

LOS NUEVOS HORIZONTES DEL DERECHO DE FAMILIA:

LA ELIMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
DEL TÉRMINO «GUARDA Y CUSTODIA»

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL
COMO EJE VERTEBRADOR EN LA REGULACIÓN
DE LA RELACIÓN DE LOS HIJOS MENORES
CON SUS PROGENITORES

DISCURSO DE INGRESO EN ESTA REAL CORPORACIÓN

pronunciado por el Académico Correspondiente

Ilmo. Sr. Dr. D. VÍCTOR MORENO VELASCO



DISCURSO DE RECEPCIÓN por el

Excmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA ROSALES DE ANGULO

Académico de Número



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 2021

LOS NUEVOS HORIZONTES DEL DERECHO DE FAMILIA:

LA ELIMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
DEL TÉRMINO «GUARDA Y CUSTODIA»

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL
COMO EJE VERTEBRADOR EN LA REGULACIÓN
DE LA RELACIÓN DE LOS HIJOS MENORES
CON SUS PROGENITORES

DISCURSO DE INGRESO EN ESTA REAL CORPORACIÓN

pronunciado por el Académico Correspondiente

Ilmo. Sr. Dr. D. VÍCTOR MORENO VELASCO



DISCURSO DE RECEPCIÓN por el

Excmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA ROSALES DE ANGULO

Académico de Número



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 22 de abril de 2021

Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación de Granada

Coordinación: José Soto Ruiz

Diseño y maqueta: Susana Martínez Ballesteros

Depósito legal: GR 865-2021

I.S.B.N.: 978-84-09-31459-1

Imprime: Imprenta del Arco, Granada

«Publicación no venal»

DISCURSO DE RECEPCIÓN



Excmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA ROSALES DE ANGULO

EL PLENO DE LA REAL ACADEMIA de Jurisprudencia y Legislación de Granada adoptó el acuerdo de designar Académico Correspondiente a Víctor Moreno Velasco y, previa aceptación del nombramiento, para perfeccionar su ingreso, le corresponde pronunciar discurso para que, a su conclusión, el Presidente de la Academia le imponga la preceptiva Medalla, entrando en su consecuencia de pleno derecho en el censo académico. A su presentador le corresponde, según los trámites vigentes para los ingresos en esta antigua corporación, efectuar una breve reseña del recipiendario, resumen de su *curriculum vitae*, y anunciar el tema elegido de su disertación, a modo de iniciador de la materia a desarrollar, sin que proceda desvelar mayores contenidos o levantar cualquier tipo de velo sobre algún aspecto del discurso.

Manifestábamos la antigüedad de la Academia. Veamos una referencia de ella.

En el Archivo Histórico de la Real Chancillería de Granada se guarda un documento, obrante en el expediente de incorporación como abogado de Domingo de Orejón y Haro, consistente en un certificado, firmado

por Francisco Sánchez Navas, de 1745, que dice lo siguiente del aspirante a la colegiación:

[...] había asistido en su estudio más tiempo de ocho años. Y algunos de ellos ha servido la pasantía de pluma. Y que en año en uso se está ejercitando de presente, y también que ha concurrido a la Academia de práctica que presido, consiguiendo en uno y en otro grande adelantamiento.

El documento se recoge en el libro *La hidalguía a fines del Antiguo Régimen. Los Apuntamientos del granadino Antonio de Orejón y Haro: estudio y edición*, de Luis Díaz de la Guardia y López, del Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Granada, que dice:

Domingo de Orejón y Haro, un hidalgo nacido también en la ciudad del Genil en 1715, estudió leyes en la Universidad de Granada, para, más tarde, ejercer varios años de pasantía. Así lo atestigua la certificación expedida en 1745 por el licenciado y abogado granadino don Francisco Sánchez Navas.

O sea, que en 1745 existía la Academia de Jurisprudencia Práctica, dirigida por Francisco Sánchez Navas que expedía certificaciones a sus alumnos que después presentaban en los expedientes para el apuntamiento en el censo corporativo; es decir, para colegiarse como abogados.

Hasta el momento, este manuscrito de 1745 es la más antigua referencia a la Academia conocida con el primer nombre de Presidente también conocido. Es probable que en el propio Archivo de la Real Chancillería de Granada y en los expedientes de incorporación de abogados encontremos más referencias.

Ahora, intentaremos un estricto cumplimiento rituario de la citada normativa vigente y, por ello, procederemos a referir, de modo breve, la actividad profesional del nuevo Académico Correspondiente, Víctor Moreno Velasco.

Es licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (1993-1998) y ganador del premio «Ossorio Morales» de la misma Facultad de Derecho de Granada con el trabajo *La multipropiedad: reflexiones sobre su naturaleza jurídica*, en 1998.

Es máster en Derecho Fiscal de Empresas (Centro de Estudios Fiscales) en 1999 y Abogado Asistent en el bufete GARRIGUES ANDERSEN (1998-1999). Ejerce la abogacía especializándose en Responsabilidad Civil y Seguro así como en Derecho de Familia, de 2000 a 2015, y colabora en diversas revistas jurídicas, publicando más de medio centenar de artículos doctrinales, fundamentalmente en materia de Responsabilidad Civil y Derecho de Familia.

Es doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Jaén con la tesis *Autonomía de la Voluntad y Crisis Matrimoniales*, con la calificación de Sobresaliente *Cum Laude*, publicada por Thomson Reuters (*Civitas*), como monografía en 2013.

Accede a la carrera judicial por el turno de Juristas de Reconocida Competencia con la categoría de magistrado, en diciembre de 2015. Ha sido magistrado-juez del Juzgado de Instrucción nº 3 de Algeciras (2015 a 2018).

Ingresa en la Orden del Mérito de la Guardia Civil con la concesión, por el Ministro de Justicia, de la Medalla al Mérito de la Guardia Civil con Distintivo Blanco, en 2018.

Ha sido magistrado-juez de adscripción territorial a la provincia Almería de 2018 a 2021, siendo actualmente magistrado-juez de adscripción territorial a la provincia de Málaga.

Ha venido colaborando, desde 2017, con esta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, elaborando reseñas jurisprudenciales que han sido debidamente editadas de forma telemática en la página oficial de la Academia.

El título de su discurso de ingreso es el siguiente: *Los nuevos horizontes del Derecho de Familia: la eliminación del ordenamiento jurídico del término «guarda y custodia». El concepto de responsabilidad parental como elemento vertebrador en la regulación la relación de los hijos menores con sus progenitores.*

Estamos pues en el marco del Derecho Civil, en el departamento de Derecho de Familia, en el complejo mundo jurídico de los menores y en el amplio apartado de las relaciones paterno-filiales. Ya lanza el autor del trabajo, *ab initio*, en el propio título, una propuesta de reforma legislativa, la eliminación del término «guarda y custodia» en las leyes. E igualmente, le sigue en la denominación del discurso, sin solución de continuidad, una conclusión, en la relación de los menores y sus padres el elemento vertebrador para su regulación es la responsabilidad parental, dentro del ejercicio de la patria potes-

tad, si bien estima que aquel concepto tiene un ámbito algo superior.

El tema de los «menores», e hijos del matrimonio, se ha contemplado en las legislaciones a lo largo de la Historia. El Código de Hammurabi, cifrado en el año de 1750 a. C., ya trata de los derechos en el matrimonio y los derechos de los menores. Pero 630 años antes, el Código de Urukagina concedía exención de impuestos a los huérfanos y viudas, obligaba a la ciudad a pagar los gastos de los funerales, decretaba que los ricos debían pagar con plata sus compras a los pobres y prohibía obligarlos a vender.

Literalmente señala el texto de una tablilla:

Urukagina ha acordado con el dios Ningirsu que la viuda y el huérfano ya no estén a merced del hombre poderoso.

Urukagina fue un gobernante sumerio de la ciudad-estado de Lagash, luego de derrocar a Lugalanda y su esposa que, con una sucesión de sacerdotes, habían abusado del poder, usando tierras que pertenecían al templo e imponiendo al pueblo grandes impuestos. Tomó el título de rey, afirmando que había sido nombrado por la divinidad, y gobernó entre 2380 y 2360 a. C.

Volviendo a la actualidad y al tema del discurso que se va a desarrollar, se trata de una propuesta que se puede calificar de valiente, que no osada, fruto de un trabajo importante, teórico y de investigación, aunque también resultante de la experiencia que otorga la práctica, con amplias referencias jurisprudenciales. Pero también habrá que entender que se trata de un discurso «muy académico».

A modo de ejemplo, la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, Andaluza de la Ciencia y el Conocimiento, señala en su artículo 35:

1. Las academias son corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, que tienen como finalidad fundamental el fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación y, específicamente, la promoción y la divulgación del conocimiento en cualquiera de sus formas.

[...]

4. Para el cumplimiento de su finalidad, las academias podrán actuar como entes de consulta y asesoramiento del Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía, de las universidades y, en su caso, de las corporaciones locales, en las materias propias de su finalidad institucional.

Y los propios estatutos de la Academia establecen:

Artículo 4.

Los fines de la Academia serán esencialmente los que se refieren a la investigación científica y práctica del Derecho, en orden al cultivo y desarrollo de las diferentes disciplinas jurídicas, mediante la organización de seminarios, cátedras, coloquios, cursillos, conferencias, concursos, publicaciones, ediciones, informes y consultas, así como las actividades de bibliotecas, celebración de congresos, relaciones y colaboraciones con instituciones afines, universidades y colegios profesionales, etc., siendo uno de los principales fines de la actividad de la Academia el estudio, investigación y publicación de los organismos e instituciones existentes o históricas de su ámbito territorial.

