

**GUÍA DE CRITERIOS
DE ACTUACIÓN JUDICIAL
EN MATERIA
DE CUSTODIA COMPARTIDA**

GUÍA DE CRITERIOS DE ACTUACIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA

COORDINADORES:

Clara Martínez de Careaga García
Gerardo Martínez Tristán
Concepción Sáez Rodríguez
Álvaro Cuesta Martínez

COAUTORES:

José Antonio Seijas Quintana, *Magistrado jubilado del Tribunal Supremo.*
Margarita Pérez-Salazar Resano, *Magistrada.*
José Pascual Ortuño Muñoz, *Magistrado.*
Luis Aurelio González Martín, *Magistrado.*
María Teresa Gonzalo Rodríguez, *Magistrada.*
Inmaculada Rodríguez Suárez, *Fiscal.*
María Dolores Lozano Ortiz, *Abogada. Presidenta AEFA.*
Vicente Tovar Sabio, *Magistrado en excedencia. Abogado.*
Selina de Orduña Puebla, *Abogada.*
Francisca Fariña Rivera, *Catedrática Psicología Universidad de Vigo.*
Juana María Biezma López, *Psicóloga Forense.*
Marta Zubikoa Mendigutxía, *Trabajadora Social Forense.*

Carmen Delgado Echevarría, *Letrada CGPJ.*
Betlem Roig Mateo, *Letrada CGPJ.*

Copyright: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
C/ Marqués de la Ensenada, 8. 28071 Madrid.

Diseño, maquetación: Anzos, S.L.
Impresión: Anzos, S.L.

ISBN: 978-84-xx-xxxxx-x
Depósito Legal: M-xxxxx-2020



ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN:	
	Oportunidad del estudio	
II.	IMPACTO PSICOLÓGICO DE LA RUPTURA DE LA PAREJA SOBRE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA	
	Juana María Biezma López , Psicóloga Forense. Francisca Fariña Rivera , Catedrática de psicología jurídica del menor.	
II.1.	Introducción	
II.2.	La ruptura de pareja: Fases del proceso	
II.3.	El conflicto en la ruptura de pareja	
	II.3.1. Especificidad de los conflictos en ruptura de pareja	
	II.3.2. Repercusión del conflicto en el sistema familiar y en las relaciones paterno-filiales	
II.4.	Impacto de la ruptura de pareja en los progenitores	
II.5.	Impacto de la ruptura de pareja en los hijos/as	
II.6.	Parentalidad y coparentalidad	
	II.6.1. Gatekeeping	
	II.6.2. Bases psicológicas para el establecimiento de estancias basadas en la coparentalidad	
	II.6.3. Criterios orientativos desde el punto de vista psicológico	
II.7.	Justicia terapéutica	

III. ASPECTOS SOCIALES DE LA RUPTURA DE LA PAREJA

Marta Zubikoa Mendigutxía, Trabajadora Social Forense

- III.1. El interés de los hijos y las hijas como eje central
 - III.1.1. Introducción general
 - III.1.2. Custodia compartida
- III.2. El trabajo social en el marco general de la jurisdicción de familia
 - III.2.1. El dictamen pericial como instrumento documental
 - III.2.2. Modelo pericial de intervención social
- III.3. Escala provisional para la evaluación de la custodia compartida en el ámbito judicial desde la perspectiva social .
- III.4. Derivación, seguimiento y coordinación de casos a servicios sociales especializados
 - III.4.1. Punto de encuentro familiar
 - III.4.2. Servicio de orientación familiar
 - III.4.3. Servicio de mediación

IV. ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO:

José Antonio Seijas Quintana,

Magistrado jubilado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

- IV.1. Planteamiento
- IV.2. Las primeras sentencias tras la Ley 15/2005, de 8 de julio
- IV.3. Criterios para acordar la guarda y custodia compartida
- IV.4. Supuestos concretos:
 - IV.4.1. Plan contradictorio
 - IV.4.2. Relaciones entre los cónyuges
 - IV.4.3. Alimentos
 - IV.4.4. Edad de los hijos
 - IV.4.5. Distribución de los tiempos de estancia con cada uno de los progenitores
 - IV.4.6. Violencia de género.
 - IV.4.7.- Distancia entre los domicilios
 - IV.4.8. Vivienda
- IV.5. Cambio de circunstancias
- IV.6. Recurso de casación

V.	ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA:	
V.1.	Tribunal Superior de Justicia de Aragón	
	V.1.1. Análisis cuantitativo	
	V.1.2. Análisis cualitativo	
V.2.	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña	
	V.2.1. Análisis cuantitativo	
	V.2.2. Análisis cualitativo	
V.3.	Tribunal Superior de Justicia de Navarra	
V.4.	Tribunal Superior de Justicia de País Vasco	
VI.	ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES:	
VI.1.	Análisis cuantitativo de los resultados del estudio de sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales:	
	VI.1.1. Muestra	
	VI.1.2. Regímenes de custodia adoptados	
	VI.1.3. Factores tomados en consideración a la hora de decidir sobre el régimen de custodia	
	VI.1.4. Organización de los tiempos	
	VI.1.5. Incidencia de la custodia compartida sobre los alimentos y la vivienda que constituía domicilio familiar	
VI.2.	Análisis cualitativo de los resultados del estudio de sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales:	
	VI.2.1. Carencias detectadas	
	VI.2.2. Avances y nuevas tendencias jurisprudenciales	
VII.	ANÁLISIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN PROCEDIMIENTOS DE MUTUO ACUERDO	
VII.1.	Introducción	
VII.2.	Metodología	
VII.3.	Resultados cuantitativos	
VII.4.	Resultados cuantitativos: respuestas a los cuestionarios	

VIII. PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LA CUSTODIA Y LAS RELACIONES PARENTALES EN CASOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER O VIOLENCIA SOBRE MENORES

Margarita Pérez-Salazar Resano, Magistrada.

Pascual Ortuño Muñoz, Magistrado.

María Teresa Gonzalo Rodríguez, Magistrada.

VIII.1. Introducción	
VIII.2. Previsiones legales y jurisprudenciales más relevantes	
VIII.2.1. Relativas a la protección del menor en situaciones de violencia	
VIII.2.2. Relativas a la patria potestad	
VIII.2.3. Relativas a guarda y custodia en situaciones de violencia	
VIII.2.4. Relativas a régimen de estancias, visitas y comunicaciones	
VIII.3. Examen de incidencias específicas detectadas en la práctica jurisdiccional	
VIII.4. Criterios generales a tener en cuenta para las decisiones sobre patria potestad en situaciones de violencia sobre la mujer o sobre menores	
VIII.5. Criterios para la atribución de la custodia en situaciones de violencia en que se mantiene la patria potestad compartida	
VIII.6. Criterios para el establecimiento del régimen de relación con los hijos (estancias, visitas, y comunicación) del padre investigado o condenado por violencia sobre la mujer	

IX. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

IX.1. Propuestas de reforma legal:	
IX.1.1. De naturaleza orgánica	
IX.1.2. De naturaleza procesal	
IX.1.3. De naturaleza sustantiva	
IX.2. Propuestas de mejora relativas a la práctica forense:	
IX.2.1. Relativas al procedimiento	
IX.2.2. Relativas a las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos contenciosos	

IX.2.3. Relativas a los convenios reguladores en rupturas de mutuo acuerdo	
IX.3. Propuestas de mejora relativas a los servicios auxiliares y de apoyo a los órganos judiciales	
IX.4. Recomendaciones y propuestas de mejora específicas para situaciones de violencia de género o violencia sobre menores	
IX.4.1. Propuestas de reforma legal	
IX.4.2. Propuestas de mejora relativas a la práctica forense	
IX.4.3. Propuestas de mejora relativas a los servicios auxiliares y de apoyo a los órganos judiciales	

ANEXOS

ANEXO 1: MARCO LEGAL

I. Legislación internacional básica	
II. Legislación estatal	
II.1. Código Civil	
II.2. Ley de Enjuiciamiento Civil	
III.3. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria	
III.4. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor	
III. Legislación autonómica	
III.1. Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia	
III.2. Código de derecho foral de Aragón, Libro I, Título II	
III.3. Compilación de derecho civil foral de Navarra, Libro I, Título V, de la responsabilidad parental	
III.4. Ley 7/2015 del Parlamento Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores	

ANEXO II: RESULTADOS NUMÉRICOS DEL ESTUDIO DE SENTENCIAS DICTADAS POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

ANEXO III: LISTA DE CRITERIOS PARA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA

ANEXO IV: INTERVENCIÓN JUDICIAL EN FAMILIAS DE ALTA CONFLICTIVIDAD

ANEXO V: ALIMENTOS EN CASO DE CUSTODIA COMPARTIDA. ANEXO VI: PLAN DE PARENTALIDAD

ANEXO VII: GUÍA ORIENTATIVA PARA LA REALIZACIÓN DEL INTERROGATORIO DE PARTE EN MATERIA DE CUSTODIA

ANEXO VIII: RECOMENDACIONES PARA LA REALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA DE MENORES

INTEGRANTES DEL GRUPO

COORDINADORES:

- Clara Martínez de Careaga García, Presidenta Comisión de Igualdad CGPJ, *clara.martinezdecareaga@cgpj.es*
- Gerardo Martínez Tristán, Vocal Comisión de Igualdad CGPJ, *gerardo.martinez@cgpj.es*
- Concepción Sáez Rodríguez, Vocal Comisión de Igualdad CGPJ, *concepcion.saez@cgpj.es*
- Álvaro Cuesta Martínez, Vocal Comisión Permanente CGPJ, *alvaro.cuesta@cgpj.es*

EXPERTOS Y EXPERTAS:

- José Antonio Seijas Quintana, magistrado jubilado de la Sala Primera el Tribunal Supremo, *papiniano2@yahoo.es*
- José Pascual Ortuño Muñoz, magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12 (Civil), *jp.ortuno@poderjudicial.es*
- Margarita Carmen Pérez-Salazar Resano, magistrada titular el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1 de Pamplona, *mperezsr@navarra.es*
- Luis Aurelio González Martín, magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Madrid (especializado en familia), *la.gonzalez@poderjudicial.es; lagm@madrid.org*
- María Teresa Gonzalo Rodríguez, magistrada titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Burgos, *mt.gonzalo@poderjudicial.es*

- Inmaculada Rodríguez Suárez, fiscal decana de la Sección Civil de la Fiscalía Provincial de Madrid y delegada autonómica del Ministerio Fiscal en la sección civil de Madrid, *inmaculada.rodriguez.suarez@madrid.org*
- María Dolores Lozano Ortiz, abogada especialista en derecho de familia. Presidenta de la Asociación Española de Abogados de Familia, *mdlozano@lozanolacasaabogados.es*
- Selina de Orduña Puebla, abogada especialista en derecho de familia. Socia fundadora del despacho de abogados De Orduña Abogados y Asociados, *selina@deordunaabogados.com*
- Vicente Tovar Sabio, magistrado en excedencia y socio director del despacho de abogados Vicente Tovar Abogados, *vtovar@vicentetovar.com*
- Francisca Fariña Rivera. Catedrática de psicología básica y psicología jurídica del menor de la Universidad de Vigo. Vocal de la junta directiva de la Asociación Española de Psicología Jurídica y Forense, *franciscaares@gmail.com*
- Juana María Biezma, psicóloga forense adscrita a los equipos psicosociales de los Juzgados de Pamplona, *jmbiezma@cop.es*
- Marta Zubikoa Mendigutxia, trabajadora social forense actualmente adscrita a los equipos psicosociales de los Juzgados de Pamplona, *marta.zubikoa.mendigutxia@navarra.es*

APOYO TÉCNICO:

- Carmen Delgado Echevarría, letrada de la Sección de Igualdad CGPJ, *carmen.delgado@cgpj.es*
- Betlem Roig Mateo, letrada del Servicio de Estudios e Informes CGPJ, *betlem.roig@cgpj.es*

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con los datos oficiales proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística, desde el año 2010 hasta el segundo semestre de 2019, se ha producido en nuestro país una media anual de 102.066 divorcios, separaciones y nulidades matrimoniales.

Si a estas cifras añadimos, durante el mismo período, –según el Servicio de Estadística del CGPJ–, 46.249 demandas de ruptura de la pareja de hecho, y 44.066 demandas de modificación de medidas de divorcio, separación o guarda, custodia y alimentos, presentadas anualmente ante los Tribunales, en nuestro País, cada año, una media de 192.381 familias se ven inmersas en un procedimiento judicial de crisis familiar, ya sea por la ruptura del matrimonio, ya por la ruptura de la pareja estable de hecho, ya por la modificación de las medidas adoptadas para regular la situación derivada de una anterior ruptura del matrimonio o pareja estable de hecho.

Además, conforme también refleja el Instituto Nacional de Estadística, en más del 50% de los casos de divorcio, separación y nulidad, los cónyuges tenían hijos e hijas menores de edad, aumentando esta proporción a prácticamente la totalidad de las demandas de ruptura de pareja de hecho (demandas de guarda, custodia y alimentos).

En suma, se puede afirmar que a lo largo de cada año varios cientos de miles de familias se ven inmersas en España en alguno de estos procedimientos judiciales, que afectan de manera directa asimismo a un buen número de menores de edad.

Pero dentro de nuestro sistema judicial, la extraordinaria relevancia de los procedimientos de ruptura de la familia no sólo es cuantitativa. Deriva también de la delicada y compleja materia que resuelven, reglamentar las re-

laciones personales de los afectados, ya sean mayores o menores de edad, además de cuestiones de naturaleza económica, que igualmente afectan al núcleo esencial de vida de toda persona –su vivienda habitual, los alimentos y la educación de los hijos, etc...–.

Consciente de la enorme trascendencia de los procedimientos judiciales de familia en la vida de las personas, de todos y todas las ciudadanas de este país, este Consejo les ha venido prestando una especial atención desde innumerables iniciativas, que afectan transversalmente a toda su actividad, y singularmente desde la atención prestada por su Comisión de Igualdad a las diferentes cuestiones que plantea el derecho de familia y la respuesta judicial en especial ante los retos con que las nuevas instituciones, surgidas en los últimos años para resolver los conflictos familiares, interpelan a la comunidad jurídica.

Desde esta perspectiva, la Comisión de Igualdad del CGPJ consideró oportuno y necesario, realizar un estudio en profundidad de la aplicación que los juzgados y tribunales españoles vienen haciendo de la custodia compartida.

Varias fueron las razones por las que se optó por el análisis de este instituto. En primer lugar, la custodia compartida fue introducida nominalmente en nuestro Código Civil en el año 2005 por la Ley 15/2005, de 8 de julio, si bien no se dotó a la figura de una regulación específica y detallada, de suerte que han sido los Juzgados y Tribunales, con la Sala Primera del Tribunal Supremo a la cabeza, los que a lo largo de los últimos años han ido elaborando un cuerpo de doctrina relativo al modo en que debe ser aplicada y debe operar esta novedosa figura jurídica. El estudio de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales en esta particular materia reviste por ello especial interés. Por otra parte, es indudable la tendencia observada entre nuestros órganos judiciales a normalizar este modelo de custodia y a acogerlo con mayor frecuencia año tras año. Nuevamente a partir de los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística, cabe apreciar esta tendencia: en 2015 nuestros juzgados y tribunales acogieron el modelo de custodia compartida en un 24,7% de los casos en que debía resolverse sobre la custodia de hijos e hijas menores de edad, en un 28,3% de los casos en 2016, en un 30,2% de los casos en 2017, y en un 33,8% de los casos en 2018. A todo ello debe añadirse el evidente interés social y mediático que ha suscitado la custodia compartida desde su introducción en nuestro ordenamiento jurídico.

Tomando en cuenta todos estos factores, se estimó que el estudio específico de la figura de la custodia compartida habría de resultar de extraordinaria utilidad no sólo para los órganos judiciales que vienen conociendo de procedimientos de familia, sino también para todos los operadores jurídicos que actúan en esta esfera del derecho, y para la sociedad en su conjunto. Para hacerlo posible, se constituyó en el año 2019 –con el impulso y la coordinación de la Comisión de Igualdad del Consejo– un grupo de trabajo de carácter multidisciplinar integrado por expertas y expertos implicados en los procedimientos judiciales de familia (judicatura, ministerio fiscal, abogacía, psicología forense y trabajo social) a fin de que aportaran, mediante una metodología colectiva y cooperativa, sus conocimientos y sus reflexiones, desde diferentes puntos de vista, en la realización de un estudio y análisis que condujera a la elaboración y presentación de conclusiones y recomendaciones prácticas.

Así pues, partiendo del examen específico de la aplicación de la custodia compartida por nuestros juzgados y tribunales, se han examinado también la custodia individual (materna y paterna) y diversas cuestiones que mantienen una relación directa con la guarda y custodia de los hijos e hijas menores de edad –ejercicio de la patria potestad, uso de la vivienda habitual, contribuciones de los progenitores a los alimentos y gastos de los hijos e hijas comunes–.

El resultado de todo este trabajo se presenta en esta publicación, que –desde el agradecimiento sincero y expreso a las personas expertas que la han hecho posible– la Comisión de Igualdad del CGPJ ofrece no solo a quienes desde el ejercicio de la jurisdicción se afanan en resolver cabalmente los conflictos familiares que se les plantean, sino en general a los todos ciudadanos y ciudadanas, quienes, a la postre, resultan ser en todo caso sus destinatarios.

II. IMPACTO PSICOLÓGICO DE LA RUPTURA DE LA PAREJA SOBRE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA

Juana María Biezma López

Psicóloga Forense

Francisca Fariña Rivera

Catedrática de Psicología Jurídica del Menor

II.1. INTRODUCCIÓN

Dentro de los fenómenos que pueden tener lugar en la trayectoria familiar, la ruptura de pareja de los progenitores es uno de los más importantes, incidiendo de manera directa en la estructura familiar y en las relaciones entre sus miembros, e impactando a nivel individual en cada uno de ellos.

En este sentido, la reconocida psiquiatra infantil M^a Jesús Mardomingo afirma «es probable que la conmoción que representa el divorcio no pueda compararse en complejidad e implicaciones con ninguna otra crisis de la vida del adulto y de la vida del niño, y los cambios vitales que preceden y que le siguen jugarán un papel determinante en el futuro emocional y personal de padres y de hijos» (Mardomingo, 2012, p. 143). Sin duda, la ruptura de pareja produce dolor en todos los miembros de la familia, pudiendo conllevar importante afectación en diferentes áreas de sus vidas, y especialmente a los hijos/as. En la misma línea, Bolaños (2008) refiere que *«la ruptura genera dolor en todos los miembros de la familia y afecta especialmente a los hijos, cuando los hay. Pero sus efectos no deben ser concebidos únicamente como perniciosos»*. De esta forma, se ha de tener en cuenta que puede ser la solución para situaciones de conflicto familiar, pudiendo resultar un alivio para

todos los miembros de la familia, abriendo la posibilidad de reestructuración de las relaciones familiares (Mardomingo, 2012) y una gran oportunidad para mejorar su bienestar. Para que esto ocurra se requiere una adecuada gestión, tanto de los aspectos legales, como de los psicoemocionales, aunque ambos no son plenamente independientes. En muchas ocasiones, los progenitores no pueden llevar este proceso de una manera sana y constructiva, debido a que la situación excede sus propias capacidades y recursos cognitivo-emocionales; lo que impide, a su vez, que sus hijos/as también lo hagan. Cuando esto ocurre no les resulta posible gestionar y negociar amigable y saludablemente las nuevas reglas de funcionamiento parental y las relaciones entre progenitores y descendientes menores de edad. Esto facilita que en estas familias se instaure el conflicto negativo y el enfrentamiento interpersonal y parental. Así, delegan en la instancia judicial la nueva reorganización familiar.

En este capítulo explicaremos la ruptura de la pareja como proceso, los principales efectos tanto en los hijos e hijas como en los progenitores, sobre todo cuando no se gestiona adecuadamente, así como las implicaciones a tener en cuenta para llevar una coparentalidad positiva.

II.2. LA RUPTURA DE PAREJA: FASES DEL PROCESO

Cuando se produce la ruptura de la pareja, cada persona que conforma la familia, ha de elaborar su proceso de duelo, que ha de cerrarse con la asunción y adaptación a la nueva organización familiar. Así, la familia no desaparece, sino que surge una nueva estructura y organización, que cada miembro de la pareja ha de entender, asimilar, aceptar y aprender a gestionar. Ocurre que, en ocasiones, cada uno de los miembros de la pareja tiene su propio ritmo, pudiendo encontrarse en fases diferentes. Superar la ruptura de la pareja, para algunas personas no es tarea sencilla; sin embargo, es una exigencia como progenitores. Cada uno de ellos ha de asumir la nueva estructura y ha de transformarse para dar continuidad a las funciones parentales encaminadas a la cobertura plena de las necesidades de los hijos/as. En estas circunstancias, es habitual que los progenitores, uno o ambos, precisen de ayuda profesional.

El proceso de separación, divorcio, o ruptura de pareja se desarrolla en el tiempo. La mayoría de los autores asumen tres fases principales que seguidamente expondremos, deteniéndonos en los sentimientos y comportamientos característicos (Fariña, Martínón, Arce, Novo y Seijo, 2016) de las diferentes fases propuestas en el modelo de Kaslow (2013):

a) Pre-divorcio (Pre-ruptura). En esta fase es propio el divorcio emocional, y se pueden diferenciar en ella dos fases. En la primera se suelen manifestar sentimientos tales como desilusión, insatisfacción, alienación, ansiedad o desconfianza. Y se suelen presentar comportamientos de llanto, de evitación del tema, peleas y discusiones frecuentes con el otro miembro de la pareja. En la segunda fase, superada la primera, es común que las personas tengan sentimientos de desesperación, temor, angustia, ambivalencia, vacío, ira, caos, inadecuación, baja autoestima, pérdida, depresión o distanciamiento. Los comportamientos que acompañan a estos sentimientos suelen ser retraerse física y emocionalmente, o bien mostrar externamente que todo está bien o buscar asesoramiento y apoyo en familiares, amigos u otras personas.

b) Durante el divorcio. Esta fase implica un período más o menos largo en el que se resuelven fundamentalmente cuestiones legales. Consta de cinco subfases:

- Divorcio legal. Acompañado generalmente de sentimientos de auto-compasión o indefensión. Pueden ser característicos de esta fase reacciones tales como intentos de suicidio, consulta con abogado o mediador matrimonial, o acudir a un terapeuta y ponerse a tratamiento.
- Divorcio económico. Lleva aparejados sentimientos de confusión, furia, tristeza o soledad. En esta fase se deciden las cuestiones relacionadas con el plan de parentalidad a llevar a cabo; pero a la par se valoran las cuestiones económicas, las cuales, en muchas ocasiones, interfieren los acuerdos sobre cómo organizar los tiempos de estancias y comunicación de los hijos/as con los progenitores.
- Divorcio coparental. Es bastante común que surjan pensamientos y sentimientos sobre el papel parental que van a desempeñar en el futuro, destacando la preocupación por los hijos y el miedo a perderlos, o que su capacidad para ejercer su rol parental disminuya. Las reacciones más significativas son el llanto, el buscar apoyo en la familia y el círculo de amistades o, en el caso de estar desempleado/a iniciar la búsqueda de empleo.
- Divorcio social o comunitario. Los sentimientos específicos que lo caracterizan son la indecisión, la esperanza, la resignación, la excitación, la curiosidad, y la tristeza; obviamente no todas las personas los experimentan. Son comportamientos frecuentes la búsqueda de nuevas amistades, actividades y estilos de vida.

- Divorcio espiritual o religioso. Este se produce sólo en aquellos casos que exista en la persona un compromiso religioso. En ella se busca que la comunidad religiosa a la que pertenece acepte y apruebe la separación. Lo que puede conducir a una práctica religiosa más activa y comprometida.

c) Post-divorcio. Se trata de una fase de reequilibrio en la que tiene lugar, si no se ha producido antes, el divorcio físico. Si el proceso ha evolucionado adecuadamente debería dar lugar al divorcio psíquico y emocional, con la elaboración psicológica positiva de la ruptura. Esto permite recobrar la autoconfianza y conseguir energía, independencia y autonomía. Son comunes comportamientos relacionados con una redefinición de la identidad, acomodación al nuevo estilo de vida, ayuda y apoyo a los niños para que puedan superar la situación, inclusive considerar la posibilidad de nuevas relaciones. Esta fase, cuando la pareja tiene descendencia, debería culminar con una despedida «sana» de la relación de pareja, un estado cognitivo/emocional de agradecimiento, la construcción de una nueva estructura familiar y una coparentalidad positiva que favorezca un sano desarrollo de los/as hijos/as. Sin embargo, el divorcio emocional no siempre se alcanza; entre los factores que lo pueden impedir destacamos cómo se ha tomado la decisión de la ruptura (conjuntamente o unilateralmente por parte de uno de sus miembros), así como el modus operandi de gestionar las cuestiones legales (a través de mutuo acuerdo o contenciosamente). Si uno o ambos progenitores no llegan a un sano divorcio emocional la parentalidad y la coparentalidad positivas quedan seriamente obstaculizadas y en ocasiones, impedidas.

II.3. EL CONFLICTO EN LA RUPTURA DE PAREJA

Los conflictos son consustanciales a la convivencia del ser humano en todos los ámbitos de la vida (García-Villaluenga, 2006), entre ellos el familiar. En general, el conflicto se tiende a conceptualizar como un proceso nocivo, lo que afecta negativamente a la gestión del mismo. Sin embargo, cuando se entiende como una oportunidad de cambio y de mejorar la situación en la que surge, las posibilidades de buscar soluciones satisfactorias y enriquecedoras se incrementan. Por lo tanto, el cómo se afrontan y gestionan los conflictos es lo que, en mayor medida, establece las consecuencias de estos; «un enfoque positivo y pacificador facilita no sólo la resolución del conflicto, sino también

la convivencia entre quienes se hallan enfrentados; mientras que un abordaje con actitud negativa y beligerante provoca el incremento del mismo y el desencuentro entre quienes lo mantienen, minando la convivencia» (Fariña, et al., 2018, p.21).

1. Especificidad del conflicto en la ruptura de pareja

El conflicto en las rupturas de pareja, como señala Yarnoz-Yaben (2010), es algo intrínseco que puede producirse por diferentes motivos. Por lo común suele disminuir con el paso del tiempo, sin embargo, se estima que entre el 8 y el 12% de las parejas en ruptura mantienen un nivel de conflicto muy alto (Coates, Deutsch, Starnes, Sullivan y Sydlik, 2004), que los lleva a judicializar su relación parental. De este modo, consumen innecesariamente tiempo y recursos judiciales, ocupando el 90% del tiempo de los jueces de familia y de los profesionales implicados (Neff y Cooper, 2004). Pero sin duda lo más grave es que merman significativamente su salud y bienestar, así como la de sus hijos/as. Este tipo de conflictos se caracterizan por ser muy dolorosos y muy complejos, entre otras, por las siguientes razones:

a) La existencia de vinculaciones afectivas significativas. Una diferencia importante con respecto a otros conflictos es la intensidad de la vinculación afectiva entre sus miembros; vinculación que ha aportado a cada uno parte de su identidad, y que permite tener herramientas para construir relaciones positivas o para destruirlas de modo extremo, dada la importante información que ambos miembros de la pareja tienen el uno del otro.

b) Dentro del contexto familiar, las personas cambian al igual que los ciclos que atraviesa la familia. Por lo que, en muchas ocasiones, conflictos que se creían resueltos en una época anterior, pueden cobrar vida nuevamente, primordialmente en los procesos de ruptura de pareja.

c) El conflicto en la pareja afecta, como ningún otro conflicto, a la adaptación individual, a las identidades personales y a las necesidades psicológicas, no sólo de la pareja sino de todo el contexto familiar más cercano (hijos/as, abuelos/as y otros familiares) e incluso a las amistades.

En concreto para los hijos/as, el elevado nivel de conflicto entre los padres es un factor adverso muy severo, especialmente cuando es intenso, ocurre frecuentemente, y no se resuelve adecuadamente (Cutrín, Maneiro,

Sobral, y Gómez-Fraguela, 2018; Gallego, Novo, Fariña, y Arce, 2019). Muy por el contrario, cuando se comportan con amabilidad, confianza, respeto y comprensión, el conflicto interparental no afecta a los descendientes, incluso les puede incrementar su sentimiento de seguridad y bienestar en la familia (Zemp, Bodenmann, y Cummings, 2016), inclusive familias con ruptura de pareja (Treloar, 2019). Pero esto no ocurre cuando los progenitores tienen una actitud hostil y utilizan tácticas destructivas, como agresión verbal o física, o expresión de la ira (Fariña, Arce, Tomé y Seijo, 2020). Los progenitores con alto grado de conflicto no colaboran en las tareas de crianza, su práctica parental es inconsistente e ineficiente, lo que incrementa el riesgo de inadaptación en los hijos/as. En procesos de ruptura de pareja, el alto conflicto parental se ha considerado uno de los principales factores de riesgo para la inadaptación de los descendientes, relacionándose con problemas de comportamiento social y escolar (Corrás et al., 2017; Van der Wal, Finkenauer, y Visser, 2019), así como con el sufrimiento de problemas de salud física y psicológica (Martinón et al., 2017). En la misma línea Mardomingo (2012) señala que al analizar los factores etiopatogénicos implicados en la psicopatología se concluye unánimemente que el factor patógeno por excelencia es la conflictividad interparental. Zemp et al. (2016), por su parte, señalan que el conflicto interparental destructivo es una fuente de estrés que afecta a los hijos en todas las etapas del desarrollo; siendo probablemente el factor de riesgo familiar de mayor prevalencia, incluso con mayor impacto que el divorcio.

Podemos identificar los principales factores que con frecuencia pueden intervenir en los conflictos de pareja y que, de una u otra forma, se utilizan en el proceso como parte de la estrategia para justificarse ante el órgano judicial, por ejemplo:

- Factores relacionados con el conflicto mismo, como pueden ser la historia del conflicto o la intensidad. En este sentido, se ha de tener en cuenta que los conflictos se deben afrontar en un inicio, de no hacerlo puede dar lugar a la escalada del mismo. En este caso, los problemas específicos tienden a generalizarse (por ejemplo: «llevas una semana viniendo muy tarde, no has ayudado a los niños a hacer la tarea; luego eres un mal padre»).
- Factores individuales. El conflicto con frecuencia se enreda y se complica, como consecuencia de la intención de los miembros de la pareja

- o de uno de ellos— de satisfacer sus necesidades psicológicas y personales (dependencia emocional, seguridad, control del otro, posesión, etc.). Estas necesidades internas pueden influir en la dinámica del conflicto. Otro factor importante que da origen a muchos conflictos interpersonales son las distintas percepciones, la discrepancia entre la realidad y lo que cada progenitor percibe como realidad, haciendo diferentes atribuciones e interpretaciones de los comportamientos del otro, que pueden ser terreno abonado para la aparición del conflicto, pudiendo esos mismos comportamientos ser aceptados en ausencia de conflicto.
- Factores relacionales. Principalmente son los que tienen que ver con la estructura de la pareja (como las reglas y las pautas de funcionamiento), las cuales, en la medida en que no estén aceptadas por los dos miembros de la pareja, se pueden añadir al conflicto. La comunicación es otro factor relacional importante, que en presencia de conflicto tiende a ser disfuncional. En lugar de utilizar un tono dialogante y cooperativo se opta, usualmente, por el lenguaje no amigable, el reproche y la desaprobación. Así, cuando los conflictos se enquistan, se producen patrones de comunicación que perpetúan el problema.
 - Entorno. Se refiere al papel de los participantes no implicados en el conflicto; las personas que rodean el conflicto pero que no son participantes en él, hacen que los conflictos escalen o desciendan. En un conflicto de pareja, la influencia de terceros favorece en ocasiones la instalación del conflicto en términos de posiciones encontradas, más que en términos de intereses comunes y de los hijos.

