenvolverse de forma normal, no debe prescindirse bajo ningún punto de vista de considerar la aplicación de cualquiera de las modalidades de custodia vigentes.

Un aspecto que conviene diferenciar de la enfermedad de uno de los progenitores es una supuesta adicción, por ejemplo, problemas de alcoholismo o de drogas. En este caso, ambas modalidades de custodia resultan inviables por el daño que se le puede ocasionar a los hijos. No obstante, dependiendo del grado de alcoholismo es factible asignarle un régimen de visitas bajo supervisión. En caso de que se demuestre su rehabilitación vale la pena valorar la aplicación de una modalidad de custodia siempre y cuando no afecte a la estabilidad de los hijos. Por ejemplo, si durante un tiempo significativo no ha existido relación, es muy probable que el menor rechace retomar un contacto periódico con su progenitor.

De acuerdo con la gravedad de la enfermedad el contacto con los hijos le puede servir como terapia emocional. En estos casos, se debe priorizar la aplicación de la custodia unilateral o en su defecto la custodia compartida, en ambos casos siempre y cuando no afecte el estado emocional del menor<sup>242</sup>.

En ese sentido, la edad del menor será determinante para que se asigne la custodia al progenitor convaleciente. Así pues, resulta complicado imaginar que se beneficie con la custodia del menor si se encuentra en el periodo de lactancia. En cam-

---

<sup>241</sup> Véase PICONTO NOVALES, T. *La protección de la infancia (aspectos sociales y jurídicos)*. Edit. Egido, Zaragoza, 2001, p. 181.

<sup>242</sup> En ese sentido, se recomienda valorar la posibilidad de que el menor reciba apoyo psicológico, con la finalidad de poder sobrellevar la enfermedad del progenitor, véase STILERMAN, M. N. *Menores, tenencia y régimen de visitas*. Edit. Universidad de Buenos Aires-Argentina, 1991, p. 103.

bio, si el menor se desempeña con soltura y es independiente en lo relacionado a sus actividades cotidianas se convierte en un apoyo para su progenitor. Aunque cabe aclarar que en estos supuestos nos encontramos ante una custodia de los hijos atípica, porque el menor en estos casos asume un rol protagónico en favor de su progenitor.

Por último, conviene puntualizar que en los supuestos en los cuales se detecte mala fe por parte de uno de los progenitores que acuse del padecimiento de un vicio al otro progenitor, sin que ello se compruebe, convendría analizar inclusive la posibilidad de no asignarle ninguna modalidad de custodia, sino limitar el contacto con los hijos a un régimen de comunicación o de visitas.

#### 4.6. LUGAR DE RESIDENCIA DE LOS PROGENITORES

El lugar de residencia de los progenitores una vez que se produce la ruptura matrimonial o la desestructuración de la unión de hecho, es un criterio que puede resultar determinante al momento de decidir la modalidad de custodia compartida en un caso concreto.

En esa línea, si los progenitores una vez oficializada su ruptura deciden permanecer en el mismo lugar donde en su momento formaron una familia, *a priori* ambas modalidades de custodia pueden ser aplicables en función de este criterio<sup>243</sup>.

---

<sup>243</sup> SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. pp. 73 y 74, bien afirma que no es necesario permanecer en el mismo domicilio, sino que se puede habitar otra vivienda de características parecidas y en un lugar cercano, con la finalidad de preservar el entorno de los hijos. Desde nuestro punto de vista, estamos de acuerdo con procurar empadronarse en un lugar cercano al que era el domi-

No obstante, si uno de los progenitores se muda a otra ciudad/país la situación cambia, porque se aleja del lugar principal de residencia de los hijos. Por lo que, en este caso el progenitor que permanece en el domicilio familiar tiene a su favor una condición favorable para que se le asigne la custodia unilateral de los hijos. Es más, se señala de forma correcta que resulta inviable determinar un régimen de visitas entre semana si los excónyuges residen alejados el uno del otro<sup>244</sup>.

Un aspecto que resulta determinante para no dejar de lado la custodia compartida, consiste en indagar los motivos por los cuales uno de los progenitores decide cambiar de residencia. En esa línea, una atenuante positiva a favor del establecimiento de la custodia compartida es el hecho de que haya cambiado de residencia por motivos laborales. En cambio, si se muda por voluntad propia pierde la posibilidad de solicitar la aplicación del régimen compartido.

Sin embargo, la residencia del progenitor en caso de solicitar la custodia compartida se encuentra condicionada a la distancia que existe entre la residencia de los hijos y la distancia del progenitor que tiene una nueva residencia en otra ciudad. En esa línea, se presentan los siguientes supuestos:

— Primero, si las distancias entre ciudades, inclusive si son diferentes comunidades o hasta diferentes países se encuentran cerca la una de la otra, son factibles de aplicación cualquiera de las modalidades de custodia, porque trasladarse de un lugar a otro no representará un obstáculo, para que el progenitor que tiene una nueva residencia conserve el contacto con sus hijos<sup>245</sup>.