[...]

Artículo 51.

La Academia como promotora de la investigación científica, proclama la absoluta libertad de investigación en su seno, pero en las obras que cada autor produzca, este será el responsable de sus opiniones y de la totalidad de su obra, aun cuando sea publicada a costa de la Academia, haciéndose constar este extremo en cada publicación de la Academia o que sea autorizada por la misma.

Es por tanto una función de la Academia emitir dictámenes y ofrecer opiniones, que puedan servir en su caso a los poderes públicos para ejercer su función con mayor solvencia o conocimiento de causa, desde una óptica, informar leyes y restante normativa, desde otra, e incluso manifestar a la sociedad pareceres debidamente fundados en el marco de sus saberes y dentro de las materias de su competencia.

Oigamos el discurso de ingreso del nuevo Académico Correspondiente en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, Víctor Moreno Velasco.

Muchas gracias.

LOS NUEVOS HORIZONTES DEL DERECHO DE FAMILIA:

LA ELIMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL TÉRMINO «GUARDA Y CUSTODIA»

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL COMO EJE VERTEBRADOR EN LA REGULACIÓN DE LA RELACIÓN DE LOS HIJOS MENORES CON SUS PROGENITORES



Ilmo. Sr. D. VÍCTOR MORENO VELASCO

Ilustrísimo señor presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, ilustrísimos señores académicos, excelentísimas e ilustrísimas autoridades, querido decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, queridos miembros de su junta directiva, queridos compañeros, querida familia, señoras y señores:

COMO ES REGLAMENTARIO, los electos deberán redactar, sobre una materia jurídica, el discurso que leerán en el acto público de su recepción como Académico. En este texto escrito, quiero manifestar también mi reconocimiento y gratitud al excelentísimo señor académico-secretario don José María Rosales de Angulo, en nombre de la corporación, por su confianza y respeto.

Allá por el año 2017, y fruto de mi natural inclinación hacia el estudio del Derecho, manifesté al excelentísimo señor académico-secretario don José María Rosales de Angulo, mi interés por colaborar con esta institución, con un proyecto de análisis y recopilación de sentencias tanto en materia civil, como penal, que fuera publicado

por la Academia. Hace ya unos años de aquel momento en que, gracias a su confianza me incorporé como miembro colaborador de la Academia.

El transcurrir de los años, me ha dado la oportunidad de pertenecer a la misma como académico correspondiente, honor del que espero ser digno destinatario.

Habiéndose previsto por la Junta de Gobierno el día de hoy para la sesión pública de toma de posesión, comparezco ante ustedes en cumplimiento de lo reglamentariamente determinado, siendo el tema de mi discurso *Los nuevos horizontes del Derecho de Familia: la eliminación del ordenamiento jurídico del término «guarda y custodia». El concepto de responsabilidad parental como eje vertebrador en la regulación la relación de los hijos menores con sus progenitores.*

Me dirán ustedes, qué sentido tiene expulsar del ordenamiento jurídico un término tan utilizado y acuñado legal y jurisprudencialmente como el de «guarda y custodia», y por ello trataré, en los siguientes minutos de exponerles mi tesis, fruto de un meditado estudio, experiencia personal, y profesional.

La palabra «guarda» tiene numerosas acepciones. Aunque la primera es «persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa», deriva del francés antiguo la expresión «ser una persona o cosa en guarda de uno», lo que quiere decir «estar bajo su protección o defensa» Por su parte, la palabra «custodiar» significa, en su primera acepción, «guardar con cuidado y vigilancia»¹.

1. Real Academia Española (RAE).

Como afirma el profesor Ragel Sánchez², las palabras «guarda» y «custodia» son prácticamente similares, aunque la segunda venga a suponer algo más que la primera, una guarda *cuidadosa y diligente*, y, por esa razón, al ir juntas, estas palabras vienen a indicar que la guarda o cuidado está *reforzada*.

La denominación conjunta «guarda y custodia» se utiliza con muchísima frecuencia en la práctica diaria de los juzgados y tribunales, siendo ya un término acuñado en los procedimientos de separación, divorcio, y guarda y custodia de hijos menores e incluso expresamente por los textos legales (*vid.* art. 748 4^º), o con términos similares, sin ánimo de ser exhaustivo, como «el cuidado de los hijos» (art. 90.1.a del Código Civil) o «custodia, cuidado y educación de los hijos» (art. 92.2 del Código Civil).

Pese a lo anterior, en raras ocasiones se habla de guarda y custodia cuando los padres viven juntos, ya que se da por supuesto que ambos cuidan, defienden y protegen a sus hijos sin que sea necesario ponerlo de manifiesto u otorgarla de forma expresa a alguno de ellos, lo que empieza ya a dar pistas, de lo ilógico del término en los tiempos actuales. Pero no deseo quitarle emoción, desentrañando mis conclusiones finales antes de empezar el argumentario a favor de la eliminación de, a mi juicio, tan obsoleto término legal.

2. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe (catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura). *Derecho Privado y Constitución*, nº 15, enero-diciembre 2001.

Tal y como expone de forma brillante el profesor Martínez Calvo³ el origen legal de la guarda y custodia se encuentra en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio 1870 (3), que hablaba del «depósito de los hijos» y de «quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección». Incluso ya llegó a estar prevista en los Proyectos de Código Civil anteriores a la citada norma —Proyectos de Código Civil de 1821, de 1836, de 1851, y de 1869—, utilizando expresiones como tales como «quedar bajo la potestad», «ser puestos bajo el poder y protección» o «quedar al cuidado». Ninguno de estos textos legislativos llegó a entrar en vigor.

La cuestión del cuidado de los hijos menores en los supuestos en que sus progenitores no conviven también fue abordada por la redacción originaria del Código Civil, que utilizaba las siguientes expresiones: «quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección», «tener a su cuidado» o «quedar al cuidado»; así como por la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, que hablaba de «quedar en poder» y «tener a su cuidado»; y por la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modificaron determinados artículos del Código Civil, que se refería a esta cuestión con expresiones como «persona bajo cuya custodia haya de quedar», «quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección», «tener a su cuidado» y «quedar a su cuidado».

3. MARTÍNEZ CALVO, Javier (doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza). «Génesis, evolución normativa y perspectivas de futuro de la guarda y custodia en España», *La Ley. Derecho de familia*, nº 22, segundo trimestre de 2019, Wolters Kluwer.

Pese a tales antecedentes legislativos, fueron las leyes 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, las que establecieron el concepto de custodia.

De esta forma el término «custodia» se inició legalmente con la reforma introducida por la Ley de 24 de abril de 1958, que lo utilizó por primera vez en su artículo 67 bajo la expresión «persona bajo cuya custodia haya de quedar»; y respecto al término guarda, no fue hasta la Ley 11/1981 cuando se introdujo por primera vez, en algunos preceptos de nuestro Código Civil —artículos 158, 174 y 1903—, apareciendo el término, tal y como lo conocemos con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y posteriormente con la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y todo ello, sin perjuicio de que jurisprudencialmente dicho término ya se usaba de forma frecuente en la práctica forense y en la jurisprudencia.

Los cambios sociales ocurridos, no solo en España, sino en el resto del mundo, que afianzan claramente el principio de igualdad entre hombres y mujeres, y la incorporación de las mujeres al mercado laboral, han venido produciendo cambios claros de los roles paterno y materno, cuyos perfiles tienden a diluirse actualmente. De esta forma, en la actualidad papeles antaño ocupados claramente por las mujeres han pasado a desempeñarse ahora también por los padres, ante la necesaria e incluso

conveniente colaboración del progenitor en las tareas de cuidado de los menores, y de la conciliación de la vida personal y familiar, y que han sentado el origen del concepto clave en el futuro y que marca el horizonte, el concepto de responsabilidad parental, que ahora apunto, pero al que me referiré posteriormente.

Como señala la profesora RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ⁴:

El cambio en las pautas de actividad femenina, el verdadero salto histórico, no llega hasta la década de los setenta. Coincidiendo con la transición política, cambian las cifras de actividad. Las mujeres españolas empiezan a incorporarse progresivamente al trabajo remunerado en un proceso ininterrumpido hasta la fecha, pasando de 3,76 millones de mujeres activas en 1976 a 6,66 millones en 1999... La incorporación de las mujeres al trabajo remunerado se ha intensificado en los años ochenta, cuando han confluído varios factores, como el número de mujeres en edad de trabajar por la llegada de las amplias generaciones nacidas en los años sesenta, los niveles medios más elevados de formación de las mujeres de estas generaciones y por una situación de crecimiento económico importante en nuestro país y en toda Europa. En los años noventa, a pesar de la recesión y la tendencia a la destrucción de empleo, debido a las transformaciones organizativas y tecnológicas, el número de mujeres activas no ha dejado de aumentar.

Pese a todo, el Derecho y la práctica de los tribunales han ido a la zaga de los cambios sociales, y mientras

4. RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad. «Evolución de la atribución judicial de la custodia compartida en los procesos de familia», *Práctica de Tribunales*, nº 145, Sección Tribuna Libre, julio-agosto 2020, Wolters Kluwer.

la sociedad ya estaba cambiando, en el día a día de los tribunales, la preferencia materna en exclusiva en la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores era la regla general.