2. Repercusión del conflicto interparental en el sistema familiar y en las relaciones filio-parentales

En muchos casos el conflicto interparental hace que los hijos adopten, o se les haga adoptar, distintas posiciones relacionales —hijos e hijas en roles de mensajeros, de protectores de uno de los padres, función de apoyo emocional hacia uno de ellos, controladores del padre o de la madre, etc.— cobrando dichas posiciones o roles especial relevancia, ya que quedan atrapados en el conflicto, con la consiguiente repercusión en los distintos niveles de funcionamiento y adaptación (personal, escolar, social) y el consecuente aumento de la dificultad para adaptarse al cambio familiar.

Cuando el conflicto entre los progenitores no permite llegar a acuerdos y entran en un proceso judicial contencioso por la custodia de los hijos e hijas, éstos adquieren especial protagonismo. Su opinión se convierte en trascendente desde el momento en que se les sitúa en la posición de ir al Juzgado, muchos hijos e hijas se sienten con el peso de tener que tomar decisiones que, en realidad, corresponden a los adultos. Cuando esto sucede cargan también con las consecuencias de su decisión. Además, en este escenario, son habituales las presiones de una y otra parte que, a su vez, muy probablemente, mediatizan su decisión ante el Juez.

Inevitablemente, todos estos aspectos pueden dificultar y transformarse en disfuncionales, tanto la estructura del sistema familiar –ya que se produce una alteración en los roles– como las relaciones entre los hijos y sus progenitores. En niveles extremos nos encontramos con el rechazo de los menores hacia uno de los progenitores y la alianza con el otro.

II.4. IMPACTO DE LA RUPTURA EN LOS PROGENITORES

La ruptura de la pareja se suele experimentar como un fracaso, resultando habitualmente traumática y dolorosa. Para la mayoría de las personas es difícil de superar sin que deje una cierta huella negativa y tóxica. De hecho, se considera que la muerte de la esposa o esposo y el divorcio producen un nivel de angustia similar (Arch, 2010). Es común que ambos miembros de la pareja experimenten un alto estrés, de gran virulencia para quien no ha tomado la decisión de separarse, especialmente si la ruptura se debe a la existencia de otra pareja. En esta circunstancia la persona lo vive como una traición; sufriendo una mayor confusión cognitiva y emocional, sintiéndose sorprendida, herida, rechazada, furiosa, avergonzada y traicionada. En ese momento se ve obligada a gestionar la rabia y la pérdida, sin desatender las necesidades de sus hijos/as. Además, en un breve periodo de tiempo, tiene que asumir un cambio profundo en la organización familiar. Quien toma la decisión de separarse, especialmente si ha encontrado nueva pareja, puede experimentar sentimientos de culpa y considerar que está fallando y decepcionando a sus hijos/as. Así, Hetherington (1993) informa que ambos pueden experimentar cólera, impulsividad, ansiedad, soledad, la sensación de estar siendo controlados desde el exterior, labilidad emocional y depresión. Existe concordancia entre los investigadores en señalar la depresión y el estrés como las reacciones más comunes de quién ha sufrido una separación, acompañadas con disminución

de la autoestima. Todo esto puede llegar a afectar al sistema inmunológico, con las repercusiones asociadas a tal reacción. En este sentido, Hetherington y Kelly (2005) defienden la existencia de una vulnerabilidad hacia la enfermedad entre los progenitores, sobre todo en los dos años posteriores a la ruptura.

Además, se encuentran las consecuencias económicas, entre las que se incluye el uso de la vivienda. Estas no representan un tema baladí en los procesos de ruptura de pareja, ni por sus repercusiones económicas ni por aquellas de carácter judicial. Se encuentra bien establecido que estas familias sufren una disminución en su capacidad económica, traduciéndose con bastante frecuencia en un estado de pobreza que afecta con mayor intensidad al progenitor custodio (generalmente la madre). Así, la merma de ingresos de estas familias se sitúa entre el 30% y 50%; como ya se ha recogido previamente, Seijo et al. (2016), han hallado que la probabilidad de que los menores caigan bajo el umbral de la pobreza es del 33.9%, realidad que comparten con sus progenitores. Este empeoramiento económico les exige reestructurar múltiples factores, entre ellos los relacionados con la búsqueda de más ingresos; lo que va interconectado con la dedicación de más horas a la vida laboral, o bien recurrir a las ayudas sociales. Además, provoca que uno o ambos progenitores cambien de vivienda o incluso de barrio o localidad. Esta coyuntura obliga a muchas personas separadas a regresar al hogar de sus progenitores por necesidad económica. En un estudio reciente, Murinkó (2019) encontró que para los hombres el regresar a la casa de los padres es una solución común tras la ruptura de la convivencia con una pareja estable.

Otros efectos de la ruptura de pareja tienen que ver con la redefinición de los roles parentales. Es habitual que tras la ruptura se reduzcan los contactos del progenitor no-custodio con los hijos, pudiendo desencadenar en ella síntomas de ansiedad, depresión y estrés, como consecuencia de que percibe que su influencia sobre diferentes aspectos del desarrollo de los niños/as ha disminuido respecto a su condición anterior. Esta percepción a menudo conlleva que este progenitor actúe a la defensiva, se resigne o incluso manifieste sentimientos de indefensión, todo lo cual puede incidir en una menor implicación con los hijos/as, que puede hacerse extensiva a lo económico. Aunque hemos de indicar que estos efectos no son extrapolables a todos los casos (véase Fariña et al, 2002). En algunos, la calidad y cantidad de contacto entre el progenitor no-custodio y los hijos puede no deteriorarse o incluso aumentar después del divorcio, por ejemplo en aquellos en los que existe un bajo o nulo nivel de hostilidad entre los excónyuges, cuando la percepción

del progenitor no-custodio sobre la calidad de sus relaciones con los niños es positiva, y cuando hay una satisfacción con la decisión de la custodia. Sin duda, un gatekeeping adaptativo– facilitador lo hace posible, como explicaremos más adelante.

Por otro lado, es habitual que el progenitor custodio deba hacer frente en solitario a más responsabilidades parentales (apoyo emocional, económico, médico, formativo, cultural y de ocio) que durante la convivencia se encontraban repartidas. Este incremento de las responsabilidades, puede dar lugar a lo que se conoce como «sobrecarga parental» (Fariña y otros, 2002), que podría desencadenar o incrementar los problemas psicoemocionales ya señalados previamente (estrés, ansiedad, depresión). La sobrecarga parental y sus posibles consecuencias psicoemocionales afecta a las competencias parentales, dificultando el ejercicio de la parentalidad positiva, y de igual modo puede incidir en la relación de coparentalidad. En este punto, la custodia compartida actúa de factor protector de la sobrecarga parental.

II.5. IMPACTO DE LA RUPTURA EN LOS HIJOS E HIJAS

La ruptura de pareja, gestionada inadecuadamente, produce dolor en todos los miembros de la familia, pudiendo conllevar importante afectación en diferentes áreas de sus vidas, y en especial a los hijos/as (American Psychological Association, 2010; Arce, Fariña y Seijo, 2005; Arce, Fariña y Vilariño, 2015). Así, en los/las descendientes menores de edad como aseveran Martiñón, et al., (2017) puede incidirles negativamente en el ajuste psicológico y social, en el logro académico, en desordenes conductuales y en el autoconcepto (Amato, 2001) y en la salud física.

Los efectos adversos en términos socioeconómicos han sido cuantificados (Seijo, Fariña, Corrás, Novo y Arce, 2016); encontrándose un incremento en la probabilidad de caída bajo el umbral de la pobreza del 33.9% y de exposición a violencia de género del 43.2%. En el ajuste psicológico se halló un aumento de la sintomatología clínica, entre el 20 y el 35.5%, según el síndrome, y en las destrezas cognitiva, social y académica una pérdida entre el 16 y el 37% de las habilidades. En concreto, estos mismos autores han hallado un incremento promedio del 17% en desajuste psicológico, un 13.2% en la tasa de emisión de conductas disruptivas y un 11.8% de comportamientos agresivos; así como una pérdida promedio del 32% en autoconcepto académico, 27% autoconcepto emocional, 22% autoconcepto físico y 37% autoconcepto familiar.

Igualmente, la ruptura de pareja de los progenitores puede vincularse con problemas de salud física, tales como obesidad (Koch, Sepa y Ludvigsson, 2008), asma (Guzmán-Pantoja et al., 2008), infecciones en la piel (Askew, Schluter, Spurling, Bond y Brown, 2013) y del aparato genitourinario (Plante y Kamm, 2008), hipertensión y enfermedades de tipo coronario (Larson y Halfon, 2013), etc. En general, se puede señalar que las personas menores de edad que han experimentado la ruptura de pareja de sus progenitores presentan mayor riesgo de padecer enfermedades crónicas y agudas (Amato, 2000; Martínón et al., 2017), acuden más a las consultas de psiquiatría y pediatría (Mardomingo, 2012).

Los efectos de la ruptura de pareja en los niños/as y adolescentes han sido analizados, desde una perspectiva evolutiva por los estudios longitudinales llevados a cabo por la doctora Judith Wallerstein (Wallerstein, 1991; Wallerstein y Lewis, 2004).

A continuación, se señalan dichos efectos en función de las diferentes etapas del desarrollo:

a) Desde el nacimiento hasta los tres años

Para los bebés, el impacto del divorcio es indirecto. Lo que sienten no es su propia angustia, sino la de los progenitores. El desarrollo cognitivo y emocional de un bebé está vinculado directamente a la cantidad de estimulación y atención que le proporcionan los adultos que le rodean. Su sentimiento de seguridad está regido por la calidad y consistencia de sus figuras principales de apego, así como por su estado de ánimo. De este modo, si quien se ocupa de él/ella se encuentra tenso, ansioso, deprimido, con miedo, etc., puede reaccionar con llanto, irritación, excesiva activación, problemas de succión, entre otros.

En esta etapa es primordial la permanencia y la constancia de las figuras principales de apego principal, ya que estas dos características, aparte de la capacidad de los adultos, van a marcar en buena medida la constitución del apego seguro en el niño/a y la capacidad para vincularse a lo largo de su vida. En este proceso es importante respetar la evolución neuropsicológica que tiene lugar en los primeros años de vida para la formación del apego; para ello es relevante tener en cuenta los tiempos de permanencia de la figura o figuras principales, así como los tiempos de separación de las mismas. Como señalan Bergström, Sarkadi, Hjern, y Fransson (2019) la participación temprana del

progenitor varón en la crianza de los hijos parece jugar un papel importante en cómo la custodia compartida les influye a los niños/as. Las separaciones de la madre pueden involucrar estrés emocional en ellos/as si el padre no es un cuidador habitual, pero si están acostumbrados a un contacto diario y cercano, y por tanto existe un adecuado vínculo, tal efecto no tiene por qué tener lugar. No obstante, es de crucial importancia planificar, en su caso, las estancias de forma que el estrés por la separación de las figuras de referencia no sobrepase la capacidad del bebé para soportar dicha separación.

A partir del año de edad el impacto del divorcio se puede volver más directo, ya que el niño/a puede empezar a detectar la pérdida del progenitor ausente, en especial si el período que transcurre sin estar con él es largo. Los niños interpretan la ausencia como un abandono del progenitor ausente. El temor a ser abandonado se generaliza al otro progenitor, temiendo que se vaya y no vuelva; apareciendo así la denominada ansiedad de separación. Esta reacción se da en mayor medida a partir de los 18 meses de edad.

b) Los niños en edad preescolar

De los 3 a los 5 años se produce un desarrollo de la capacidad de conciencia en el niño/a, comenzando a incorporar la comprensión de las normas de los progenitores. Junto con el sentimiento de lo que es «bueno» o «malo», aparecen los sentimientos de culpa. Esta culpa, unida al egocentrismo propio de los niños/as de esta edad, hace que a menudo se culpen por todo lo que marcha mal, incluida la separación de sus progenitores. Estos sentimientos hacen el divorcio particularmente doloroso en este período evolutivo; responsabilizándose de que sus progenitores ya no viven juntos, debido a que él/ella ha hecho algo indebido. Según Wallerstein y Lewis, (2004), entre las reacciones más típicas de los preescolares se incluyen conductas regresivas, aumento de la agresividad, baja autoestima y tendencia a la negación de la separación de los progenitores.

c) Etapa de 6 a 8 años

En esta edad predomina el esfuerzo hacia el aprendizaje, los niños/as van adquiriendo una cierta autonomía con respecto a sus progenitores; comienzan a ser capaces de llevar a cabo razonamientos y, en la mayoría de los casos, aceptan las normas. El grupo de iguales ya empieza a ser importante, aunque

todavía los progenitores y su familia extensa siguen siendo el núcleo de su vida. La pérdida de su padre o de su madre puede afectarles negativamente en el desarrollo de su personalidad. El hecho de no poder contar con ambos modelos puede incidir en su proceso de identificación, en mayor medida cuando el ausente es de su mismo sexo; asimismo puede interferir en la construcción de sus propias actitudes e ideales personales y sociales.

En este período el niño/a se siente seguro en su familia, pudiendo interpretar la ruptura como el colapso de todo lo que le protege. Su inmadurez emocional todavía no le permite protegerse a sí mismo/a de las pérdidas consecuentes a la separación de sus progenitores; puede sentirse impotente, con baja autoestima, con tristeza persistente, ira, o sentirse traicionado por el progenitor al que considera responsable de la ruptura. Con éste puede mostrarse muy enfadado, y en algunos casos no querer relacionarse con él/ella. Otro fenómeno muy frecuente es el de ilusión de reconciliación, que puede darse también en la etapa posterior. Mientras esta ilusión se mantenga en el tiempo, no pueden aceptar la nueva realidad familiar, y por lo tanto, tampoco adaptarse positivamente a ella.

d) Etapa de 9 a 12 años

En esta etapa los/las preadolescentes se hallan ya en condiciones de ampliar su mundo y de disfrutar de las actividades fuera de la familia; se vuelcan en los amigos, en las actividades deportivas, en el trabajo escolar y la vida social. Todo ello constituye una especie de amortiguador contra la disminución de su propia estima que a menudo sigue a la ruptura de la pareja de los progenitores.

Surge en estos niños y niñas un fuerte sentimiento de solidaridad familiar, buscando y aceptando todavía las interpretaciones de sus progenitores sobre la moral y la sociabilidad. Con mayor sentido de la realidad que en la etapa anterior, pueden ver el divorcio como un problema de sus progenitores y no como un problema suyo.

El aspecto negativo de la ruptura deriva de su sentido de la lealtad, que es muy estricto, de lo que está bien y lo que está mal; se siente enfadado/a porque sus progenitores no han respetado el principio de familia unida. A menudo optan por el progenitor que no ha tomado la decisión de separarse, al que consideran el «bueno» y aumentan la hostilidad hacia el «malo», aquel que consideran el responsable principal de la ruptura. En esta etapa es más común que en la anterior que quieran castigarle, y la manera que suelen elegir es la

de interrumpir su relación, pudiéndose negar a mantener cualquier tipo de interacción. Esto se dará en mayor medida cuando no cuentan con progenitores con un gatekeeping adaptativo.

e) Etapa adolescente

Es una etapa difícil en la que el chico o la chica va estableciendo una identidad separada de su familia y, al mismo tiempo, integrando los vínculos familiares. A menudo los adolescentes son inestables y se encuentran a nivel emocional entre el sentimiento de omnipotencia y el de dependencia.

Las relaciones entre los/las adolescentes y sus progenitores se encuentran marcadas por un choque de valores y normas, que de forma genérica se reduce a las limitaciones de autonomía y libertad personal que quieren imponer los adultos, y su ansia de querer gobernar su propia vida. Esto produce múltiples tensiones familiares, que en los últimos tiempos se han incrementado con la omnipresencia de las tecnologías de la información y la comunicación en la vida de los adolescentes.

Dentro de este período se pueden establecer notables diferencias entre un niño/a de 13 años y otro/a de 18; en la primera época adolescente predomina el esfuerzo por desprenderse de la identidad y dependencias de la niñez; en el promedio de la adolescencia prevalece la rebelión contra las normas de las personas adultas y aceptar lo que consideran que está de moda entre sus iguales; al final de la etapa es cuando establecen, con un mayor criterio propio, sus valores, y empiezan a generar sus expectativas de futuro.

Los recursos con los que cuentan los/las adolescentes para afrontar la siempre difícil y compleja etapa evolutiva de la adolescencia tienen que compartirlos con las demandas de vivir con unos progenitores separados. Tanto si la ruptura se produce en este período, como si ha ocurrido en etapas anteriores y sigue existiendo conflicto interparental o uno o ambos progenitores presentan un gatekeeping desadaptativo, es frecuente que los/las jóvenes muestren diferentes problemas en todos los ámbitos de su vida. Los hijos/as más jóvenes de este período evolutivo, como los de etapas anteriores, pueden experimentar la ruptura de sus progenitores como una traición y abandono personal por parte de quien ha tomado la decisión, lo que puede conducir a un enfrentamiento y alejamiento de él/ella; igualmente pueden reaparecer los sentimientos de culpa. A la vez, en estas edades cabe que experimenten sentimientos de ira, tristeza, vergüenza, ansiedad, depresión, e incluso compor-

tamientos inadaptados relacionados con consumo de sustancias y conductas disruptivas/violentas y delictivas.

Antes de finalizar este punto debemos de recordar que, afortunadamente, los hijos/as suelen encontrar mecanismos para adaptarse a la nueva realidad familiar (Hetherington, 2005). Sin embargo, cuando el conflicto entre los progenitores se cronifica o no existe una adecuada coparentalidad positiva, o bien porque uno o ambos progenitores presenten un gatekeeping desadaptativo, la vida de estos niños/as y adolescentes pueden verse seriamente afectadas. Como ya se señaló previamente con repercusiones en todos los ámbitos de su vida personal, familiar, escolar y social.

II.6. PARENTALIDAD Y COPARENTALIDAD POSITIVA

La parentalidad positiva, siguiendo la Recomendación 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2006) a los Estados Miembros sobre Políticas de Apoyo al Ejercicio Positivo de la Parentalidad, se puede definir como el «comportamiento de los padres fundamentado en el interés superior del niño, que cuida, desarrolla sus capacidades, no es violento y ofrece reconocimiento y orientación que incluyen el establecimiento de límites que permitan el pleno desarrollo del niño». Así, la tarea de ser padres es la de fomentar relaciones positivas entre progenitores e hijos/as, con objeto de garantizar sus derechos dentro de la familia y lograr su máximo desarrollo y bienestar. Para ello es preciso que el control parental se base «en el afecto, el apoyo, la comunicación, la estimulación y la estructuración de rutinas, en el establecimiento de límites, normas y consecuencias, así como en el acompañamiento y la implicación en la vida cotidiana de los hijos» (Rodrigo, Máiquez, Martín y Rodríguez, 2015, p.5). Más específicamente, estos mismos autores (Rodrigo, Máiquez y Martín, 2010) afirmaban que la parentalidad positiva supone: «a) la creación de vínculos afectivos cálidos, protectores y estables para que los hijos/as se sientan queridos y aceptados, b) el establecimiento de un entorno estructurado donde aprendan normas y valores basados en un modelo adecuado, c) la estimulación y apoyo al aprendizaje cotidiano y escolar para fomentar su motivación mediante el acompañamiento en actividades compartidas, d) el reconocimiento de los logros evolutivos de los hijos, mostrando interés por su mundo, sus experiencias y preocupaciones, desarrollando pautas de comunicación apropiadas que respondan a sus necesidades, e) la capacitación de los hijos e hijas potenciando su percepción de que son agentes activos,

competentes y capaces de participar y tener voz en la familia e influir en los demás de una manera positiva, y f) la educación sin violencia, tanto física como emocional» (Suárez, Byrne y Rodrigo, 2016, p.113). Sin duda la parentalidad positiva es un constructo complejo, que ha sido profusamente investigado desde diferentes modelos teóricos, generando abundante evidencia científica. De manera sintetizada se podría afirmar que la combinación de las dimensiones *Apoyo* (calidad afectiva o aceptación) y *Control* dan lugar a la clásica tipología de los cuatro estilos parentales (Democrático, Autoritario, Negligente y Permisivo). De éstos el democrático, definido por ser ejercido con calidez, responsabilidad y disciplina consistente, cuando lo aplican ambos progenitores, es el que mejor predice el ajuste de los descendientes; por el contrario, el peor ajuste tiene lugar cuando las madres son negligentes y los padres negligentes o permisivos (Conger y Conger, 1996). En concreto, con progenitores separados se encontró que el mejor ajuste se produce cuando ambos ejercen un estilo democrático; igualmente se halló que los hijos no estaban mal adaptados cuando la madre era autoritaria y el padre permisivo (Campana, Henderson, Stolberg y Schum, 2008). En otro estudio (Bastaitis, Ponnet, y Mortelmans, 2014) se obtuvo que cuando el progenitor varón presenta un estilo democrático sus descendientes tienen mayor autoestima y se encuentran más satisfechos y los peores resultados cuando es permisivo.

La parentalidad positiva, cuando los hijos tienen dos progenitores, se entronca con la coparentalidad. En un inicio este término se utilizó en el contexto del divorcio, pero actualmente hace referencia a cómo colaboran los progenitores en la crianza de sus hijos/as se encuentren divorciados o no (McHale, Kuersten-Hogan y Rao, 2004). De manera sucinta, Feinberg (2003) define la coparentalidad como la manera en que los progenitores se desempeñan juntos en su rol de padres. La coparentalidad positiva se puede establecer en la medida en que los progenitores acuerdan los asuntos relacionados con la crianza de sus hijos, distribuyen el trabajo relacionado con los niños, se apoyan o se coadyuvan mutuamente en su rol parental y gestionan conjuntamente los conflictos relacionados con la crianza de los hijos (Feinberg y Sakuma, 2011; Pilkington, Rominov, Brown y Dennis, 2019). Así, la coparentalidad positiva conlleva una relación colaboradora entre los progenitores fundamentados en el interés superior de sus descendientes, que indefectiblemente les obliga a que se apoyen y sean solidarios en su esfuerzo por responder a las necesidades de sus hijos/as. Sin embargo, esto que resulta imprescindible para el bienestar de todos los miembros de la familia,

en especial de los hijos e hijas, no en pocas ocasiones no se cumple, y de manera especial en los procesos de ruptura de pareja.

Específicamente, el ejercicio de la coparentalidad positiva en la ruptura de pareja requiere que los progenitores se respeten y reconozcan la importancia del otro en la crianza de los hijos e hijas, que interaccionen constructivamente, que sepan comunicarse de manera fluida y eficaz, que expresen voluntad de acuerdo y asunción responsable de la parentalidad en igualdad de condiciones. Ramírez (2016) señala que la coparentalidad cooperativa se da, considerando los trabajos de Maccoby y Mnookin (1992), Ahrons (1994) y Amato, Kane y Jeans (2011), entre el 26% y el 38% de las familias divorciadas, entre el 30 % y 40% una coparentalidad paralela, y entre un 26% y el 34% una coparentalidad conflictiva.

1. Gatekeeping

Muy relacionado con la coparentalidad positiva y el conflicto parental se encuentra el concepto de *gatekeeper*, el cual ha evolucionado a un modelo teórico neutral en cuanto al género para evaluar cómo las actitudes y acciones de los progenitores (padres y madres) inciden en la participación y la calidad de la relación entre el otro progenitor y el hijo/a (Saini, Drozd, y Olesen, 2017). Si bien el concepto fue acuñado en 1943, por el psicólogo social Kurt Lewin, haciendo referencia a que las madres eran el *gatekeeper* de lo que se comía en las familias, y los padres el *gatekeeper* para la administración de los recursos económicos de la familia. Lewin planteó la importancia de conocer los valores y creencias del *gatekeeper*, ya que esto ayuda a determinar cómo éste se comporta (Austin, y Rappaport, 2018).

Posteriormente, el concepto se aplicó a las relaciones de coparentalidad en familias intactas, y más tarde a aquellas en las que los progenitores habían roto la relación de pareja. En este contexto, se entiende el *gatekeeping* como el conjunto de creencias, actitudes y comportamientos que cada progenitor mantiene sobre la relación de su hijo/a con el otro progenitor (Austin, y Rappaport, 2018; Saini, Drozd, y Olesen, 2017). De esta manera, cada uno de los progenitores se puede situar en un punto dentro de un continuo que va desde un *gatekeeping* muy facilitador a un *gatekeeping* muy restrictivo (Austin, Pruett, Kirkpatrick, Flens, y Gould, 2013). Un progenitor *gatekeeping facilitador* apoya y propicia el contacto con el otro progenitor, promueve una imagen positiva del otro, es flexible en el reparto de los tiempos de perma-

nencia y comunicación con los hijos/as, se esfuerza para mantener la comunicación con el otro. Por el contrario, un *gatekeeping restrictivo*, desaprueba y obstaculiza el contacto de sus hijos/as con el otro progenitor, lo/la desprecia, se niega a comunicarse con él/ella; es rígido con el reparto de los tiempos de permanencia y comunicación con los hijos/as.

Por otra parte, se establece la tipología de *gatekeeping* adaptativo y no adaptativo. El *gatekeeping adaptativo* se produce cuando los progenitores buscan alentar y apoyar el sentido de seguridad y bienestar de sus descendientes; pudiendo ser un progenitor con *gatekeeping* adaptativo facilitador, que tendría la creencia de que el otro progenitor beneficia a su prole (Saini, Drozd, y Olesen, 2017) y por ello promueve su relación y vinculación; o un *gatekeeping* adaptativo «restrictivo-protector», que limitaría o impediría el contacto con el otro progenitor para promover la seguridad y el bienestar de su hijo/a (Thomas y Holmes, 2019); restringe el contacto con la intención de protegerlos/as, bajo la creencia de que el otro progenitor o su entorno resulta perjudicial de alguna manera para ellos/as. Por el contrario, el *gatekeeping desadaptativo* hace referencia a la abdicación de un progenitor que permite que el hijo/a esté con el otro progenitor sin tener en cuenta el impacto de este contacto en el bienestar y sentimientos del hijo/a (desadaptativo facilitador); o desadaptativo restrictivo motivado por su incapacidad para separar sus propios sentimientos de ira y/o traición (Saini, Drozd, y Olesen, 2017). El *gatekeeping* facilitador de carácter adaptativo en ambos progenitores genera el contexto ideal para llevar una labor de coparentalidad positiva tras el cese de la convivencia, y por el contrario, cuanto más cerca se sitúen del *gatekeeping* restrictivo desadaptativo, más difícil resultará.

Drozd, Olesen y Saini (2014) establecen que el *gatekeeping* es un proceso diádico y complejo y, por lo tanto, no debe considerarse aisladamente, sino que ha de estimarse la conexión de las dinámicas de coparentalidad y el *gatekeeping* adaptativo y desadaptativo.

2. Bases psicológicas para el establecimiento de estancias basadas en la coparentalidad

Los académicos y profesionales coinciden en que el establecimiento de tiempos y estancias de los hijos/as con cada progenitor tras la ruptura de pareja se debe de adaptar a las circunstancias que cada familia presenta. Siempre se debe procurar alterar lo menos posible las vidas de estos/as, por lo que se

han de reducir al máximo los cambios; a la vez, se ha de atender a las necesidades que presentan y a cómo sus progenitores las pueden satisfacer en la nueva organización familiar. Así, no sólo se debe tener en cuenta cómo era en el pasado, sino la disponibilidad en el presente y en el futuro, la colaboración entre los progenitores en el ejercicio de las funciones parentales, las relaciones entre los diferentes miembros de la familia, y las características particulares que puedan concurrir. Cuando estas no lo contradigan, se debe de garantizar que los hijos/as disfruten de estancias frecuentes y continuas con cada uno de los progenitores, evitando así que la ruptura de éstos suponga una pérdida de apoyo y protección. A modo de ejemplo, un hijo/a que, durante la convivencia de sus progenitores, era el padre el que se ocupaba de llevarle algunos días al colegio, de acompañarle a los entrenamientos de fútbol, de ayudarle con las tareas escolares, etc., Tras la ruptura vive con su madre y se relaciona con su padre sólo en fines de semana alternos y una tarde semanal –caso muy habitual–. Esta realidad supone una serie de cambios y pérdidas importantes en su vida diaria que pueden afectarle psico-emocionalmente. Otro ejemplo ilustrativo serían los casos en que, durante la convivencia familiar, los hijos/as apenas han tenido relación con el padre y no han llegado a establecer una vinculación de apego seguro con él; si de repente a estos niños/as se les sometiese a una convivencia con cada progenitor, en semanas alternas, se verían afectados/as. Por una parte, echarían de menos a su madre y en función de su edad tendrían diferentes reacciones y, por otra, tendrían que adaptarse de manera súbita a convivir con su padre. Así, se impondría estudiar la manera de establecer una progresividad en el tiempo de estancias y comunicación con el padre, para facilitar la vinculación con éste, hasta mantener, de ser el caso, estancias continuadas.

De forma genérica, salvo excepciones, para la mayoría de los niños, niñas y adolescentes de progenitores separados es beneficiosa la relación continua con ambos. Necesitan sentir que pueden estar con ellos y quererlos y que a su vez para éstos continúan siendo importantes, les siguen queriendo, cuidándoles y protegiendo, dando así continuidad a su vida anterior. Esto ha llevado a que, desde la Psicología, en especial desde la Psicología jurídica de familia, se haya considerado la custodia compartida como la mejor opción. Ya en 1995, la American Psychological Association, se pronunciaba, en la misma línea sobre esta cuestión. Los resultados de posteriores investigaciones (e.g., Bauserman, 2002; Fransson, Turunen, Hjerm, Östberg y Bergström, 2015; Kelly, 2007) lo siguieron reafirmando. Pero asimismo resulta beneficiosa para

los progenitores (e.g., Bauserman, 2012; Bergström, Fransson, Hjern, Köhler, y Wallby, 2014; Van der Heijden, Poortman, y Van der Lippe, 2016), lo que afecta positivamente a cómo ejercen su parentalidad.