---

cilio familiar. Sin embargo, las características pueden ser diferentes porque encontrar un piso con las mismas características no solo depende de la predisposición del progenitor, sino también de la oferta del mercado.

<sup>244</sup> PINTO ANDRADE, C. “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución”, op. cit., p. 159.

<sup>245</sup> Sobre el tema, GODOY MORENO, A. “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa”, op. cit., p. 340, afirma que es

En el ámbito jurisprudencial, la SAP de Valencia de 8 de septiembre de 2014, así como la SAP de Valencia de 19 de mayo de 2015, determinan que si bien los excónyuges residen en distintas localidades no es óbice para aplicar un régimen compartido, puesto que, los domicilios se encuentran a escasos kilómetros uno del otro<sup>246</sup>.

Al respecto, conviene aclarar que en el caso de dos Estados diferentes el ámbito de aplicación se limita a los países que tienen frontera con España, por ejemplo, Francia o Portugal.

No obstante, se afirma que en el supuesto que se trate de dos Estados, aunque sea factible en virtud de la distancia entre las residencias de ambos progenitores, la aplicación de la custodia compartida resulta problemática en caso de que la modalidad se determine por periodos cortos<sup>247</sup>.

En efecto, cuando se trata de dos Estados la aplicación del régimen compartido conlleva una dificultad adicional en su aplicación, porque el menor no solo tiene que cambiar de país, sino también de costumbres e incluso de idioma. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que, si los hijos se han formado en una familia transnacional, esto significa que, en el caso de la Unión Europea, hablan dos idiomas distintos, no significa obstáculo alguno, al contrario, le servirá para conocer mejor ambas culturas. No obstante, se recomienda que su aplicación se programe por periodos largos<sup>248</sup>.

El régimen de custodia compartida anual *a priori* facilitaría su aplicación desde la perspectiva de organización y plani-

---

recomendable para aplicar la custodia compartida que habiten cerca el uno del otro o mejor si residen en la misma población.

<sup>246</sup> Véase la SAP de Valencia de 8 de septiembre de 2014 (Rec. 188/2014) y la SAP de Valencia de 19 de mayo de 2015 (Rec. 130/2015).

<sup>247</sup> Por todos, ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., p. 83.

<sup>248</sup> Véase PÉREZ SALAZAR RESANO, M. “Patria potestad”, op. cit., p. 198.

ficación de tiempo por parte de todos los actores. Sin embargo, consideramos que los hijos deben matricularse en un sistema educativo de un Estado de forma principal y en otro de forma accesoria. En caso contrario, se corre el riesgo de que se genere un desfase al momento de determinar el nivel educativo que le corresponde anualmente en uno u otro país.

— Segundo, si la distancia entre las ciudades, comunidades o Estados es significativa, no cabe la posibilidad de aplicar la custodia compartida, solo cabe aplicar la custodia unilateral con un régimen de visitas que dependerá de la disponibilidad del progenitor no custodio a trasladarse al lugar de residencia de los hijos.

En ambos supuestos —más en el segundo que en el primero—, un factor que condiciona la ejecución de la custodia compartida, o bien del régimen de visitas es la situación económica del progenitor que tiene que desplazarse de un lugar a otro, porque implica un gasto económico adicional que en algunos casos puede llegar a ser bastante significativo.

#### 4.7. MANTENER UNIDOS A LOS HERMANOS

De conformidad a lo establecido en el numeral 10 del art. 92 del CC, de forma textual se prevé lo siguiente:

El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

En principio la regulación no amerita controversia alguna, no obstante, el legislador deja un margen de apreciación discre-

cional, por cuanto, establece que se “procurará” no separar a los hermanos. Es decir, que los hermanos no siempre podrán permanecer juntos al momento de determinar la modalidad de custodia aplicable. Sin duda, el principio de no separar a los hermanos se encuentra condicionado por varios factores que rodean a un caso concreto entre los que podemos destacar los siguientes:

- Primero, el número de hijos de los progenitores, por ejemplo, si son dos hermanos, no se recomienda su separación, porque la custodia tanto si es unilateral como si es compartida es viable. Esto en virtud de que la mayoría de las familias tienen uno o dos hijos.
- Segundo, la conducta de los hijos, si los hijos tienen una conducta estable, *a priori* pueden permanecer juntos. Sin embargo, en el supuesto de que uno de los hijos tenga problemas de hiperactividad, hay que valorar si es aconsejable mantener a los hermanos juntos. Por ejemplo, si son tres hermanos se recomienda que uno de los progenitores se haga cargo de un hijo y el otro de dos hijos, aunque con rotación periódica para que ninguno de los tres hijos permanezca separado de sus otros hermanos.
- Tercero, la edad de los hijos, mientras menos diferencia de edad exista entre los hijos es más conveniente que permanezcan juntos. En cambio, si la diferencia es significativa, es más complicado que permanezcan juntos, porque si un hijo tiene un año y es todavía lactante, es más probable que se determine la custodia unilateral en favor de la progenitora, por su parte, si su hermano tiene quince años es probable que tenga otra opinión con relación a la custodia y prefiera convivir con su padre, opinión que si bien no es vinculante para el juez se debe tomar en cuenta.
- Cuarto, el vínculo afectivo, no son pocos los casos donde existe más apego hacia uno de los progenitores en

detrimento del otro progenitor, si bien este aspecto juega a favor del progenitor beneficiado al momento de determinar la custodia, consideramos que en estos casos se debe procurar no separar a los hermanos, porque caso contrario con el transcurso del tiempo el vínculo afectivo entre progenitor e hijo tenderá a desaparecer.