Todo ello, incluso tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005 que introduce, por primera vez, una mención expresa del principio de corresponsabilidad entre cónyuges, como el artículo 68, que a partir de la reforma incluía el deber de «compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». La misma Ley 15/2005 introduce, también por vez primera, una regulación sobre la atribución de la guarda y custodia compartida, en el artículo 92.5, 7 y 8 CC.

Sentado todo lo anterior, debemos prestar atención a cuando hablamos de guarda y custodia en los procesos de familia, pues lo primero que tenemos que determinar es qué diferencia hay con la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, ya que ello mostrará la poca utilidad del concepto de guarda y custodia, lo que unido a las graves distorsiones que produce, al estar vinculado su otorgamiento a otras medidas, abogan por su eliminación.

Podemos definir la patria potestad, siguiendo a Campo Izquierdo⁵, como «el conjunto de deberes y derechos

5. CAMPO IZQUIERDO, A. L. «Custodia compartida: elijamos bien qué queremos para nuestros hijos», *La Ley. Derecho de Familia*, 13 de noviembre de 2017.

de los progenitores en relación con sus hijos menores de edad no emancipado».

Cuando hablamos de patria potestad debemos distinguir entre su titularidad, que conlleva la representación legal del menor, y en su caso la responsabilidad civil por los daños que estos hayan causado y su ejercicio dado que la titularidad será siempre compartida salvo que se produzca un supuesto de privación de la patria potestad que exige graves y/o reiterados incumplimientos prolongados en el tiempo de los deberes inherentes a la misma (art. 170 CC).

Los deberes integrados en la patria potestad vienen recogidos, en abstracto en el artículo 154 del Código Civil, y son velar por los hijos, alimentarlos, educarlos, procurarles un formación integral, tenerlos en su compañía, representarlos y administrar sus bienes.

Por otro lado, en el ejercicio de dicha titularidad, y como potestades necesarias para el cumplimiento o ejercicio de dicha responsabilidad parental podemos entender aquellas decisiones que son trascendentales y ello porque afectan notablemente al desarrollo de los hijos menores y que exigen previa comunicación y consentimiento de ambos progenitores y a falta del mismo autorización judicial (artículo 156), que vienen resolviéndose actualmente en un procedimiento regulado en la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria.

En este procedimiento el juez no resuelve acordando la decisión concreta, sino que otorga la decisión o decisiones relativas a un aspecto de la vida del menor donde hay desacuerdos reiterados a uno u otro proge-

nitor⁶. Excede de dicho expediente otro tipo de cuestiones⁷.

Podemos encontrar dentro del ejercicio de la patria potestad:

- a) La elección o cambio de centro escolar y/o cambio de modelo educativo⁸.
- b) Cualquier tipo de intervención quirúrgica o tratamiento médico no banal o psicológico, tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro⁹; en este sentido hacer hincapié en que es necesaria autorización judicial para someter al menor a un tratamiento psicológico, si se opone uno de los progenitores, pero la necesidad de dicho consentimiento no es siempre requerido si se trata exclusivamente de elaborar un informe psicológico, aunque si informar al otro progenitor¹⁰.
- c) Celebraciones religiosas (realización del acto religioso así como la forma y momento de llevarse a cabo)¹¹.

6. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18, de 20 de septiembre de 2020.

7. Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 4ª, 19/2018, de 21 de febrero.

8. Audiencia Provincial de Granada, Sección 5ª, de 17 de julio de 2020.

9. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 23 de julio de 2019.

10. Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 2 de mayo de 2018, artículos 25 y 42 del Código Deontológico del psicólogo.

11. Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, de 15 de enero de 2020.

- d) Decisiones relativas a la contratación de actividades extraescolares necesarias o de refuerzo o que constituyan gastos extraordinarios¹².
- e) El traslado de la residencia del menor, siempre que lo pueda apartar de su entorno habitual o dificulte o impida la relación con el otro progenitor¹³, etc.

Así, se constata que quedan dentro de la guarda y custodia, las decisiones rutinarias e intrascendentes (terminología del Tribunal Supremo) del día a día, de forma que queda vacío de contenido, diluyéndose hasta confundirse, las potestades que ostenta el progenitor no custodio cuando ejerce el llamado régimen de visitas.

De esta forma, el mismo abanico de derechos y deberes de la guarda y custodia la tiene el progenitor no custodio, cuando los niños están en su compañía.

A pesar de todo ello nuestro Código Civil, así como las legislaciones forales y la jurisprudencia siguen utilizando dicho término, observándose una evolución hacia la custodia compartida. Dicha circunstancia no tendría mayor importancia si no fuera porque junto al mantenimiento del término se le anudan otras medidas que provocan una evidente conflictividad entre los progenitores que muchas veces «luchan», más por esas otras medidas que por ostentar la guarda y custodia que, como decimos, queda vacía de contenido, una vez analizado el contenido del ejercicio de la patria potestad que siempre es compartido salvo graves razones.

12. Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5ª, 20 de febrero de 2020.

13. Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1ª, 2 de julio de 2020.

A mi juicio, los esfuerzos legislativos deberían ir dirigidos más al desarrollo del concepto de responsabilidad parental (terminología que viene recogida en el Reglamento 2201/2003, y Reglamento UE 2019/111, de 25 de junio de 2019) que al de guarda y custodia compartida, lo que reduciría considerablemente la litigiosidad, en interés de los menores, y la carga de trabajo de los juzgados y tribunales, cuya jurisprudencia se esfuerza en delimitar los supuestos en los que debe otorgarse la custodia exclusiva y compartida, y las medidas anudadas a dicha decisión, en especial el uso de la vivienda familiar, régimen de estancias y comunicaciones (mal llamadas «visitas») con el otro progenitor y la pensión de alimentos.

Otra razón para su eliminación es la importancia de coordinar la terminología con la utilizada en el ámbito internacional donde se habla de responsabilidad parental como:

[...] conjunto de derechos y deberes que corresponde a los progenitores respecto de la persona bienes de su hijo para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Dicho término es utilizado en el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños así como en el Reglamento 2201/2003, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y en el Reglamento UE 2019/111, de 25 de junio de 2019, relativo a la compe-

tencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, que sustituirá al Reglamento UE 2201/2003 (Bruselas II bis), cuando entre en vigor, lo que ocurrirá el día 1 de agosto de 2022.

El artículo 2 del Reglamento 2201/2003, la define como:

[...] derecho y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor.

Por su parte, el artículo 2.2.7) del Reglamento UE 2019/111, de 25 de junio, define como responsabilidad parental:

[...] los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluidos, en particular, los derechos de custodia y visita.

Es decir, el nuevo reglamento Europeo, incluye los derechos de custodia y visita entre los derechos y obligaciones incluidas dentro del término responsabilidad parental. De esta forma, tanto el cónyuge custodio, como el no custodio ostentan la responsabilidad parental sobre el menor.

Pese a todo, lo que no desaparece es la verdadera cuestión a debatir, que debería examinarse centrandolo el interés en cual es el verdadero interés del menor, con-

cepto este manido en ocasiones, a la vez que vacío de contenido en abstracto, ya que en cada supuesto el interés del menor será uno, u otro.

No obstante podemos extraer determinadas notas comunes respecto al interés el menor. El interés del menor es un principio jurídico general producto de la evolución ideológica y social de los derechos de la personalidad que permite analizar los intereses existentes en las relaciones familiares y, en general, en todas las relaciones interpersonales en que participen los menores, afrontando los conflictos de intereses desde la óptica de la primacía del dicho interés¹⁴.

La convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, representa el principal instrumento internacional esta materia.

El artículo 31 de la citada convención establece:

[...] en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

También el interés del menor, se infiere del principio dos de la declaración de los derechos del niño, proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386, de 20 de noviembre de 1959. Por otra parte el artículo 93 de la Convención sobre los Derechos del Niño, antes citada

14. RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*. Madrid, Dikynson, 2000.

se refiere a la separación entre padre y madre, y artículo 18.1, referido a las responsabilidades de ambos.

Siendo por tanto, el principio que debe regir todas las decisiones respecto de los niños, su contenido dependerá de la consideración que se tenga sobre dicho interés.

Podemos encontrar opiniones sobre el interés del menor en la evolución tanto legal como jurisprudencial, por ejemplo la doctrina de los años tiernos que asume implícitamente que el interés del niño en sus primeros años es permanecer con su madre¹⁵.

Otra perspectiva del interés del menor consistiría en el análisis de las necesidades, y deseos de los menores y en la capacidad del padre o la madre para cubrir dichas necesidades de atención y cuidado, siendo esta la más frecuente en la jurisprudencia menor y en la práctica de los tribunales de instancia¹⁶.

Pero ello no nos debe desenfocar sobre la realidad de que el concepto de interés del menor está en constante evolución, como por ejemplo la superación actual de la doctrina que establecía que la persona que asumió el cuidado de los menores durante el matrimonio o la relación de pareja, debe ser la que continúe con dicho cuidado, por entender que con esta persona se estableció un vínculo más fuerte¹⁷.

15. Cita esta doctrina, para fallar en contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sec. 4.^a, 157/2020, de 19 de mayo.

16. *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. 10.^a, 403/2020, de 22 de junio.

17. *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 12.^a, 150/2020, de 5 de marzo.