No obstante, debemos señalar que existe cierto debate sobre si la custodia compartida para niños/as de corta edad pudiera no ser beneficiosa. A este respecto, la investigación sugiere que los niños pueden establecer y mantener relaciones significativas con múltiples cuidadores (Kelly y Lamb, 2000). Un estudio reciente (Bergström, Sarkadi, Hjern, y Fransson, 2019) considera que la participación temprana de ambos progenitores en la crianza de los hijos/as permite establecer apego seguro con ambos, lo que contribuye a que este tipo de custodia les beneficie. Si están habituados sólo al cuidado de la madre, el apartarse de ella les pueden propiciar estrés emocional, por eso debe de establecerse un período de adaptación. Así, la mayoría de los autores coincide en que los niños/as se adaptan bien a la custodia compartida si se produce un contacto diario desde el principio; estando contraindicadas, para niños/as menores de 3 años, separaciones de las figuras de referencia más largas de los que su sistema psico-afectivo y neurofisiológico pueda soportar. En estos casos, son más adecuadas, desde el punto de vista psicológico, estancias frecuentes y más cortas en el tiempo con cada progenitor.

Seguidamente expondremos algunos de los resultados de las investigaciones de Bauserman (2002) y Kelly (2000), por resultar muy esclarecedoras sobre las consecuencias de la custodia compartida en la familia:

- Beneficio para los hijos/as de permanecer en contacto próximo con ambos progenitores; en general tienen mejores relaciones con los dos. Los hijos/as con custodia exclusiva consideran insuficiente el tiempo que pasan con el progenitor no custodio.
- Mejor adaptación general de los hijos/as. En los casos de custodia exclusiva, también se encuentran más adaptados/as cuanto más tiempo permanecen con el progenitor no custodio.
- A largo plazo, cuando se parte de un conflicto no elevado entre los progenitores, la custodia compartida lo disminuye.
- Mayor satisfacción tanto en las madres como en los padres.
- Las responsabilidades y obligaciones no recaen en sólo uno de los progenitores, evitando la sobrecarga parental, a la vez que ambos disponen de tiempo para su vida personal y profesional.

Para finalizar, parece oportuno aclarar que el término custodia compartida se basa en el concepto de corresponsabilidad, es decir, igual o similar implicación del padre y de la madre en el cuidado y atención de los hijos/as. Abarca múltiples formas de regular las relaciones y periodos de estancias y comunicación post-divorcio entre progenitores e hijos/as.

3. Criterios orientativos desde el punto de vista psicológico

Teniendo en cuenta, tanto los datos de investigación, como la constatación procedente del estudio de casos, se señalan los siguientes criterios, a modo orientativo, en la viabilidad y éxito de regulación de los regímenes de estancias alternantes de los hijos/as con sus progenitores, en ausencia de acuerdo de éstos:

- *Vinculación de los hijos e hijas con ambos padres.* La vinculación afectiva con ambos y una relación de confianza son elementos esenciales a la hora de plantearse estancias continuadas. En los casos en que la convivencia con uno de los progenitores ha sido escasa y no existen adecuados lazos afectivos, se considera más beneficioso para el hijo/a establecer un incremento progresivo del tiempo de las estancias con él/ella.
- *En cuanto al conflicto interparental,* Nielsen (2011), tras una revisión rigurosa de la investigación, defiende que para que los hijos/as se beneficien de la custodia compartida no es necesario que no exista conflicto interparental. Pero si se establece este tipo de custodia en familias con alto conflicto la sentencia debería contemplar una intervención profesional especializada con la familia (Arch, 2010).
- *Motivación y actitud para solicitar la custodia compartida.* Es decir, qué posición es la que determina su demanda de guarda y custodia; su derecho a estar el 50% del tiempo con sus hijos/as, el pedir el 50% del tiempo para que el otro progenitor no salga como ganador/a, por cuestiones económicas, o desde una verdadera motivación por implicarse en atender realmente las funciones que le corresponden como progenitor/a. Igualmente, cuando uno de ellos rechaza un régimen de custodia compartida, desde dónde lo hace: si lo rechaza por cuestiones económicas, porque necesita poseer el control total de los hijos/as, como arma de pelea con su ex pareja, por razones justificadas para

garantizar el bienestar de sus hijos/as, etc. Es decir, es preciso establecer qué tipo de *gatekeeping* presentan.

- *Ausencia de psicopatología*. Padres y madres sanos psicológicamente, no teniendo disminuidas las capacidades parentales.
- *Competencia* en habilidades educativas y capacidad para ponerse en el lugar de los hijos.
- *Disponibilidad de tiempo* que permita una atención directa la mayor parte de la estancia con ellos.

La coparentalidad previa a la ruptura es un buen predictor de éxito de la corresponsabilidad, aunque puede resultar beneficioso para los hijos/as que un progenitor que antes no estaba implicado en el cuidado de éstos/as empiece a estarlo.

Asimismo, resulta importante que se den las siguientes condiciones, y de no ser así, sería conveniente que la sentencia judicial estableciera que las familias se sometieran a una intervención profesional especializada:

- Comunicación mínima entre los progenitores con respecto a las cuestiones relacionadas con los hijos/as, que les permita cooperar y asumir las responsabilidades comunes.
- Presencia de criterios educativos similares (hábitos y normas entre otros), así como concepción semejante de lo que para ellos es la atención y educación de los hijos.
- Conflicto interparental no focalizado en cuestiones relacionadas con los hijos. A pesar de que entre los progenitores puedan existir diferencias en el modo de conducir o educar a los hijos, el conflicto entre ellos no debe estar focalizado en estas diferencias.
- Reconocimiento del otro progenitor/a como padre o madre. Es fundamental para ofrecer a los hijos una buena imagen y respetar la figura del otro. Por lo que se debe considerar el tipo de *gatekeeping* que presentan ambos progenitores, siendo deseable un *gatekeeping* adaptativo facilitador.

II.7. JUSTICIA TERAPÉUTICA:

Como se ha señalado a lo largo de este capítulo, las rupturas de parejas con hijos/as son acontecimientos familiares de una alta carga emocional, con-

siderados de los más estresantes para progenitores e hijos/as, y en algunos casos para familiares próximos, como pueden ser los abuelos/as. La familia tiene que adaptarse a su nueva realidad, y a los cambios sustanciales que ésta conlleva en múltiples ámbitos; los cuales pueden resultar en ocasiones nocivos, especialmente para las personas menores de edad. La manera en que se afronte y gestione la ruptura determina, en gran medida, sus consecuencias.

A nuestro entender, estos procesos deberían resolverse con orientación de Justicia Terapéutica (TJ). Este paradigma legal, asumido y adoptado por académicos, profesionales, científicos sociales, legisladores y jueces (Madson, 2017), estudia el papel que desempeña la Ley y su aplicación en el proceso legal como agente terapéutico (Wexler y Winick, 1996). De manera específica, analiza cómo incide el sistema legal en el bienestar psicoemocional de las personas que acuden a la Justicia (Wexler, 1992, Fariña, Seijo, Arce y Vázquez, 2017), a la vez, promueve la humanización del Derecho, y busca no sólo resolver los casos judiciales sino también las causas que los originan. La TJ asume que con independencia de lo que establece la norma jurídica, la cual siempre debe ser respetada, todos/as los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados/as, peritos, policía, etc) deben de procurar que sus intervenciones tengan efectos terapéuticos. Como recientemente Stannard (2020) afirma, «realizar cambios en las leyes y los procedimientos llevan tiempo, pero en los roles pueden ocurrir de forma inmediata. Incluso si las reglas y los procedimientos son antiterapéuticos, los profesionales que intervienen en el ámbito legal pueden mejorar el impacto terapéutico» (p.1). Entre todos los operadores jurídicos cabe destacar la labor de la abogacía y de la judicatura. En esta línea, se pronunciaba el magistrado Ortuño (2014), haciendo referencia a los procesos de ruptura de pareja, cuando afirmaba «tal vez sea éste el ámbito que más justifica la necesidad de una intervención judicial terapéutica, sin olvidar tampoco la gran labor que los abogados podrían realizar con sus clientes» (p. 51). Así, la aplicación de TJ en los tribunales exige que éstos se centren en facilitar relaciones familiares más positivas, y en fortalecer un funcionamiento normalizado de la familia (Babb, 1997), buscando mejorar la vida de todos sus miembros (Babb, 2014). Por su parte, Town (1994) afirma que se deben enfocar en proteger a las familias y a los niños de los daños presentes y futuros, reducir la confusión emocional, promover la permanencia de la familia y su armonía. Objetivos estos que no resultan sencillos, especialmente cuando la familia está ya inmersa en un proceso contencioso que, como es bien sabido, no favorece el bienestar de las personas ni la corresponsabilidad parental

positiva. Por esta razón, coincidimos con Ramírez (2016) cuando asevera que es necesaria la «promoción de servicios y programas de educación parental en pro de un afrontamiento saludable de los divorcios, en buenas condiciones de accesibilidad para la población general para que no queden en experiencias voluntaristas, académicas y poco más» (p.184), como puede ser el «Programa Ruptura de Pareja no de Familia» (Fariña, Novo, Arce y Seijo, 2002; Novo, Fariña, Seijo, Vázquez, y Arce, 2019). De esta manera, los decisores judiciales al igual que las familias deberían disponer de herramientas, conformes con lo que la justicia terapéutica promueve, como son los programas especializados de apoyo a las familias que experimentan la ruptura de pareja con hijos/as, la mediación familiar, la coordinación de parentalidad y la terapia forense.

III. ASPECTOS SOCIALES DE LA RUPTURA DE LA PAREJA

Marta Zubikoa Mendigutxía
Trabajadora Social

III.1. EL INTERÉS DE LOS/AS HIJAS COMO EJE CENTRAL.

1. Introducción general

El trabajo social forense, desde el conocimiento experto, tiene la finalidad de proporcionar a los órganos competentes, elementos valorativos que faciliten la toma de decisiones más ajustadas a cada situación y a cada persona en particular; para ello partirá del estudio y análisis de la realidad al objeto de detectar situaciones de necesidad social en el contexto familiar objeto de estudio.

El dictamen pericial es, por tanto, un medio de prueba que evalúa la condición individual, familiar, económica y sociocultural de una persona en una situación determinada en un proceso judicial.

Es la visión generalista y holística el aporte diferencial del trabajo social forense en los juzgados de familia dado que tiene en cuenta a las personas en todas sus dimensiones, la biológica, psíquica y social, sin perder de vista el medio social, físico y ecológico.

Partimos de la premisa de que desde la disciplina del trabajo social es fundamental el diálogo permanente con los operadores jurídicos, especialmente el diálogo con el/la juez/a en estos procesos de ruptura de pareja en los que hay hijos/as menores.

En ocasiones, para estos menores que se ven afectados por la ruptura de los progenitores se hace preciso articular medios de ayuda en el sistema de servicios sociales, sanitarios y/o educativos. Estas ayudas gestionadas de manera adecuada en el inicio del procedimiento judicial, durante el transcurso del mismo y tras la resolución, durante la fase de ejecución de la sentencia, contribuirán en el buen desarrollo evolutivo de los hijos/as inmersos en este proceso de ruptura de sus progenitores

Acompañar bien a los hijos/as menores, en el proceso de cambio del modelo de familia en el que han crecido hasta el momento a otro diferente, ayudará a mitigar el dolor y a paliar el sentimiento de pérdida.

2. Custodia compartida

El término «custodia compartida» hace referencia al hecho de que ambos progenitores participen, responsablemente, en el proceso de crianza de sus hijos y ambos tengan la posibilidad tanto de cuidar de sus hijos de manera equilibrada en los tiempos de estancia con ellos, como de representarlos legalmente (Gómez y Soto, 2015; Ruiz-Rodríguez, 2013; Simón, 2009).

A pesar de que en los últimos años se está dando un aumento progresivo en el porcentaje de casos a los que se atribuye la guarda y custodia compartida, todavía existe una diferencia importante en favor de la atribución de la guarda y custodia materna. Esta diferencia porcentual se fundamenta en la existencia de variables psicosociales.

El comportamiento de estas variables psicosociales es una manifestación de una estructura social desigual en el reparto de las funciones educativas y domésticas que se encuentran en proceso de cambio. Las decisiones judiciales son, a su vez, el reflejo de una estructura social en fase de cambio y el/la trabajador/a social en su labor de perito ofrece una fuente importante de datos de primer orden.

Cuando hablamos de la custodia compartida, nos referimos también a un régimen de convivencia basado en la equidad y que puede realizarse con repartos de tiempo diferentes (días, semanas, meses, cursos escolares, ajustados a horarios laborales de los progenitores...), siempre que estos tiempos sean ajustados de manera adecuada a las circunstancias que concurren en cada situación familiar.

En la aplicación de la modalidad de custodia compartida se hace más imprescindible, si cabe, que los progenitores participen en un proceso de

crianza de sus hijos/as desde el respeto, la colaboración y la responsabilidad, primando el interés y el bienestar de los hijos/as por encima de sus propios intereses.

III.2. EL TRABAJO SOCIAL EN EL MARCO GENERAL DE LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA

En procesos de ruptura de pareja y para acordar la idoneidad de custodia, se requiere participación del trabajador/a social para determinar el ambiente familiar, explorando los recursos y necesidades personales referentes a los aspectos económicos, sociales, culturales, educativos y dinámicas de relación familiar.

Por tanto, la aportación específica del trabajo social consiste en valorar y evaluar si los medios de los que disponen los/las hijas a nivel familiar y comunitario responden adecuadamente a sus necesidades e intereses; todo ello relacionado con el desarrollo pleno de su autonomía personal, procurando distinguirlos y separarlos de los intereses, tanto económicos como emocionales y conflictivos detectados en los adultos que les rodean.

En este ámbito judicial el trabajo social encuentra la particularidad de tener que obviar la intervención integral en el proceso pericial, dado que el objetivo prioritario del dictamen es ayudar al juez/a en la comprensión de una situación a través del diagnóstico socio-familiar.

Sin embargo, aunque de inicio el proceso pericial no admite intervención, la necesidad y la importancia de intervenir más allá de la evaluación o el diagnóstico ha llevado a un modelo de pericial denominada pericial de intervención social. Se precisa una intervención integral que, por un lado, ayude a resolver los conflictos judiciales en beneficio de la propia institución judicial y, por otro, ayude a los usuarios/as a alcanzar mayor bienestar social.

A tal efecto, el/la trabajador/a social forense con profesionales de los recursos sociales, educativos y/o sanitarios elaborará un plan de intervención que quedará reflejado en el informe bajo el título valoración y propuesta.

Cierto que el dictamen no es vinculante, por lo que finalmente será el/la juez/a quien dictamine si lo considera idóneo y quien decida si materializa el plan de intervención en la propia sentencia, dándole autoridad jurídica.

Abordaremos en primer lugar, el dictamen pericial como instrumento documental y posteriormente hablaremos del modelo pericial de la intervención social.

1. El dictamen pericial como instrumento documental:

Con carácter previo al examen del contenido del dictamen pericial, recogemos en este apartado la metodología a seguir para su elaboración.

Se hace preciso subrayar que, para que la metodología se aplique en condiciones de objetividad, es fundamental que el volcado de información en el dictamen pericial tenga su base en datos contrastados.

En las ciencias sociales, junto a las técnicas cuantitativas, cobran relevancia las técnicas que contemplan aspectos cualitativos de la realidad en un contexto complejo como es el de las relaciones humanas.

Las técnicas más utilizadas son:

- Análisis documental.
- La observación directa, indirecta y/o interaccional.
- Entrevistas individuales y/o conjuntas.
- Visitas domiciliarias.
- Cotejo con fuentes colaterales.

El dictamen pericial como instrumento documental en su contenido recogerá:

- Los datos de identificación del procedimiento, juzgado solicitante.
- Los datos de identificación de las personas intervinientes.
- El objeto del estudio.
- El estudio. Este epígrafe recogerá la información obtenida de las diferentes fuentes, así como también recogerá la información por áreas de estudio:
 - Área familiar → Se estudia la familia en su contexto, analizando las potencialidades y niveles de autonomía personal de los miembros que la integran, así como de los sistemas familiares de origen y los que se configuran tras la ruptura del primero. Se analizan las interacciones entre los miembros más allá de lo psicológico y valorando los aspectos que ofrecen dificultad para la emancipación social de la familia y sus individuos.
 - Área socio-cultural → Al analizar la situación objeto de pericia hay que partir del contexto sociocultural más amplio en el que suceden los conflictos o problemas planteados a nivel microsociedad. Partiremos de la premisa metodológica de que las sociedades son multiculturales por

lo que hay que intervenir con la finalidad de adaptar y compatibilizar la perspectiva de la identidad cultural concreta con la perspectiva de la identidad cultural dominante. Debemos medir el grado de apoyo social formal e informal (solidaridad, cooperación) y el grado de vulnerabilidad social por factores de discriminación social para, finalmente, descender a los factores que cultural y socialmente dificultan o potencian los conflictos familiares, la integración, la exclusión y la desigualdad.

- Área económica → El binomio necesidades-recursos, propios o externos a las personas objeto de estudio, suponen un factor de análisis comprensivo de la realidad familiar y sobre la evolución que puede tomar. Se trata de un factor de análisis de las potencialidades de autonomía material.
 - El diagnóstico del perito, trabajador/a social.
 - Conclusiones.

En definitiva, el dictamen pericial llega donde no lo hace el informe social, puesto que, tras una minuciosa investigación, adecuadamente elaborada, ofrece el diagnóstico, que llevará a las conclusiones, las cuales intentarán dar respuesta a la petición realizada por el/la juez/a y que previamente ha sido definida en el objeto del informe.

El dictamen pericial en Trabajo Social debe conjugar y conciliar las demandas de los/las jueces y de las personas usuarias de manera equilibrada y lo hará desde la cientificidad, la efectividad, y la practicidad; la finalidad es que sea útil al juez para clarificar los aspectos derivados de la situación a juzgar y útil para las personas inmersas en el conflicto, progenitores e hijos/as.

2. Modelo pericial de intervención social

Marta Simón Gil¹ propone el siguiente modelo pericial, que viene actualmente siendo utilizado de método y guía profesional.

Fases:

1. Identificación y ajuste de la demanda del juez/a. En muchas ocasiones las peticiones están formuladas sobre la base de las solicitudes de los

¹ Simón Gil, M. (2009). Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia. *Cuadernos de derecho judicial*, (2), 175-210.

abogados de cada parte, en ocasiones imprecisas y más dirigidas hacia la defensa de los intereses de sus clientes que a la resolución del conflicto en términos de relación.

2. Contextualización de la familia en el ámbito judicial.
3. Explicitación del modelo de trabajo ampliando el objetivo del dictamen pericial hacia la intervención.
4. Identificación de la demanda del cliente y las partes enfrentadas, involucrados todos en un proceso judicial, un contexto desconocido que les induce hacia expectativas equivocadas o irreales.
5. Redefinición de la demanda. Se concretan los objetivos sobre las dificultades más apremiantes y urgentes que las personas implicadas pretenden resolver, las cuales no suelen coincidir con la demanda interpuesta tal y como vienen formulada en el procedimiento.
6. Evaluación integral de la situación, previa selección de la metodología a utilizar y puesta en práctica de todas las técnicas necesarias para ello.
7. Diagnóstico. Se realiza el diagnóstico de la situación que será, principalmente, el contenido del informe pericial.
8. Devolución. Se realiza una devolución a las partes apuntando cuáles son las posibles soluciones y recursos existentes para una mejora de la situación-problema detectada.
9. Establecimiento de un acuerdo verbal sobre el plan de intervención propuesto, re-elaborando o cambiando lo que no sea factible en función de las personas usuarias o de los recursos existentes.
10. Coordinación con los servicios socio-sanitarios para el establecimiento de objetivos de intervención.
11. Redacción del informe pericial implementando en el informe el acuerdo y plan de intervención coordinado.

En la práctica este modelo presenta dificultades, sobre todo en lo referente al desarrollo del método de trabajo previo para conseguir el consenso entre las partes antes de la emisión de la sentencia.

Sin embargo, también aporta ventajas a tener en cuenta:

- Contribuye a facilitar la toma de decisiones del juez/a.
- Puede agilizar los tiempos en la adjudicación de servicios.

- Mitiga las situaciones conflictivas existentes hasta la emisión de la sentencia, puesto que hay una expectativa de que se dará un tratamiento social para el conflicto.
- Ofrece mayores garantías de resolución del problema en los términos acordados en sentencia, evitando posteriores demandas judiciales.
- La intervención es individualizada y ajustada a las necesidades concretas de cada familia.

Este modelo de pericial de intervención social propuesto no es en absoluto equivalente a una mediación, puesto que el/la trabajadora social emite un dictamen pericial en el que se posiciona en la valoración del conflicto familiar concreto.

III.3. ESCALA PROVISIONAL PARA LA EVALUACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ÁMBITO JUDICIAL DESDE LA PERSPECTIVA SOCIAL

Rafael Alcázar Ruiz² propone la escala de evaluación de la custodia compartida que expondremos a lo largo de este epígrafe.

La escala de valoración de la custodia compartida es un instrumento específico que trata de puntuar de manera objetiva cada familia evaluada. La finalidad es la de obtener criterios de atribución de la custodia compartida

Se trata de una herramienta útil para realizar el análisis de la realidad socio-familiar estudiada de un modo objetivo y para formular consideraciones en los informes periciales. *No pretende reemplazar el juicio del profesional*, pero sí pretende proveer de una estructura que ayude a organizar la información durante el proceso de evaluación y a favorecer y sistematizar la redacción del informe pericial. En consecuencia, este instrumento pretende facilitar el asesoramiento a los tribunales a la hora de tomar decisiones en casos de custodia disputada.

Son 11 los valores que se han tenido en cuenta en la evaluación de la custodia compartida:

² Alcázar, R. (2014). *Diseño de una escala para la evaluación de la custodia compartida en el ámbito judicial*. En Enrique Pastor (Ed). *El Trabajo Social ante la crisis y la educación superior* (pp 271-278). Murcia. Azarbe. Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar. La versión actualizada de esta escala obtuvo IV Premio TS Impulsa “Amparo Moreno” de Trabajo Social de la Comunidad Valenciana al mejor mérito profesional de los/as trabajadores/as sociales en su ámbito de intervención en el año 2018

1. Corresponsabilidad y predisposición para el diálogo constructivo (Puntuación 0-1-2³)
2. Modelo educativo común.
3. Valoración del conflicto.
4. Implicación en la crianza y educación de los hijos.
5. Proximidad de los domicilios. Arraigo social, escolar y familiar.
6. Medios materiales suficientes.
7. Edad de los hijos/as.
8. Voluntad de los menores.
9. Figuras de apego.
10. Disponibilidad de tiempo. Conciliación vida familiar y laboral.
11. Plan de atención al menor viable.

Junto a estos 11 valores, existen otros factores de riesgo cuya presencia resulta incompatible con el ejercicio de un modelo de custodia compartida. Estos factores de exclusión de custodia compartida están definidos a partir de la existencia de indicadores de protección infantil y por la presencia de indicadores de evaluación de custodia compartida desfavorables en grado extremo. Tales factores son los siguientes:

1. Progenitor abusivo o negligente.
2. Consumo de drogas no tratado o con tratamiento de deshabitación o desintoxicación inconcluso.
3. Problemas de salud mental o problemas de salud física (invalidez en grado severo) que afecten a la capacidad de quien los presenta para atender las necesidades de los hijos/as.
4. Violencia familiar en cualquiera de sus manifestaciones: violencia de género, violencia hacia los menores, etc...
5. Alto conflicto parental.
6. Ausencia de comunicación entre progenitores. Críticas frecuentes. Comunicación a través de los hijos.
7. Estilos educativos divergentes. Cuestionamiento mutuo de las figuras de autoridad.

³ 0- Indica que el factor es muy desfavorable para el ejercicio de la custodia compartida; 1- indica que concurren elementos positivos y negativos a la vez; 2- Indica que el factor es muy favorable al ejercicio de la custodia compartida.

8. Distancia física entre los hogares.
9. Características especiales de los menores tales como problemas emocionales o de conducta, y/o patologías físicas graves.

Partiendo de estos valores y factores de riesgo se emiten las siguientes recomendaciones (guía orientativa) para la valoración de esta escala:

1. Corresponsabilidad. Predisposición para el diálogo constructivo

- A) Definición: Se entiende como la capacidad de los progenitores para mantener un acuerdo de cooperación que les permita ser corresponsables en las funciones de cuidado y educación. Se puede observar si existe un compromiso con las necesidades del niño y si son capaces de separar el plano de la relación conyugal del plano de la relación parental. No debe entenderse como el equivalente al acuerdo para decidir la custodia compartida como forma de organizar las relaciones tras la ruptura, pues el mero desacuerdo de una de las partes no es motivo suficiente para que no se otorgue la misma.
- B) Posibles situaciones a tener en cuenta:
 - a) No existe acuerdo sobre el modelo de custodia compartida, pero se busca un intento por superar las diferencias por el bienestar de los menores.
 - b) Los progenitores buscan vías de comunicación eficaces para informarse y llegar a acuerdos. (ejemplo: comunicación por e-mail, SMS, cuando la información no conlleve descalificación). Este tipo de comunicación permite mantener el contacto, sin necesidad de verse.
 - c) Respeto a los derechos-obligaciones del otro en lo que concierne a información médica, educativa, acceso al menor, etc... No existe obstaculización de la relación parento-filial.
- C) Puntuación:
 - 0- No existe ningún tipo de predisposición para el diálogo. Se obstaculiza la relación con el menor.
 - 1- Se dan algunas de las tres condiciones expuestas pero de modo incompleto. No existe predisposición para el diálogo, pero tampoco se obstaculiza la relación con el menor.

- 2- Concurren todas las condiciones expuestas en sentido favorable: intento por superar diferencias y no se obstaculiza la relación parento-filial.

2. Modelo educativo común

- A) Definición: Se trata de valorar la existencia de pautas educativas similares respecto al cuidado y la educación de los menores que garanticen que el cambio de un hogar a otro no resulte traumático. Se trata de conseguir de que el cambio de un domicilio al otro sea más lo más imperceptible posible. Los horarios de la vida cotidiana, las costumbres o las actividades extraescolares no son antitéticos. El proyecto educativo es similar, y también las decisiones importantes que afectan al colegio y salud.
- B) Aspectos a tener en cuenta:
- a) Organización de la vida cotidiana conforme horarios y costumbres similares.
 - b) Pautas educativas similares: fomento de la autonomía personal, sistema de sanciones.
 - c) Proyecto en educación y formación similar: decisiones importantes respecto al colegio, salud, etc.
- C) Puntuación:
- 0- No concurre ninguna condición. No existen pautas educativas similares. Son más bien estilos educativos antitéticos.
- 1- Se dan algunas de las condiciones, pero de modo incompleto. No coinciden los horarios y costumbres, o presentan proyectos de educación diferente, pero no son antitéticos.
- 2- Los modelos educativos son compatibles. Las discrepancias en los modelos son mínimas.

3. Valoración del conflicto (Valoración grado de comunicación y la percepción del otro progenitor)

- A) Definición: Se trata de valorar si la relación entre los progenitores es correcta, educada, adulta, o si de contrario, se trata de una relación muy deteriorada, pésima, conflictiva. La valoración del conflicto depende de la imagen que se transmite del otro progenitor y de la capacidad de superar los desencuentros en aras al beneficio del menor. (Cooperación). Partimos de la premisa (compartida por la literatura

científica consultada) de que si el grado de conflicto es alto, el sistema de custodia compartida es fuente generadora de problemas.

B) Aspectos a tener en cuenta:

- a) La imagen que se transmite del otro progenitor:
 - Positiva. Se conocen cualidades personales en el otro. No se cuestiona la función parental.
 - Ambivalente. Se cuestionan algunos aspectos del otro progenitor pero, no se cuestiona la función parental.
 - Negativa. No se reconocen cualidades personales en el otro y se cuestiona la función parental.
- b) Tipo de comunicación entre progenitores:
 - Enfrentamiento. Desavenencias frecuentes; existencia de denuncias y judicialización de los conflictos como recurso para resolver las diferencias.
 - Vidas en paralelo. No se hablan, pero se respetan.
 - Comunicación fluida. Cooperación, flexibilidad y toma de decisiones conjunta.
- c) Tipo de cooperación entre progenitores:
 - Negativa. Enfrentamientos delante de los menores.
 - Neutra. No hay cooperación (vidas en paralelo).
 - Positiva. Toma de decisiones conjunta. Flexibilidad.

C) Puntuación.

- 0- Se transmite una imagen muy negativa del otro progenitor. Su imagen es cuestionada de modo sistemático. No son capaces de reconocer cualidades positivas en el otro progenitor. El tipo de comunicación se caracteriza por presentar desavenencias frecuentes. Aparecen denuncias y es clara la judicialización de las discrepancias como recurso para solucionar sus conflictos. La cooperación es nula. Hay discusiones delante de los menores. Nivel de conflicto alto, cooperación baja.
- 1- Se transmite una imagen ambivalente del otro. Su imagen se cuestiona, pero se valoran algunos aspectos de su personalidad o de hechos pasados. Se reconocen cualidades positivas y negativas en el otro. En relación al tipo de comunicación: no hay denuncias, pero sí «vidas en paralelo» distantes, pero con mínimo grado de cooperación sobre asuntos del menor. Nivel de conflicto bajo, cooperación baja.

- 2- Se transmite una visión positiva del otro. Pese a la existencia de desacuerdo, se valora lo que puede aportar el otro progenitor al menor. No hay denuncias y el cese en la convivencia no ha conllevado la ruptura de comunicación sobre cualquier asunto. Nivel conflictivo bajo, nivel de cooperación alto.

4. Implicación en la crianza y educación de los hijos

- A) Definición: Se trata de valorar la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura y de las posibilidades reales de continuar ejerciendo ese «papel» en la nueva situación familiar. La atención y cuidado del menor se valora en función del tiempo y del interés que el progenitor ha dedicado a sus hijos en actividades de su vida cotidiana: levantarlos, preparar comidas, aseo personal, acompañarlos al colegio, representación escolar, ayuda en las tareas escolares, o haber participado en actividades lúdicas, formativas, extraescolares.
- B) Posibles situaciones a tener en cuenta:
- a) Las responsabilidades domésticas y el cuidado de los hijos ha sido una función compartida.
 - b) El nivel de dedicación al cuidado y atención de los hijos es posible de mantener en la nueva situación familiar.
 - c) Conocimiento de las necesidades, problemas y cuestiones relacionadas con la vida cotidiana del menor en su adaptación familiar, escolar, social o en su salud.
- C) Puntuación:
- 0- Las responsabilidades en el cuidado y atención de los hijos no ha sido una función compartida. Dicha función ha sido desempeñada por un progenitor principalmente, o la continuidad en el nivel de atención de los hijos es insostenible con el proyecto de custodia propuesto, o bien alguno de los progenitores no conoce las necesidades y problemas del menor.
 - 1- Las responsabilidades en el cuidado y atención de los hijos han sido compartidas, aún de un modo desigual, o los cambios acontecidos en la unidad familiar pueden haber provocado o es previsible que provoquen una disminución en la atención personal y directa de los hijos, pero existen recursos que lo compensan: existencia de red de apoyo familiar. Alguno de los

progenitores no conoce algunos aspectos de la vida cotidiana de su hijo que son importantes.