- Quinto, el género de los hijos, en este caso consideramos que los hermanos deben permanecer siempre juntos, porque el género bajo ningún motivo es una causal para separarlos mediante la custodia.

En el ámbito doctrinal, se adopta el término “custodia partida o distributiva”, en los supuestos en los cuales los hermanos no puedan permanecer unidos y se asigne la custodia tanto al padre como a la madre<sup>249</sup>. En estos casos, conviene aclarar que se puede aplicar indistintamente la custodia unilateral, o bien la custodia compartida.

En la jurisprudencia, se prioriza la unión de los hermanos que se encuentran en una situación de ruptura matrimonial o desestructuración de unión de hecho de sus progenitores en función de precautelar su beneficio. Así se pronuncian, entre otras, la SAP de Barcelona de 21 de noviembre de 1996 y la SAP de Soria de 8 de abril de 1996<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> PÉREZ SALAZAR RESANO, M. “Patria potestad”, op. cit., p. 184.

<sup>250</sup> Véase la SAP de Barcelona (sección 12ª) de 21 de noviembre de 1996 y la SAP de Soria de 8 de abril de 1996.

## CONCLUSIONES

La titularidad y el ejercicio de la patria potestad mientras la estructura familiar permanece unida van por lo general al unísono. En cierta medida la titularidad absorbe al ejercicio, motivo por el cual, se hace referencia de forma equivocada únicamente a la denominación general de la patria potestad.

El ejercicio de la patria potestad como consecuencia de la ruptura matrimonial o la desestructuración de la unión de hecho se resquebraja, aspecto que da lugar a cuatro sistemas de ejercicio que no tienen del todo delimitadas sus funciones, aspecto que genera solapamiento entre sistemas con excepción del mantenimiento del ejercicio conjunto.

La movilidad de las personas especialmente a nivel internacional genera un nuevo escenario en el caso de familias que se desestructuran, concretamente nos referimos al ejercicio de la patria potestad en las familias transnacionales, en cuya estructura no es factible el mantenimiento del ejercicio conjunto, debido a que los miembros de la estructura familiar se encuentran en diferentes puntos geográficos.

En cuanto a las figuras de la guarda y custodia, se ha determinado que, si bien el legislador en determinados casos recurre indistintamente a ambas figuras como sinónimos, en sentido restringido son dos figuras jurídicas diferentes, por lo que, en supuestos de desestructuraciones familiares conviene recurrir al término custodia de los hijos.

La custodia unilateral es la modalidad tradicional de custodia de los hijos que incluye un régimen estricto o ampliado de

régimen de comunicación/visitas en favor del progenitor no custodio. La mutación del tiempo asignado de convivencia de los hijos con el progenitor no custodio en algunos supuestos solapa el ejercicio de la custodia compartida encubierta.

El ordenamiento jurídico español incluye desde el año 2005 en la norma sustantiva, la regulación del régimen compartido, por lo que, se admite una regulación dual de la custodia unilateral y la custodia compartida respectivamente, sin que esto signifique que ambas modalidades se encuentren reguladas en igualdad de condiciones.

Se ha detectado que pese a los cambios posteriores al año 2005 implementados por el legislador en lo que respecta la regulación de la custodia compartida, esta modalidad no termina de consolidarse, porque se condiciona su aplicación al cumplimiento de determinados requisitos que no hacen factible su implementación.

La custodia compartida a diferencia de la custodia unilateral condiciona su aplicación al establecimiento de un acuerdo entre los progenitores. En caso de que ello no ocurra, no descarta su aplicación, aunque supedita su determinación al requerimiento del Ministerio Público, o bien a un informe de especialistas debidamente cualificados, entre otros.

La regulación dual de modalidades de custodia dependiendo del caso ofrece la posibilidad de determinar un régimen de comunicación y estancia/régimen de visitas. En ese sentido, el contacto que se asignará al progenitor no custodio debe ser determinado en correspondencia con la naturaleza de la custodia unilateral y la custodia compartida.

En el ámbito jurisprudencial, se debe destacar que antes de la regulación de la custodia compartida en la norma sustantiva, ya existían resoluciones judiciales que determinaban la aplicación de esta modalidad en unos casos de forma expresa y en otros casos de forma encubierta o disfrazada.

El interés del menor es el criterio rector que se tiene que seguir en la determinación de la modalidad de custodia de los hijos. No obstante, debe compaginarse con otros criterios que son aplicables a cada caso en concreto según las circunstancias que rodean al menor y a los progenitores.

