



AESTIMATIO
A B O G A D O S

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Luis Miguel Fernández J.

Socio Director-Abogado

Alejandra Alonso de Castañeda

Abogado

Área de Derecho de Familia

info@aestimatioabogados.com

No se puede negar que nos encontramos en una época de importantes cambios e innovaciones en el ámbito jurídico.

Concretamente, el pasado año 2013 podemos afirmar que fue sumamente interesante. Ello porque nuestros Tribunales dieron respuesta, en forma de resoluciones, a ámbitos y problemas de plena actualidad social, entre ellos se pronunciaron de forma muy relevante en tema de Familia, donde el nuevo modelo de Familia y las necesidades de los menores, cuyo interés se defiende con carácter primordial en toda Resolución, hacían necesario asentar nuevas tendencias jurisprudenciales.

En esta línea, uno de los campos más interesantes en cuanto a jurisprudencia de Familia ha sido la introducción de la Guarda y Custodia Compartida como algo normal e, incluso, aconsejable en el ámbito de las resoluciones judiciales.

No obstante, es preciso analizar la evolución que ha experimentado a lo largo de nuestra historia El Derecho de Familia en España.

El primer cambio importante y "revolucionario" tiene lugar, como sabemos, con la **LEY 30/1981** que introduce una figura nueva: la posibilidad de extinguir el vínculo matrimonial a través del **DIVORCIO**. Es a partir de este momento cuando comienza el destierro de un concepto tradicional de familia y del vínculo matrimonial indisoluble.

A partir de esta novedad, y en los años siguientes, siguió moldeándose y sufriendo modificaciones ese concepto de familia, motivado ello por diversos factores, entre ellos la incorporación de la mujer al mundo laboral. Poco a poco van surgiendo modelos familiares más acordes a una realidad social donde ambos progenitores se involucran en la consolidación del núcleo familiar.

A lo largo de toda esa evolución se observa que desde el principio uno de los temas más delicados y controvertidos en el marco de los procedimientos de separación y divorcio es el que se refiere a **la atribución del derecho de la guarda y custodia sobre los hijos comunes.**

En este sentido y tradicionalmente, el modelo de guarda y custodia de mayor aplicación práctica desde la introducción en 1981 del Divorcio ha sido la atribución unilateral o con carácter exclusivo a uno de los progenitores, generalmente a la madre. Esta atribución, que prácticamente no contaba con excepción alguna, presenta a nuestro juicio importantes deficiencias.

Desde nuestro punto de vista, principalmente, porque impide particularizar cada caso y adaptarlo a la situación real de cada familia y de cada menor, cuyo interés es lo que se busca proteger. De tal forma que los principales perjudicados con una atribución exclusiva de la guarda y custodia sin dejar margen a un análisis de las necesidades y situación familiar en particular son aquellos a quien se trata de proteger, los hijos menores.

Por el contrario, la consideración de un modelo de guarda y custodia compartida permite que una vez disuelta la convivencia conyugal, el reparto de las obligaciones con el menor sea igualitario, y se permite un disfrute común de los progenitores con respecto a sus hijos menores, además de garantizarse un contacto también igualitario de los menores con sus padres, que son para ellos su referencia.

Así pues, la nueva situación social supuso la demanda de este modelo de Guarda y Custodia compartida, lo que propició que la **Ley 15/2005** introdujera por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico español, de manera expresa, esta posibilidad que es regulada en el Artículo 92 del CC.

Sin embargo, la aplicación de esta institución presenta importantes deficiencias prácticas, dado que o se adoptaba por ambos progenitores este modelo, de mutuo acuerdo, o su aplicación por parte de los Tribunales era muy restrictiva, por lo que realmente seguirá primando la atribución individual de la Guarda y Custodia.

Comienza a partir de este momento, el nacimiento de una nueva línea jurisprudencial, y es **la Sentencia del Tribunal Supremo CASACIÓN Núm.: 2525/2011 de fecha 3 de Abril de 2013**, la que supone un giro doctrinal y se aleja de la literalidad del Artículo 92 del CC. Esta resolución declara que:

“la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.”

Por otra parte, **el inciso «favorable»** contenido en el apartado 8º del artículo 92, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha sido declarado inconstitucional y nulo por Sentencia TC (Pleno) de 17 de octubre de 2012, de tal forma que **ya no es determinante que el Ministerio Fiscal se muestre conforme con que se establezca la custodia compartida.**

Así el Tribunal Constitucional Sentencia 185/2012, declaró que *“en aquellos casos en los que el Ministerio público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art.117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial. Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en consecuencia, la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional, al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal”.*

De todo ello se desprende que la custodia compartida puede decretarse no sólo con informe desfavorable del Ministerio Público sino, incluso, sin que haya sido solicitada por los padres, siempre que tal medida responda y quede justificada adecuadamente por el **superior interés de los menores.**

En este sentido, además de la jurisprudencia establecida por el **Tribunal Supremo** en dicha materia, las legislaciones forales en las competencias que tienen atribuidas se han convertido en pilar fundamental en la aplicación de la Guarda y Custodia Compartida como regla general, considerando como excepción a la regla, la custodia monoparental, primando siempre el interés del menor.

Actualmente, Nos encontramos con la existencia de Anteproyecto de ley (<http://www.juecesdemocracia.es/LegislacionActual/Anteproyecto%20de%20Ley%20Custodia%20Compartida%20CM%2019-7-13.pdf>) sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio que pretende modificar el Código Civil donde no se trata de establecer una regla general indiscutible de atribución de guarda y custodia compartida, pero si se trata de eliminar la preferencia de una custodia monoparental cuando no existe causa necesaria para ello y es lo más beneficioso para el menor, como se desprende de su exposición de motivos.

Además, se reconoce abiertamente la nueva tendencia jurisprudencial. Muestra de ello, **la Sección 1ª del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de noviembre de 2013**, al manifestar, *“a la vista de lo expuesto, es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 CC), tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional. Unido a ello, las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los Tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del Código Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor”*.

Entre los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes, cabe señalar **la Sentencia 757/2013, de 29 de noviembre de 2013** en la que *“Se revoca la sentencia que denegó al actor la medida de guarda y custodia compartida de dos hijas menores de edad que fue acordada por el Juzgado de 1ª Instancia”*. Aprecia el TS que se ha vulnerado art. 92 del CC, apartados 6, 8 y 9 y la doctrina jurisprudencial de dicho precepto; y es que, en contra de lo manifestado en la sentencia recurrida, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.

La afirmación, (que por otra parte suele ser común), *"no tienen buenas relaciones"*, no ampara por sí misma una medida contraria al régimen de guarda y custodia compartida, cuando no se precisa de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores. La Sala dispone, *"que el hecho de que haya funcionado el sistema instaurado en medidas provisionales no impide su modificación en la adopción de las medidas definitivas, en las que se ha atender a las etapas del desarrollo de las hijas; además, se ha de valorar el mejor interés de las menores en que se mantenga o cambie en su beneficio el régimen de custodia compartida cuando ya ha funcionado durante un tiempo y se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercerla de forma individual."*

En AESTIMATIO ABOGADOS, nos ponemos a su disposición para cualquier consulta relacionada con esta materia y principalmente, para ofrecerles el asesoramiento necesario y particular, atendiendo a su caso concreto. Siempre analizando en profundidad cada supuesto y protegiendo los intereses de los menores, porque en AESTIMATIO ABOGADOS estudiamos y profundizamos en las novedades legislativas y jurisprudenciales para buscar las soluciones adecuadas a cada uno de nuestros clientes.