- 2- Ha habido un reparto equitativo de las responsabilidades domésticas, o bien el establecimiento de un modelo de custodia compartida no comporta una disminución en la atención personal y directa que los hijos han de recibir de sus progenitores. Ambos progenitores conocen las necesidades y problemas del menor y saben actuar ante ellos.

5. Proximidad de los domicilios. Arraigo social, escolar y familiar

A) Definición: El arraigo es considerado como el vínculo afectivo del menor a su entorno familiar, escolar y social, estableciéndose de manera permanente. La proximidad de los domicilios garantiza la estabilidad del referido entorno y supone el mantenimiento de puntos de referencia como el colegio, el círculo de amistades, el pediatra, canguro, las actividades extra-escolares etc. El arraigo social, familiar y escolar del menor depende de la proximidad de los domicilios y de la vinculación afectiva del menor a su entorno.

B) Aspectos a tener en cuenta:

- a) Proximidad de los domicilios (en una misma ciudad o ciudades próximas que permitan una organización de la vida cotidiana).
- b) La custodia compartida resulta muy desaconsejable en caso de residencia en distintas ciudades alejadas entre sí.
- c) Vínculo afectivo con la familia, los amigos, el centro escolar.

C) Puntuación:

- 0- La distancia entre los domicilios compromete el arraigo social, familiar o escolar del menor, o el menor no siente como propio el hogar de uno de los progenitores. El apego del menor a los hogares y familiares es muy desigual.
- 1- Existe una cierta distancia entre los domicilios, pero no afecta a las costumbres y organización del menor en su vida cotidiana. Existen diferencias en el nivel de apego del menor a los entornos paterno y materno, pero esas diferencias no son insalvables.
- 2- La distancia entre los domicilios es escasa y hace viable el proyecto de custodia compartida. No existe riesgo de desarraigo familiar, social o escolar. El menor aparece vinculado a ambos entornos familiares.

6. Medios materiales suficientes

- A) Definición: Capacidad económica suficiente para hacer frente a los gastos que se originan.
- B) Cuestiones a tener en cuenta: La custodia compartida resulta desaconsejable en caso de que uno de los progenitores no estuviese en condiciones de sufragar los gastos derivados de la nueva situación familiar.
- C) Puntuación:
 - 0– No existen condiciones económicas suficientes para sostener un modelo de custodia compartida.
 - 1– No existen condiciones económicas suficientes por parte de uno o de los dos progenitores, pero cuentan con el apoyo de una red social y familiar que la puede hacer factible.
 - 2– Existe capacidad económica suficiente en ambos progenitores.

7. Edad de los hijos/as

- A) Definición: La edad del menor puede ser determinante para la elección de un régimen de custodia compartida. Además, atendiendo a las necesidades evolutivas del menor, la edad es determinante para la determinación de la organización de los tiempos que el menor pasa con cada progenitor y el régimen de alternancia: a menor edad, mayor alternancia en los hogares, es decir, el proyecto de custodia debe permitir comunicación muy frecuente y fluida con el otro progenitor a lo largo de la semana. En niños menores de tres años se sugiere mejor empezar con visitas frecuentes con un contacto diario e ir incrementándolo poco a poco.
- B) Posibles situaciones a tener en cuenta: Menor de 3 años o mayor de esta edad.
- C) Puntuación:
 - 0– Ser menor de 3 años.
 - 1– Ser mayor de 3 años, pero hay presencia de algún factor que haga pensar un desarrollo no acorde a la edad.
 - 2– Ser mayor de 3 años y desarrollo acorde a la edad.

8. Voluntad de los y las menores

- A) Definición: Manifestación del deseo, voluntad y preferencia del menor. Esta preferencia del menor debe interpretarse, ya que es

necesario tener en cuenta factores como la madurez del mismo y, también el hecho de estar o no mediatizado por el conflicto familiar. Es frecuente que en casos de familias reconstituidas el menor no se haya adaptado bien a la nueva organización familiar y no acepte, e incluso rechace, a los nuevos miembros de la nueva familia reconstituida. Si no se cumplen unas mínimas condiciones necesarias de evaluar, el deseo del menor no responde a una elección libre y adecuada. En el supuesto de que haya varios hermanos, si sus voluntades son discrepantes, se invalida este ítem como factor a tener en cuenta, ya que en este caso hay que valorar la necesidad de separar a los hermanos, principio que a priori no es recomendable.

- B) Posibles situaciones a tener en cuenta:
- a) Mayor de 12 años.
 - b) Menor de 12 años.
 - c) Mediatización. Si el deseo del menor responde a un conflicto de lealtades o a una visión distorsionada del conflicto familiar.
 - d) Motivos de atracción o de repulsión en los que sostiene su preferencia: la adaptación a la nueva organización familiar en casos de familias reconstituidas es de importante y frecuente valoración.
- C) Puntuación en caso de un solo hijo en la unidad familiar.
- 0- El menor aparece muy mediatizado en su visión del conflicto y del progenitor. Su voluntad y preferencias aparecen muy distorsionadas, o resulta, por su edad, muy inmaduro para decidir. En casos de familias reconstituidas, el menor no acepta la nueva organización familiar ni a las personas que conforman este orden.
 - 1- El menor es mayor de 12 años, tiene opinión propia, pero parece influido por el conflicto familiar. Existen varios hermanos y sus voluntades son discrepantes.
 - 2- El menor decide de forma libre y voluntaria por un modelo de custodia, porque tiene libertad para expresar sus sentimientos y opiniones.
- CII) Puntuación en caso de varios hermanos en una unidad familiar:
- 0- La voluntad de todos los menores es claramente desfavorable, y esta voluntad es libre, justificada y no mediatizada.

- 1- Las voluntades de los menores son discrepantes. En este caso habrá que evaluar otros factores, ya que la posibilidad de separación de los menores tendrá que justificarse en un motivo que responda a sus necesidades.
- 2- La voluntad de los menores es favorable a la custodia compartida, y el deseo es libre, no mediatizado.

9. Figuras de apego

- A) Definición: Proximidad emocional del niño o niña con el/la progenitor/a. Para establecer una custodia compartida ambos progenitores deben constituirse como figuras de apego seguro para el niño.
- B) Aspectos a tener en cuenta: Se trata de valorar el vínculo afectivo que el menor tiene con ambos progenitores. La imagen que nos transmite el menor de sus progenitores se puede evaluar.
- C) Puntuación.
 - 0- El menor no muestra un vínculo afectivo estrecho con alguno de los progenitores.
 - 1- El menor muestra un vínculo afectivo con sus progenitores, pero de modo desigual.
 - 2- El menor muestra un vínculo afectivo estrecho con ambas figuras parentales.

10. Disponibilidad de tiempo. Conciliación vida familiar y laboral

- A) Definición: Se define a la disponibilidad de tiempo real para pasarlo con sus hijos/as. Depende del horario laboral y de las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral.
- B) Aspectos a tener en cuenta:
 - a) El horario laboral.
 - b) Existencia de red de apoyo familiar.
 - c) La previsión futura de esa disponibilidad en corto plazo.
- C) Puntuación.
 - 0- El horario laboral no permite el ejercicio de la custodia compartida.
 - 1- Existen dificultades para compatibilizar la vida laboral y la vida familiar, pero se cuenta con apoyo familiar. Es posible contar con una disponibilidad laboral en el presente, pero

no en un futuro a corto plazo (desempleo con expectativa de trabajo).

2- El horario laboral se adapta a la organización de la vida familiar.

11. Plan de atención al menor viable

A) Definición: Se trata de valorar si se presenta un Plan de Parentalidad coherente, realista, acorde a las necesidades de los hijos/as y a la disponibilidad real de los progenitores.

B) Posibles alternativas:

a) El plan se adapta a la realidad y modo de vida de los progenitores, disponibilidad horaria, apoyo familiar, etc...

b) El plan se adapta a las necesidades del menor y no a las necesidades y preferencias de los progenitores.

C) Puntuación.

0- No presenta un Plan de Parentalidad o un proyecto de custodia coherente, realista y adaptado a las necesidades del menor. Es un plan ajustado a la conveniencia y necesidades del adulto y no del menor.

1- El Plan de Parentalidad presenta dificultades, pero estas dificultades pueden solventarse con los recursos personales o familiares.

2- El Plan de Parentalidad es coherente, realista y bien adaptado a las necesidades del menor.

III.4. DERIVACIÓN, SEGUIMIENTO Y COORDINACIÓN DE CASOS A SERVICIOS SOCIALES ESPECIALIZADOS

En ocasiones los órganos judiciales establecen en sus sentencias medidas de intervención social para determinadas familias inmersas en procesos judiciales. El fundamento de estas intervenciones radica en la necesidad de implantar mecanismos útiles y eficaces para asegurar el derecho de todo niño y niña a crecer y a desarrollar su personalidad con referentes paterno y materno. Se recurre en estos casos a los profesionales del trabajo social del ámbito judicial para que lleven a cabo una actuación bien diferente a la labor de peritación.

En línea con lo expuesto se encuentra, por citar un ejemplo, la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Pamplona dictada

en fecha 13 de marzo de 2019 en un procedimiento de Divorcio contencioso, acordó medidas específicas a llevar a cabo en la fase de ejecución de sentencia a través de la intervención de la trabajadora social adscrita a dicho órgano. El Fallo dice así:

«Se acuerda que por los Servicios Sociales de Base de XXXXX se derive el caso al Gobierno de Navarra, Departamento de Familia, para poder establecer medidas de apoyo familiar de protección que se valoren precisas tales como la presencia de un educador familiar del Programa Especializado de Intervención Familiar en los domicilios de ambos progenitores.

Se acuerda que a través de los Servicios Sociales de Base de XXXXX se active la intervención de la Asociación de Autismo de Navarra para esta familia con intervención en los domicilios de la Sra ----- y el Sr -----.

A tales efectos procede que a través de la trabajadora social de este juzgado se comunique a los Servicios Sociales de Base de XXXXX esta Resolución para activar las derivaciones.»

Es importante mencionar que las medidas sociales que adopta el/la juez/a en sus sentencias para proteger al menor pueden agilizar los tiempos de adjudicación de los servicios. En esta labor es donde el/la trabajador/a social asume un papel diferente ya no de perito sino de coordinación entre la propia Administración de Justicia y los recursos especializados pertenecientes a otras Administraciones Públicas de la Comunidad.

Entre los recursos especializados merecen mención expresa, el Punto de Encuentro Familiar, el Servicio de Orientación Familiar, y el Servicio de Mediación, que pasamos a describir a continuación.

1. Punto de Encuentro Familiar

El Punto de Encuentro Familiar es un Servicio Público de la Administración de atención a la familia en crisis que sirve de auxilio a las autoridades judiciales a la hora de detectar situaciones de desprotección de los menores para los que se requiere adoptar medidas de salvaguarda, sobre todo, en el ejercicio de su derecho de comunicación con sus progenitores.

Es un recurso social especializado para la intervención en aquellas situaciones de conflictividad familiar en las que la relación de los menores con

algún progenitor o miembro de su familia se encuentra interrumpida o es de difícil desarrollo. Esta intervención es de carácter temporal, desarrollada por profesionales en un lugar neutral, y tiene como objetivo principal la normalización de la situación conflictiva, siguiendo en todo caso las indicaciones que establezca la autoridad judicial o administrativa competente y garantizando el interés y la seguridad (física, psíquica y moral) de los menores y de los miembros de la familia en conflicto.

Las actuaciones se circunscriben al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, pudiendo beneficiarse del servicio aquellos ciudadanos que residan en la demarcación territorial, así como aquéllos que formen parte de un conflicto en que al menos, una de sus partes, tenga su residencia de manera permanente en esa demarcación territorial. No obstante lo anterior, también se atenderán casos de otras comunidades autónomas, siempre que sean derivados por los juzgados correspondientes y no se puedan facilitar las visitas y/o intercambios de ninguna otra forma y en ningún otro lugar.

Las familias serán derivadas cuando presenten las siguientes características:

- Familias que durante y después del proceso de separación tengan conflicto o dificultad para mantener la relación entre los hijos menores y ambos padres.
- Padre/madre que no ostenta la guarda, sin vivienda en la ciudad o que ésta no reúna las debidas condiciones, y tiene que ejercer su derecho a visita.
- Padre/madre que no ostenta la guarda y custodia, con algún tipo de enfermedad, sin habilidades en la crianza que aconsejen la supervisión de esos encuentros.
- Familias en las que existe oposición o bloqueo por parte del progenitor o por la familia extensa que tiene la guarda y custodia al régimen de visitas.
- Supuestos en los que los menores se niegan a relacionarse con el progenitor o con su familia extensa que no ejerce la guarda y custodia.

También las familias derivadas por la Sección de Protección del Menor en otros casos:

- Menores que se encuentran separados de sus progenitores con medida de protección de acogimiento en familia extensa o ajena, tanto en procedimientos judiciales como administrativos.

- Familias y menores en diferentes circunstancias especiales, con la valoración técnica que aconseje tomar esta medida.

Las Familias o personas derivadas por los juzgados de violencia sobre la mujer:

- Familias que, por haber vivido en su seno algún tipo de situación violenta hacia ellos, precisen un lugar neutral que pueda garantizar la seguridad de los menores o la de sus familiares durante el cumplimiento del régimen de visitas o de entrega y recogida de los menores.

No cabrá en ningún caso la intervención del Punto de Encuentro Familiar cuando el derecho de relación o de visitas se encuentre suspendido en relación con el progenitor o familiar que acude a dicho servicio.

La Finalidad del Punto de Encuentro Familiar:

- Facilitar la relación paternofamiliar garantizando la seguridad y el bienestar físico y psíquico del menor y del progenitor más vulnerable.
- Mantener los lazos familiares y así permitir al niño conocer sus orígenes y su propia historia personal.
- Favorecer y hacer posible el mantenimiento de las relaciones entre el niño y sus familias cuando, en una situación de separación y/o divorcio, o acogimiento familiar, el ejercicio del derecho de visita se ve interrumpido o bien es de cumplimiento difícil o conflictivo.

Objetivos:

- Favorecer el cumplimiento del derecho fundamental del menor a mantener la relación con ambos progenitores después de la separación, estableciendo los vínculos necesarios para su buen desarrollo psíquico, afectivo y emocional.
- Preparar a los padres para que consigan autonomía y puedan mantener las relaciones con sus hijos sin depender de este servicio.
- Garantizar que el cumplimiento del régimen de visitas no suponga una amenaza para la seguridad del menor y/o de la parte más vulnerable.
- Evitar los sentimientos de desprotección y abandono de los menores.
- Facilitar el encuentro del hijo con el progenitor que no tiene la custodia y con la familia extensa de éste.

- Permitir a los menores expresar sus sentimientos y necesidades, en un espacio neutral frente a las indicaciones paternas, maternas o de familiares.
- Evitar manipulaciones y conflictos entre las familias delante de los menores.
- Garantizar la seguridad y prevenir las situaciones de violencia en los regímenes de visitas conflictivos.
- Orientar y apoyar a los padres, madres y familiares para que consigan la autonomía necesaria en el ejercicio de la coparentalidad sin depender del Servicio, prestando los servicios asistenciales adecuados para este objetivo.
- Fomentar y mejorar la capacidad de los progenitores u otros familiares en la resolución consensuada de los conflictos relativos a los menores, tanto presentes como futuros.
- Facilitar orientación profesional para mejorar las relaciones paterno/maternofiliales y las habilidades de crianza parentales, así como la derivación a otros servicios asistenciales que favorezcan este objetivo.
- Preparar a los progenitores y familias biológicas y acogedoras para que consigan autonomía y puedan mantener las relaciones con los menores sin depender de este Servicio.
- Supervisar los intercambios de los menores para disponer de información fidedigna sobre actitudes y aptitudes parentales que ayuden a defender –si fuera necesario– en otras instancias administrativas o judiciales los derechos del niño.
- Normalizar la relación entre las partes en conflicto para reducir al menor tiempo posible la utilización de este recurso.

En el Punto de Encuentro Familiar se realizan 3 modalidades de visitas:

- Visita de recogida y entrega: Estas visitas tienen como finalidad el facilitar los encuentros e intercambios de los niños y niñas con sus familiares, encuentros que generalmente se producen en el día, en fines de semana o en periodos vacacionales. Los progenitores o familiares serán citados por separado, con el tiempo suficiente para que no coincidan. En cada caso, y según las circunstancias, los técnicos del Punto de Encuentro fijarán el orden de llegada y salida del Punto de Encuentro de cada una de las partes con derecho a visita, así como del tiempo que debe transcurrir entre la llegada y la salida de dichos familiares.

- Visita tutelada o acompañada: acompañada con supervisión técnica o acompañada sin supervisión técnica: En estos casos, la visita se desarrollará de forma controlada dentro del Servicio; las personas con derecho a visita estarán asistidas por un profesional que supervisará, orientará y controlará la situación.
- Visita semi tutelada o semi acompañada: Acompañada con supervisión técnica en la primera media hora de visita, con salida del Punto de Encuentro por un tiempo de una hora y con supervisión en la media hora después de la salida y antes de hacer la entrega al otro progenitor.

Funciones de los técnicos en intervención familiar

- Garantizar que el cumplimiento del régimen de visitas no suponga una amenaza para la seguridad del menor y/o de la parte más vulnerable.
- Evitar los sentimientos de desprotección y abandono ofreciendo un espacio de seguridad.
- Realizar entrevistas previas con el Servicio derivante en aquellos casos que se estime oportuno.
- Realizar entrevistas de acogida con los usuarios del Servicio para presentar el servicio, explicar su funcionamiento, entregar las normas de funcionamiento y firmar los compromisos.
- Observar la conducta tanto del menor como del titular del derecho de visita.
- Valorar la situación del menor y de sus familiares.
- Apoyar y acompañar emocionalmente a las partes objeto de intervención en el Servicio.
- Ofrecer apoyo técnico a los progenitores para establecer una comunicación eficaz entre ellos y sus hijos.
- Acompañar a la familia de origen en las relaciones con sus hijos, ofreciendo orientación y apoyo.
- Preparar a los progenitores y familias biológicas y acogedoras para que puedan crear una relación de colaboración.
- Confeccionar los calendarios de visitas y de entregas y recogidas, según se recoge en el convenio regulador.
- Elaborar un plan de intervención individual en base a los objetivos recogidos en la ficha de derivación.
- Hacer valoraciones periódicas para adaptar el plan de intervención.
- Realizar sesiones lúdicas con los menores para valorar su evolución.

- Realizar intervenciones mediadoras conducentes a facilitar la resolución de los conflictos.
- Ofrecer mediación familiar en aquellos casos en que se valore la posibilidad de que las partes puedan llegar a acuerdos, siempre y cuando la entidad derivante conozca y apruebe la prestación de este servicio, bien sea interno o externo.
- Cumplimentar los registros y documentación. Toda incidencia debe ser registrada, documentada e informada.
- Emitir informes sobre el desarrollo de las intervenciones, evolución de las visitas o de las entregas y recogidas, así como de las incidencias que se puedan producir en la prestación del servicio, a las entidades que han realizado la derivación. Dichos informes deberán ser remitidos igualmente a la Sección de Familia del Departamento de Derechos Sociales.
- Asistir a aquellas reuniones que la coordinadora del Servicio considere, tanto internas como con las entidades derivantes o con la Sección de Familia.
- Tener a disposición de los usuarios hojas de reclamaciones y poner un buzón de sugerencias. Asimismo, establecerán un procedimiento para la resolución de las quejas y reclamaciones que se presenten.
- Tramitar todas las reclamaciones, quejas y sugerencias a la Sección de Familia.
- Notificar a los organismos competentes el incumplimiento de órdenes judiciales o de faltas graves del reglamento del propio servicio.
- Ofrecer semanalmente al coordinador informes del desarrollo de las visitas.
- Velar por que los usuarios cumplan la normativa del Punto de Encuentro.
- Desempeñar todas aquellas funciones derivadas de las actuaciones judiciales recogidas en las fichas de derivación.
- Llevar a cabo aquellas funciones que sean asignadas por la entidad gestora relacionadas con el cargo que desempeña, y las que desde la Sección de Familia se consideren convenientes para cumplir adecuadamente la prestación del Servicio.

Funciones de la trabajadora social de la Administración de Justicia,

Tras recibir la resolución judicial que deriva a este recurso social, se encargará de realizar la derivación al Servicio Especializado; para ello cita-

rá a las partes en el espacio físico de los Juzgados y además de trasladar la información relativa al Servicio Especializado y de comunicar al Juzgado derivante que ha realizado la derivación solicitada, ofrecerá un espacio para la escucha recogiendo en la ficha de derivación cuantas cuestiones sean de interés para la intervención que llevarán a cabo los técnicos del Punto de Encuentro.

Participará en reuniones de coordinación cuando sea necesario y llevará a cabo el seguimiento de la familia tanto en las reuniones que se convoquen para el seguimiento del caso, como en la recepción de los informes del Punto de Encuentro que entregará en el Juzgado derivante, por si fuera necesaria la adopción de alguna medida adicional a la vista del informe recibido.

Todas las actuaciones dentro y fuera de la Administración de Justicia tendrán por finalidad la protección de los menores y la trabajadora social de la Administración de Justicia será el nexo entre equipo técnico del Punto de Encuentro y el juzgado derivante haciendo el seguimiento oportuno en cada caso.

2. Servicio de orientación familiar

Se trata de un Servicio Público de la Administración dirigido a:

- Parejas en situación de crisis, que tiene una repercusión en el desarrollo y la convivencia con sus hijos/as.
- Conflictos familiares cuando están implicados hijos/as menores.
- Requisitos: familias residentes en Navarra con hijos e hijas menores de 18 años.

El servicio de orientación es gestionado por un equipo de profesionales que ofrecen un proceso terapéutico que trata de posibilitar que en los miembros de la familia se produzcan los cambios, modificaciones o reparaciones necesarios en su funcionamiento para mejorar el desarrollo y evolución de las personas que lo forman y de su sistema familiar.

Ofrece un espacio de escucha donde se reflexiona acerca de las preocupaciones, se posibilita una ayuda para abordar las dificultades, se proporciona un acompañamiento al grupo familiar y a sus miembros, a lo largo del proceso terapéutico y se potencia el desarrollo de habilidades para el manejo de las problemáticas familiares.

Proceso de intervención desarrollado por el servicio de orientación:

- El proceso de intervención consta de 10 sesiones. Solo en aquellas situaciones que el profesional considere, se hará una ampliación valorando el motivo.
- A la primera sesión de información, encuadre y motivo de la demanda, se citará a ambos progenitores y en aquellas situaciones que se requiera, también se citará a los hijos/as. En el resto de las sesiones las personas a citar serán determinadas por el/la profesional.
- Existe compromiso de asistir, implicarse y colaborar en las sesiones terapéuticas.
- Salvo motivos de fuerza mayor, las fechas de las sesiones no se podrán variar. En caso contrario se deberá avisar con antelación.
- La duración de las sesiones será de una hora y con frecuencia variable.
- Todos los profesionales que intervengan en el caso se comprometen a mantener una absoluta confidencialidad acerca de la situación y problema que afectan a la familia.
- La constatación de situaciones graves de incumplimiento de los acuerdos podrá llevar a la Sección de Familia a adoptar las medidas que considere pertinentes pudiendo llegar a suspender la prestación del citado servicio.
- A salvo por circunstancias concretas que en cada caso se valoren, las sesiones con el profesional de orientación serán conjuntas con ambos progenitores.

3. Servicio de mediación

La mediación en los procesos familiares constituye un recurso de ayuda para resolver los conflictos entre 2 o más personas con la ayuda de un tercero imparcial llamado mediador.

El mediador no impone soluciones, no opina, regula el proceso de comunicación entre las partes, los progenitores en este caso, buscando llegar a un equilibrio en la satisfacción de sus necesidades y pretensiones.

A través de fases que están incorporadas al proceso de mediación como método de trabajo el mediador favorece la comunicación y el entendimiento entre las partes. La finalidad de la mediación es conseguir que las partes alcancen un acuerdo total o parcial para la solución del conflicto, en este caso un acuerdo total o parcial relativo a las medidas que han de regular los efectos

de su ruptura, pero el proceso de mediación en sí también puede resultar útil y positivo para rebajar la intensidad del conflicto, aun cuando no se alcancen acuerdos.

La mediación familiar es una metodología que ha demostrado su eficacia y éxito en países de nuestro entorno como instrumento de resolución de conflictos familiares, tanto si ya se ha iniciado proceso judicial como si todavía no se ha incoado el procedimiento.

Todos los operadores jurídicos que actúan en el proceso son elementos claves de una metodología moderna de gestión de los conflictos familiares, que guarda relación con el proceso judicial y que sirve sin duda para lograr una mejor solución que la judicial en un gran número de casos.

La derivación a mediación puede llevarse a cabo por el propio órgano judicial, previa selección de aquel o aquellos casos que se estiman adecuados o idóneos para este tipo de proceso. Una vez hecha por el Juez o la Jueza la selección de los casos que se consideran candidatos adecuados para acudir a una mediación, el propio juzgado comunicará a las partes, a través de sus abogados, la conveniencia de iniciar dicho proceso. Esta derivación judicial puede jugar un papel muy importante en el uso eficiente de la mediación.

IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA 1º DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

José Antonio Seijas Quintana.

Magistrado Jubilado Sala 1ª del Tribunal Supremo.

SUMARIO:

I.-Planteamiento: II.-Las primeras sentencias tras la Ley 15/2005, de 8 de Julio. III.- Criterios para acordar la guarda y custodia compartida. IV.-Supuestos concretos: 1º. Plan contradictorio. 2º. Relaciones entre los cónyuges. 3º. Alimentos. 4º. Edad de los hijos. 5º. Distribución de los tiempos de estancia con cada uno de los progenitores. 6º. Violencia de género. 7º.- Distancia entre los domicilios. 8º. Vivienda. V.- Cambio de circunstancias. VI.-Recurso de casación.

IV.1. PLANTEAMIENTO

La Ley 15/2005, de 8 de julio, admitió y reguló una nueva figura de custodia, como es la llamada guarda y custodia compartida, modificando, entre otros, el artículo 92 del Código Civil. Lo hizo en beneficio e interés de los hijos menores, pero sin definirla, mucho menos regularla, de una forma simplemente nominal y sin señalar como debe aplicarse. La Ley se limita a disponer que podrá acordarse cuando se solicite de común acuerdo por los padres en convenio regulador o en el transcurso del procedimiento, o cuando lo pida uno de ellos, con informe favorable del Ministerio Fiscal, informe que ha desaparecido de la redacción originaria.

La sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, declaró inconstitucional y nulo el inciso «favorable» del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código civil, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen en el marco de la controversia existente entre los progenitores.

Nada dice sobre cómo y de qué forma adaptamos este régimen a partir de unas medidas pensadas para la custodia monoparental. Lo único que dice es no podrá adoptarse cuando uno de los progenitores esté incurso en un proceso penal por alguno de los delitos mencionados en la norma, o existan indicios fundados de violencia doméstica. También para cuidar aspectos que son comunes a cualquier sistema de guarda como es la referencia a que se procure no separar a los hermanos, que se oiga a los menores antes de pronunciarse el Juez y que puedan incorporarse a la causa dictámenes de especialistas cualificados. Nada más. Nada sobre aspectos tan fundamentales a su adopción, como son los alimentos, la vivienda familiar, los tiempos de convivencia, etc, probablemente porque el legislador pensó que este vacío sería llenado por la jurisprudencia, como así ha sido en realidad.

Ha sido el Tribunal Supremo el que, a través de numerosas resoluciones, ha ido marcando la pautas sobre el desarrollo de esta importante institución, que no elimina otros sistemas de custodia, y que poco a poco va calando en la sociedad consciente de la importancia de su adopción en beneficio del niño y de la tutela de sus intereses, a la espera de una necesaria reforma, que no llega.

El legislador nacional no está ni se le espera, a diferencia del autonómico con derecho civil propio, que en ésta y en otras cuestiones está tomando la iniciativa al estatal, como si se tratara de un régimen de custodia vinculado a una concreta ideología, que nada tiene que ver con una buena regulación de la familia en fase de ruptura y, en particular, con el interés de los hijos y el de sus padres, que es lo único que se debe tener en cuenta para acordarla.

En juego está no solo este interés, sino la seguridad jurídica que se pone en evidente riesgo no solo por una falta de regulación, y de medios materiales, sino por su exposición casi absoluta a las decisiones de los tribunales, siendo, como es, un instrumento legal puesto al servicio de la familia y de la propia sociedad, que necesita de forma urgente una normativa clara que garantice unas relaciones familiares más seguras en su desarrollo y en la

ruptura, tomada de la jurisprudencia y de la experiencia alcanzada en estos últimos años.

Como es sabido, la quiebra o fracaso de dos individuos como pareja no comporta necesariamente su fracaso como padres. Pero, además, una buena regulación de la familia previene situaciones de violencia doméstica.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha recordado de manera reiterada –Sentencia 593/2018, de 30 de octubre–, los criterios que se deben tener en cuenta para adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, especialmente a partir de la sentencia 257/1013, de 29 de abril, siempre en interés y beneficio de los hijos menores, no como una medida excepcional, sino como la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación con ambos progenitores, algo que se ha cuestionado en Aragón mediante la eliminación del carácter «preferente» de la custodia compartida, en la Ley 6/2019, que modifica el Decreto Legislativo 1/2011.

Y lo que es evidente, como se afirma en la sentencia 4372/2017, de 13 de diciembre, es que en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y de la jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor.

Lo que recoge este trabajo es una síntesis de las sentencias más importantes dictadas por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en materia de guarda y custodia compartida a partir de su inclusión en el Código Civil.

IV.2. PRIMERAS SENTENCIAS TRAS LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO

1º) Sentencia del Tribunal Supremo 614/2009, de 28 de septiembre. Niega la custodia compartida.

Es la primera sentencia que se dicta sobre guarda y custodia compartida. Aunque niega este sistema de custodia, sienta alguno de los criterios a tener en cuenta en resoluciones posteriores:

(i) «La nueva regulación de la guarda y custodia compartida en el artículo 92 después de la reforma producida por la Ley 15/2005 permite al Juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b)

cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8)⁴».

(ii) «se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a “la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia” (artículo 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1,2 LECiv. Además, en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC, establece que el Juez debe “valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”».

(iii) «... la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional», de tal forma que «la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que, por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren «esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa» (STS 17 julio 1995).

(iv) «la sentencia recurrida no ha establecido una guarda y custodia compartida, lo que se deduce de la no utilización del procedimiento establecido en el artículo 92, vigente en el momento de dictarse la sentencia de apelación al que

⁴ En ambos casos, añade la sentencia 229/2012, de 19 de abril, «un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse». La necesidad de que la custodia se pida por uno al menos de los cónyuges se reitera en la sentencia 400/2016, de 15 de junio.

podría haberse acogido, dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, de modo que, aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés. Por tanto, al no haber sido utilizada por el tribunal la figura de la guarda y custodia compartida, ya que lo único que realiza la sentencia recurrida es la determinación del régimen de visitas del padre, teniendo en cuenta este interés, no procede que esta Sala se pronuncie en este caso sobre la interpretación del artículo 92 CC después de la reforma de 2005».