Se debe priorizar la participación del menor en la determinación de su propio interés, tomando en cuenta que es la parte más perjudicada a consecuencia de la desestructuración de la familia. En esa línea, los progenitores son los llamados a canalizar lo más beneficioso para los hijos en la determinación de la custodia de los hijos. En caso de que los progenitores no puedan consensuar, lastimosamente, se deja la determinación del interés de los hijos a terceras personas que no conocen lo suficiente a los hijos.

En el proceso de determinación de la custodia de los hijos los progenitores tienen la oportunidad de consensuar entre ellos. Sin duda, resulta para ambos complicado ser objetivo debido a la ruptura matrimonial o desestructuración reciente de la familia. No obstante, al menos uno de los progenitores debe ceder en sus pretensiones y consensuar con relación al régimen de custodia aplicable, pensando en que el bienestar de los hijos no se condiciona a la obtención de la custodia.

La edad de los hijos al momento de determinar la custodia de los hijos adquiere mayor importancia a medida que se acercan a la mayoría de edad, debido a que su opinión, aunque no sea vinculante para la autoridad judicial tendrá mayor relevancia una vez que hayan superado la barrera de los doce años.

La ocupación o profesión de los progenitores se debe tomar en cuenta al momento de determinar la modalidad de custodia aplicable, con la finalidad de mantener o mejorar la calidad de vida de los hijos, tomando en cuenta su situación personal, criterio que resulta más relevante si los hijos padecen una enfermedad. Sin que esto signifique promover un criterio de discriminación entre los progenitores.

El lugar de residencia de los progenitores dependiendo de la distancia entre los domicilios familiares se convierte en un factor determinante para optar por la custodia unilateral, o bien compartida en un determinado caso. Sin embargo, el régimen compartido nos ofrece inclusive la posibilidad de determinar una periodicidad abierta ajustada a la situación de cada caso.

En el supuesto de que existan varios hijos se recomienda no separarlos al momento de optar por una de las modalidades de custodia. No obstante, tomando en cuenta las características de cada familia desestructurada no en todos los casos será posible mantener a los hermanos unidos.

# BIBLIOGRAFÍA

- ABBAZ CHURBA, M. “La crianza en medio del conflicto, la amenaza y la violencia”. En JABBAZ CHURBA, M., y DÍAZ, C. *Menores en disputa. Custodia, visitas y patria potestad en la Comunidad Valenciana*. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 175-198,
- ACUÑA SAN MARTÍN, M. Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. *Revista de Derecho (Valdivia)*. vol. 28, núm. 1, 2015, pp. 55-77.
- ALBALADEJO, M. *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*. Edit. Bosch, Barcelona, 2002.
- ALCÁZAR JIMÉNEZ, M. N. *La custodia compartida en el supuesto de modificación de medidas definitivas en un procedimiento de divorcio*. Edit. Universidad de Jaén, 2018.
- ALIAGA FIGUERES, M. “Lo que establece la ley en torno a los menores inmersos en rupturas familiares”. En JABBAZ CHURBA, M., y DÍAZ, C. *Menores en disputa. Custodia, visitas y patria potestad en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 29-42.
- AMORÓS, P., y PALACIOS, J. *Acogimiento Familiar*, Edit. Alianza, Madrid, 2004.
- ANDRÉS JOVEN, J. “Modificaciones de medidas definitivas”. En GONZÁLEZ POVEDA, P y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*. Edit. Sepín, Madrid, 2005.
- ARCH MARÍN, M. Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: implicaciones para las recomendaciones de la guarda y custodia. *Revista papeles del psicólogo*, vol. 31, 2, 2010, pp. 183-190.
- ARCE, R., ARCH, M., SEIJO, D., RAMÍREZ, M., MUÑOZ, J. M., FARIÑA, F. “La evaluación pericial psicológica en procesos de ruptura de pareja con hijos”. En FARIÑA, F., y ORTUÑO, P., (Coords.). *La gestión positiva de la ruptura de pareja con hijos*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 145-164.