Desde este punto de vista la guarda y custodia debe mantenerse lo más cercana posible a como era la situación de la familia previa la ruptura. No obstante, dicha tesis choca frontalmente con la realidad que ofrece la práctica diaria, y la evolución jurisprudencial, que tiende a no prestar tanta atención a lo que sucedió durante los años de convivencia paterna y materna, sino a las habilidades y propuestas reales realizadas tanto por el padre como por la madre¹⁸, siendo ejemplo de tal evolución la figura del Plan de Parentalidad, recogido en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, y obligatorio en un proceso contencioso de divorcio.

Relacionado con el término responsabilidad parental aparece el denominado «Plan de Corresponsabilidad Parental» con un contenido referido a la concreción o reparto de funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad.

El plan de corresponsabilidad parental es un instrumento para la precisión del ejercicio de las responsabilidades parentales, donde se detallan los compromisos que asumen los progenitores.

Así lo recogen algunas legislaciones autonómicas, como la Catalana que habla de «Plan de Parentalidad» en su art. 233.9.2. Este plan se concibe como una herramienta para la organización de los deberes parentales, y se detallan los compromisos que asumen los progenito-

18. En este sentido, *vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, Sec. 1.^ª, 51/2020, de 19 de febrero.

res sobre guarda, cuidado, educación, y el resto de facetas en la vida de los menores.

Incluye por tanto, las facultades inherentes al ejercicio de la patria potestad y se describe como contenido detallado del mismo:

- a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.
- b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.
- c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.
- d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los periodos en que un progenitor no los tenga con él.
- e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en periodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.
- f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.
- g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.
- h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

No supone la atribución de ninguna guarda concreta sino que está abierto para cualquier régimen de guarda y custodia del menor, lo que nos da pistas sobre que lo importante no es la atribución concreta de la guarda y custodia del menor sino la distribución de las responsabilidades y deberes respecto del menor, entre las que se encuentran los tiempos de estancia, que no tienen porqué ser idénticos, como no lo son cuando una pareja convive con normalidad.

En la misma línea otras legislaciones forales se refieren a este documento. Así la Legislación de Aragón al igual que la Valenciana habla de «Pacto de Relaciones Familiares» o «Pacto de Convivencia Familiar», con un contenido similar al convenio regulador de nuestro art. 90 CC.

Volviendo al interés del menor, el gran problema del interés del menor, como vemos es delimitar su contenido. Sobre todo porque la legislación poco o nada dice sobre cuál deba ser el interés del menor o qué criterios debemos seguir para fijar tal interés, más allá de lo establecido por el artículo 92.5 del Código Civil, y en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor, a la que más adelante me referiré.

El artículo 92.5 del Código Civil establece que:

[...] cinco. 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, adoptada la cautela procedente para el eficaz cumpli-

miento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

Pese a ello ni siquiera tal criterio funciona como orientador, ya que encontramos en la jurisprudencia supuestos en los que la separación de los hermanos, en supuestos de guarda y custodia compartida, no es un impedimento para su adopción¹⁹, teniendo más peso la ventajas, que la actual jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo recoge en sus sentencias²⁰, como son:

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

En el análisis de cual sea el interés del menor se producen supuestos de actualidad como el resultado por la Sentencia de la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Córdoba, 201/2021, de 24 de febrero, que analiza un supuesto de discapacidad de uno de los progenitores. La madre, en este caso sufrió un derrame cerebral del que aún no se había recuperado y por el cual tiene unas limitaciones neuronales por las que precisa de ayuda de ter-

19. SAP de Córdoba, Sección 1^a, 182/2015, de 21 de abril; AP de Zaragoza, Sección 2^a, 387/2015, de 17 de julio y AP de Valencia, Sección 10^a, de 137/2019, de 27 de febrero.

20. STS, Sala 1^a, de 10 de enero de 2018, entre otras.

ceras personas, no solo para cuidar de ella misma, sino también para que cuide y atienda a su hija menor.

El fiscal, en su informe remarcó la incidencia que ha de tener en el asunto asunto la Ratificación por España de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13-12-2006 (BOE 24-04-2008) y en particular del artículo 23 que recoge el compromiso del Estado de poner fin

[...] a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás,

a fin de asegurar entre otros, el derecho de todas las personas con discapacidad a fundar una familia, prestando la asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

En su párrafo 5, del referido artículo 23, expresamente se recoge que:

Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.

La Sala, mantiene que el Tribunal de Estrasburgo ha venido vinculando las cuestiones que afectan a la guarda y custodia de los menores con el derecho a la vida privada y familiar que recoge el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos puesto que

el disfrute de la compañía mutua entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar, incluso si la relación entre los padres está rota (STEDH, Gran Sala, 13 julio 2000, caso Elsholz contra Alemania, apdo. 43 y SSTEDH 19 enero 2016 G.B. contra Lituania apdo. 87 y 10 enero 2017, caso Kacper Nowakowski contra Polonia, apdo. 70).

Para los supuestos en que uno de los dos progenitores está afectado de una discapacidad se señala el deber de los tribunales nacionales de «dirigir la cuestión de las medidas a tomar para eliminar las barreras existentes y para facilitar el contacto entre el niño y el padre que no tiene la custodia» (STEDH 10 enero 2017, caso Kacper Nowakowski contra Polonia, apdos. 74 y 95).

Sin embargo, la injerencia de las autoridades nacionales en la vida familiar, restringiendo o excluyendo el derecho de visita entre padres e hijos, no iría, sin embargo, en contra del art. 8 CEDH y resultaría necesaria cuando consta acreditado que la enfermedad del padre (o en su caso de la madre) produce un daño en sus hijos (STEDH 10 mayo 2007, caso Skugor contra Alemania) o cuando existen razones pertinentes y suficientemente justificadas para la protección de los intereses de los menores, fundadas en la incapacidad de uno de los progenitores para su cuidado, debido a una enfermedad mental o física o a un comportamiento violento o abusivo que puede poner en peligro la integridad del niño (STEDH 26 julio 2007, caso Schmidt contra Francia), lo que tiene todo el sentido atendida la prioridad del interés del menor sobre el resto de intereses en juego.

Así, el análisis del caso debe enfocarse no en la discapacidad de la madre sino si dicha discapacidad le permite cuidar de su hija y de ofrecerle un entorno estable. Para ello el Tribunal mantiene que:

[...] la repercusión que la enfermedad de alguno de sus padres pueda tener en el menor dependerá de muchos factores, como la gravedad, la naturaleza de la enfermedad y su incidencia en las capacidades cognitivas, afectivas y sociales de quien la padece (no es lo mismo una esquizofrenia que un trastorno ansioso-depresivo); su evolución (si se ha seguido tratamiento, resultado del mismo y efectos); la conciencia de la enfermedad como garantía de continuidad en el tratamiento; y el entorno familiar (apoyo de las personas cercanas, que faciliten un buen diagnóstico y que intervengan en caso de detectar alguna anomalía).

La Sala mantiene la decisión del juzgado de otorgar la guarda y custodia compartida de la menor, y para ello, el informe forense fue determinante al señalar que:

[...] las alteraciones neuropsíquicas que padece Dña. [equis] (déficit de memoria visual, problemas en la realización de ejecuciones y solución de problemas, con poca flexibilidad cognitiva) y las alteraciones físicas (la afasia y los problemas de movilidad de sus extremidades) no son influyentes en los aspectos fundamentales para el cuidado físico de la menor ni para su educación y formación íntegra, pero si suponen un menoscabo, menoscabo que puede ser solventado con un «apoyo constante y permanente que supla las carencias ejecutivas y, en algún caso, de tipo cognitivo».

En definitiva, el interés del menor es prioritario, pero de la misma forma que un progenitor discapacitado pue-

de cuidar de su prole, con la ayuda, y asistencia que supla sus carencias, en supuestos de ruptura de la pareja, ese mismo progenitor, si cuenta tras la misma con el debido apoyo y asistencia, podrá continuar ejerciendo su responsabilidad parental.

En cualquier caso, para establecer o determinar dicho bienestar nos vemos obligado a acudir de nuevo a la psicología moderna, que a través de los equipos psicosociales adscritos a los juzgados de familia, van delimitando científicamente cuál es, en cada núcleo familiar, el interés de los menores. Pero no podemos olvidar, que en los equipos psicosociales, no son más que una prueba más, sometida a la libre valoración judicial, con notas comunes pero otras alejadas de la prueba pericial, y que por tanto, el interés del menor debe ser determinado por el juez, o tribunal valorando todas las pruebas practicadas en el procedimiento.

Respecto al dictamen de especialistas, debemos detenernos ya que suelen tener una gran importancia en la práctica diaria de los juzgados y tribunales, en especial en la determinación de lo que sea el interés del menor, y, por tanto, el modelo de guarda y custodia.