2º) Sentencia 579/2011, de 22 de julio, que reitera la 323/2012, de 25 de mayo: La custodia compartida no es una medida excepcional.

Sirve para concretar algo que ha venido confundiendo a la doctrina y a muchos jueces. Me refiero a la excepcionalidad de la medida que menciona el art. 92.8 CC, redactado por ley 15/2005, que debe interpretarse en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla *«fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor»*. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la «excepcionalidad», a que se refiere el Art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

3º) Sentencia 623/2009, de 8 de octubre.

Se enumeran por primera vez algunos criterios para facilitar la determinación del interés del menor en la atribución de la guarda compartida:

«Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando 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 en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

4º) Sentencia 94/2010, de 11 de marzo: Primera Sentencia que acuerda este sistema de guarda.

Reitera los criterios de aplicación utilizados en la sentencia 623/2009, y rechaza los que se tuvieron en cuenta en la sentencia recurrida: uno, el que denomina «deslocalización» de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en «un premio o un castigo» al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor.

5º) Sentencia 252/2011, de 7 de abril: Relevancia de los informes técnicos.

Se refiere a la apreciación de los datos que van a permitir al Juez adoptar la medida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, como son los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC.

En el caso de que figuren estos informes, el Juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009. Pero sin que sean en modo alguno vinculantes, siendo el Juez al que corresponde su valoración a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor, expresando en cualquier caso las razones de su decisión.

Este criterio se reitera en las sentencias de 21 de julio 2011 y 17 de diciembre de 2013, entre otras, precisando la sentencia 745/2012, de 10 de diciembre que la valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial. El Juez debe valorar los informes periciales de acuerdo con lo que dispone el artículo 348 LEC. De este modo, solo cuando dicha valoración no respete «las reglas de la sana crítica», podrá impugnarse.

IV.3. CRITERIOS PARA ACORDAR LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1º) Sentencia 257/2013, de 29 de abril. Fija doctrina

La sentencia sistematiza los criterios que, a juicio del Tribunal Supremo, se deben tener en cuenta, tomados de las anteriores resoluciones para incorporarlos como doctrina del Tribunal Supremo, en el fallo de la resolución.

La guarda y custodia se defiende como corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos resulta la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que, al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación una vez que sus padres han roto su relación de matrimonio.

La sentencia establece la siguiente doctrina:

«Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar; que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea».

Esta doctrina se ha ido reiterando en sucesivas resoluciones consolidando la custodia compartida como un sistema normal e incluso deseable; que exige que ambos progenitores se aparten de divergencias puntuales en

relación a la crianza y educación de los hijos y adquieran un mayor compromiso para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de sus funciones después del divorcio, compartiendo lo que es propio de este sistema de guarda y custodia, llamada compartida (242/2018, de 24 de abril), siempre en interés de los hijos.

2º) Sentencia 495/2013, de 19 de julio. Interés del menor⁵

Con esta medida:

«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, no 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.

El interés del menor, por lo demás, no ha de coincidir necesariamente con su voluntad, algo que en muchas ocasiones se tiene en cuenta, cuando puede estar condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro y, lógicamente, de los hijos. Al Juez corresponde hacer las valoraciones pertinentes en estos casos, que lo hará en función de la prueba practicada en el procedimiento.

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.

⁵ La doctrina establecida en esta sentencia se reitera, entre otras, en las sentencias 757/2013, de 29 de noviembre, 368/2014, de 2 de julio, y 215/2019, de 5 de abril.

3º) Sentencia 758/2013, de 25 de noviembre⁶

Con este sistema de custodia compartida, dice la sentencia:

- «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».*

4º) Sentencia 182/2018, de 4 de abril (interés del menor)

La toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia, dice la sentencia 526/2016, de 12 de septiembre de 2016:

«está en función y se orienta en interés del menor; 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, desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina, y que la jurisprudencia de esta sala, en supuestos como el que ahora se enjuicia, concreta a partir de 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 (sentencias de 19 de julio 2013, 2 de julio 2014, 9 de septiembre 2015)».

»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 368/2014, de 2 de julio)».

⁶ La doctrina recogida en esta sentencia se reitera en las sentencias 658/2015, de 17 de noviembre y 753/2015, de 30 de diciembre.

IV.4. SUPUESTOS CONCRETOS.

1º. Plan contradictorio

(i) Sentencias 515/2015, de 15 de octubre de 2014; 52/2015, de 16 de febrero 2015; 130/2016, de 3 de marzo; 722/2016, de 5 de diciembre.

*«Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un **plan contradictorio** ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre 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».*

(ii) Sentencia 280/2017, de 9 de mayo.

*«Quien solicita la custodia compartida debe concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un **plan contradictorio** ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo (vivienda, toma de decisiones sobre educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de ellos más próximos al cuidado del menor que los propios progenitores). En el caso, ante la falta de datos y de valoración de la prueba sobre las ventajas que para la niña tendría el cambio de su situación actual, no puede considerarse criterio suficiente para adoptar la custodia compartida la buena relación entre el padre y la niña».*

(iii) Sentencia 96/2015, de 16 de febrero.

*«Esta Sala no puede entrar en el estudio de esta cuestión, al carecer de la propuesta de un **plan contradictorio** en el que se defina por la parte que lo propone un desarrollo exhaustivo de los pormenores en que va a consistir la custodia compartida, sin perjuicio de que las partes lo planteen por el cauce procesal oportuno, siendo deseable un acuerdo entre los litigantes».*

2º. Relaciones entre los progenitores

Es uno de los criterios de este régimen que debe ser matizado, desde la idea de que solo las malas relaciones tendrán relevancia a la hora de adoptar este sistema cuando repercutan o sean relevantes al interés del menor, algo que en muchas ocasiones no se tiene en cuenta y de lo que tiene que salir al paso alguna sentencia, como la 96/2015, de 16 de febrero, para señalar que las discrepancias por el colegio del menor y sus consecuencias económicas «suponen una divergencia razonable» y que «no se exige un acuerdo sin fisuras».

Es por ello que la genérica afirmación «no tienen buenas relaciones», que en ocasiones se introducen en las sentencias, no ampara por sí misma una medida contraía a este régimen, cuando no se precisa de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de los menores, como aprecia la sentencia 757/2013, de 29 de noviembre.

La jurisprudencia es reiterada en este sentido.

(i) La custodia compartida, dice la Sentencia 242/2018, de 24 de abril, *«conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad* (sentencias 619/2014, de 30 de octubre ; 242/2016, de 12 de abril ; 529/2017, de 27 de septiembre ; 579/2017, de 25 de octubre). Pero ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida,

será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (sentencias 566/2014 de 16 de octubre; 433/2016, de 27 de junio, 409/2015, de 17 de julio)».

(ii) Se requiere, por tanto, un mínimo de capacidad de diálogo, pues sin él se abocaría a una situación que perjudicaría el interés del menor (art. 92 del Civil). En este sentido la sentencia de 17 de diciembre de 2012, que reitera la 143/2016, de 9 de marzo, refiere que las malas relaciones entre los cónyuges pueden ser relevantes cuando afectan al interés del menor lo que no sucede en casos como el contemplado en la sentencia en el que no se adopta un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos.

(iii) Los derechos derivados de la relación paterno filial, como se ha expuesto, exigen que ambos progenitores se aparten de divergencias puntuales en relación a la crianza y educación del hijo y adquieran un mayor compromiso para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de sus funciones después del divorcio, compartiendo lo que es propio de este sistema. La custodia compartida – sentencia 242/2016, de 12 de abril– conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no 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.

(iv) Si la mera constatación de no ser fluidas las relaciones entre los progenitores fuese suficiente para denegar la guarda y custodia compartida, se lanzaría un mensaje que iría en contra del interés del menor, pues lo que éste exige es un mayor compromiso de los progenitores y una mayor colaboración, a fin de que los efectos de la crisis matrimonial afecten lo menos posible a los hijos y la situación familiar se resuelva en un marco de normalidad. La mala relación entre las partes se circunscribe, por lo atinente a la menor, a las múltiples denuncias interpuestas por la recurrida por incumplimientos horarios relacionados con el régimen de visitas. Con independencia de que en derecho penal rija el principio de intervención mínima, por lo que el encaje adecuado de las diferencias entre las partes deban dilucidarse en el procedimiento civil, lo que es indudable es que la conflictividad no está en función del régimen que se elija, pues sea uno u otro, la recogida y entrega de la menor existe, y

sólo el compromiso y seriedad de los progenitores la pueden evitar (sentencia 433/2016, de 27 de junio).

v) Esa relación de mutuo respeto –sentencia 529/2017, de 27 de septiembre– es la que, en el fondo, se niega, y, una vez más se echa en falta, en un tema tan delicado, la ausencia de un informe psicosocial que ayude al tribunal a tener mayor conocimiento de causa para poder decidir, como se desprende de lo declarado en la sentencia de 21 de septiembre de 2016. Dicho informe no será requisito imprescindible, pero sí es conveniente en estos casos (sentencia de 7 de marzo de 2017).

3º. Alimentos

Una de las valoraciones negativas que se han hecho de este régimen tiene que ver con los alimentos de los hijos. Consideran que algunos padres están interesados en este sistema únicamente por evitar el pago de los alimentos que de otra forma tendrían que hacer cuando están bajo la custodia de uno solo de los progenitores.

Con independencia de que corresponde a los órganos de instancia averiguar el fraude que se esconde detrás de una solicitud instrumentada sin otro interés que el de no hacer frente a esta prestación alimenticia, lo cierto es que el establecimiento de un régimen de custodia compartida no excluye en modo alguno el establecimiento de una pensión a cargo de alguno de los progenitores, salvo en aquellos supuestos en que existe una igualdad salarial sustancial entre ambos.

(i) Sentencia 390/2015 de 26 de junio.

«el régimen de guarda y custodia comporta que cada progenitor, con ingresos propios, atienda directamente los alimentos cuando tenga consigo a la hija. El problema surge cuando existen diferencias sustanciales en los ingresos y recursos de uno con reparto al otro y no es posible cumplir la regla de atemperar los alimentos a las necesidades de los hijos y recursos de los padres –artículo 93 CC– especialmente en el momento en que estos permanecen bajo la custodia del menos favorecido, como ocurre en este caso, en el que la diferencia de ingresos de uno y otro es sustancial, lo que determina que el padre vendrá obligado a satisfacer en este concepto la cifra de quinientos euros al mes; cifra que se actualizará el día 1 de enero de cada año conforme al IPC publicado

por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Abonará también el 10 % de los gastos de guardería, si los hubiera, la cuota del club deportivo de..., si se mantiene, así como a la mitad de los gastos de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, y de la misma forma los gastos extraordinarios».

(ii) Sentencia 55/2016, de 11 de febrero.

«El recurrente entiende que al adoptarse el sistema de custodia compartida no es necesario el pago de alimentos, pues cada uno se hará cargo de los mismos durante el período que tenga la custodia de los menores.

Sin embargo, en la sentencia del Juzgado, que acordaba la custodia compartida, fijaba alimentos para los hijos, dado que la madre no tenía ingresos propios, si bien los limitaba por un plazo de dos años, en los que consideraba que la madre podría encontrar trabajo.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 Código Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da».

4º. Edad de los hijos

Existen algunos pronunciamientos sobre la incidencia de la edad de los hijos en la determinación de la guarda y custodia compartida.

(i) Sentencia 11/2018, de 11 de enero (hijo de cuatro años de edad cuando se resuelve el recurso de casación).

«La sentencia recurrida excluye la guarda y custodia compartida por la razón fundamental de que el menor estaba con su madre, y porque por su corta edad necesita rutina y estabilidad, lo que hace no recomendable introducir grandes cambios en su vida cotidiana, y todo ello pese a reconocer que la prueba practicada acredita la capacidad del padre para asumir, sin problema alguno, estos menesteres de guarda y custodia que, como ha recordado esta Sala, a partir de la sentencia 257/2013, debe ser el normal y deseable.

Y sin un solo motivo que justifique la medida, se ha privado al menor de compaginar la custodia entre ambos progenitores. Y lo que es más grave, la sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de casi cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de la estabilidad que tiene bajo la custodia exclusiva de su madre, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre».

(ii) Sentencia 182/2018, de 4 de abril (niño de 5 años de edad cuando se resuelve el recurso de casación).

«La sentencia recurrida excluye la guarda y custodia compartida por lo siguiente: a) porque el menor era lactante cuando se dictaron las medidas provisionales y, sin duda, contando entonces con dos años de edad, estaba adaptado al entorno materno; b) porque así lo recomienda el informe psicosocial realizado en el año 2015, y c) por la existencia de unas malas relaciones entre los progenitores por el hecho de una denuncia y de un procedimiento penal archivado.

Las conclusiones de los informes psicosociales y de los demás informes periciales en los procedimientos judiciales deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de los mismos (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre 2015; 135/2017, de 28 de febrero), siempre bajo el prisma del mejor interés del menor.

La sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre ».

5º. Distribución de los tiempos de estancia con cada uno de los progenitores

(i) Sentencia 133/2016, de 4 de marzo.

«El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores».

(ii) Sentencia 630/2018, de 13 de noviembre.

«...el sistema de custodia compartida, lejos de ser excepcional es el que más favorece el contacto de los menores con sus progenitores y el que más protege el interés de los menores (sentencias 1638/2016, de 13 de abril, y 257/2013, de 29 de abril)».

(iii) Sentencia 630/2018, de 13 de noviembre, que reitera la 30/2019, de 17 de enero.

«El sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores».

6º. Violencia de género

(i) Sentencia 36/2016, de 4 de febrero. (Se reitera en la sentencia 350/2016, de 26 de mayo).

La sentencia de la Audiencia había hecho una correcta evaluación de los hechos y había acordado un régimen de guarda y custodia compartida. Ocurre que después de haberse dictado la sentencia hay un episodio de violencia, concluido mediante sentencia firme, condenatoria de uno de los progenitores, que la recurrente trae a conocimiento de la Sala en el momento de formular recurso de casación.

«Sin duda la Audiencia Provincial acierta en su respuesta a la pretensión del padre. Se establece la guarda y custodia compartida a partir de la integración de los hechos que considera acreditados en los criterios de esta Sala sobre guarda y custodia compartida expresados en las sentencias que cita, como la de 29 de abril de 2013, y que en lo sustancial recoge la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones

familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco. Nada habría que objetar; por tanto, si no fuera por la incorporación al rollo de esta Sala de una sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Gernika-Lumo de fecha 9 de enero de 2005, por un delito de violencia de género. La sentencia se dicta por conformidad del ahora demandado con la petición del Ministerio Fiscal y le condena como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar, previsto y penado en el artículo 171. 4º y 5º, en relación con los artículos 57.3º y 48. 2º del Código Penal, a la pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad, prohibición de acercarse a Dña. ... a su domicilio, lugar de trabajo, lugar donde resida o cualquier otro frecuentado por ella a una distancia no inferior a 300 metros, así como a comunicarse con ella por cualquier medio, todo ello durante un plazo de 16 meses y privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de 20 meses.

La condena se fundamenta en los siguientes hechos probados: ... «sobre las 20:00 horas del día 6 de enero de 2015, cuando su expareja, Doña..., iba a proceder a la entrega de los hijos comunes en la calle..., domicilio del acusado, y con ánimo de causarle a la misma un temor de sufrir un menoscabo en su integridad corporal, le dijo «como no me den la custodia compartida te arrancio la piel a tiras, como me quites la custodia compartida aunque sea lo último que haga, te meto una hostia aquí mismo, mentirosa de la hostia, esto va a acabar mal para todos, perra de la hostia, te va a tocar la gorda, la gorda te va a tocar»».

La parte recurrida conoce, lógicamente, la sentencia, y ha tenido ocasión de hacer las alegaciones pertinentes sobre la misma al oponerse al recurso. Manifiesta que «se arrepintió de sus actos inmediatamente, motivo por el que asumió su responsabilidad mostrando su conformidad con la acusación del Ministerio Fiscal. Y, consciente de que aquel hecho se había producido por su estado de ansiedad y depresión, acudió a la consulta de un psiquiatra para tratar esos problemas».

Pero sus razones no pueden dejar sin respuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar; con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales 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.

Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.

El art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «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»; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor.

Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil, según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica».

La sentencia de la Sala asume la instancia y mantiene la guarda y custodia de los hijos acordada por el Juzgado en favor de la madre y, a la vista de los hechos que se pusieron de manifiesto, deja a la determinación del Juzgado, en ejecución de sentencia, el régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre, manteniendo el resto de las medidas acordadas.

(ii) Sentencia 350/2016, de 26 de mayo.

«En el caso de autos consta un auto de incoación de procedimiento abreviado (no firme) en el que se concretan los indicios existentes de un delito de violencia doméstica, unido a que en la propia sentencia recurrida se declara que «pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida.

Partiendo del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que

pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente.

Estimando el recurso de casación, esta Sala atribuye la custodia del menor a la madre, debiendo el Juzgado determinar el sistema de visitas, alimentos, gastos y medidas derivadas, en ejecución de sentencia, al cual deberá aportar la recurrente el auto de incoación de procedimiento abreviado y el informe forense al que nos hemos referido».

(iii) Sentencia 117/2017, de 22 de febrero. (Vivienda).

«No es sostenible de ninguna forma que, como argumento de refuerzo, se diga que «la salida del referido domicilio se produjo por iniciativa de la Sra. en el mes de marzo de 2014 sin que se suscitase cuestión alguna en relación con el indiscutible derecho de habitación de los menores, accediendo de manera inmediata a una vivienda en las proximidades del domicilio familiar en el que se ha mantenido sin controversia alguna al menos hasta el dictado de la resolución recurrida». La demanda se formula el día 24 de marzo de 2014, y estamos ante un hecho probado de violencia de género, en el que la primera prevención que se recomienda a la víctima, como recuerda el Ministerio Fiscal en su informe, «es el abandono del domicilio e intermediaciones donde se ha producido la violencia»».

7º. Distancia entre los domicilios

(i) Sentencia 4/2018, de 10 de enero.

«En sentencia 748/2016, de 21 de diciembre, se declaró:

El hecho de que esta Sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida –por ser el más adecuado para el interés del menor– no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se considera desfavorable. La propia parte recurrente afirma que se trata de «un concepto jurídico indeterminado, dejando el legislador en manos del poder jurisdiccional la difícil y responsable tarea de llenarlo de contenido, ha-

biéndonos dotado en los últimos años, con una enorme cercanía en el tiempo, de contenido práctico a ese principio mediante las resoluciones emanadas de la Sala Primera del Tribunal Supremo y que son las que consideramos han sido desconocidas por la sentencia recurrida».

La Audiencia sí ha tenido en cuenta el interés de la menor como criterio prevalente a la hora de resolver, si bien no lo ha hecho en la forma en que lo entiende la parte recurrente. Difícilmente puede justificarse en tal caso que estemos ante un supuesto que presente interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, ya que tal doctrina impone la consideración de dicho interés, pero atendiendo al caso concreto. Resulta así que, aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio».

En el mismo sentido la reciente sentencia 566/2017, de 19 de octubre, referida a la distancia entre Salamanca y Alicante.

«De las referidas sentencias, que constituyen doctrina jurisprudencial, se deduce que la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor; pues como alega el Ministerio Fiscal no procede someter al menor a dos colegios distintos, dos atenciones sanitarias diferentes, y desplazamientos de 1.000 km, cada tres semanas, todo lo cual opera en contra del interés del menor, que precisa de un marco estable de referencia, alejado de una existencia nómada, lo que el padre, con evidente generosidad, parece reconocer en uno de los mensajes remitidos a la madre».

(ii) Sentencia 115/2016, de 1 de marzo.

«Realmente la distancia no solo dificulta, sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria, razones todas ella que motivan la denegación del sistema de custodia compartida».

(iii) Sentencia 229/2018, de 18 de abril (Pamplona-Tokio). (En parecido sentido, Sentencia 21/2018, de 10 de enero: 1.000 kilómetros).

«...la distancia existente entre ambos domicilios no solo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida de los menores, que precisan de un marco estable de referencia, y, de acogerse, como se interesa, la situación de los dos niños se vería agravada por el hecho de que el padre oferta un proyecto educativo en un colegio japonés en Madrid, con el fin de facilitarles la integridad de sus dos identidades, y, con independencia de cómo va a hacerse efectivo ese traslado, especialmente del padre, lo cierto es que el trabajo y la residencia en España la tiene el padre y la tuvieron los hijos en un determinado momento en Pamplona, que es su entorno de referencia en España».

8º. Vivienda

Es posiblemente uno de los aspectos más conflictivos, no solo en los supuestos de guarda y custodia monoparental sino, en mayor medida, en los de guarda y custodia compartida.

(i) Sentencia 593/2014, de 24 de octubre (aplica el párrafo 2º y no el 1º del artículo 96 CC), reiterada en las sentencias 1896/2017, de 12 de mayo y 3323/2017, de 22 de septiembre.

«El Código Civil ha incorporado modificaciones importantes en su artículo 92 en materia de atribución de la guarda y custodia compartida, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y la declaración de inconstitucional y nulo el inciso «favorable» del informe del Ministerio Fiscal contenido en su número 8, en la STC 185/2012, de 17 de octubre. Lo que no hay es una regulación específica para adaptarla a esta nueva modalidad de custodia posiblemente por las variables que el sistema comporta.

Si lo han regulado otras leyes autonómicas: a) Código Civil de Cataluña, redactado por Ley 25/2010, de 29 de julio, relativo a la persona y la familia, en cuyo artículo 233.20 atribuye el uso al cónyuge más necesitado con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. b) El artículo 81 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código

del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares, señalando que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia y c) La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en cuyo artículo 6 señala que a falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda; atribución que tendrá carácter temporal siendo la autoridad judicial la que fije el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.

El problema para hacer efectivo este régimen de convivencia, es especialmente grave en situaciones de crisis económica, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, puesto que les obligará a disponer de su propia vivienda, además de la familiar, con tres viviendas en uso. También lo es cuando uno de ellos es titular de la vivienda en que la familia ha convivido y el otro carece de ella puesto que existe el riesgo de que no pueda cumplimentar esta alternancia en los periodos en que le corresponde vivir en compañía de los hijos, como es el caso. Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al Juez resolver «lo procedente». Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con 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. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC (SSTS 3 de abril y 16 de junio 2014, entre otras).

Pues bien, el interés más necesitado de protección ya ha sido valorado en la sentencia por lo que restar por analizar si se debe imponer una limitación del derecho de uso, armonizando los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda; aspecto en que debe casarse la sentencia.

Es cierto que la situación económica de uno de los progenitores puede dificultar en algunos casos la adopción del régimen de custodia compartida y que sería deseable que uno y otro pudieran responder al nuevo régimen que se crea con la medida. Pero es el caso que esta medida no ha sido cuestionada y que en el momento actual es posible extender el uso hasta los dos años contados desde esta sentencia, teniendo en cuenta que se trata de una situación que la esposa ha consentido, y, por lo tanto, ha debido calcular su momento. Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad (nacida el NUM002 de 1977), y cualificación (química) la situación económica mediante al acceso a un trabajo, que incremente los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en ese mismo interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas».

(ii) Sentencia 183/2017, de 14 de marzo.

«El artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en

cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al Juez resolver «lo procedente». Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con 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. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC» (sentencias 593/2014, 24 de octubre; 434/2016, 27 de junio, 522/2016, 21 de julio, entre otras).

Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 Código Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015; rec. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales» (sentencias 658/2015, 17 de noviembre de 2015, 51/2016, 11 de febrero de 2016, 215/2016, 6 de abril, 110/2017, 17 de febrero, entre otras).

(iii) Sentencia 215/2019, de 5 de abril (Inviabile alternancia de la casa).

«En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no

es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (artº 96 del Civil).

A la vista de ello, estimando el recurso de casación y asumiendo la instancia, se casa la sentencia recurrida y se confirma la sentencia de 27 de junio de 2017 (Proc. 463/2015) del JPI nº 2 de..., excepto en lo relativo a la residencia del menor, que habrá de ser en el domicilio de cada uno de los progenitores, en el periodo respectivamente atribuido.

En cuanto al destino de la vivienda familiar será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien».

IV.5. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

La jurisprudencia tiene muy claro que el transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no puede servir de argumento en sí mismo para negar su transformación en custodia compartida.

(i) Sentencia 561/2018, de 10 de octubre. (la modificación de la medida no tiene que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto, de las circunstancias).⁷

«Con reiteración ha dicho esta Sala que las discusiones sobre guarda y custodia de los menores deben contemplar siempre el prevalente del interés de los niños, en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tienen que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto, de las circunstancias, lo que obliga a los tribunales a decidir cuál es lo que más les conviene, y lo que no conviene en este caso a la hija es lo que ha hecho la sentencia obviando, de un lado, la reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre los criterios de aplicación en casos como el enjuiciado de modificación de medidas, acudiendo a lo que nadie había planteado, como es la no ejecución provisional de la sentencia, para vincularlo con absoluto simplismo al interés de la niña en continuar con la madre como viene haciéndolo desde el año 2011. El hecho de no ejecutar la sentencia no permite deducir desinterés por la situación de la niña, más bien prudencia por lo que podría pasar y finalmente pasó.

⁷ En términos semejantes se pronuncia la sentencia 616/2014, de 12 de noviembre, en una unión de hecho en la que las partes pactaron ante notario una custodia monoparental.

Como ha declarado esta sala, en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor (sentencias 390/2015, de 26 de junio, 469/2014 y 758/2013, de 25 de noviembre).

La custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores sino el sistema normalmente más adecuado, y que se adopta siempre que sea el compatible con el interés del menor, sin que ello suponga, necesariamente, recompensa o reproche (sentencia 554/2017, de 17 de octubre).

Estos cambios son inequívocos y relevantes en orden a la custodia de la menor, lo que provoca un replanteamiento del sistema de custodia, que conlleva la estimación del recurso de casación y, asumiendo la instancia, la confirmación íntegra de la sentencia del Juzgado, que ha valorado de forma completa, adecuada, y con conocimiento de la jurisprudencia de esta sala en la interpretación del artículo 92 del CC, el interés y las necesidades de la hija, acordando la guarda y custodia compartida por ambos padres».

(ii) Sentencia 390/2015, de 26 de junio (convenio regulador previo).

Esta sentencia es posiblemente una de las más importantes en orden a valorar las circunstancias del cambio de circunstancias en un supuesto en el que mediaba un escaso espacio de tiempo entre las medidas objeto del incidente de modificación y la demanda formulada. Se casa la sentencia de la Audiencia Provincial que argumentaba lo siguiente:

«...ambas partes convinieron las medidas que habían de regir en el futuro sus relaciones y en ellas se dispuso que la menor permaneciera bajo el cuidado cotidiano de su madre, por lo que no resulta oportuno la modificación de la medida, alterando una situación que se viene desarrollando de forma adecuada y que responde a lo querido por los progenitores». Nada más dice. Nada dice que el padre es «buen padre de familia», como señala el Juzgado en la sentencia que ratifica la Audiencia, circunstancia que no se niega ni se discute, y nada argumenta tampoco sobre la evolución natural de la menor desde que el convenio se aprueba hasta ahora especialmente referida a un momento importante como es para la niña el del inicio de su etapa escolar, y la menor dependencia de sus padres».

La respuesta de la Sala es la siguiente:

«La sentencia solo ha valorado el convenio regulador anterior sin tener en cuenta este cambio de circunstancias que propician un régimen de custodia distinto, como tampoco ha tenido en cuenta el hecho de que en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad. Una cosa es que al tiempo de la quiebra de la unidad familiar, ambos progenitores consideraran que tal alternativa era la que mejor se adaptaba a las necesidades de la niña, y otra distinta que el simple transcurso del tiempo, dice la sentencia, apelando a la cosa juzgada y a la seguridad jurídica, no tenga entidad suficiente para modificar un status que, hasta el presente, ha ofrecido las condiciones necesarias para un desarrollo armónico y equilibrado de la niña, y que podría verse afectada negativamente por el régimen de alternancia que postula el apelante, por más que el mismo ofrezca, al menos en teoría, las aptitudes necesarias para asumir, en plano de igualdad con la otra progenitora, la función debatida, ignorando que en la actualidad el régimen de estancias es muy amplio y flexible ya que, como reconoce la esposa, la menor está con el padre todos los miércoles hasta el jueves, además de los lunes alternos, los fines de semana alternos desde el viernes hasta el lunes, y la mitad de las vacaciones. Una semana, dice, «la menor ve al padre y está con el padre el lunes, el miércoles hasta el jueves y viernes hasta el lunes. (Está el padre con la menor el lunes, miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo). Luego la semana siguiente, la lleva el lunes al colegio, y la recoge el miércoles hasta el jueves. (Está el padre con la menor el lunes, miércoles y jueves)».

La sentencia no concreta el interés de la menor; en la forma que esta Sala ha señalado con reiteración. La sentencia petrifica la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido.

En primer lugar –STS 18-11-2014–, el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio no es especialmente significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo de los hijos y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual, como resulta de la sentencia de 29 de noviembre de 2013.

En segundo lugar, lo que se pretende con esta medida –dice la misma sentencia– es «asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor» y, en definitiva, «aproximarlo al modelo de con-

vivencia 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 sin duda parece también lo más beneficioso para ellos».

En tercer lugar, la rutina en los hábitos de la niña que resultan del régimen impuesto en el convenio regulador no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que no se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado 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, de una forma responsable.

Por consiguiente, la valoración del interés de la menor... no ha quedado adecuadamente salvaguardado. La solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta los parámetros necesarios, 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».

(iii) Sentencia 529/2017, de 27 de septiembre

«Establece el art. 90.3 CC lo siguiente:

3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas por los cónyuges judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

La transcrita redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto. (STS 346/2016, de 24 de mayo)

Es por ello que: «Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, Rc. 1889/2014, que declara, partiendo del interés del menor,

que se ha producido el cambio de circunstancias porque: (i) la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador; y en la actualidad tenía 10 años; (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015, Rc. 469/2014, que valora que «en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad». Añade que no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida. (sentencia 162/2016, de 16 de marzo)».

Consecuencia de lo expuesto es que la doctrina de la sentencia recurrida no se compadece con la de esta sala, pues cuando se dictó la sentencia de divorcio el menor tenía año y medio y ahora tiene seis, con lo que la nueva edad no es óbice para la existencia de un cambio en la guarda y custodia, pues entonces no podía ser conveniente la compartida, por su escasa edad, y ahora si podría ser, en evitación de petrificar su situación.

Además es cierto, como recoge la sentencia de primera instancia, y con independencia de que el cambio legislativo fuese precedente, que el régimen de guarda y custodia compartida sufrió una evolución en la doctrina de la sala y de la sociedad en años posteriores, según las sentencias citadas de esta sala.

Por tanto condiciones para atender a una modificación de circunstancias sí que existen, sin que sea óbice al cambio de régimen el que el precedente monoparental y con amplio régimen de visitas funcionase correctamente (SSTS de 28 de enero de 2016 y 16 de septiembre de 2016)».