- ATIENZA, M. *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*. Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO R. “De las relaciones paterno-filiales”. En VVAA. *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia Volumen II*. Edit. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1044-1045.
- BECK, U. y BECK – GERNSHEIM, E. *Amor a distancia: nuevas formas de vida en la era global*. Paidós Buenos Aires, 2012.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO R. *Comentarios al Código Civil*. Edit. Aranzadi, Navarra, Segunda edición, 2006.
- BO JANE, M., y CABALLERO RIVERA, M. El nuevo Derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés, *Revista La Ley*, núm. 6, 1996.
- BORDA, G. A., *Manual de Derecho de Familia*. Edit. Perrot, Buenos Aires, 1988, Décima edición, 1988.
- BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. A. *Manual de Derecho de Familia*, Edit. Astrea, Buenos Aires, Segunda edición, 1990.
- CABALLERO GEA J. A. *Matrimonio. Contrayentes del mismo o diferente sexo. Separación y divorcio. Unión de hecho Acogimiento y adopción. Violencia de Género, pensión impagada*. Edit. Dykinson, Madrid, 2005.
- CAMPO IZQUIERDO, A. L. La conflictividad y los procesos matrimoniales. *Boletín de Derecho de Familia el Derecho*, núm. 59, 2006.
- CORCOY BIDASOLO, M. “Qué aporta la LO 11/2003, en la incriminación de la llamada violencia doméstica. En MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.<sup>a</sup> y REGUERO CELADA, J. (Coords). *Mujer y Empleo, Una estrategia para la igualdad*. Edit. Comares. Edit. Comares, Granada, 2004.
- CARRIÓ GENARO, R. *Dworkin y el positivismo jurídico*. Edit. Madero, México, 1981.
- CLAVIJO, J. H., La participación del menor en la audiencia de exploración, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018, pp. 570 – 585.
- CLAVIJO, J. H., El interés del menor en la reagrupación familiar, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, bis, 2022, pp. 1154-1175.
- DE PEÑAFORT, R. *Una Juez frente al maltrato*. Edit. Debate, Barcelona, 2005.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y MARTÍNEZ, P. J. *La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos*

- cuyos familiares no conviven: Un estudio en clave jurisprudencial.* Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano, 2015.
- D' ANTONIO, D. H. *Derecho de los menores.* Edit. Astrea, Buenos Aires - Argentina, Tercera edición, 1986.
- DÍEZ PICAZO, L. *Familia y Derecho.* Edit. Civitas, Madrid, 1984.
- DÍEZ PICAZO, L. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho.* Edit. Ariel, Barcelona, 2022.
- DOMINGUEZ OLIVEROS, I. *¿Custodia Compartida Preferente o Interés del Menor?* Edit. Tirant lo Blanch, 2018.
- EEKELAAR, J. The interest of the child and the child's wishes: the role of the dynamic self-determinism. *International Journal of Law Policy and the Family*, núm. 8 (1), 1994, pp. 42-61.
- ECHARTE FELIÚ, A. M. *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial.* Edit. Comares, Granada, 2000.
- FOSAR BENLLOCH, E. *Estudios de Derecho de Familia, Tomo II,* Edit. Bosch, Barcelona, 1982.
- FUENTE NORIEGA, M. *La patria potestad compartida en el código civil español.* Edit. Montecorvo, Madrid, 1986.
- FREIJANES BENITO, A. "La protección de los derechos de los menores en casos de divorcio y separación". En RODRÍGUEZ TORRENTE, J. *El menor y la familia: conflictos e implicaciones.* Edit. UPCO, Madrid, 1998.
- FLAQUER, LL., y BECERRIL, D. "Consecuencias socioeconómicas de la ruptura de las parejas". En FARIÑA, F., y ORTUÑO, P., (Coords.). *La gestión positiva de la ruptura de pareja con hijos.* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 187-200.
- GARAY MOLINA, A. C. La custodia compartida en las relaciones familiares en conflicto, *Revista Ius Vocatio*, núm. 4, 2021, pp. 73-98.
- GARCÍA ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo I,* Edit. Dykinson, Madrid, 2022.
- GARCÍA LEHMANN, R. La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres, *Revista Ius et Praxis*, núm. 24, 2, 2018, pp. 469-512.
- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. y OTERO CRESPO, M. Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio de la custodia compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005. *Revista Xuridica da*

- Universidade d Santiago de Compostela*. Edit. Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006, pp. 95-129.
- GODOY MORENO, A. “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa”. En DE ANDRÉS IRAZAZÁBAL, C. y HERNÁNDEZ CATALÁN, G. *Diez años de abogados de familia*. Edit. La Ley, Madrid, 2003, pp. 315-342.
- GONZÁLVEZ VICENTE, P. “Procedimiento consensuado”. En GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*. Edit. Sepín, Madrid, 2005.
- GREGORIO GIL, C. “Análisis de las migraciones transnacionales en el contexto español, revisitando la categoría de género desde una perspectiva etnográfica y feminista”, *Revista Nueva Antropología*, vol. 24, núm. 74, 2011.
- GUILARTE MARTÍN – CALERO, C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”. En GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)* Edit Lex Nova, Valladolid, 2005.
- HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
- HERRANZ BALLESTEROS, M. *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*. Edit. Lex Nova, Valladolid, 2004.
- HERRERO GARCÍA, M.<sup>a</sup>. J. Las medidas provisionales en la crisis matrimonial, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 115, 1982, pp. 156-205.
- JABBAZ CHURBA, M. Custody and care of children in Spain: Can the two rights be reconciled, *Feminist legal studies*, núm. 29, 2021, pp. 351-373.
- JABBAZ CHURBA, M. “Una reconstrucción de las instituciones desde la narrativa de quienes la transitan”. En JABBAZ CHURBA, M., y DÍAZ, C. *Menores en disputa. Custodia, visitas y patria potestad en la Comunidad Valenciana, Valencia*. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 49-118.
- KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. Edit. Porrúa, México, Décima cuarta edición, 2005.
- LASARTE, C. *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Edit. Marcial Pons, Madrid, Novena edición, 2010.

- LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros. *Elementos del Derecho Civil IV Familia*. Edit. Dykinson, Madrid, 2002.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. *Matrimonio y Divorcio, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil*. Edit. Civitas, Madrid, 1994.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. *Los menores en el Derecho Español*. Edit. Tecnos, Madrid, 2002.
- LÓPEZ ARCONA, M. A. Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa, *Revista de derecho civil aragones*, núm. 20, 2014, pp. 127-154.
- LORCA NAVARRETE, A. M., y DENTICI VELASCO, N. M. *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva Ley de Divorcio de 2005, con especial referencia a la mediación familiar*, Edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2005.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. *Capacidad contractual del menor*. Edit. Dykinson, Madrid, 2001.
- LLORENTE PINTOS, R. El régimen de visitas: La corta edad como impedimento para la pernocta, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 33, 2006.
- MARTÍNEZ CALVO, J. *La guarda y custodia de los hijos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.<sup>a</sup>. *La rendición de cuentas en el código civil, con especial examen en la tutela*. Edit. Dykinson, Madrid, 2003.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.<sup>a</sup>. “El derecho ante la violencia doméstica”. En MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.<sup>a</sup> Y REGUERO CELADA, J. (Coords.). *Mujer y Empleo, Una estrategia para la igualdad*. Edit. Comares. Edit. Comares, Granada, 2004.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.<sup>a</sup>., “Las recientes reformas del Derecho de Familia”. En FIGUERELO BURRIEZA, A. y IBAÑEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup>. L. (Eds.), *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*. Edit. Comares, Granada, 2006.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, J. *La intervención del maltrato infantil, una revisión del sistema de protección*. Edit. Pirámide, Madrid, 2005.
- MASON EKMAN, M. A. “¿Cómo pueden enfrentarse los padres a las mentiras de sus hijos?”. En EKMAN, P. *Por qué mienten los niños, cómo los padres pueden fomentar la sinceridad*, Edit. Paidós, Barcelona, 1999.

- MAZEAUD, H. L., y MAZEAUD, J. *Lecciones de Derecho Civil, Vol. IV*, traducido por ALCALA – ZAMORA y CASTILLO, L. Edit. Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1976.
- MORENO MANSO, J. M. *Maltrato infantil*. Edit. EOS, Madrid, 2002.
- NAVARRO FLETCHER, V., y DÍAZ MARTÍNEZ, C. “Los padres en divorcios litigiosos”. En JABBAZ CHURBA, M., y DÍAZ MARTÍNEZ, C. *Menores en Disputa. Custodia, Visitas y Patria Potestad en la Comunidad Valenciana*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 119-151.
- ORDÁS ALONSO, M. Custodia monoparental con régimen de visitas amplio versus custodia compartida. Más allá del nomen, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2, 2022, pp. 1400-1433.
- ORTUÑO MUÑOZ, P. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Edit. Civitas, Navarra, 2006.
- PACHECO DE KOLLE, S. *Derechos de la Niñez y Adolescencia, teoría y práctica*. Edit. Alexander, Cochabamba-Bolivia, 2004.
- PAGÉS, I. y CRIVILLE, M., *Hijos y Divorcio*. Edit. Martínez Roca, 2002.
- PASTOR VITA, F. J. “Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”. *Revista de Derecho de Familia*. núm. 28, 2005, pp. 25-56.
- PEGUERO CARRERO, B. Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021 de 15 de diciembre de 2021. *Revista Diario La Ley*, núm. 10177, 2022, pp. 1-40.
- PÉREZ FUENTES, G. La guarda y custodia compartida en México. Una solución jurisprudencial, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2, 2022, pp. 1434-1463.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores”. En ZARRALUQUI SÁNCHEZ-ESNARRIAGA, L., y otros. *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*. Edit. Dykinson, Madrid, 2002, pp. 87 – 114.
- PÉREZ SALAZAR RESANO, M. “Patria potestad”. En GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*. Edit. Sepín, Madrid, 2005, pp 159 – 224.