Así su regulación la encontramos en el apartado 9 del artículo 92 del Código Civil, en la redacción dada por Ley 15/2005, de 8 de julio, al regular la guarda y custodia compartida, prevé que el juez pueda interesar el dictamen de especialistas, en los términos siguientes:

El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debida-

mente cualificados, *relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.*

La Disposición Adicional Sexta del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, aprobado por Ley 25/2010, bajo la rúbrica «dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental», regula los Equipos Técnicos de Apoyo Judicial y su carácter de auxiliares de los tribunales en los términos siguientes:

- 2. Los dictámenes relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental que las partes aporten al proceso equivalen a los elaborados por el equipo técnico de apoyo judicial o los profesionales que el juez designa en su lugar, siempre y cuando el perito haya sido designado por un colegio profesional o una entidad reconocida por la Administración a partir de un censo de especialistas y de modo que se garantice la objetividad, imparcialidad y capacidad técnica.*
- 3. Si los medios probatorios aportados por las partes relativos al régimen de guarda, incluida la compartida, y de relaciones personales no ofrecen suficientes elementos de juicio, el tribunal puede disponer que un perito judicial elabore un informe. El perito debe designarse entre los especialistas de los equipos técnicos de apoyo judicial, de la clínica de medicina forense o de los colegios profesionales correspondientes si los servicios públicos de asesoramiento no existen o no pueden asumir la designación.*
- 4. Los especialistas integrados en los equipos técnicos que apoyan a los tribunales o los designados en lugar de aquellos son auxiliares de los tribunales. Las autoridades y los organismos públicos y privados, y los profesionales que hayan intervenido previamente con la familia, tienen el*

deber de colaborar. Si la colaboración solicitada se refiere a aspectos protegidos por el secreto profesional, por el derecho de intimidad o por la normativa relativa a datos personales, se requiere una resolución expresa del tribunal.

Por su parte, en el apartado 1º del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1995, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), al reconocer el derecho de audiencia del menor, se garantiza que tal audiencia pueda practicarse con asistencia de profesionales cualificados o expertos.

- 1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

Asimismo, en el apartado 2º del artículo 9 LOPJM prevé que el juicio de madurez del menor, que funda-

menta el carácter preceptivo de su audiencia sea efectuado por personal especializado.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

En el ámbito procesal el art. 770 regla 4^a LEC, señala que:

[...] Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

Asimismo, el artículo 777.5 LEC, introduce el derecho de audiencia de los menores con juicio suficiente, a petición, entre otros, de los miembros del Equipo Técnico Judicial, al establecer:

Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran

suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. 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.

El art. 778 quinquies 8 LEC, incluido dentro del capítulo relativo al procedimiento en las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, introducido por Ley 15/2015, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria, prevé que excepcionalmente pueda practicarse con asistencia de especialistas, en los términos siguientes:

Antes de adoptar cualquier decisión relativa a la procedencia o improcedencia de la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia, el Juez, en cualquier momento del proceso y en presencia del Ministerio Fiscal, oirá separadamente al menor, a menos que la audiencia del mismo no se considere conveniente atendiendo a la edad o grado de madurez del mismo, lo que se hará constar en resolución motivada.

En la exploración del menor se garantizará que el mismo pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Esta actuación podrá realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar.

En definitiva, siguiendo a ABEL LLUCH²¹ podemos resumir una serie de caracteres de forma sintética:

21. ABEL LLUCH, Xavier. «La prueba en los procesos de familia». *La Ley* (2572/2019).

- a) Es un dictamen pericial y, por tanto, aporta conocimientos científicos de los que el juez, en principio, carece (SSTS 21 de noviembre de 1992 y 13 de febrero de 2015).
- b) El perito es un profesional cualificado, en el sentido de «especialista», normalmente perteneciente al ámbito de la psicología, psiquiatría o trabajo social.
- c) El dictamen se emite a requerimiento judicial, pues no cabe la aportación por las partes, ni designación de perito a través de un sistema de lista corrida.
- d) Se basa en la metodología propia de la ciencias de la conducta humana, con diversidad de instrumentos, tales como entrevistas con los progenitores y los hijos, test de personalidad a los progenitores y los hijos, observación directa de la interacción de los hijos en distintos ambientes (ej. colegio), coordinación telefónica con distintos servicios o centros relacionados con los menores (EAIA, servicios sociales, centros de salud infantil, colegios, etc.).
- f) Su finalidad es auxiliar al juez en la toma de las decisiones derivadas de la ruptura familiar, normalmente para la adopción del sistema de responsabilidad parental, comprensivo de la guarda y custodia y el llamado régimen de vistas y estancias.
- g) Debe valorarse conforme a las reglas de la sana crítica, entendidas en su formulación breve como las reglas derivadas de la lógica, las máximas de experiencia y la ciencia.

Por su parte, la jurisprudencia lo configura como:

- a) Un dictamen no necesario, pero si conveniente, especialmente cuando se discute la custodia compartida o cuando existen relaciones tensas entre progenitores (SSTS 7 de marzo de 2017 y 27 de septiembre de 2017).
- b) Dotado de una perspectiva integral, pues abarcan tanto al menor como a los progenitores (STS 19 de octubre de 2017).
- c) De carácter no vinculante (STS 1 de octubre de 2010).
- d) Cuyas conclusiones deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien la sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (SSTS 28 de febrero de 2017, 12 de mayo de 2017 y 9 de septiembre de 2015).

Tratando de ahondar aún más en el concepto de interés del menor, normativamente, la reforma introducida por la Ley Orgánica, 8/2015, de 22 de julio, sobre la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, se ha tratado de perfilar, el contenido del interés del menor, evitando la subjetividad o relativismo en la configuración de cual sea el contenido del mismo, en función de los valores, experiencia o vivencias personales del juzgador, sobre lo que sea conveniente o no para un menor.

Así, el artículo 2 de la citada Ley Orgánica señala:

Interés superior del menor

- 1. *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. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. *A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:*
 - a) *La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.*
 - b) *La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.*
 - c) *La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en*

cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcio-

nalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

- 4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.*

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

- 5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:*
 - a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.*
 - b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.*
 - c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.*
 - d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar*

los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

- e) *La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.*

Depende de la consideración que se tenga acerca de lo que integra el contenido del interés del menor en los supuestos de guarda, se elegirá un modelo u otro de atribución de la guarda y custodia.

Lo que es cierto es que actualmente existe una tendencia a identificar el interés del menor con la doctrina de la custodia compartida. Según esta doctrina padre y madre son igualmente importantes en la vida y en la salud psíquica del menor; ambos debe cooperar en compartir la autoridad y la responsabilidades en la crianza de los niños, siendo el principal argumento que defiende esta postura que de lo que se trata es de proteger una cercana relación del menor con ambos progenitores, y que el menor no pierda a su padre o a su madre como consecuencia de la crisis matrimonial.

En definitiva, solo desde la psicología moderna podemos encontrar en cada caso los parámetros para determinar el interés del menor, que si bien debe establecerse como decimos de forma individualizada, deben existir parámetros generales, para conseguir seguridad jurídica y previsibilidad en la respuesta judicial.

Pese a todo lo anterior, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 9.3, ya citado, establece que:

[...] los estados parte respetará el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones con tanto contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ella es contrario al interés superior del niño.

Por este motivo, si entendemos que el interés del menor es su bienestar emocional, más que el físico y material habrá que determinar si el derecho a ser cuidado por ambos progenitores garantiza su bienestar emocional. Lo más razonable es pensar que lo será siempre y cuando se den determinadas condiciones.

Por otra parte la continuidad del vínculo del menor sin progenitores no tiene por qué identificarse con el interés superior del niño, puede ser incluso contrario a su interés de forma que el derecho del niño a relacionarse directamente y personalmente con sus padres puede ceder si ese hecho es lesivo para su bienestar.

Como señala IGARTUA SALAVERRÍA²²:

[...] una decisión prima fácil y de mala en sí misma se revela buena cuando el resto de decisiones alternativas son todavía peores, de tal forma que la solución menos mala se convertiría en una buena solución. Y al revés (en sentido inverso), una decisión prima fácil buena se torna mala ante al alguna alternativa mejor.

22. IGARTUA SALAVERRÍA, J. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid, Editorial Civitas, 1998, pp. 39-41.

En consecuencia, la custodia compartida puede ser una buena fórmula, siempre y cuando se den una serie de condiciones para su ejercicio, condiciones que ya han venido desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en multitud de resoluciones, aunque como defenderé, tanto la legislación como la jurisprudencia se han debatido entre los distintos modelos de custodia exclusiva o compartida, y esta última en sus diferentes formas, cuando con la eliminación del término «guarda y custodia», centrándose en la responsabilidad parental, se habrían solucionado gran parte de los problemas y distorsiones que provoca dicho término, que en definitiva, y como hablaré posteriormente, no es más que una de las facetas de la responsabilidad parental, que es tener a los menores en compañía de cada progenitor, en función de sus posibilidades, más que en una mayor aptitud o no de un progenitor, que no se juzga, salvo supuestos de perjuicio al menor, cuando los padres no viven separados. En definitiva, el término custodia no se refiere más que a las decisiones del día a día, durante los tiempos de estancia con cada progenitor, por lo que diferenciar entre custodia y visitas, no tiene sentido hoy día.

De hecho el examen de los los criterios jurisprudencialmente acuñados para el otorgamiento de la custodia compartida, nos ayuda a entender lo absurdo del término, desde el punto de vista del concepto de responsabilidad parental.

Además del interés del menor, del que nos hemos ocupado con cierta profundidad, nuestro Alto Tribunal ha fijado ciertos criterios para valorar en cada caso qué

régimen de custodia se debe establecer en cada caso concreto.

Entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 51/2016, de 11 de febrero, señala que:

Guarda y custodia compartida: requisitos y criterios de la Sala para acordarla

[...] Esta Sala ha declarado sobre la custodia compartida:

La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma:

[...] 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. (STS 25 de abril 2014).