(iv) Sentencia 564/2017, de 17 de octubre. (alteración de circunstancias que no justifica el cambio del régimen de custodia, pese a que la monoparental era prácticamente del 50%).

Cambiar de un régimen de custodia monoparental a otro de custodia compartida, supone una modificación no solo nominal sino real. Las medidas no van a ser las mismas, tanto en lo que se refiere a los alimentos de los hijos, como, muy especialmente, a la vivienda, y al control, dirección y referencias directas de los hijos hacia uno u otro progenitor, algo que se debe tener en cuenta a la hora de modificarlo.

«El recurrente entiende que, dado que de facto el tiempo de estancia de la menor con cada uno de los progenitores es del 50%, debe denominarse tal sistema, como custodia compartida.

Ello lo sustenta en el cambio de circunstancias acaecidas dado el tiempo transcurrido desde la sentencia de divorcio (4/4/2006), cuyas medidas de custodia se han modificado en dos ulteriores procedimientos de modificación de medidas, hasta conseguir que en la actualidad pase la niña... (21-4-2009) dos tardes con pernocta con cada progenitor y los fines de semana alternos, más la mitad de vacaciones para cada uno.

Como ha declarado esta sala, en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor (sentencias 390/2015, de 26 de junio, rec. 469/2014 y 758/2013, de 25 de noviembre, rec. 2637/2012).

La custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores sino el sistema normalmente más adecuado, y que se adopta siempre que sea el compatible con el interés del menor; sin que ello suponga, necesariamente, recompensa o reproche.

En el presente caso, la resolución recurrida funda la negativa del cambio de denominación del sistema de custodia por el de custodia compartida, en que la situación fáctica no ha cambiado.

Esta sala debe declarar que no cabe recurso de casación para obtener un cambio de denominación en el sistema de custodia, pues el régimen de visitas no varía, dado que el recurrente pretende mantener el mismo sistema de estancias de los menores, que el conseguido en la última modificación de medidas, de lo que se deduce que no hay un cambio sustancial de circunstancias que justifique la pretensión del recurrente (arts. 90 f y 92 del Código Civil)».

(v) Sentencia 215/2019, de 5 de abril (cambio cierto: artículo 91 CC).

«Como esta sala ha declarado en sentencia 31/2019 de 19 de diciembre, que cita las de 12 y 13 de abril de 2016, la modificación de medidas, tal como el cambio de sistema de custodia, exige un cambio «cierto» de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores (artº 91 del Civil).

En el presente caso, dado que el menor contaba con meses cuando los progenitores rompieron su convivencia, que en la actualidad tiene siete años y que en anterior procedimiento ya se anunciaba la posibilidad de un cambio en el sistema

de custodia, debemos concluir que se aprecia un cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, como para posibilitar un cambio de custodia en interés del menor, unido ello al informe psicosocial favorable.

En este sentido, se ha de casar la sentencia recurrida al no tener en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre cambio de medida».

IV.6. RECURSO DE CASACIÓN

a) Con reiteración se ha dicho por la Sala 1ª que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina jurisprudencial invocada (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte.

Y lo que es evidente es que el acceso a la casación de materias como la que aquí se analiza sería menor si se conociera y respetara por determinadas Audiencias la jurisprudencia y se dejara de atender a criterios que nada tienen que ver con ella. Sería no solo menor, sino que se evitarían gastos y tiempos innecesarios a quienes pretenden llevar sus desacuerdos hasta el Tribunal Supremo en contra de una reiterada jurisprudencia.

La sentencia 194/2016, de 29 de marzo, lo pone en evidencia:

«La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares.... El recurso de casación tiene como función la de preservar la pureza de la ley para conseguir la igualdad y la seguridad jurídica en su aplicación, donde tiene su origen la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC)».

La sentencia añade:

«no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se

desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues ninguna se dice salvo que funciona el sistema de convivencia instaurado en la sentencia de divorcio».

b) El interés del menor, dice la sentencia 348/2018, de 7 de junio, *«tiene aspectos casacionales (sentencia 614/2009, de 28 de septiembre) y no se trata a través de este cauce de cuestionar la valoración de la prueba ni de atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados. La determinación del mayor beneficio para el menor, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser, en definitiva, objeto de una revisión conceptual en casación (sentencias 384/2005, de 23 de mayo, 614/2009, de 28 de septiembre)».* La razón se encuentra en que *«el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este».* *«(...) La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, las circunstancias más adecuadas para dicha protección»* (sentencias 261/2012, de 11 de enero, 261/2012, de 27 de abril y 633/2012, 25 de octubre).

Siempre deberá tenerse en cuenta que interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los artículos. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (Ver SSTs de 11 febrero y 25 de abril de 2011). Por esta razón, en este punto no rige el principio de justicia rogada.

El interés del menor mueve montañas, incluso las procesales. El problema será concretar cuando existe ese interés del menor que deba ser tutelado.

V. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Se han analizado 103 sentencias en total, dictadas por las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia de Aragón (60 sentencias), Cataluña (39 sentencias), hasta diciembre del año 2018, más dos del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (dictadas hasta diciembre de 2019) y otras dos del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (igualmente dictadas hasta diciembre de 2019) resolviendo recursos de casación autonómicos –fundados en autonómico derecho propio de la CA respectiva–, en procedimientos de familia contenciosos en los que se solicitaba por alguna de las partes o por ambas el establecimiento de un régimen de custodia compartida.

No se ha incluido en esta obra el análisis de la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Valencia al amparo de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares, habida cuenta que su anulación por la sentencia del Tribunal Constitucional 192/2016, de 16 de noviembre, que declaró su inconstitucionalidad total, deja también sin efecto la jurisprudencia dictada para su interpretación y aplicación.

V.1. ANÁLISIS DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN:

Han sido analizadas 62 sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón entre el año 2011 y el año 2018, con la siguiente distribución temporal: 2 del año 2011, 11 del año 2012, 11 del año 2013, 9 del año 2014, 8 del año 2015, 5 del año 2016, 8 del año 2017 y 8 del año 2018.

V.1.1. Análisis cuantitativo:

A. Tipo de procedimiento y sentido de las sentencias:

De las sentencias analizadas 32 (51,61%), esto es, más de la mitad, han sido dictadas en procesos de modificación de medidas definitivas, 22 (35,48%) en procedimientos de divorcio contencioso y 8 (12,90%) en procedimientos derivados de la ruptura de la pareja de hecho.

En cuanto al sentido de las sentencias, encontramos que de las 62 resoluciones analizadas la mitad exactamente, 35 sentencias (56,45%), son confirmatorias de la decisión adoptada en segunda instancia en relación con la custodia, y 27 sentencias (43,55%) revocatorias, con la particularidad de que el porcentaje de revocaciones en los primeros años (60,88% entre 2011 a 2013) es considerablemente superior al porcentaje de revocaciones en los tres últimos años (28,57% entre 2016 y 2018).

B. Régimen de custodia adoptado:

De las 62 sentencias analizadas, 35 (56,45%) establecen un sistema de custodia compartida, 22 (35,48%) establecen un sistema de custodia individual materna, 3 (4,83%) establecen un sistema mixto de custodia individual materna para uno de los hijos y custodia compartida para otro, una de ellas establece un sistema de paso progresivo de custodia individual materna a custodia compartida a partir de los 3 años del hijo y una sola sentencia establece un régimen de custodia individual paterna.

Si comparamos estos datos con las decisiones adoptadas en los mismos procedimientos en primera y segunda instancia encontramos que en la primera instancia se observa una cierta prevalencia de la custodia individual materna (33 sentencias, 53,22%) sobre la custodia compartida (24 sentencias, 38,71%), que se acentúa notablemente en la segunda instancia con 45 sentencias (72,58%) que establecen un sistema de guarda individual materna frente a tan sólo 11 sentencias (17,74%) que fijan un régimen de guarda compartida, siendo ya en vía de casación autonómica que la custodia compartida adquiere prevalencia sobre la custodia individual materna, como efecto claramente vinculado a la preferencia legal del régimen de custodia compartida.

C. Organización de tiempos y estancias en la custodia compartida:

Lo primero que debe destacarse es que en un número significativo de sentencias que fijan régimen de custodia compartida no consta cual es la

organización de tiempos y estancias que queda definitivamente fijada (por remisión a otras resoluciones que no se transcriben en la estudiada). Atendiendo exclusivamente a aquellas sentencias que sí permiten tomar conocimiento específico del sistema de organización de tiempos, 19 sentencias, encontramos que dos de ellas fijan alternancia semestral con visitas de fines de semana y tardes intersemanales para el progenitor no custodio, dos fijan alternancia bimensual, igualmente con visitas para el progenitor no custodio, una de ellas establece una alternancia mensual, cuatro fijan alternancia quincenal, nueve fijan alternancia semanal, seis de ellas sin visitas intersemanales y cuatro con visitas intersemanales, y una de ellas se acoge al sistema de semana partida.

V.1.2. Análisis cualitativo:

A. Criterios tomados en consideración a la hora de decidir acerca del régimen de custodia aplicable:

– Para la adopción o mantenimiento del régimen de custodia compartida:

1º) La preferencia legal del régimen de custodia compartida es, de lejos, el argumento más utilizado por las sentencias del TSJ, dificultando en muchas ocasiones la valoración de otros factores o circunstancias concurrentes en el caso concreto.

2º) El resultado de los informes periciales es también un elemento importante de valoración, aun cuando se aprecia que el criterio de la preferencia legal se impone en diversas ocasiones sobre las reticencias de los peritos a la custodia compartida.

3º) La edad es otro de los factores tenidos en cuenta con más frecuencia para pasar de un régimen de custodia individual materna a otro de custodia compartida, especialmente combinado con el criterio de la preferencia legal y la opinión manifestada por el o la menor con edad y madurez suficientes.

4º) La opinión del menor es citada en varias resoluciones, si bien no siempre se sigue la preferencia expresada por éste, especialmente cuando esa preferencia se sustenta fundamentalmente en el deseo de evitar cambios. La preferencia legal suele imponerse al deseo de evitar cambios en la situación preestablecida.

5º) La apreciación de la aptitud y capacidad de los progenitores para el ejercicio de las funciones inherentes a la guarda compartida es igualmente un criterio recurrente, si bien las sentencias que recurren a este criterio no con-

cretan en qué se basan para concluir esa capacidad y aptitud (interrogatorios, informes, documental, hecho no controvertido).

6º) El conflicto entre los progenitores no se considera, como regla general, obstáculo al establecimiento de una custodia compartida salvo que por su intensidad esté repercutiendo o pueda llegar a repercutir de manera negativa en los hijos e hijas.

Otros criterios tenidos en cuenta para la adopción de un sistema de custodia compartida son las posibilidades de los progenitores de conciliar sus horarios laborales con el cuidado de los hijos e hijas, la proximidad entre los domicilios de los progenitores, compatibilidad entre los estilos educativos de los progenitores y estabilidad económica y personal de los progenitores.

– Para la adopción o mantenimiento del régimen de custodia individual materna:

1º) La corta edad juega un papel fundamental para el establecimiento de un sistema de guarda individual materna durante la primera infancia, aunque hay sentencias que se apartan de este criterio y establecen custodia compartida incluso a edades muy cortas.

2º) Otro factor relevante para denegar la custodia compartida y acudir a una custodia individual materna son los horarios laborales del padre y la dificultad para conciliarlos con las labores de cuidado y atención a los hijos.

3º) La falta de capacidad del padre para asumir las tareas propias de la guarda y custodia, por falta de implicación, falta de organización o falta de interés, también se tiene en cuenta de manera relevante para denegar la custodia compartida y establecer una guarda individual materna, así como el hecho de que el padre padezca afecciones relevantes (generalmente de naturaleza psiquiátrica) que puedan dificultar la adecuada asunción de tales responsabilidades.

4º) Algunas sentencias establecen un régimen de custodia individual materna acudiendo al criterio del mantenimiento de la estabilidad y las rutinas de los hijos e hijas, pero lo cierto es que este criterio cede frente al preferencia legal de la custodia compartida en la mayoría de las ocasiones. Se acude a él para justificar la custodia individual materna en combinación con alguno de los demás factores indicados anteriormente (corta edad del menor, desinterés o falta de capacidad o disponibilidad del padre para el ejercicio de las tareas asociadas a una guarda compartida).

5º) En uno solo de los casos se deniega la custodia compartida y se acude a la custodia individual materna atendiendo a la gravedad del conflicto interparental y a los efectos que viene produciendo sobre la hija.

6º) El criterio de los informes periciales y la opinión del menor han servido también en algunas resoluciones para adoptar la guarda individual materna.

– Para la adopción o mantenimiento del régimen de custodia individual paterna.

Tan sólo una de las sentencias analizadas establece un sistema de guarda individual paterna, y funda esta decisión en la orientación del informe psicológico y social y el de los servicios Sociales, sin mención concreta de los motivos derivados de tales informes que llevan a considerar que este régimen de custodia es el más indicado en el caso concreto. Nada se sabe de esta unidad familiar con la sola lectura de la sentencia.

B. En cuanto a la organización de los tiempos:

– En el régimen de custodia compartida:

En este aspecto se ha producido una clara evolución en el tiempo desde las primeras sentencias que fijaban custodia compartida, que acudían a periodos largos de alternancia (semestral, bimensual o quincenal) a las sentencias más modernas (2016, 2017 y 2018), todas las cuales se acogen ya al sistema más estándar de alternancia semanal, con o sin visitas intersemanales, incluso al sistema de semana partida.

En un número apreciable de las sentencias que fijan alternancia semanal se establece una visita intersemanal con el progenitor no custodio, que generalmente se concreta en la tarde de los miércoles. También hay alguna sentencia que se decanta por una estancia semanal con pernocta.

Llama la atención la falta de fundamentación relativa a la organización de tiempos escogida, aun cuando la edad del hijo se tiene en cuenta, si bien no se menciona expresamente.

– En el régimen de custodia individual:

En el régimen de custodia individual las estancias con el progenitor no custodio tienden a ser amplias, incluyendo fines de semana, puentes que se unen al fin de semana, fiestas del Pilar... Se aprecia una tendencia en el tiempo a alargar las estancias de fin de semana hasta el lunes. Muchas de las reso-

luciones contemplan días intersemanales de visita, algunas con pernocta. Las vacaciones se explicitan con bastante concreción en cuanto a los periodos.

Al igual que sucedía con la custodia compartida, llama la atención la falta de fundamentación en cuanto al sistema de estancias con el progenitor no custodio, no recogiendo como regla general en las sentencias las razones concretadas por las que en cada caso concreto se adopta un régimen más amplio o menos frecuente, ni las razones por las que se realizan determinados cambios de días intersemanales de una semana a otra, por ejemplo.

C. En cuanto a las pruebas practicadas y su relevancia:

En las sentencias examinadas la prueba que con mayor frecuencia se practica y sobre la que más se fundamenta a la hora de decidir una medida de guarda y custodia es la prueba pericial psicosocial.

Las sentencias acogen las conclusiones de los informes o se apartan de las propuestas que realizan en bloque, sin hacer una valoración concreta del contenido de los informes o de aquellas partes del informe que son tenidas en consideración para adoptar una determinada decisión que se adopta. En alguna sentencia sí se mencionan cuestiones generales como que se trata de un informe exhaustivo, por ejemplo. Faltan criterios técnicos en la valoración pericial practicada, tanto cuando se acogen las conclusiones del informe como cuando se apartan de ellas.

La prueba documental que se haya aportado no se explicita en la fundamentación de las sentencias. El resultado de los interrogatorios de las partes no se expone en las resoluciones. Tampoco las declaraciones que pudieran haber realizado otras personas en el procedimiento y que, al igual que los interrogatorios, están grabados.

La audiencia del menor si se menciona y se valora por el tribunal en la mayor parte de las resoluciones. Sin embargo, los criterios que se utilizan son de nuevo poco técnicos y se razona pobremente aquello que se ha tenido en cuenta para acoger o para apartarse de la opinión del hijo.

D. Incidencia de la custodia compartida sobre los alimentos y la vivienda familiar:

En las sentencias estudiadas no siempre hay una resolución sobre la vivienda. En los procedimientos de modificación de medidas, por ejemplo, no consta qué se ha hecho anteriormente con la vivienda o se expresa que se mantiene lo ya establecido con anterioridad, sin indicar qué es lo que ya viene establecido.

En los procesos de divorcio la vivienda queda atribuida al progenitor custodio. Hay resoluciones de temporalización del uso incluso en custodia individual.

En resoluciones de custodia compartida se ha mantenido a la madre en el derecho de uso de la vivienda familiar. En la mayor parte se temporaliza el uso pero en otras no consta nada al respecto. Hay alguna resolución que expresamente establece que no se atribuye la vivienda a ninguna de las partes y que deberán decidir sobre su futuro.

V.2. ANÁLISIS DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA:

Han sido analizadas 39 sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entre el año 2008 y el año 2018. Se incluye el análisis de tres sentencias anteriores a la entrada en vigor del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, habida cuenta que en dichas sentencias se sientan ya algunos de los criterios esenciales que se repetirán en las sentencias posteriores objeto del presente análisis.

V.2.1. Análisis cuantitativo:

A. Tipo de procedimiento y sentido de las sentencias:

De las sentencias analizadas 16 (41,02%) han sido dictadas en procesos de modificación de medidas definitivas, 15 (38,46%) en procedimientos de divorcio contencioso y 8 (20,51%) en procedimientos derivados de la ruptura de la pareja de hecho.

En cuanto al sentido de las sentencias, encontramos que de las 39 resoluciones analizadas tan sólo 13 (33,33%) son plenamente confirmatorias de la sentencia dictada en segunda instancia, frente a 21 sentencias revocatorias (53,85%), de las que 13 (33,33%) son de revocación total y 8 (20,51) de revocación parcial del fallo de la Audiencia Provincial. En tres de las sentencias analizadas (7,69%) se anula el fallo de segunda instancia por falta suficiente de motivación y se devuelven los autos a la Audiencia Provincial de origen para el dictado de nueva resolución.

B. Régimen de custodia adoptado:

De las sentencias analizadas, 19 (48,71%) establecen un sistema de custodia compartida, 15 (38,46%) establecen un sistema de custodia individual

materna, 2 (5,13€) establecen un sistema de custodia individual paterna y 3 sentencias (7,69%) no fijan régimen de custodia por haber alcanzado los hijos la mayoría de edad en el curso del procedimiento.

Si comparamos estos datos con las decisiones adoptadas en los mismos procedimientos en primera y segunda instancia encontramos que en la primera instancia se observa una cierta prevalencia de la custodia individual materna (21 sentencias, 53,85%) sobre la custodia compartida (16 sentencias, 41,03%), en la segunda instancia se produce una equiparación entre las sentencias que se acogen a un sistema de custodia compartida (18) y las sentencias que adoptan un sistema de custodia individual materna (18), y es en vía de casación que la custodia compartida adquiere una cierta prevalencia sobre la custodia individual materna. En las tres instancias la custodia individual paterna es absolutamente residual con tan solo 2 casos de 39 en que se adopta esta modalidad de custodia.

Se observa con carácter general una actitud favorable de la Sala de lo Civil y lo Penal del TSJ de Cataluña hacia la custodia compartida.

C. Organización de tiempos y estancias:

– En custodia compartida:

De las 19 sentencias en que la Sala de lo Civil del TSJ se acoge a un régimen de custodia compartida encontramos que tan sólo 3 de ellas adoptan un sistema de alternancia semanal sin visitas intersemanales. Todas las demás sentencias se acogen a modalidades más flexibles de organización de tiempos, ya sea el sistema de alternancia semanal con una o dos visitas intersemanales (5 sentencias), el sistema de semana partida (4 sentencias) o sistemas de organización de tiempos que específicamente adaptados a las particularidades del grupo familiar (4 sentencias). Como excepción nos encontramos una sentencia que fija alternancia quincenal con visitas intermedias.

Estos datos son semejantes a los que pueden observarse durante la segunda instancia, en que también se da prevalencia a sistemas flexibles de alternancia semanal con visitas intersemanales (6 sentencias) o semana partida (6 sentencias), frente al sistema rígido de alternancia semanal pura (2 sentencias). En la primera instancia, sin embargo, se incrementa el número de casos en que se fija un sistema de alternancia semanal puro (4 sentencias), aunque sigue siendo superior el número de casos en que se establece un sistema alternancia semanal con visitas intersemanales (3) o de semana partida (3). Tanto en primera como segunda instancia hay un solo caso de alternancia quincenal con visitas intermedias para el progenitor no custodio.

Se observa así en todas las instancias una tendencia a la flexibilización de la organización de los tiempos y estancias de los hijos con los progenitores, con fijación de estancias intersemanales cuando se establece alternancia semanal, y mayor adaptación de dicha organización a las circunstancias concretas de la familia.

– En custodia individual:

De las sentencias dictadas por la Sala que fijan un sistema de custodia individual, sólo 3 se acogen a un sistema de visitas de fines de semana alternos sin visitas intersemanales, siendo lo normal en estos casos que se fijen visitas intersemanales con pernocta (6 sentencias fijan una visita intersemanal con pernocta, 2 fijan dos visitas intersemanales con una pernocta y una de ellas fija dos visitas intersemanales con dos pernoctas). Una de las sentencias establece dos visitas intersemanales sin pernocta, otra no establece régimen de visitas y en otra no consta cual es el régimen de visitas establecido por no ser objeto de discusión en vía de casación autonómica.

Si comparamos los datos con las decisiones adoptadas en esta materia durante la primera y la segunda instancia encontramos que en tales instancias es aún mayor la tendencia a establecer regímenes de visitas amplios a favor de progenitor no custodio. Así, en primera instancia se fijan visitas intersemanales en todos los casos en que se establece una custodia individual, y en la inmensa mayoría de los casos se fijan una o dos pernoctas intersemanales de los hijos e hijas con el progenitor no custodio. En segunda instancia sí encontramos ya dos casos en que no se fijan visitas intersemanales, aunque la tendencia clara continúa siendo el establecimiento de visitas intersemanales con una pernocta (10 de los casos).

D. Incidencia de la custodia compartida sobre los alimentos y la vivienda familiar:

– En relación con los alimentos y gastos de los hijos:

De 19 sentencias que establecen un sistema de custodia compartida, 12 de ellas fijan una pensión de alimentos a cargo del padre, 4 exigen la apertura de una cuenta corriente para el pago de los gastos de los hijos y fijan distintas contribuciones para los progenitores en función de sus recursos económicos, 3 disponen que cada progenitor se hará cargo de los gastos ordinarios de los hijos mientras los tenga en su compañía y el resto de pagarán al 50% a través una cuenta corriente conjunta que los progenitores habrán de abrir a tal efecto.

Una sola de las sentencias analizadas hace el reparto en el pago en función del tipo de gasto (escolaridad, actividades deportivas, seguro médico y telefonía al padre, calzado y vestido a la madre).

Los gastos extraordinarios se pagan en todos los casos por ambos progenitores en proporciones correspondientes a sus respectivos ingresos y recursos.

Debe destacarse que dos de las sentencias examinadas anulan la sentencia de segunda instancia por eliminar la pensión de alimentos por el simple establecimiento de un régimen de custodia compartida.

– En relación con el uso de la vivienda familiar:

De las 19 sentencias examinadas que establecen un sistema de custodia compartida, 6 no especifican cual es la solución que se ha dado a esta cuestión (modificaciones de medidas en que no se somete esta cuestión a debate), 12 de ellas atribuyen el uso de la vivienda familiar a la madre, de las cuales 9 lo hacen hasta la mayoría de edad de los hijos o sin limitación temporal alguna y 3 de ellas establecen una limitación temporal (2 años, 7 años y hasta la liquidación de los bienes comunes). Una sentencia asigna el uso de una vivienda a la madre y el uso de otra vivienda al padre en un caso en que había dos viviendas dentro del patrimonio familiar.

V.2.2. Análisis cualitativo:

A. Criterios tomados en consideración a la hora de decidir acerca del régimen de custodia aplicable:

1º) Con carácter general, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña parte de la base de que no caben sistemas de guarda «preferentes» o «apriorísticos», sino que el régimen de custodia procedente debe establecerse en cada caso en función del superior interés de los concretos menores afectados (STS-JC 22/2015, de 9 de abril, ECLI:ES:TSJCAT:2015:3492; STSJC 38/2015, de 25 de mayo, ECLI:ES:TSJCAT:2015:5187; STSJC 53/2017, de 6 de noviembre, ECLI:ES:TSJCAT:2017:9632).

2º) Partiendo de esa base, se afirma en varias sentencias que, pese a no ser preferente, el régimen de custodia compartida sí se considera deseable, siempre que se den las condiciones adecuadas para su establecimiento, por cuanto *«fomenta la igualdad de derechos y deberes entre los progenitores, elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración*

en los aspectos afectivos, educativos y económicos, sin perjuicio de que la autoridad judicial deba decidir de acuerdo con las circunstancias concretas del supuesto examinado y siempre primando el interés del menor.» (...) «la guarda conjunta por ambos progenitores resulta más conveniente para la evolución y desarrollo del menor en tanto evita la aparición de los «conflictos de lealtades» de dichos menores con sus padres y favorece la comunicación de éstos entre sí, estimándose que el reparto equilibrado de las cargas derivadas de la relación paterno-filial resulta algo consustancial y natural, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de igualdad de sexos». (STSJC 73/2016, de 28 de septiembre, y en el mismo sentido las SSTSJC 52/2017, de 6 de noviembre, ECLI:ES:TSJCAT:2017:9630; 21/2016, de 7 de abril, ECLI:ES:TSJCAT:2016:3121; 77/2014, de 1 de diciembre, ECLI:ES:TSJCAT:2014:12011; 35/2014, de 19 de mayo, ECLI:ES:TSJCAT:2014:5531; y 38/2013, de 30 de mayo. ECLI:ES:TSJCAT:2013:5339).

3º) Se estima que son condiciones adecuadas para establecer una custodia compartida la buena vinculación afectiva de los menores con sus dos progenitores, la aptitud de los dos progenitores para garantizar el bienestar de los niños, dedicación demostrada del padre a los hijos antes de la ruptura, existencia de una propuesta de convenio regulador que finalmente no fue ratificada por la madre en que se establecía custodia compartida, disponibilidad por los dos progenitores de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos e hijas, distancia razonable entre los domicilios de los progenitores, y circunstancias laborales equiparables en términos de disponibilidad de tiempo y flexibilidad horaria (STSJC 38/2015, de 25 de mayo, ECLI:ES:TSJCAT:2015:5187 y en el mismo sentido STSJC 52/2017, de 6 de noviembre, ECLI:ES:TSJCAT:2017:9630).

4º) El hecho de que la madre haya sido la cuidadora principal de los hijos no obsta al establecimiento de una custodia compartida, si se dan las condiciones adecuadas para su establecimiento, especialmente si el padre se ha ido involucrando cada vez más en las tareas de cuidado y atención (STSJC 73/2016, de 28 de septiembre, y en el mismo sentido STSJC 52/2017, de 6 de noviembre, ECLI:ES:TSJCAT:2017:9630, y 88/2016, de 3 de noviembre).

5º) La menor disponibilidad horaria del padre no impide el establecimiento de una guarda compartida cuando es capaz de cumplir las obligaciones que este régimen impone gracias a la ayuda que puede obtener de la familia extensa o de su pareja (STSJC 88/2016, de 3 de noviembre; STSJC 51/2016

de 27 de junio, ECLI:ES:TSJCAT:2016:4537; STSJC 5/2017, de 6 de febrero de 2017, ECLI:ES:TSJCAT:2017:491).

6º) Se considera, sin embargo, circunstancia contraria al establecimiento de una custodia compartida la distancia relevante entre los domicilios de los progenitores puesta en relación con la edad del niño o niña (STSJC 104/2016, de 22 de diciembre). También se consideran circunstancias contrarias al establecimiento de una custodia compartida la negligencia anterior del padre en el cumplimiento de sus obligaciones parentales o el impago reiterado de la pensión de alimentos fijada por resolución judicial (STSJC 13/2012, de 6 de febrero, ECLI:ES:TSJCAT:2012:1941).

7º) La corta edad del niño o la niña también se considera circunstancia contraria al establecimiento de una custodia compartida, pero se tiende a la transformación de la custodia individual en custodia compartida a partir de los 3-4 años de edad STSJC 34/2017, de 20 de julio, ECLI:ES:TSJCAT:2017:5923; STSJC 88/2016, de 3 de noviembre, STSJC 35/2014, de 19 de mayo, ECLI:ES:TSJCAT:2014:5531), si bien la STSJC 15/2015, de 16 de marzo, ECLI:ES:TSJCAT:2015:3077, deja sin efecto la progresión automática de custodia individual materna a custodia compartida acordada por la Audiencia Provincial en el momento en que la menor alcance la edad de 5 años, habida cuenta que este cambio no debe llevarse a cabo sin una nueva valoración de las circunstancias que indique que en ese momento la custodia compartida es lo más beneficioso. La mayor edad del niño se considera cambio relevante de circunstancias a efecto de fundar una modificación de medidas que pase de una custodia individual materna a una custodia compartida (STSJC 48/2012, de 26 de julio, ECLI:ES:TSJCAT:2012:8896).

8º) El conflicto interparental no es suficiente por sí solo para excluir la posibilidad de una custodia compartida (STSJC 52/2017, de 6 de noviembre, ECLI:ES:TSJCAT:2017:9630; STSJC 21/2016, de 7 de abril, ECLI:ES:TSJCAT:2016:3121; 77/2014, de 1 de diciembre, ECLI:ES:TSJCAT:2014:12011; 35/2014, de 19 de mayo, ECLI:ES:TSJCAT:2014:5531), pero sí lo es cuando el conflicto haya trascendido a los hijos, afectándoles de manera negativa o causándoles un perjuicio apreciable. Así lo entiende la STSJC 53/2017, de 6 de noviembre, ECLI:ES:TSJCAT:2017:9632, que deniega la custodia compartida sobre esta base argumentando:

«Es cierto que esta Sala ha resaltado en las sentencias que se citan y en otras posteriores que no cabe rechazar la guarda compartida ante cualquier grado de conflictividad entre los progenitores (excluyendo en todo caso

la violencia de género) ya que, aunque este régimen de custodia no sirva para disminuir las diferencias entre ellos, tampoco puede afirmarse que las acentúe. Ahora bien, esta doctrina debe ser aplicada cuando la conflictividad se ha visto favorecida con actuaciones de ambas partes de falta de respeto mutuo, y siempre que esta conflictividad no haya trascendido en perjuicio del menor. Se reitera que no caben sistemas de guarda «preferentes» o apriorísticos sino que el régimen de custodia procedente debe establecerse en cada caso en función del superior interés de los concretos menores afectados. En el presente caso sí consta que el grave conflicto entre los padres está afectando de manera muy negativa a los hijos (uno de ellos presenta múltiples alergias alimentarias y diferentes patologías físicas asociadas precisamente a la ansiedad derivada del conflicto parental).»