- PLANIOL, M. y RIPERT, J. *Tratado práctico de Derecho Civil Francés, tomo segundo, la familia, matrimonio, divorcio, filiación*, traducción de Díaz Cruz, M. Edit. Juan Buxo, Habana, 1928.
- PICONTÓ NOVALES, T. *La protección de la infancia (aspectos sociales y jurídicos)*. Edit. Egido, Zaragoza, 2001.
- PICONTÓ NOVALES, T. “Ruptura familiar y coparentalidad: un análisis comparado”, En PICONTÓ NOVALES, T. *La custodia compartida a debate*. Edit. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 45-76.
- PINTO ANDRADE, C. La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 9, 2015, pp. 143-175.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. La guarda y custodia de los hijos. *Revista Derecho Privado y Constitución*, Madrid, núm. 15, 2001, pp. 281-330.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*. Edit. Dykinson, 2007.
- ROCA, E. *Familia y cambio social*. Edit. Civitas, Madrid, 1999.
- SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- SANTOS URBANEJA, F. “¿Qué significa el interés del menor?”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 15, 2002, pp. 271-274.
- SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M.<sup>a</sup>. A. y MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.<sup>a</sup> (Coords). *Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Edit. Iustel, Madrid, 2005.
- SEISDEDOS MUIÑO, A. *La patria potestad dual*. Edit. Servicio editorial del País Vasco, 1988.
- SERRANO GARCÍA, J. A. Estudio de la jurisprudencia aragonesa sobre custodia de los hijos y régimen de visitas. *Revista de derecho civil aragonés*, núm. 25, 2019, pp. 37 – 90.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M. “Concepto y naturaleza de la patria potestad”. En HORNERO MÉNDEZ, C., INFANTE RUIZ F., VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L, OLIVA BLÁZQUEZ F, AGUILAR RUIZ L, PIZARRO MORENO, E., et al. *Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Cuarta edición, 2023, pp. 212-232. Disponible en: <https://biblioteca-tirant.com.eu1.proxy.openathens.net/cloudLibrary/ebook/info/9788411478120>
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. “Matrimonio y crisis: Separación, Divorcio y Nulidad”. En GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ

- VICENTE. P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*. Edit. Sepín, Madrid, 2005.
- SOLÉ RESINA J., y GETE-ALONSO M.<sup>a</sup>. del C. *Filiación y Potestad Parental*. Edit. Tirant Lo Blanch, 2014. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.eu1.proxy.openathens.net/cloudLibrary/ebook/info/9788490536735>
- STILERMAN, M. N. *Menores, tenencia y régimen de visitas*. Edit. Universidad de Buenos Aires – Argentina, 1991.
- TAMBORERO y DEL RIO, R. “La guarda y custodia compartida”, En DE ANDRÉS IRAZAZÁBAL, C. y HERNÁNDEZ CATALÁN, G. *Diez años de abogados de familia*. Edit. La Ley, Madrid, 2003, pp. 515 – 519.
- TENESACA GUZMAN, G. T. *Familia transnacional: efectos en las relaciones familiares adolescentes de la Unidad Educativa del Milenio Victoria del Portete, desde un enfoque de género*. Edit. Universidad de Cuenca, 2019.
- UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. “Soluciones extrajudiciales de conflictos familiares: arbitraje, conciliación, mediación”. En ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., y otros. *Actualización del derecho de familia y sucesiones*. Edit. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 137-178.
- VARELA GARCÍA, C. Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto, *Actualidad Civil*, núm. 12, 1997,
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Matrimonio y Divorcio*. Edit. Difusa, Madrid, 2005.
- VENTOSO ESCRIBANO, A. *La representación y disposición de los hijos*. Edit. Colex, Madrid, 1989.
- VILLAZÓN DELGADILLO, M. *Familia, Niñez y Sucesiones*. Edit. Tupac Katari, Bolivia, 2000.
- VON IHERING, R. *La dogmática jurídica*. Edit. Losada-Buenos Aires, 1946.
- VON IHERING, R. *El fin del derecho*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1978.
- WARDA, G. *Dogmatische Grundlagen des Richterlichen Ermessens in Strafrecht*, Edit. Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, 1962.
- WIEHWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*. Edit. Taurus, Madrid, 1964.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia con sus padres”. En ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., y otros, *La conflictividad en los procesos fami-*

*liars: vías jurídicas para su reducción*. Edit. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 19-116.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. “Las reformas legales que nos esperan”, en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. y otros, *Actualización del derecho de familia y sucesiones*. Edit. Dykinson, Madrid, 2005,

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”. En ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., y otros, *Temas de actualidad en Derecho de Familia*. Edit. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 13-84.

## LEGISLACIÓN

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid* núm. 206 (1889).

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, *BOE*, núm. 313 (1990).

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*, núm. 15 (1996).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *BOE*, núm. 7 (2000).

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *BOE*, núm. 313 (2004).

Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, *BOE*, núm. 209 (2004).

Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa, *DOUE*, núm. 83 (2010).

Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, *BOE*, núm. 300 (2021).

## JURISPRUDENCIA

### Sentencias del Tribunal Supremo (STS)

STS, de 21 de mayo de 2021.

STS, de 25 de junio de 1987.

STS, de 20 de abril de 1991.

STS, de 20 de enero de 1993.

STS, de 25 de junio de 1994.

STS, de 22 abril de 1997.

STS, de 21 de diciembre de 1998.

STS, de 23 de diciembre de 1998.

STS, de 9 de julio de 2002.

STS, de 11 de marzo de 2010.

STS, de 1 de octubre de 2010.

STS, de 09 de marzo de 2012.

STS, de 29 de abril de 2013.

STS, de 18 de marzo de 2014.

STS, de octubre de 2014.

STS, de 16 de octubre de 2014.

STS, de 30 de octubre de 2014.

STS, de 9 de septiembre de 2015.

STS, de 14 de octubre de 2015.