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013:

[...] se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina,

exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel.

Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013).

Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Igualmente en las decisiones jurisdiccionales en esta materia debe primar el interés del menor. El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto

del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara»...

Como vemos no se trata de un numerus clausus sino de unos criterios orientadores, ya que en definitiva es el interés del menor el que debe primar, lo que se deduce de la expresión:

[...] 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.

Trataré de desgranar cada uno de los criterios, partiendo de la base de que no se trata de un *numerus clausus*, sino de indicaciones orientadoras, que deben venir presididas por el interés del menor.

Respecto a la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor, resulta, a mi juicio muy criticable por cuanto cuando existe una ruptura de la relación, progenitores que anteriormente asumían determinados roles, en función de la organización de la familia, tras esta deben adoptar otra función. De la misma forma que el miembro de la pareja que se dedicaba al cuidado del hogar, probablemente después de la ruptura deberá buscar un trabajo; el miembro de la pareja que se dedicaba a trabajar, proporcionando los ingresos de la familia, deberá asumir labores propias del cuidado de los hijos. Es decir, un cambio de situación exige un cambio de papeles, y labores. La práctica anterior poco o nada puede decir sobre la habilidad futura de un progenitor para ocuparse de los hijos.

En cuanto a las aptitudes personales para estar al cuidado y atención diaria de los hijos (hacer la comida, el

aseo, atender los temas de salud, ayudar a realizar los deberes, visitar y acudir periódicamente al centro escolar a hablar con el tutor y demás profesores, preocuparse del ocio y actividades extraescolares etc.), las mismas no se cuestionan antes de la ruptura, por lo que deberá presumirse, *iuris tantum*, que ambos progenitores tienen capacidades y aptitudes suficientes para ocuparse de los hijos.

En mi opinión salvo supuestos de graves adicciones, o características del progenitor que pudieran poner en peligro al menor, se debe presumir que ambos son capaces de ocuparse de sus hijos. Obstáculos pueden ser los problemas psíquicos de uno de los progenitores²³, pero en ningún caso la precariedad económica de unos de los progenitores puede justificar inhabilidad para cuidar de ellos²⁴. Distinto será el reparto de tiempos con cada progenitor.

En este sentido, incluso habiendo tenido uno de los progenitores en el pasado problemas con las drogas no se descarta la custodia compartida por el Alto Tribunal²⁵.

Respecto a la opinión de los hijos, hay que partir de la idea de que con independencia de que los menores tengan derecho a ser oídos en los procesos en los cuales se decidan medidas que les afecten, estos no pueden decidir, ni su opinión ser vinculante.

23. Sentencia AP de Saltillo de Coahuila, Sección 6ª, 259/2020, de 4 de noviembre.

24. Es criticable la postura en este sentido de la sentencia de la AP de Burgos, 290/2020, de 18 de septiembre.

25. STS, Sala 1ª, de 22 de diciembre de 2016.

Resulta evidente, que la opinión de los menores puede venir mediatizada por su estado de ánimo o situaciones puntuales de divergencia con alguno de los progenitores, muchas de ellas vinculadas a la propia educación y a la imposición de límites. Dichos conflictos, especialmente intensos en determinadas etapas madurativas de los menores como la adolescencia, no pueden condicionar la decisión sobre la guarda y custodia de los menores²⁶.

En este sentido es importante la exploración de los menores. La reciente ley de Jurisdicción Voluntaria, 15/2015, en su art. 18.2.4^o dice:

Del resultado de la exploración se extenderá acta detallada, y siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días,

regulación que se está planteando trasladar a los procesos contenciosos.

Asimismo, el art. 9 de la LO 1/1996 establece el derecho de los niños a acudir al juzgado para hablar con el juez, y la obligación de este de recibirles. De tal forma que la citada ley obliga al juez a dictar una resolución motivada para denegarles esa audiencia que solicitan.

Este derecho de los menores alcanza una importancia manifiesta al poder ser causa de nulidad de las actuaciones. El Tribunal Supremo entiende que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene

26. STS, Sala 1^a, de 9 de octubre de 2015.

suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio, salvo que el interés del menor aconseje lo contrario, lo que deberá motivarse²⁷.

Conviene estudiar en cada caso, la fuerza y alcance de la voluntad del menor a la hora de resolver sobre su interés y hasta qué punto pueden ser determinantes o no sus deseos.

El Código Civil permite a menores de la edad realizar actos muy relevantes de gran trascendencia jurídica. Así, por ejemplo, a partir de la edad de 12 años, se exige su consentimiento en el acogimiento (artículo 173.2 del Código Civil) y la adopción (artículo 177.1 del Código Civil) e incluso antes de esta edad, debe ser oído para adoptar estas decisiones (artículo 177.3.3º del Código Civil). Corrobora esta postura de la ley, la exigencia de audiencia de los mayores de 12 años y aún menores de esa edad, que tengan suficiente juicio, en los litigios sobre su custodia (artículos 92 y 159 del Código Civil) y en el ejercicio de la patria potestad sobre ellos (artículo 156 del Código Civil), así como para la constitución de la tutela (artículo 231 del Código Civil) y para la subsistencia de los vínculos con la familia de origen en la adopción (artículo 178 del Código Civil). También en concreto se le reconoce capa-

27. STS, Sala 1ª, de 20 de octubre de 2014, 7 de marzo de 2017 y STC 6 de junio de 2005.

cidad para intervenir en la oposición al régimen de relación con el padre, la madre, los abuelos, y otros parientes y allegados (artículo 160 del Código Civil).

A los menores de 14 años la Ley les reconoce capacidad para realizar actos de la trascendencia de optar, aunque sea asistido por su representante legal, por la nacionalidad española (artículo 20.2.b del Código Civil), así como solicitarla por carta de naturaleza o residencia (artículo 21.3.b del Código Civil) y jurar o prometer fidelidad al rey y obediencia a la Constitución Española y a las Leyes (artículo 23.a del Código Civil), al igual que renunciar a una anterior nacionalidad. Estos menores con 14 años pueden ejercer la patria potestad sobre sus hijos, con asistencia de sus padres o tutor (artículo 157 del Código Civil) o, en caso de desacuerdo o imposibilidad de los mismos, del Juez. También pueden testar (artículos 662 y 663 del Código Civil) y procesalmente pueden recibir notificaciones (artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

A los 16 años los menores están capacitados para la administración ordinaria de su peculio, artículo 164.3 del Código Civil y pueden prestar consentimiento sin autorización judicial en la enajenación de valores mobiliarios suyos, artículo 166 párrafo 3º del Código Civil. A esta edad pueden ser emancipados, artículo 320 del Código Civil, tanto por los titulares de la patria potestad sobre ellos, como por el Juez.

Es interesante la lectura a este respecto de la Exposición de motivos de la Ley de Protección Jurídica del Menor 1/1996, de 15 de enero (EDL 1996/13744), que

alude a la Convención de los Derechos del Niño, para predicar una nueva filosofía en relación con el menor, reconociéndole un superior papel en la sociedad, con la exigencia de un mayor protagonismo. Es fundamental el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores de edad y de su «capacidad progresiva para ejercerlos», así como su «condición de sujeto de derechos» y no de mero objeto, como parece suceder en tantos casos. De esta forma, dice la exposición de motivos, el ordenamiento jurídico contiene una «concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social» y «de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás». Por eso, en aplicación de estos principios, a los menores en general se les faculta para solicitar medidas cautelares para asegurar sus alimentos y evitarles perturbaciones dañosas, en los cambios de titularidad de la patria potestad, así como para, en general, apartarle de peligros o evitarle perjuicios, artículo 158 del Código Civil.

En el mismo sentido, y en el ámbito Europeo, el nuevo Reglamento UE 2019/111, de 25 de junio, refuerza el derecho del menor a expresar su opinión en los procedimientos que le afectan. En Reglamento Bruselas II bis la obligación de oír al menor solo se mencionaba en el apartado de reconocimiento y ejecución, pero ahora aparece en el apartado relativo a la competencia. De esta forma, se recoge que el menor tiene derecho a expresar sus opiniones, y que deben ser tenidas en cuenta, tanto en materia de responsabilidad parental

(artículo 21), como en materia de sustracción de menores (artículo 26).

En definitiva, la voluntad de los menores de edad debe ser muy tenida en cuenta, pues de lo contrario la audiencia de los mismos sería simplemente el cumplimiento de un trámite formal.

Otro de los criterios a tener en cuenta es el número de hijos. En este sentido aunque es conveniente no separar a los hermanos existen situaciones en que dicha separación no es perjudicial para los menores, antes al contrario puede ser beneficiosa o inocua al encontrarse en distintos estados madurativos²⁸.

Respecto al cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, resulta curioso que este cumplimiento no sea exigible, o al menos no se cuestione en circunstancias de normalidad familiar, y sí en momentos de crisis de la pareja formada por los progenitores. Es evidente que un progenitor que no se implica en la vida de los menores ni desea hacerlo una vez que se produce la separación de la pareja, no se le pueden dar los mismo tiempos de estancia que al progenitor que asume el papel de cuidador principal.