9º) Los actos de violencia machista de los que los hijos hayan sido víctimas directas o indirectas excluyen por completo la custodia compartida, bastando a estos efectos con acreditar *«que los ha presenciado o que los ha percibido sensorialmente de cualquier otro modo, de manera que el menor haya tomado conocimiento o adquirido conciencia de ellos por sí mismo, es decir, que haya sido expuesto de cualquier forma a dicho tipo de violencia, sin que en este sentido puedan excluirse a los menores de corta edad»* (STSJC 29/2017, de 1 de junio, ECLI:ES:TSJCAT:2017:3650, y en el mismo sentido STSJC 22/2015, de 9 de abril, ECLI:ES:TSJCAT:2015:3492; STSJC 77/2014, de 1 de diciembre, ECLI:ES:TSJCAT:2014:12011; STSJC 27/2014, de 14 de abril, ECLI:ES:TSJCAT:2014:4525).

10º) Se atribuye un valor destacado a la opinión manifestada por los hijos e hijas, que debe ser atendida, de acuerdo con el Tribunal, *«siempre que: a) su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres; b) que sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y c) que no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores»* (STSJC 1/2017, de 12 de enero, ECLI:ES:TSJCAT:2017:486 y STSJC 29/2015, de 4 de mayo, ECLI:ES:TSJCAT:2015:5647).

La STSJC 22/2018, de 12 de marzo, ECLI:ES:TSJCAT:2018:2439 aprecia el recurso de casación por infracción procesal interpuesto con la sentencia de la Audiencia Provincial por haber descartado la opinión manifestada por el hijo de los litigantes bajo el único argumento de que *«no se advierte que*

haya una voluntad madura de cambiar al sistema de guarda compartida», entendiendo el Tribunal Superior de Justicia que «esta valoración constituye una infracción procesal por cuanto: 1) se dice que el menor ha expresado su voluntad de relacionarse de una «forma natural» con sus progenitores cuando lo que realmente expresa es su deseo de vivir una semana con cada uno de ellos; 2) no se indica la concurrencia de motivo alguno que desmienta la libre formación de la voluntad del menor; 3) tampoco se indica la razón por la que no se ha de asignar al menor un grado de madurez suficiente para formarse esta voluntad.»

La STSJC 18/2012, de 23 de febrero, ECLI:ES:TSJCAT:2012:1943 rechaza, sin embargo, tener en cuenta la opinión de las hijas adolescentes de los litigantes alegando que *«la opinión de los menores es relevante pero nunca vinculante y no debe confundirse el interés del menor con los deseos o anhelos de niños o adolescentes. Las opiniones de las hijas van cambiando a lo largo del procedimiento en función de los desencuentros que van teniendo con uno u otro de sus progenitores. Los órganos judiciales no pueden sujetarse a los cambios de humor, enfados o cambios de parecer de menores adolescentes, ni deberían tampoco hacerlo los padres».*

B. Organización de tiempos y estancias con los progenitores en la custodia compartida:

Pese a que en la inmensa mayoría de las sentencias que establecen un sistema de custodia compartida se fijan periodos iguales de estancia de los hijos e hijas con cada uno de los progenitores, el Tribunal insiste en varias sentencias en la idea de que lo esencial en el sistema de custodia compartida es la coparentalidad, el ejercicio compartido y equivalente de las responsabilidades de atención, cuidado y educación de los hijos e hijas, no la igualdad aritmética de los periodos de tiempo que han de pasar con uno y otro progenitor.

En este sentido la STSJC 34/2017, de 20 de julio, ECLI:ES:TSJCAT:2017:5923 afirma que *«no es imprescindible que el reparto de los tiempos sea aritméticamente equivalente. Cabe un reparto asimétrico para adaptar el régimen a las posibilidades reales logísticas de los progenitores, como en este caso en que el padre trabaja 5 días seguidos y luego descansa 4 días».* En el mismo sentido la STSJC 51/2016, de 27 de junio, ECLI:ES:TSJCAT:2016:4537.

La STSJC 29/2015, de 4 de mayo, ECLI:ES:TSJCAT:2015:5647, matiza *«La guarda y custodia compartida no supone necesariamente que los tiem-*

pos de permanencia con uno u otro progenitor sean idénticos. Sin embargo, tampoco resultaría razonable, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su informe que, sin la pertinente justificación, la distribución de estancias con uno u otro progenitor no estuviese suficientemente equilibrada si se quieren maximizar los beneficios de un sistema conjunto o corresponsable de la parentalidad.»

Por otra parte, la Sala, en consonancia con la Audiencia Provincial, se separa de la tendencia apreciada a nivel nacional de recurrir de modo automático al sistema de turnos semanales en la custodia compartida, para llevar a cabo una adaptación mucho más flexible de los periodos de estancia de los hijos e hijas con los progenitores – sistema de semana partida, turnos de 6 días con el padre y 8 con la madre, una semana con el padre y dos semanas con la madre, turnos de cinco días con la madre y cuatro días con el padre en función de las exigencias laborales de éste, etc...

C. Determinación de las contribuciones de los progenitores a los gastos de los hijos en la custodia compartida:

La Sala mantiene de manera estable y sostenida que La forma de ejercitarse la guarda no altera la obligación de prestar alimentos que incumbe a los progenitores, de suerte que el establecimiento de una custodia compartida no implica el cese de la obligación de alimentos. «En el caso de que se acredite que la capacidad económica de uno de los progenitores es superior a la del otro para evitar que las posibles desigualdades económicas puedan alterar la estabilidad del menor e incidir en sus preferencias, se puede optar para compensar la menor capacidad económica de uno de ellos por un sistema de cuenta común o por el establecimiento de una pensión de alimentos a favor del menor, entregada al progenitor que ostente una menor capacidad económica. Ahora bien, a la hora de establecerse las contribuciones de los progenitores a los alimentos de los hijos debe guardarse una adecuada proporcionalidad entre los gastos reales de los hijos y las posibilidades reales actuales de los progenitores.

En términos de la primera sentencia dictada por el Tribunal en la materia, STSJC 29/2008, de 31 de julio, que sirve de referencia a las posteriores:

«Teniendo en cuenta que bajo la denominación equívoca de custodia «compartida» pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores –partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta–, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convi-

vencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación habrá que tener en cuenta, además y en su caso, las diferencias de ingresos que puedan existir entre los obligados a su pago (art. 267 CF), puesto que, permaneciendo inalterable la necesidad de los alimentistas, sería contrario a la regla arriba mencionada (art. 82.2 CF) no procurar un cierto equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios».

En el mismo sentido se pronuncian expresamente, extendiendo el criterio de la sentencia citada a los supuestos en que los periodos de tiempo que los hijos e hijas pasan con cada progenitor son idénticos, las SSTSJC 32/2018, de 12 de abril, ECLI:ES:TSJCAT:2018:6532; 106/2016, de 22 de diciembre; 88/2016, de 3 de noviembre; 4/2016, de 26 de enero, ECLI:ES:TSJCAT:2016:466; y 29/2015, de 4 de mayo, ECLI:ES:TSJCAT:2015:5647.

Las SSTSJC 71/2015, de 14 de octubre, ECLI:ES:TSJCAT:2015:10171, y 43/2013, de 1 de julio, ECLI:ES:TSJCAT:2013:6225 anulan por falta de motivación las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial, que dejaban sin efecto la pensión de alimentos previamente establecida al pasar de una guarda individual a una guarda compartida, argumentando que:

«No puede contemplarse como un efecto necesario o ineludible de la guarda y custodia conjunta o compartida la extinción de la obligación de uno de los progenitores –o de los dos– de abonar una pensión de alimentos en favor de los hijos, toda vez que debe procurarse « un equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios», y ello incluso en aquellos supuestos en que el tiempo de permanencia con los menores sea idéntico.»

«Ello supone que, aun en el caso de establecer una custodia compartida, el juzgador no puede dejar de analizar las posibilidades económicas de los padres en relación con las necesidades de los hijos, para, en función de los parámetros indicados, resolver lo que proceda conforme a derecho en orden

a los alimentos precisos para cubrir sus necesidades de carácter ordinario y extraordinario en la proporción que proceda.»

Partiendo de esta idea nos encontramos con que de las 19 sentencias que establecen un régimen de custodia compartida, 12 señalan una pensión de alimentos a cargo del padre.

Otras formas utilizadas por el Tribunal para compensar eventuales diferencias en la capacidad económica de los progenitores son: 1) el establecimiento de la obligación de apertura de una cuenta bancaria conjunta en la que se cargarán los gastos de los hijos e hijas, con fijación de contribuciones mensuales diferentes de los progenitores a dicha cuenta en proporción a sus respectivos ingresos y recursos económicos; 2) la fijación de distintos porcentajes de contribución al pago de los gastos extraordinarios (medida ésta que suele ir en combinación con la fijación de una pensión o de contribuciones diversas a la cuenta conjunta); y 3) la imposición al progenitor con mejor posición económica del pago en solitario de determinados gastos de los hijos e hijas (señaladamente los correspondientes a escolaridad y seguro médico privado).

La STSC 4/2016, de 28 de enero, ECLI:ES:TSJCAT:2016:466, sienta dos criterios interesantes al establecer, por un lado, que *«resulta errónea y arbitraria la apreciación de la sentencia de apelación en el sentido de que al vivir la recurrente con sus padres, no ha de satisfacerse cantidad alguna por dicho concepto (habitación). Nótese que no son los abuelos maternos quienes deben procurar la asistencia de los menores siendo ello una obligación de los progenitores, en primer lugar, en la medida de su capacidad económica»*, y por otro lado que *«la determinación de la cuantía (de las contribuciones de los progenitores a los alimentos) debe ser examinada conforme a las circunstancias concurrentes en los miembros de la familia que deba sufragarlos y conforme a los criterios más acordes con su nivel de vida o status actual.»*

D. Criterios tomados en consideración para decidir acerca del uso de la vivienda familiar:

El criterio básico que sigue el Tribunal Superior de Justicia a la hora de decidir sobre el destino que ha de darse tras la ruptura a la que venía siendo vivienda familiar es el del *interés más necesitado de protección*. Precisamente partiendo de dicho criterio 12 de las 19 sentencias analizadas que acogen un sistema de custodia compartida hacen atribución expresa del uso de la vivienda familiar a la madre.

En cuanto a la limitación temporal de este uso, la STSJC 88/2016, de 3 de noviembre, limita a 7 años la atribución del uso argumentando:

«La sentencia recurrida al atribuir una guarda y custodia monoparental y mayor necesidad de la madre aplica el nº 2 del art. 233. 20 CCCat, sin límite temporal, lo que debe ser revocado pues fijada la guarda y custodia compartida resulta aplicable el nº 3 a) del art. 233. 20 de dicho Cuerpo Legal y subsiguientemente la limitación temporal establecida en el nº 5 de dicho precepto.

En el supuesto de autos, atendida la mayor necesidad de la madre, la cotitularidad de la vivienda y la edad actual de la hija (6 años) así como que la hipoteca que grava el domicilio familiar es satisfecha por ambos cónyuges, procede fijar una limitación temporal de SIETE años a partir de la presente resolución (es usado por la Sra. Benita, exclusivamente, desde 2012, cuando se separaron de hecho ambos litigantes), teniendo presente que resulta un tiempo razonable para que se adapten sus respectivas vidas a la situación derivada de la crisis conyugal, con aplicación en su caso de una posterior prórroga si se mantienen las circunstancias, conforme lo dispuesto en el pfo. 5º del art. 233-20 CCCat.»

Pese a la tesis sentada en esta sentencia, lo cierto es que la mayoría de sentencias que limitan temporalmente el uso de la vivienda, establecen dicho límite en la mayoría de edad de los hijos e hijas (SSTSJC 32/2018, de 12 de abril, ECLI:ES:TSJCAT:2018:6532; 5/2017, y de 6 de febrero, ECLI:ES:TSJCAT:2017:491).

Caso diverso es que los hijos e hijas hayan alcanzado la mayoría de edad en el momento de dictarse la sentencia, supuestos en los que sí se fija una limitación temporal sensiblemente inferior (STSJC 76/2018, de 17 de septiembre, ECLI:ES:TSJCAT:2018:7468, y STSJC de 24 de febrero de 2014).

Se rechaza, con carácter general, el sistema de «casa nido». En tal sentido la STSJC 31/2008, de 5 de septiembre y la STSJC 5/2017, de 6 de febrero, ECLI:ES:TSJCAT:2017:491, argumenta al respecto:

«En la generalidad de los supuestos, el modelo de atribución compartida del uso del domicilio familiar tributario de una custodia por turnos («domicilio nido») se ha demostrado conflictivo y altamente insatisfactorio para los propios progenitores, no solo porque exige de ellos un alto nivel de entendimiento para planificar la organización de la intendencia doméstica y un no menos alto grado de tolerancia recíproca de las nuevas relaciones de pareja que pretendan establecer con terceros, sino también porque les impo-

ne un modelo de vida nómada y de economía colaborativa para el que difícilmente pueden hallarse preparados o, simplemente, dispuestos quienes se encuentran empeñados en una contienda judicial, además de exigir un importante esfuerzo financiero para la economía familiar, obligada a mantener tres viviendas (cfr. STSI 593/2014 de 24 oct. FD3). Y aunque aparentemente se trata de un modelo que pretende otorgar una mayor estabilidad a los menores, al facilitar su permanencia en el mismo medio en el que estaban antes de la crisis familiar ahorrándoles la necesidad de habituarse a ningún otro, en realidad favorece la pervivencia de una ficción familiar y, en su caso, alienta en los menores la idea errónea y perjudicial para su educación de que ambos progenitores son solo meros visitantes y cuidadores por turno a su servicio, de ahí su denominación común como « EMCA domicilio nido ».

No en vano la duplicidad de residencias familiares se ha demostrado consustancial a la custodia compartida (cfr. SSTSI 215/2016 de 6 abr. FD3 y 251/2016 de 13 abr. FD8), tanto como la no estabilidad del domicilio de los hijos (cfr. STSI 623/2009 de 8 oct. FD4).»

E. Medidas de seguimiento y apoyo:

Dos de las sentencias analizadas adoptan medidas de apoyo y seguimiento del régimen de visitas acordado.

La STSJC 77/2014, de 1 de diciembre, ECLI:ES:TSJCAT:2014:12011, en un caso en que se revoca el régimen de custodia compartida establecido en la sentencia de apelación y se establece un régimen de visitas restringido entre el padre y el hijo de fines de semana alternos, con entregas y recogidas en el Punto de Encuentro Familiar ante la existencia de una condena del padre por injurias continuadas contra la madre y de otro procedimiento penal abierto, con escrito de acusación ya formulado contra el mismo por delito de malos tratos contra la mujer. La sentencia fija una medida de seguimiento de las visitas por el SATAF con el fin de poder ampliar o restringir el régimen fijado en función de lo que resulte conveniente a la vista de los informes emitidos.

La STSJC 1/2017, de 12 de enero, ECLI:ES:TSJCAT:2017:486, acuerda como medida de apoyo para facilitar el régimen de visitas interrumpido entre un hijo y su madre, que el Juzgado de la ejecución articule una medida de apoyo por un especialista en parentalidad *«el Juzgado de la ejecución articule una medida de apoyo por un especialista en parentalidad, consensuado entre las partes de mutuo acuerdo o designado por los Equipos de asesoramiento técnico en el ámbito de familia (EATAF), de poder aceptar y realizar*

el trabajo en forma inmediata. En otro caso, la designación podrá recaer en un profesional de las listas proporcionadas por el Colegio de Psicólogos de Cataluña de entre los especialistas en parentalidad, en la forma prevista por el art. 341 de la Lec 1/2000.

El especialista contará con facultades para mantener entrevistas con los progenitores, con el menor, con los miembros de la familia extensa si fuese preciso, profesores y con los psicólogos que atiendan a los padres o al hijo, sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Adicional sexta nº 4, in fine, del Libro II CCCat. Debe intentar consensuar con los padres las medidas de aproximación madre e hijo, que entienda adecuadas (calendario, pautas y condiciones para la normalización de la relación materno-filial), informando al Juzgado de los acuerdos a los que las partes hayan llegado al respecto, con su intervención o haciendo las propuestas de relaciones personales o estancias del menor Edmundo con la madre que estime convenientes al Juez de la ejecución para que éste adopte la oportuna decisión, en caso de desacuerdo. Su intervención será temporal por lo que cesará en el plazo de tres meses, salvo que el juez de la ejecución disponga fundadamente una prórroga. Los gastos que comporte su intervención serán afrontados por las partes en la forma dispuesta por el art. 241 y ss de la Lec 1/2000.»

La STSJC 26/2018, de 15 de marzo, ECLI:ES:TSJCAT:2018:2440, confirma, por su parte, la medida de apoyo impuesta en este caso por la Audiencia Provincial y consistente en la designación de un especialista en parentalidad nombrado de común acuerdo entre las partes o por el Equipos de Asesoramiento Técnico en el Ámbito de Familia (EATAF). Este especialista deberá intentar consensuar las medidas oportunas en relación con la menor, o, caso de no llegarse a acuerdos, hacer las propuestas oportunas al Juez de la ejecución, que será el que adopte la decisión procedente. Intervención temporal limitada a 6 meses prorrogables.

V.3. ANÁLISIS DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA:

Tan solo se han encontrado dos sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y lo Penal del TSJ de Navarra dictadas en procedimientos en que la custodia compartida estuviera en debate, con lo que no es posible llevar a cabo un análisis cuantitativo, pero sí exponer los criterios básicos expuestos en tales sentencias.

La primera de las sentencias **STSJNA 25/2012, de 23 de octubre, ECLI:ES:TSJNA:2012:194**, revoca la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en apelación, que revocaba la dictada en primera instancia, estimaba la demanda de modificación de medidas y acordaba el cambio de un sistema de custodia individual materna a un sistema de custodia compartida con alternancia semanal, y suprimía la pensión de alimentos establecida a cargo del padre, declarando la obligación de los dos progenitores de hacerse cargo de los gastos de su hija mientras la tuvieran en su compañía. La sentencia de casación vuelve al criterio establecido por la sentencia de primera instancia, que desestimó la demanda de modificación de medidas por considerar que no se había producido un cambio sustancial de las circunstancias concurrentes que diera pie a la modificación interesada.

La Sala revoca la decisión recurrida en casación por entender que incurría en incongruencia *«extra petitum»* al resolver sobre el régimen de custodia de la menor ex novo, esto es, *«como si sobre el mismo no hubiera pronunciamiento judicial firme alguno o éste fuera libremente revisable sin vinculación a él, resolviendo la pretensión deducida a tenor de una normativa legal promulgada pendiente la resolución de la alzada y a partir de una nueva valoración de las circunstancias, con total abstracción de la variación eventualmente experimentada por las contempladas en aquel anterior pronunciamiento judicial»*.

Al hilo de esta argumentación la Sala afirma que, a falta de una disposición legal que autorice la revisión de medidas judiciales adoptadas según la normativa anterior, como la contenida en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Aragón, la entrada en vigor de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo *«no constituye una circunstancia nueva que permita revisar las medidas ya establecidas en resolución judicial firme conforme a la legalidad precedente»*. De este modo, establecida la guarda y custodia materna en resolución judicial firme, la medida se encuentra investida de la autoridad de cosa juzgada *«en tanto no se produjera un cambio o alteración sustancial de las circunstancias consideradas al tiempo de su adopción. Sólo producida esta alteración, las nuevas circunstancias de hecho justificarían la apreciación de una distinta causa de pedir en la pretensión modificativa de medidas que pudiera fundarse en ellas.»*

Rechaza la sentencia finalmente la aplicación al caso de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, habida cuenta que *«entró en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial de Navarra del 28 de marzo de 2011 (disp.*

final tercera), cuando el proceso de modificación de medidas definitivas adoptadas en sentencia de divorcio de 2005 no solo se hallaba en curso, sino que incluso había sido ya resuelto en el año 2009 por sentencia de primera instancia y pendía de resolución en la segunda tras la interposición e impugnación también en el año 2009 del recurso de apelación, no contiene ninguna disposición transitoria que autorice su aplicación a él, por lo que su normativa sólo resulta, por razones temporales, aplicable a las situaciones conflictivas planteadas en procesos promovidos con posterioridad a su entrada en vigor.»

Partiendo de estas premisas la sentencia entra a analizar la conveniencia o no del paso de guarda individual a guarda compartida, partiendo de la normativa aplicable, esto es, la recogida en el Código Civil, para concluir:

- a) *«Lo que se juzga y ha de resolverse en el presente proceso no es la idoneidad o inidoneidad genérica o abstracta del sistema de custodia compartida para la mejor tutela del interés de los menores, sino la mayor adecuación y conveniencia de este sistema frente al de custodia individual aplicado para la protección del interés particular de la hija de los litigantes en las concretas circunstancias actuales de la menor y su familia.»*
- b) En relación con la prueba pericial, que la misma no es en modo alguno vinculante para el Tribunal, y su valoración *«no está sujeta de regla legal o tasada alguna, sino confiada al libre o discrecional apreciación judicial según las reglas de la sana crítica»*. En el presente caso hay dos informes que desaconsejan el cambio en el régimen de custodia, y si bien es cierto que estos informes no son vinculantes, también lo es que *«particularmente en los supuestos de falta de acuerdo de los progenitores, como el que es objeto de examen cobran una importancia decisiva o trascendental»*.
- c) En relación con la prueba de audiencia de la menor, que *«la preferencia expresada por la explorada no es vinculante para el tribunal, pero representa un elemento de juicio de gran relevancia en la valoración de la idoneidad y conveniencia de una medida al interés de la menor que pretende preservarse y tutelarse»*. En el caso de autos la menor había mostrado su voluntad de continuar con el régimen de custodia establecido.
- d) En relación con la situación de conflicto y falta de comunicación entre los progenitores, afirma que *«Es cierto que la fluidez de las re-*

laciones personales de los progenitores no es un presupuesto legal del régimen de custodia compartida, ni siquiera una rígida e inflexible exigencia jurisprudencial o doctrinal para su adopción, como también lo es que no toda conflictividad representa un impedimento para adoptarla», si bien en el presente caso no existe siquiera el mínimo nivel de comunicación necesario para poder establecer una custodia compartida.

- e) Se valora finalmente la fortaleza del vínculo de la menor con su madre, con la que presenta un mayor nivel de confianza e intimidad, que le permite contarle problemas, intimidades y dudas y expresarle sus estados de ánimo, lo que se considera relevante en la etapa adolescente, en la que se encuentra la menor.

La STSJNA 4/2019, de 29 de marzo, ECLI:ES:TSJNA:2019:157, anula la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en que, revocando la guarda individual paterna de los dos hijos acordada en Primera Instancia, establecía un régimen de guarda individual materna por aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 3.8 de la Ley Foral 3/2011, habida cuenta que el padre había sido condenado ejecutoriamente por un delito de malos tratos no habituales cometido sobre la madre. La Sala argumenta para fundar la anulación que el artículo 153.1 del CP prevé como posible pena accesoria del tipo del maltrato no habitual la inhabilitación especial para el ejercicio de la guarda, y ni el Juzgado de lo Penal, ni la Audiencia Provincial en segunda instancia, estimaron procedente imponer al acusado dicha pena, y *«no cabe intentar suplir esa ausencia con una norma, o normas, civiles que, según se desprende de una interpretación lógica, tiene una finalidad más preventiva que sancionadora, es decir, la posibilidad de suspender la guarda mientras se tramita un procedimiento penal por alguna de estas causas, y siempre en interés del menor. Lo contrario nos podría llevar al absurdo de que una condena por delito no conllevara penalmente la suspensión de la guarda y, por el contrario, que una simple denuncia o incoación de diligencias penales pudiese significar, en el ámbito de la jurisdicción civil, una privación permanente de esa guarda.»*

Añade la Sala que *«el interés del menor debe ser siempre ponderado, no pudiéndose aceptar el criterio mantenido por la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida en el sentido de que no es preciso dirimir sobre dicha cuestión acerca de la conveniencia de atribuir la custodia a uno u otro progenitor. Sí es necesario analizar, en todo caso, la situación existente, y ello por*

varios motivos. Por un lado, por lo anteriormente expuesto, es decir, porque habiendo sentencia penal firme que no suspende la guarda del padre, no cabe derivar tal suspensión de normas civiles, es decir, que la guarda se le podría haber otorgado a él, y esta circunstancia no fue valorada por la Audiencia Provincial. Por otro lado, porque aunque el criterio de la Audiencia respecto a las normas civiles fuese aplicable, lo cierto es que también debería haberse hecho tal valoración del interés de los menores, y ello porque parece otorgar de forma automática la guarda a la madre por el simple hecho de que entiende que no puede hacerlo con el padre, como si no existieren otras opciones, o lo que es lo mismo, que la idoneidad de la madre para obtener la guarda también debió ser valorada.»

Partiendo de estas premisas, la Sala anula la sentencia por falta de motivación y devuelve los autos a la Audiencia Provincial para el dictado de nueva resolución.

V.4. ANÁLISIS DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE PAÍS VASCO:

Al igual que sucedía con el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, solo se han encontrado dos sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco en la materia que nos ocupa.

La **STSJPV 9/2017, de 18 de septiembre, ECLI:ES:TSJPV:2017:2787**, resuelve la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar en un caso en que la hija común ha alcanzado ya la mayoría de edad declarando que esta circunstancia hace que no sea de aplicación el artículo 12.5 de la Ley de Relaciones Familiares de País Vasco, sino el artículo 96.3 del Código Civil. No tratándose de una cuestión regida por derecho foral propio de la Comunidad Autónoma, el recurso se inadmite.

La **STSJPV 1/2019, de 13 de marzo, ECLI:ES:TSJPV:2019:1071** sí se ocupa específicamente de la aplicabilidad del régimen de custodia compartida, pronunciándose a favor de su establecimiento en el caso concreto examinado a partir de una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, profusamente citada y transcrita, considerando que la distancia que media entre los domicilios de los progenitores y el centro donde los menores están escolarizados (15 y 25 kilómetros respectivamente) resulta perfectamente compatible con el ejercicio compartido de la guarda.

VI. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

VI.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO DE LOS RESULTADOS DEL ESTUDIO DE SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES:

VI.1.1. Muestra:

Se han analizado 616 sentencias en total, dictadas durante el año 2018 por las Audiencias Provinciales de Albacete, Barcelona, Cáceres, Coruña, Granada, Islas Baleares, Madrid, Málaga, Murcia, Navarra, Santa Cruz de Tenerife, Sevilla, Valladolid, Valencia, Vizcaya y Zaragoza en procedimientos de familia contenciosos en que se reclamaba o debatía la custodia compartida. Es importante precisar que no se han analizado todas las sentencias dictadas por estas Audiencias Provinciales durante el año 2018 en procedimientos de familia, sino sólo aquéllas dictadas en procedimientos contenciosos en los que se solicitaba por alguna de las partes o por ambas el establecimiento de un régimen de custodia compartida.

Del total de 616 sentencias analizadas, 280 sentencias fueron dictadas en procedimientos de modificación de medidas definitivas, 208 fueron dictadas en procedimientos de divorcio y 126 en procedimientos derivados de la ruptura de la pareja de hecho. Hay tan solo dos procedimientos de separación conyugal entre las sentencias analizadas.

En cuanto a las circunstancias de los/as hijos/as de las parejas en litigio, pese a que un número significativo de las sentencias estudiadas no proporciona información alguna acerca de los/as hijos/as de la pareja en litigio (número de hijos, edad, discapacidad u otras características particulares que pudieren

presentar), partiendo de las que sí proporcionan esta información, encontramos que predominan de forma notoria las parejas con un solo hijo (345, que representan un 56% de los casos), seguidas por las parejas con 2 hijos (218, que representan un 35,4% de los casos), siendo las parejas con 3 o más hijos la excepción (33, que representan un 5,3% de los casos). En cuanto a las edades de los/as hijos/as, se observa un número más elevado de casos con hijos entre los 7 y los 12 años de edad, seguido de cerca por el tramo de 12 a 18 años de edad, siendo más infrecuentes los casos con hijos entre los 3 y los 6 años de edad, y todavía menos frecuentes los casos con hijos menores a 3 años.

VI.1.2. Regímenes de custodia adoptados:

De los casos resueltos por las sentencias analizadas, encontramos que:

- En 254 de los casos (41,2%) se estableció un régimen de custodia compartida en la 1ª Instancia, incrementándose a 304 (49,4%) el número de casos de custodia compartida impuesta en la 2ª Instancia.
- En 325 de los casos (52,8%) se estableció un régimen de custodia individual materna en la 1ª Instancia, descendiendo el número de casos en que se impone este régimen de custodia en la 2ª Instancia a 273 (44,3%).
- En 35 de los casos (5,7%) analizados se estableció un régimen de custodia individual paterna en la primera instancia, que fue confirmado en segunda instancia 30 de los casos, sustituido por otro régimen de custodia en 5 casos, y acordado en sustitución de otro régimen de custodia en 2 casos.
- En una sentencia no se fija régimen de custodia porque el hijo ha alcanzado la mayoría de edad.
- En el resto de casos hasta completar los 616 la sentencia de segunda instancia no deja constancia del régimen de custodia adoptado (ni en la primera instancia ni en apelación) por versar el recurso resuelto sobre otras cuestiones, esencialmente económicas.

Sólo en la Audiencia Provincial de Sevilla se detecta un número de custodias compartidas impuestas en la segunda instancia inferior al número custodias compartidas acordadas en la primera instancia, siendo la regla general en todas las restantes Audiencias Provinciales que se concedan más custodias

compartidas en la apelación que en el Juzgado de Primera Instancia. De este modo, aunque en primera instancia se conceden más custodias individuales maternas que custodias compartidas (52,8% de custodias individuales maternas frente a un 41,2% de custodias compartidas), la situación se invierte durante la segunda instancia, en que el número de custodias compartidas impuestas alcanza y supera al número de custodias individuales maternas (49,4% de custodias compartidas frente a 44,3% de custodias individuales maternas).

El porcentaje de cambio de la custodia individual materna establecida en primera instancia a custodia compartida en segunda instancia se sitúa en un porcentaje total del 8,4%, pero varía mucho de unas Audiencias Provinciales a otras. En esta línea destaca especialmente la Audiencia Provincial de Vizcaya, en que se pasa de 13 custodias compartidas acordadas en primera instancia a 27 (más del doble) en segunda instancia, así como las Audiencias de Albacete y Cáceres, en las que también se duplica el número de custodias compartidas concedidas en la segunda instancia. En el resto de Audiencias Provinciales el porcentaje de variación se sitúa por debajo del 10%, con las Audiencias Provinciales de Zaragoza (1,8%) y Madrid (3,2%) en la cola.

Partiendo de estas cifras podemos afirmar que la tendencia mayoritaria sigue siendo el mantenimiento por la Audiencia Provincial del régimen de custodia establecido por el Juzgado de Primera Instancia.

El paso del régimen de custodia compartida impuesta en primera instancia a custodia individual materna o paterna en apelación es prácticamente anecdótico en las sentencias analizadas, salvo en el caso de la Audiencia de Sevilla, en que se produce ese cambio en un 10% de los casos.