STS, de 29 de marzo de 2016.

STS, de 21 de julio de 2016.

STS, de 20 de septiembre de 2016.

STS, de enero de 2017.

STS, de 26 de enero de 2017.

STS, de 12 de mayo de 2017.

STS, de 28 de febrero de 2018.

STS, de 27 de marzo de 2019.

STS, de 27 de junio de 2021.

STS de 11 de enero de 2023.

Sentencias del Tribunal Constitucional (STC)

STC núm. 141, de 29 de mayo de 2000.

STC núm. 152, de 6 de junio de 2005.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (STJS)

STJS de Cataluña, de 25 de junio de 2009.

STJS de Aragón, 13 de julio de 2011.

STJS de Aragón, 30 de septiembre de 2011.

Sentencias de Audiencias Provinciales (SAP)

SAP de Alicante, de 30 de marzo de 1990.

SAP de Valencia, de 18 de octubre de 1990.

SAP de Valencia, de 15 de mayo de 1995.

SAP de Soria, de 8 de abril de 1996.

SAP de Barcelona, de 21 de noviembre de 1996.

SAP de La Coruña, de 27 de noviembre de 1996.

SAP de Valencia, de 27 de mayo de 1997.

SAP de Alicante, de 7 de julio de 1997.

SAP de Valencia, de 1 de septiembre de 1997.

SAP de Madrid, de 23 de septiembre de 1997.

SAP de Valencia, de 7 de noviembre de 1997.

SAP de Madrid, de 6 de marzo de 1998.

SAP de Las Palmas, de 24 de marzo de 1998.

SAP de Almería, de 11 de mayo de 1998.

SAP de Baleares, de 19 de abril de 1999.

SAP de Valencia, de 22 de abril de 1999.

SAP de Madrid, de 20 de abril de 1999.

SAP de Valencia, de 30 de julio de 1999.

SAP de Asturias, de 27 de abril de 2000.

SAP de Asturias, de 15 de junio de 2000.

SAP de Salamanca, de 29 de octubre de 2001.

SAP de Castellón, de 10 de abril de 2003.

SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 26 de enero de 2004.

SAP de Cantabria, de 20 de octubre de 2004.  
SAP de Madrid, de 8 de julio de 2005.  
SAP de Barcelona, de 20 de diciembre de 2006.  
SAP de Bizkaia, de 31 de octubre de 2008.  
SAP de Madrid, de 21 de julio de 2009.  
SAP de Girona, de 10 de junio de 2011.  
SAP de León, de 25 de noviembre de 2011.  
SAP de Zaragoza, de 17 de enero de 2012.  
SAP de Almería, de 27 de diciembre de 2012.  
SAP de Barcelona, de 30 de noviembre de 2012.  
SAP de Barcelona, de 27 de febrero de 2013.  
SAP de Valencia, de 14 de noviembre de 2013.  
SAP de Valencia, de 8 de septiembre de 2014.  
SAP de Castellón, de 24 de octubre de 2014.  
SAP de Valencia, de 19 de mayo de 2015.  
SAP de Málaga, de 24 de noviembre de 2016.  
SAP de Ciudad Real, de 13 de marzo de 2019.

#### Sentencias de Juzgados de Primera Instancia

Juzgado de Primera Instancia de Cerdanyola del Vallés, de 4 de febrero de 2003.  
Juzgado de Primera Instancia de Madrid, de 6 marzo de 2005.  
Juzgado de Primera Instancia de Madrid, de 19 de julio de 2007.  
Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, de 27 de mayo de 2019.





## GRACIAS POR CONFIAR EN NUESTRAS PUBLICACIONES

Al comprar este libro le damos la posibilidad de consultar gratuitamente la versión ebook.

### Cómo acceder al ebook:



- ☞ **Entre en nuestra página web**, sección Acceso ebook ([www.dykinson.com/acceso\\_ebook](http://www.dykinson.com/acceso_ebook))
- ☞ **Rellene el formulario** que encontrará insertando el código de acceso que le facilitamos a continuación así como los datos con los que quiere consultar el libro en el futuro (correo electrónico y contraseña de acceso).
- ☞ Si ya es **cliente registrado**, deberá introducir su **correo electrónico y contraseña habitual**.
- ☞ Una vez registrado, **acceda a la sección Mis e-books de su cuenta de cliente**, donde encontrará la versión electrónica de esta obra ya desbloqueada para su uso.
- ☞ Para consultar el libro en el futuro, ya sólo es necesario que se identifique en nuestra web con su correo electrónico y su contraseña, y que se dirija a la sección Mis ebooks de su cuenta de cliente.

### CÓDIGO DE ACCESO

Rasque para ver el código

Nota importante: Sólo está permitido el uso individual y privado de este código de acceso. Está prohibida la puesta a disposición de esta obra a una comunidad de usuarios.



**MANTÉNGASE INFORMADO  
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbese gratis  
al boletín informativo  
[www.dykinson.com](http://www.dykinson.com)**

**Y benefíciense de nuestras ofertas semanales**