Continuando con los criterios expuestos por el Alto Tribunal para acordar la guarda y custodia compartida encontramos el respeto mutuo de los progenitores en sus relaciones personales, algo que, más que suponer un

28. Sentencia de la AP de Valencia, Sección 10ª, 137/2019, de 27 de febrero; Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, 387/2015, de 17 de julio y Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, 182/2015, de 21 de abril.

criterio de determinación de un determinado modelo de guarda y custodia, debería de imponer una mediación o terapia familiar para minimizar el conflicto existente, ya que de nada sirve que se le otorgue la custodia a uno u otro progenitor, cuando no son capaces de ponerse de acuerdo en las decisiones más importantes en la vida del menor, que por otra parte, no configuran el contenido de la guarda y custodia, sino del ejercicio de la patria potestad.

De esta forma, no son infrecuentes en la práctica incrementos de la conflictividad buscando que no se acuerde la guarda y custodia compartida, y si una custodia exclusiva con las medidas que *ope legis* vienen vinculadas a la ostentación de la misma, y que como argumentaré implican un aumento de la conflictividad en aras a obtener el uso de la vivienda familiar, y un incremento en la cuantía de las pensiones alimenticias.

Dicho efecto no se produciría si desapareciera el concepto de «guarda y custodia», regulándose únicamente la responsabilidad parental, así como la determinación de los tiempos de estancia de los menores con cada progenitor, en función de sus circunstancias personales, laborales, aptitudes, etc. La desvinculación de dichos tiempos de estancia, con otras medidas, en especial el uso de la vivienda familiar, y la cuantía de las pensiones alimenticias, disminuiría la conflictividad y el aumento de procedimientos de mutuo acuerdo.

En relación a la conflictividad de los progenitores es criticable la postura del legislador que impide la custodia compartida en los supuestos de violencia de género²⁹,

29. Artículo 97.2 del Código Civil.

sea cual sea la gravedad de la misma, pero no proscribire el establecimiento de la custodia materna, y la fijación de un régimen amplio de visitas a favor del padre. No alcanzo a comprender el sentido de tal medida si lo que se pretende es alejar al menor de un peligro. Lo razonable en tales casos sería una medida de alejamiento y prohibición de comunicación, o en casos, más graves de suspensión del ejercicio³⁰ e incluso de la titularidad de la patria potestad.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo 579/2011 de 22 de julio, al establecer como doctrina que:

En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (SSTS, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011) que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el Art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicándolo, el interés del menor.

30. Artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género.

De nuevo podemos observar cómo, el concepto de «guarda y custodia», sea del tipo que sea, compartida o exclusiva, se encuentra vacío de contenido real, ya que cuando uno de los progenitores ejerce sus «visitas» o tiempos de estancia, tiene la guarda y custodia, en el sentido de adoptar las decisiones menos trascendentes o del día a día.

El mantenimiento de dicha terminología jurídica, además de aumentar la conflictividad, por venir vinculada a otras medidas con un evidente contenido crematístico, genera situaciones ilógicas como la expuesta.

Respecto al resultado de los informes de los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados, a lo que ya me he referido anteriormente, me remito a lo ya dicho en relación a los mismos, insistiendo en que no vinculan al juez. De hecho no son infrecuentes las resoluciones judiciales, incluso el Tribunal Supremo, que admiten la custodia compartida, frente al criterio de los tribunales de instancia, que adoptaron su resolución basándose en los citados informes, por no motivarse adecuadamente las razones que llevaron al rechazo de la custodia compartida.

Respecto a la distancia entre los domicilios de los progenitores, al igual que en el resto de criterios, podría resultar lógico, si los hijos deben desplazarse grandes distancias, pero no sí es alguno de los dos progenitores. Resultaría ilógico si mientras que la pareja convive, puedan producirse situaciones en las que uno de los dos miembros de la pareja reside fuera del domicilio por trabajo durante gran parte de la semana, y, rota la convivencia, este sea un criterio a valorar.

La distancia entre los domicilios de los progenitores podrá influir en los tiempos de estancia con cada progenitor, y ello, como veremos en la determinación de la contribución al pago de los alimentos de los menores, pero la guarda y custodia, siempre es compartida, al menos en cuanto a su contenido, ya que mientras están con el progenitor con el que menos tiempo conviven, este ostenta las escasas obligaciones incluidas dentro del actual concepto legal y jurisprudencial de guarda y custodia, y sigue compartiendo la mayoría incluidas dentro del concepto del ejercicio de la patria potestad. Hacer hincapié en que el Tribunal Supremo concibe la custodia compartida más como una corresponsabilidad parental, lo que incide más en el plano de la responsabilidad parental (ejercicio de la patria potestad), que sobre la custodia propiamente dicha.

En definitiva, de todos los criterios analizados, podemos concluir, que sea cual sea el modelo de guarda y custodia actualmente, compartida o exclusiva, lo verdaderamente importante es el ejercicio de la responsabilidad parental. Ello se muestra con mucha más claridad cuando la custodia compartida no supone un reparto igualitario de tiempos de estancia, sino una distribución en función de las circunstancias personales y profesionales de los progenitores, exactamente igual que cuando ambos conviven.

En este sentido hacer referencia a las conclusiones de la Guía de Criterios de Actuación Judicial en Materia de Custodia compartida, aprobada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 25 de junio de 2020, en la cual se señala que la custodia compartida no debe en-

tenderse como un reparto aritmético de los tiempos de convivencia de los hijos con cada progenitor sino como ejercicio efectivo de una coparentalidad responsable. El objetivo no es repartirse el tiempo a partes iguales sino equiparar la dedicación a los hijos e hijas en términos de tiempo y esfuerzo, y crear un vínculo afectivo que permita a los hijos e hijas mantener tanto el referente materno como el paterno.

La utilización del término de «guarda y custodia», no supondría mayor problema, más allá de la obsolescencia de la norma respecto a la sociedad en la que se aplica, si no fuera porque el legislador anuda el otorgamiento de la guarda y custodia a la cuantía de la pensión alimenticia, y en especial a la atribución del uso de la vivienda familiar.

De esta forma entiendo que la pensión de alimentos debe fijarse exclusivamente teniendo en cuenta el caudal y los medios de ambos progenitores, su capacidad económica y de generar ingresos, puesta en relación con las necesidades de los menores. Y todo ello debe también ponerse en relación con el tiempo de estancia de cada progenitor con los menores. De forma que el progenitor que más tiempo esté en compañía del menor deberá aportar a los gastos de este una menor cantidad de dinero, ya que los alimentos los abona también en especie.

Por otra parte, y respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, dicha medida debería de desvincularse de quien pase más o menos tiempo con los menores, sino que debería a mi juicio, vincularse definitivamente con el concepto de «interés más necesitado de protección», y ello porque no son infrecuentes los casos, en los que sí

bien el interés del menor es pasar más tiempo con uno de los dos progenitores, por motivos laborales, de disponibilidad, o de habilidades, no necesariamente la atribución del uso de la vivienda familiar debería dar otorgarse automáticamente a este, si no consta acreditado, que sea el interés más necesitado de protección de ese progenitor el que le otorgue el uso de la vivienda familiar.

De esta forma entraremos en dos decisiones que suelen estar vinculadas al otorgamiento de la guarda y custodia:

1. La pensión de alimentos.
2. La atribución del uso de la vivienda familiar.

Respecto de la primera, cada vez va diluyéndose por cuanto la jurisprudencia en la práctica de los juzgados y tribunales y en la jurisprudencia menor, va consolidándose que la pensión de alimentos debe concederse independientemente del régimen de custodia, siempre que exista una desproporción, bien de tiempos de estancia, bien de ingresos de uno y otro progenitor, o de ambos, fijándose pensiones alimenticias, pese a instaurarse un régimen de custodia compartida³¹.

El segundo de los problemas tiene una peor solución, máxime cuando la interpretación abierta del artículo 96 del Código Civil, propugnada por algunas audiencias provinciales³² ha sido cercenada de plano en un primer

31. Entre otras Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5ª, 464/2018, de 30 de noviembre.

32. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, 377/2011, de 13 de diciembre.

momento desde la sentencia STS, Sala 1ª, de lo Civil, 181/2014, de 3 de abril —núm. de rec. 1719/2012— revocó la decisión del tribunal de apelación, que a su vez rechazó parcialmente la solución de la sentencia de primera instancia. El TS entendió que no son admisibles las limitaciones a la regla de atribución del uso de la vivienda a los menores del artículo 96 del CC, mientras sigan siendo menores. El alto tribunal sostiene que una decisión en tal sentido implica una interpretación *contra legem*, que no es admisible puesto que resulta contraria al objetivo de aquel precepto, el cual no es otro que la protección del interés de los menores, más allá de la propiedad de los bienes.

Esta interpretación del Tribunal Supremo ha llegado hasta nuestros días, si bien, matizada con alguna excepción, como veremos.

En la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 241/2020, de 2 de junio se trata de un divorcio contencioso en el que, entre otras medidas, se solicitaba la atribución de la guarda y custodia de la hija menor a la madre y la atribución de la que fue vivienda familiar a ambas. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y adoptó ambas medidas; recurrida en apelación se revocó en parte y se fijó un límite temporal de seis meses para la atribución de la vivienda que fue familiar a la hija menor y a la madre.

Recorre en casación la progenitora y se estima el recurso. La Sala aplica la doctrina según la cual la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés

del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en Código Civil siendo indiferente que la vivienda sea del demandado o de terceros, pues en este último caso la atribución del uso de la vivienda no se ventila ni es oponible respecto de estos, sin perjuicio de las acciones legales que les asistan y las consecuencias que desplieguen, sobre todo a efectos de alimentos, caso de prosperar.

Esta doctrina, de la no limitación temporal del uso de la vivienda habitual es ya consolidada en la Sala 1ª del Tribunal Supremo, siempre que hablemos de custodia exclusiva. Entre otras, la sentencia nº 117/2017, de 22 de febrero, citada por la recurrente, que sostiene que:

[...] la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC.

Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

Por tanto, en principio, la limitación que establece la sentencia recurrida contradice la doctrina de la sala.

Es indiferente, pues, que la vivienda sea del demandado o de terceros, pues en este último supuesto la atribución del uso de la vivienda no se ventila ni es oponible respecto de estos, sin perjuicio de las acciones legales que les asistan y las consecuencias que desplieguen, sobre todo a efectos de alimentos, caso de prosperar.

Ahora bien, afirma también la citada sentencia que:

Es cierto que esta sala viene admitiendo en algunas resoluciones recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil. Lo que no es posible es que esta alegación sirva de argumento en la sentencia para contravenir la reiterada doctrina de esta sala sobre el uso de la vivienda familiar en supuestos similares pues a ninguno se refieren las «resoluciones más recientes» que dice la sentencia, sin citarlas.

Lo que dice esta sala —sentencia de 17 de junio de 2013— es lo siguiente:

[...] hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios.

Consecuencia de lo cual es la siguiente doctrina:

[...] la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC (221/2011, 1 de abril; 181/2014, 3 de abril; 301/2014, de 29 de mayo; 297/2014, 2 de junio; 660/2014, de 28 de noviembre; 282/2015, de 18 de mayo, todas ellas dictadas en recursos de casación procedentes de la misma Audiencia).

Por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus STSS 671/2012, de 5 de noviembre, 284/2016, de 3 de mayo, 646/2017, de 27 de noviembre y 181/2018, de 4 de abril, entre otras, se dijo que los dos supuestos excepcionales que viene admitiendo la Sala para mitigar las consecuencias del rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil, cuando no existe acuerdo Previo entre los cónyuges son:

[...] uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que recae la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propios de la relación; y otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios. Solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés superior del menor.

El vincular la atribución del uso de la vivienda familiar al otorgamiento de la guarda y custodia, cuando la misma, como decimos, supone una distorsión. Las decisiones sobre la vivienda familiar deberían basarse solo y exclusivamente en el interés más necesitado de protec-

ción, que se recoge en el párrafo segundo del artículo 96 del Código Civil, y que se aplica, no existiendo hijos, o siendo los hijos mayores de edad.

De la misma forma, la doctrina del Tribunal Supremo, reconociendo la vigencia del párrafo segundo, ya ha ofrecido la posibilidad de limitar el uso de la vivienda familiar en el tiempo cuando

[...] el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios. Solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés superior del menor.

En la misma línea, el artículo 233-20 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, establece que:

- 1. Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por periodos determinados.*
- 2. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta.*
- 3. No obstante lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos:*
 - a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores.*

- b) Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad.*
- c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.*
- 4. Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.*
- 5. La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.*
- 6. La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos.*
- 7. La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge.*

La doctrina sobre la atribución de la vivienda familiar no solo ha evolucionado estableciendo excepciones a la prohibición de limitación del uso de vivienda, familiar existiendo hijos menores, o en la legislación foral, sino

en la más reciente doctrina Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 558/2020, de 26 de octubre, sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de custodia compartida. El Alto tribunal señala como factores a ponderar:

Nuestro Código Civil no regula el régimen de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida, produciéndose, en consecuencia, un vacío normativo que es necesario cubrir por exigencias derivadas del principio non liquet (art. 1.7 CC) y la tutela de los derechos e intereses legítimos de los litigantes e hijos (art. 24 CE).

A tales efectos, no es de aplicación lo establecido en el párrafo primero del art. 96 del CC; puesto que se refiere a los supuestos de atribución exclusiva de la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores sin perjuicio del derecho de vistas del otro, en cuyo caso se resuelve el conflicto disponiendo que dicho uso corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Fácil es comprender que lo establecido en dicha norma no es aplicable a los casos en que ambos progenitores ostentan la custodia compartida de los hijos menores y la correlativa convivencia periódica con ellos, supuestos en los que no existe una sola residencia familiar, sino realmente dos, la de cada uno de los padres con sus hijos.

Descartada pues la aplicación del párrafo primero del art. 96 del CC, tampoco hallamos solución en lo dispuesto en su párrafo tercero, que contempla la situación de un matrimonio sin hijos, con lo que los hipotéticos intereses de estos no son ponderados en dicho precepto, regulando, por consiguiente, de nuevo una situación distinta a la que conforma el objeto de este proceso.

A la hora de buscar una solución a la problemática suscitada, la regulación más próxima la encontramos en el párrafo segundo del art. 96 CC (sentencias 593/2014, de 24 de octu-

bre; 465/2015, de 9 de septiembre; 51/2016, de 11 de febrero; 42/2017, de 23 de enero; 513/2017, de 22 de septiembre, 95/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas), que se refiere a los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres; es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes en el otro. Realmente tampoco se trata del mismo caso, ya que acordada la custodia compartida no se distribuye la guarda de los menores de forma exclusiva entre los padres, sino de forma conjunta y de manera temporal, ni tampoco se separa a los hermanos. Ahora bien, sí se asimilan en la circunstancia de que ambos litigantes ostentan la condición de progenitores custodios.

En cualquier caso, es el supuesto que guarda mayor identidad de razón y, por lo tanto, el que nos da una pauta valorativa cuando señala, para tales casos, que el juez resolverá lo procedente, con lo que se está confiriendo, al titular de la jurisdicción, el mandato normativo de apreciar las circunstancias concurrentes para adoptar la decisión que mejor se concilie con los intereses en concurso, sin condicionar normativamente la libertad resolutoria del juzgador. No obstante, la falta de concreción de tal criterio normativo ha llevado a la jurisprudencia, en cumplimiento de su función, a fijar los elementos a valorar para evitar incurrir en un mero decisionismo voluntarista que pudiera convertirse en una vedada arbitrariedad.

Con tal finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se deberá de prestar especial atención a dos factores:

[...] en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero» (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio, entre otras).

En custodia compartida es posible atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor con más dificultades de acceso a una vivienda, pero un límite temporal: el mismo del art. 96, párr. 3º para los matrimonios sin hijos

[...] De acuerdo con dicha doctrina es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los periodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía (sentencia 95/2018, de 20 de febrero). Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio, con cita de otra jurisprudencia).

En este sentido, señala la sentencia 517/2017, de 22 de septiembre, que:

[...] cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda (resume la doctrina la sentencia 517/2017, de 13 de septiembre, con cita de otras anteriores).

Con esta finalidad de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida se han fijado plazos de uso temporal, valorando las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde un año (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 251/2016, de 13 de abril y 545/2016, de 16 de septiembre); de dos años (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 15/2020, de 16 de enero); tres años (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre y 294/2017, de 12 de mayo), uso por anualidades alternas (sentencia 95/2018, de 20 de febrero) o en fin hasta que se proceda a la liquidación de la

sociedad legal de gananciales (sentencia 183/2017, de 14 de marzo). En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado.

CONCLUSIONES

- El término «guarda y custodia», ha quedado limitado en la actualidad a las decisiones rutinarias e intrascendentes que un progenitor toma sobre el día a día del menor, de forma que ha quedado vacío de contenido.
- Las decisiones más importantes sobre el menor, las que afectan en mayor medida a su proceso de evolución y formación integral, entran dentro del concepto de ejercicio de la patria potestad, que se identifica con el término responsabilidad parental, si bien este último término tiene un ámbito algo superior.
- El interés del menor debe regir las decisiones sobre la vida del menor. El ordenamiento jurídico debe regular criterios generales sobre la determinación de dicho interés para evitar el subjetivismo judicial, sin perjuicio de establecer su contenido en el caso concreto.
- La vinculación de decisiones económicas o patrimoniales al otorgamiento de la guarda y custodia, supone una distorsión, que afecta al interés del menor, al incrementar la litigiosidad y el conflicto entre los progenitores.
- Las decisiones sobre la pensión alimenticia deben basarse en las necesidades del menor, puesta en relación con el caudal de cada progenitor, y el tiempo de

estancia con cada uno con arreglo a lo dispuesto en los artículos 145 y 146 CC.

- Las decisiones sobre el uso de la vivienda familiar deben tomarse sobre el criterio de averiguar cuál es el progenitor con un interés más necesitado de protección, siendo siempre temporal, desvinculándolas de la guarda y custodia, sin perjuicio de que el mayor tiempo de estancia con un progenitor sea un factor a tener en cuenta para determinar el interés más necesitado de protección.

Con estas conclusiones acabo ya mi pequeña reflexión sobre el término «guarda y custodia» esperando haber aportado un nuevo punto de vista sobre la cuestión y no haberles aburrido en exceso.

Muchas gracias.

Índice

Discurso de recepción a cargo del
Excmo. Sr. D. José María Rosales de Angulo _____ 5

Los nuevos horizontes del Derecho de Familia:

*La eliminación del ordenamiento jurídico
del término «guarda y custodia»*

*La responsabilidad parental como eje vertebrador en la regulación
de la relación de los hijos menores con sus progenitores*

Ilmo. Sr. D. Víctor Moreno Velasco _____ 13



Junta de Andalucía

Consejería de Transformación Económica, Industria
Conocimiento y Universidades