La modificación de la custodia individual paterna a otro régimen de custodia en la apelación (sea custodia compartida o custodia individual materna) se produce en un 14,7% de los casos en que se acuerda este régimen de custodia en primera instancia. La variación inversa (paso de otro régimen de custodia acordado en primera instancia a custodia individual paterna en segunda instancia) sólo se produce en dos de los casos analizados, ambos de la Audiencia Provincial de Barcelona.

VI.1.3. Factores tomados en consideración a la hora de decidir sobre el régimen de custodia:

Lo primero que debe destacarse en este punto, puesto que puede introducir sesgos en las conclusiones expuestas a continuación, es que la parquedad

en la motivación de un número importante de las sentencias estudiadas hace que en muchos de los casos no se puedan conocer elementos esenciales de juicio como el número o las edades de los/as hijos/as, las circunstancias concretas de los padres (circunstancias laborales, de alojamiento, económicas, etc...), si se ha escuchado o no a los/as hijos/as por parte del órgano judicial o del equipo psicosocial, o cuáles son las razones vinculadas al caso concreto y las circunstancias específicas de la familia que llevan al establecimiento de un determinado régimen de custodia.

Partiendo de esta limitación a la hora de efectuar un análisis cualitativo de las sentencias estudiadas, los criterios que se tienen en cuenta de manera más recurrente por nuestras Audiencias Provinciales a la hora de resolver sobre el régimen de custodia aplicable son los siguientes:

1) Informe pericial psicológico y/o social:

En prácticamente todas las Audiencias Provinciales el factor que más se tiene en cuenta a la hora de decidir el régimen de custodia a establecer es la recomendación efectuada por el informe pericial psicológico y/o social (llevado a cabo por el equipo forense adscrito al órgano judicial o por perito privado). De hecho, llama la atención el automatismo con que se acoge este criterio resolutorio por un número importante de sentencias, en las que la motivación acerca del régimen de custodia adoptado se reduce a indicar que *«así lo aconseja el informe psicosocial»*.

Es cierto que no todos los tribunales ordenan o aceptan la práctica de esta diligencia de prueba en la misma medida. Así, en el extremo superior nos encontramos con la Audiencia Provincial de Valencia y la Audiencia Provincial de Cáceres, en que consta que se ha emitido informe pericial psicológico y/o social en el 81,3% de los casos analizados y la Audiencia Provincial de Vizcaya, con un 78% de los casos. En otras Audiencias, sin embargo, se limita algo más la práctica de esta prueba, como sucede con las Audiencias de Zaragoza (69,8%), Albacete (64,3%), Granada (60%) o Málaga (50%). En las restantes Audiencias Provinciales sólo consta que se haya emitido informe pericial psicológico y/o social (público o privado) en menos de la mitad de los casos (concretamente en un 46,4% de los casos analizados de A Coruña, un 46,1% de los casos de Valladolid, un 41,4% de los casos de Barcelona, un 38,7% de los casos de Madrid, un 37,9% de los casos de Murcia, un 35% de los casos de Sevilla, un 32,3% de los casos de Baleares y en un 21,9% de los casos analizados de Santa Cruz de Tenerife).

Ahora bien, una vez acordada y practicada esta diligencia de prueba, el grado de seguimiento de las recomendaciones contenidas en los informes por parte de las Audiencias Provinciales es elevadísimo (desde un seguimiento del 70% en la Audiencia Provincial de Málaga o del 77,8% en la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el extremo inferior hasta un seguimiento superior al 90% en las Audiencias Provinciales de Baleares, A Coruña, Madrid, Sevilla, Valencia o Zaragoza). Se sitúa sólo fuera de esta regla general la Audiencia Provincial de Vizcaya, en que se aprecia un porcentaje de apartamiento del criterio recomendado por el informe pericial del 34,4%.

En sentido opuesto, llama también la atención que las resoluciones que se apartan del contenido del informe pericial, suelen basar ese apartamiento en apreciaciones poco técnicas, sin un examen detenido del informe que se descarta. Simplemente parece que se opina distinto pero sin hacerse constar los criterios técnicos tenidos en cuenta por el Tribunal.

2) El deseo o la voluntad manifestada por los propios hijos también se tiene en cuenta de manera preferente por prácticamente todas las Audiencias Provinciales estudiadas.

Así, las Audiencias Provinciales de Albacete, Baleares, Granada, Murcia, Sevilla, Valladolid y Valencia han seguido la preferencia manifestada por los menores explorados en más de un 85%. En otras Audiencias Provinciales, sin embargo, este criterio no tiene tanta relevancia. Así ocurre con las Audiencias de Vizcaya, Barcelona o Tenerife, en que el apartamiento del criterio preferencial manifestado por los/as hijos/as se sitúa entre el 30% y el 50%.

Llama la atención que en algunas ocasiones las resoluciones se apartan de los deseos manifestados por los/as hijos/as sin llevar a cabo un análisis suficiente de las razones por las que no se acogen esos deseos, limitándose a aducir sencillamente la «inmadurez» genérica de los menores afectados pero sin expresar los motivos por los que se llega a la conclusión de que la opinión manifestada carece de madurez o fundamento.

Llama también la atención que en un número muy elevado de casos no consta ni que se haya escuchado directamente a los/as hijos/as, ni que se haya practicado audiencia de los mismos por parte de los peritos psicólogos y/o sociales, de suerte que, al menos en apariencia, la decisión sobre la custodia se adopta sin tener conocimiento de (y sin tener en cuenta en absoluto) la opinión de los menores, a pesar de que la gran mayoría de los/as hijos/as involucrados en los casos analizados se encuentren entre los 7 y los 18 años de edad.

3) Se detecta una clara tendencia hacia el mantenimiento del régimen de custodia preestablecido –de facto por la práctica observada por los propios progenitores, por auto de medidas provisionales o por sentencia previa– siempre que venga funcionando de manera estable y relativamente pacífica.

En efecto, otro de los criterios más aducidos por las sentencias analizadas a la hora de optar por uno u otro régimen de custodia es el deseo de evitar cambios en la situación fáctica de los/as hijos/as cuando no existen evidencias suficientes de que ese cambio haya de reportarles un beneficio apreciable. Este criterio es tomado en consideración por un número muy relevante de sentencias de todas las Audiencias Provinciales estudiadas tanto para el mantenimiento del régimen de custodia compartida como para el mantenimiento del régimen de custodia individual.

La variación de un sistema de custodia individual materna (establecido previamente de facto, por auto de medidas provisionales o por sentencia definitiva) a un sistema de custodia compartida es más frecuente que la variación inversa, de un sistema de custodia compartida a un sistema de custodia individual materna o paterna.

La variación del sistema de custodia individual materna a custodia compartida se fundamenta en muchos casos en la simple disposición y existencia en ambos padres de las habilidades y las circunstancias logísticas (horarios laborales, domicilio adecuado y próximo al centro de estudios, apoyo del entorno familiar, etc...) adecuadas para asumir las tareas de cuidado de los/as hijos/as.

La variación de un sistema de custodia compartida a un sistema de custodia individual (materna o paterna) exige normalmente la concurrencia de razones específicas cualificadas que la justifiquen (traslado de alguno de los padres a una distancia relevante del lugar de residencia de los/as hijos/as, surgimiento de desavenencias importantes entre alguno de los progenitores y alguno de los/as hijos/as, existencia de una situación de grave conflicto entre los propios progenitores que se traslada a los/as hijos/as, etc...).

4) Son objeto de especial valoración positiva para el establecimiento de un sistema de custodia compartida el hecho de que las tareas de cuidado de los/as hijos/as se hayan venido ejerciendo de manera equilibrada por los dos progenitores con anterioridad a y/o durante el procedimiento de ruptura, así como los esfuerzos adicionales realizados por uno de los progenitores

(generalmente el padre) para facilitar el ejercicio de la custodia compartida (adaptar horarios de trabajo, trasladar su domicilio a algún lugar próximo al de residencia de los/as hijos/as, etc...).

Como regla general, el apoyo y respaldo de la familia extensa favorece también la custodia compartida, salvo que se estime que en lugar de respaldo lo que se va a producir es una traslación de la responsabilidad de cuidado a favor de esos familiares (generalmente los abuelos).

El establecimiento por Ley del criterio preferencial a favor de la custodia compartida (Aragón y País Vasco) lleva a su imposición cuasi automática, salvo que quede acreditada la concurrencia de circunstancias extraordinarias que claramente desaconsejan este régimen de custodia.

5) Son factores tenidos en cuenta con frecuencia para resolver a favor de la custodia individual materna el ejercicio de facto y en exclusiva por la madre de las tareas propias de la guarda y custodia de los/as hijos/as durante un tiempo prolongado con el asentimiento expreso o tácito del padre, la existencia de un vínculo de apego mucho más fuerte de los/as hijos/as con la madre que ha venido ejerciendo de facto y en exclusiva las tareas de cuidado con anterioridad al litigio y durante el periodo de tiempo que media entre la ruptura de hecho y el dictado de la resolución, la distancia relevante del domicilio del padre respecto del lugar habitual de residencia y estudios de los/as hijos/as, la incompatibilidad de los horarios laborales del padre con el adecuado ejercicio de las tareas de cuidado, o la inestabilidad personal del padre (carencia de un domicilio estable y adecuado para albergar a sus hijos, inestabilidad laboral acusada, ausencia de apoyos externos, etc...).

6) La atribución al padre de la custodia individual se basa en tres razones esenciales: el ejercicio de facto y en exclusiva por el padre de las labores de guarda y custodia de los/as hijos/as de manera prolongada con anterioridad al dictado de la sentencia con el asentimiento expreso o tácito de la madre, surgimiento de desavenencias o conflictos importantes entre la madre y los/as hijos/as (o alguno de ellos) durante la adolescencia, y desplazamiento de la madre a un lugar geográficamente distante del lugar de residencia habitual y estudios de los/as hijos/as.

7) Las malas relaciones entre los progenitores no se consideran como regla general factor impeditivo de la custodia compartida a menos que se

traduzcan en una absoluta falta de comunicación entre ellos, o en enfrentamientos directos relevantes (incluso con trascendencia penal) que afecten o puedan afectar a sus hijos.

8) La edad de los/as hijos/as. En niños muy pequeños la edad es determinante tanto para el establecimiento inicial de una custodia individual materna, como para la fijación de un régimen de transición de la custodia individual materna a la custodia compartida entre los 3 y los 6 años. La edad también cobra relevancia en el extremo opuesto, cuando los/as hijos/as se sitúan en el tramo de edad entre los 14 y 17 años de edad, convirtiendo los deseos manifestados por éstos en el factor determinante a la hora de resolver sobre el régimen de custodia.

9) Posicionamientos personales a favor de un determinado régimen de custodia. Se ha observado también con preocupación que en un número suficientemente significativo de sentencias se trasluce un cierto automatismo a favor o en contra de la custodia compartida (generalmente a favor), basado en posicionamientos preconcebidos de los juzgadores, que llevan a la adopción del régimen de preferencia personal sin que se analicen ni se tengan suficientemente en cuenta las circunstancias concretas del caso, o incluso cuando las circunstancias globales del caso claramente indican lo desaconsejable de dicho régimen de custodia.

VI.1.4. Organización de los tiempos:

a) En el régimen de custodia compartida:

- Hay un automatismo casi absoluto en cuanto a la alternancia semanal de la custodia. En todas las Audiencias Provinciales salvo la de Barcelona se ha acogido el sistema de alternancia semanal como regla general cuasi-automática en un 78,5% de los casos si contamos el total de sentencias que fijan régimen de custodia compartida y especifican el régimen de estancias (no se especifica en 16 casos en que la controversia gira en torno a otras cuestiones), pero que llega a ascender en muchas de las Audiencias estudiadas por encima del 85% de los casos (93,8% en Tenerife, 88,7% en Madrid, 87,5% en Coruña y Cáceres).
- La alternancia quincenal sólo se ha acordado en 15 del total de los casos analizados (5,2%), si contamos el total de sentencias que fijan

régimen de custodia compartida y especifican el régimen de estancias, la alternancia diaria en 8 de los casos (2,8%), y tan sólo en 12 casos (4,2%) se han adoptado sistemas de organización de los tiempos diferentes y adaptados a las particulares circunstancias de la familia en cuestión.

- Dentro del régimen común de alternancia semanal hay algo más de variación en cuanto a las estancias intersemanales con el progenitor que en cada momento no ostente la custodia. De los 226 casos en que se fija un sistema de custodia compartida con alternancia semanal, no se fijan estancias entre semana en 115 de ellos (50,9%), y sí se fijan en otros 111 (49,1%). Ahora bien, se aprecian tendencias claras en algunas Audiencias Provinciales en uno u otro sentido. Así, algunas Audiencias son claramente reacias a la fijación de estas estancias intersemanales como la Audiencia Provincial de Valladolid (que no fija estancias intersemanales en ninguna de las sentencias que establecen custodia compartida semanal), la Audiencia Provincial de Baleares (que las fija sólo en un 23,5% de los casos), la Audiencia Provincial de Navarra (27,3% de los casos) o la Audiencia Provincial de Madrid (29,8% de los casos), mientras que otras Audiencias son claramente favorables a la fijación de esta clase de estancias intersemanales, como la Audiencia Provincial de Vizcaya (que las fija en un 90,9% de los casos), la Audiencia Provincia de Granada (80%), la Audiencia Provincial de Zaragoza (77,8%) o la Audiencia Provincial de Málaga (75%).
- Cuando se fijan estancias intersemanales en el régimen de custodia compartida semanal lo habitual es que consistan en 1 o 2 tardes por semana sin pernocta, y sólo excepcionalmente se fijan estancias con pernocta.
- La Audiencia Provincial de Barcelona constituye una excepción clara al sistema expuesto, con una prevalencia clara del sistema de semana partida (lunes y martes con un progenitor, miércoles y jueves con el otro y fines de semana alternos) sobre los demás sistemas de organización de tiempo (semanal, quincenal o diaria), y un nivel muy superior de adaptación del sistema de organización de tiempos a las circunstancias específicas de la familia.
- Hay también automatismo absoluto en cuanto al reparto de las vacaciones por mitad y los meses de julio y agosto por quincenas. Sólo

cuando concurren circunstancias excepcionales se opta por un modelo diferente de reparto de vacaciones.

b) En el régimen de custodia individual:

- Con carácter general encontramos que la tendencia clara es al establecimiento de regímenes amplios de comunicaciones y estancias con el progenitor no custodio. Así, de las 260 sentencias que establecen un sistema de custodia individual materna o paterna y especifican el régimen de estancias de los/as hijos/as con el progenitor no custodio (48 sentencias nada dicen acerca de este régimen de estancias por versar la controversia sobre otras cuestiones), solo 39 (un 15% de los casos) establecen un régimen básico de estancias de fines de semana alternos sin estancias intersemanales, a los que cabría sumar otras 36 sentencias (un 13,8% de casos) que no fijan régimen de estancias o comunicaciones, bien porque, atendida la edad de los/as hijos/as, se deja la determinación de estas estancias y comunicaciones con el progenitor no custodio al libre acuerdo de voluntades entre ellos, bien porque se suspende este derecho/deber del progenitor no custodio en atención a la concurrencia de circunstancias excepcionales (lo que sucede en un número muy reducido de casos aislados). Frente a ello encontramos que en 98 casos (37,7%) se fija un régimen de estancias y comunicaciones amplio para el padre no custodio de 1 o 2 tardes a la semana sin pernocta más fines de semana alternos, en otros 39 casos (15%) se fijan una o dos tardes intersemanales y una pernocta intersemanal más fines de semana alternos, y en otros 10 casos más (3,8%) se establece que los/as hijos/as pasen con el progenitor no custodio los fines de semana alternos, más dos tardes entre semana con pernocta.
- En caso de custodia individual materna la tendencia es a fijar regímenes de estancias y comunicaciones amplios a favor del progenitor no custodio, salvo que concurren circunstancias excepcionales (inexistencia o ruptura previa y prolongada de la relación paternofamiliar, distancia importante entre el domicilio del padre y el domicilio de los/as hijos/as, existencia de causas penales contra el padre por violencia doméstica que haya afectado a los/as hijos/as directa o indirectamente, etc...).
- En el caso de custodia individual paterna el régimen de estancias y comunicaciones suele ser más restringido porque la atribución de la

custodia al padre responde normalmente a problemas serios de relación entre la madre y el hijo o la hija – en cuyo caso no se predeterminan visitas –, o a la importante distancia que media entre el domicilio de la madre y el domicilio de los/as hijos/as, que impide la custodia compartida y también las estancias intersemanales. En los casos en que la atribución al padre de la custodia individual se funda en la práctica anterior de los progenitores (esto es, en el hecho de que el padre sea quien de facto haya venido ocupándose principalmente de los/as hijos/as con anterioridad a la resolución), también suele establecerse un régimen de estancias y comunicaciones amplio con la madre.

- Cabe destacar también que se ha ampliado mucho el abanico de posibilidades en relación con la organización de las estancias de los/as hijos/as con el progenitor no custodio y se ven toda clase de combinaciones (1 tarde una semana con pernocta y 2 tardes la siguiente sin pernocta, una pernocta una semana y dos la siguiente, visitas sólo entre semana que se extienden a 2-3 días seguidos, 3 de cada 4 fines de semana, etc...).
- En materia de vacaciones rige el mismo automatismo que en la custodia compartida, mitad de vacaciones y meses de julio y agosto por quincenas. Sólo se abandona esta regla en un caso debido a las limitaciones del régimen de visitas a favor de la madre no custodia por la distancia entre su domicilio y el de los/as hijos/as.

VI.1.5. Incidencia de la custodia compartida sobre los alimentos y la vivienda familiar:

Lo primero que conviene destacar es que en un número elevado de las sentencias analizadas no se dice nada acerca del modo en que ha quedado regulado en primera instancia el pago de los alimentos y gastos de los/as hijos/as o el uso de la vivienda que tenía la consideración de familiar, con lo que las conclusiones que se exponen a continuación se basan exclusivamente en aquellas sentencias que sí recogen dicha información.

1) Contribución al pago de alimentos y gastos de los/as hijos/as.

Se observa una importante variedad en cuanto al modo en que se regulan las contribuciones de los padres para hacer frente a los alimentos y gastos de los/as hijos/as una vez establecida la custodia compartida.

- El sistema que podríamos denominar «tipo» es el que atribuye a cada progenitor la obligación de hacer frente a los gastos *ordinarios* de los/as hijos/as (no se especifica generalmente que comprende esta expresión) durante los periodos de tiempo que están en su compañía y a pagar el 50% del resto de los gastos (escolarización, médicos, farmacéuticos) así como de los gastos extraordinarios.
- Es frecuente también que se establezca la obligación de los padres de abrir una cuenta bancaria mancomunada de la que se irán pagando los gastos de los/as hijos/as que no queden directamente cubiertos por la estancia con uno u otro, teniendo cada uno de los progenitores que ingresar en dicha cuenta una cantidad mensual que se determina por la sentencia.
- La disparidad de ingresos entre los progenitores se resuelve bien fijando un porcentaje de contribución en los gastos de los/as hijos/as diferente para cada progenitor (25%-75%, 30%-70%, 40%-60%, etc...), bien fijando diferentes cantidades en concepto de ingreso mensual en la cuenta conjunta de la que han de pagarse los gastos de los menores, bien imponiendo al progenitor que más ingresos percibe la obligación de hacer frente en exclusiva a determinados gastos (señaladamente escolarización y/o seguro médico privado).
- También es frecuente, en caso de que exista una diferencia relevante de ingresos entre uno y otro progenitor, que se fije una pensión de alimentos a cargo del que percibe ingresos superiores y a favor del que percibe menos, pensión que se suma a la obligaciones «tipo» de hacer frente a los gastos ordinarios durante las estancias de los/as hijos/as y contribuir a los extraordinarios al 50% o porcentaje que se determine. La cuantía de estas pensiones es considerablemente inferior a la cuantía de las pensiones de alimentos fijadas en casos de custodia individual.

2) Uso de la vivienda familiar

Las sentencias que establecen un sistema de custodia compartida no hacen, como regla general, pronunciamiento alguno relativo al uso de la vivienda que constituía domicilio familiar, que queda de este modo liberada de toda carga a fin de que su/s titular/es cuenten con plena libertad para resolver acerca del destino que ha de darse a la misma (generalmente liquidación del régimen de gananciales o extinción de la copropiedad y venta de la vivienda o

atribución del 100% de su propiedad a uno de los titulares previo pago al otro de la parte correspondiente, o utilización exclusiva de la vivienda por quien resultare ser su titular exclusivo con anterioridad a la ruptura).

Cuando en la sentencia se hace pronunciamiento expreso sobre esta cuestión, son distintas las soluciones adoptadas:

- Atribución del uso de la vivienda que constituía domicilio familiar al progenitor más necesitado de protección (generalmente la madre) cuando existe un desequilibrio claro entre la situación económico-laboral de uno y otro, pero con limitación temporal, en ocasiones muy corta (uno año o incluso unos meses).
- Atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores con obligación de abonar al otro una compensación mensual por dicho uso.
- Atribución del uso de la vivienda de manera alternativa a los dos progenitores por periodos largos de tiempo (un año o dos años) hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o la extinción de la copropiedad.
- Sistema conocido como «casa nido» (sistema minoritario y claramente en declive, que se fija en algunos casos aislados de las Audiencias Provinciales de Madrid, Navarra y Vizcaya), consistente en que se atribuye el uso del que constituía domicilio familiar a los/as hijos/as y los padres entran y salen de él en función de los periodos de tiempo que les corresponde estar con los menores.

VI.2. ANÁLISIS CUALITATIVO DE LOS RESULTADOS DEL ESTUDIO DE SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES:

VI.2.1. Carencias detectadas:

A) Relativas a la muestra analizada:

1º) La muestra no es representativa de la realidad social porque los casos enjuiciados en las Audiencias Provinciales tienen ya un sesgo de confrontación. Los pronunciamientos de las sentencias de apelación están condicionados por el hecho de que, a diferencia del campo de aplicación en la primera instancia, en los casos que acceden al tribunal de apelación existe ya una alta controversia entre los progenitores respecto al modelo de custodia por motivaciones diversas.

- En un porcentaje aproximado del 25 % el debate se refiere, realmente, a la cuestión propiamente del modelo de custodia, esencialmente cuando los progenitores disienten honestamente de que pueda ser mejor para los/as hijos/as.
- En un 30 % de los casos subyacen otros temas de tipo material, como es el problema del uso de la vivienda (fundamentalmente cuando es propiedad exclusiva de uno de los progenitores y con la guarda individual de los/as hijos/as correspondería al otro), o cuando el litigio, más o menos oculto, se centra en temas económicos (cuantía de las pensiones, negocios comunes pendientes de división).
- Existe otro 15% derivado de situaciones de escasez de medios derivados de problemas del desempleo y falta de recursos: padres que tienen que regresar al domicilio de su propia familia de origen y que disponen de tiempo por estar desempleados. Suelen ofrecer la ayuda de los abuelos para atender a los/as hijos/as.
- Se puede concretar en un 10%, especialmente en el sector de personas emigrantes, que son los padres los que piden la custodia individual porque disponen de tiempo (no trabajan), mientras que las madres piden que sea compartida porque trabajan en sectores con horarios que realmente les impide ejercer la guarda (empleadas de hogar, limpieza, hostelería, cuidado de ancianos).
- Hay un 15% restante que se pide mecánicamente aun cuando es evidente que no procede (fundamentalmente por el padre) y sin que exista de forma evidente ninguna condición para ejercerla en casos de VSLM como forma vindicativa, incluso con la oposición rotunda de los/as hijos/as.

2º) La muestra de las resoluciones examinadas no es completa porque la conflictividad que se presenta con motivo de la custodia se aprecia, sobre todo, en los autos de ejecución. Del examen de la tipología de procesos se deduce que hay un porcentaje de casos en que las custodias compartidas han sido pactadas: a) por mutuo acuerdo en los convenios reguladores de los procesos de separación o divorcio; o b) en pactos (verbales o escritos no homologados) posteriores a las rupturas de la relación entre los progenitores, frecuentes en las uniones estables de parejas no matrimoniales. En estos casos se aprecia la inadecuación del modelo de custodia en la fase de apelación:

- Porque existe una litigiosidad relevante en las apelaciones de Autos dictados en procesos de ejecución de sentencia (que merecerían otro estudio específico). En estos procesos se denuncian incumplimientos en el desarrollo del sistema de custodia compartida pactado en los convenios que ponen de relieve que no existen las condiciones mínimas para esta modalidad de custodia que, sin embargo, pactaron en su día por razones no explícitas. Por ejemplo, total falta de comunicación entre los padres, hijos adolescentes que denuncian a padres, madres o nuevas parejas, acusaciones de malos tratos o abusos, reiterados incumplimientos de compromisos económicos.
- Cuando las apelaciones provienen de Autos dictados en expedientes de jurisdicción voluntaria derivados de desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad, que dimanen de divorcios anteriores ya consolidados en los que se pactó una custodia compartida que genera graves problemas de entendimiento.
- Por el índice importante de procesos de regulación de medidas respecto a hijos de parejas de hecho en los que la ruptura es antigua, y los primitivos pactos extrajudiciales de custodia compartida no han funcionado. Una buena parte de ellos, aun cuando existen documentalmente o fueron aprobados por sentencias, nunca se cumplieron.

B) Relativas a la motivación de las sentencias:

1º) Se aprecia una fundamentación insuficiente y rutinaria en un número muy relevante de las sentencias analizadas. El cuerpo principal de los fundamentos de derecho de la mayoría de las sentencias analizadas se reduce a una transcripción literal de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en materia de custodia compartida, y se dedica apenas un párrafo a la resolución de la cuestión concreta debatida en el caso analizado, en muchas ocasiones sin hacer prácticamente referencia alguna a los motivos específicos relacionados con la familia en cuestión que hacen que esa jurisprudencia les sea de aplicación en uno u otro sentido. La fundamentación jurídica se repite mecánicamente en las sentencias dictadas por el mismo ponente. La misma jurisprudencia se utiliza indistintamente para conceder o denegar la custodia compartida, y no se explican de manera comprensible los motivos por los que en cada caso concreto esa jurisprudencia ha de llevar a un resultado o al opuesto. Se están dirimiendo cuestiones determinantes para la vida de las per-

sonas afectadas (entre ellas muchos niños y niñas) y muchas veces la cuestión en litigio se zanja con una sola frase genérica.

«La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares.... El recurso de casación tiene como función la de preservar la pureza de la ley para conseguir la igualdad y la seguridad jurídica en su aplicación, donde tiene su origen la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC).

No solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues ninguna se dice salvo que funciona el sistema de convivencia instaurado en la sentencia de divorcio». STS, Sala Primera, 194/2016, de 29 de marzo.

2º) Delegación sobre el equipo psicosocial de la decisión acerca del régimen de custodia aplicable en cada caso. Un número muy relevante de las sentencias analizadas justifican la adopción de un determinado régimen de custodia u otro aduciendo exclusivamente que *«así lo aconseja la el informe psicosocial»*, sin añadir razonamiento adicional alguno. Se produce con ello una casi total traslación de la facultad/responsabilidad de decidir acerca de esta cuestión del órgano judicial al equipo psicosocial adscrito a dicho órgano. Es razonable que la recomendación de los expertos tenga un peso específico importante en la toma de la decisión, pero *valorar* no es lo mismo que *desplazar* la decisión. En todo caso sería conveniente que el órgano judicial, partiendo de los datos y del análisis especializado que de ellos se hace en el informe psicosocial, explicase en la sentencia de manera comprensible cuáles son las concretas razones por las que esos datos y la interpretación que de ellos hacen los profesionales especializados han de conducir, por aplicación de la Ley y la doctrina jurisprudencial, a la adopción de uno u otro régimen de custodia. En palabras de la Sala Primera del Tribunal Supremo:

«La valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equi-

parada al informe pericial. La STS 660/2011, de 5 octubre, dijo que el Juez debe valorar los informes periciales de acuerdo con lo que dispone el art. 348 LEC. De este modo, solo cuando dicha valoración no respete «las reglas de la sana crítica», podrá impugnarse, pero no es aceptable la sustitución de la estimación efectuada por el Juez por la realizada por el recurrente» (STS 10 de diciembre 2012).

3º) Los niños están prácticamente desaparecidos en las sentencias. La motivación de las sentencias se centra casi exclusivamente en las aptitudes capacidades, circunstancias de trabajo, alojamiento, horarios, etc... de los padres, y prácticamente nada en las necesidades e intereses específicos del menor o los menores, que ni se mencionan. El interés superior del menor se cita siempre como el elemento clave para adoptar la resolución, pero en la mayoría de los casos no se citan siquiera las circunstancias concretas del menor o los menores (edad, situación, lo que quieren, lo que pueden necesitar, etc...), ni se analiza la eventual existencia de un conflicto de intereses entre el menor y sus progenitores. En realidad las circunstancias de los menores prácticamente no cuentan.

«El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el Juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto.» **Observación general nº 14 del Comité de Naciones Unidas sobre de Derechos del Niño, de 2013, párrafo 32.**

4º) La edad de los menores no está suficientemente presente ni valorada. Sólo en el caso de niños de muy corta edad se fundamentan las medidas personales con arreglo al criterio del periodo evolutivo de los menores.

5º) Se encuentran muy pocas referencias (prácticamente ninguna) en la fundamentación de las sentencias analizadas a la prueba de interrogatorio de partes y su resultado, cuando se trata de una prueba esencial para conocer las circunstancias específicas del grupo familiar.

6º) El sistema legal de custodia compartida *«preferente»* trae consigo un claro incremento en el número de custodias compartidas, pero esa preferencia legal desplaza en ocasiones al examen detallado de las circunstancias concretas de la familia, y a una valoración adecuada del interés del menor en cada caso.

«El Comité considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el Juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso». **Observación general nº 14 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, de 2013, párrafo 67.**

7º) Los Tribunales son relativamente flexibles a la hora de modificar un sistema de custodia individual por otro de custodia compartida, pero son extraordinariamente reacios a modificar un sistema de custodia compartida por otro sistema de custodia individual. Sólo conceden el cambio cuando ha quedado acreditada la concurrencia de circunstancias graves que realmente impiden el desarrollo de la custodia compartida (traslado de un progenitor a una distancia que hace inviable la custodia compartida, situación de enfrentamiento grave entre un progenitor y alguno de los/as hijos/as, existencia de denuncias penales o enfrentamientos directos y graves entre los progenitores).

8º) En los casos en que se fija un régimen de custodia compartida es habitual que se definan de un modo muy pobre la organización de los tiempos que los menores han de pasar con cada progenitor, las responsabilidades que cada uno ha de asumir en relación con su cuidado y crianza, y el modo en que se va a articular la contribución de cada progenitor a los gastos de los/as hijos/as. El legislador no resuelve estas cuestiones, que quedan totalmente al arbitrio de los juzgadores, que no siempre vienen a colmar el vacío legal de manera suficiente. La especialización de los órganos que resuelven asuntos de familia favorecería muchísimo la solución de este problema, que debería extenderse no solo a los órganos de instancia sino también a los colegiados.

9º) Muy pobre o nula fundamentación del sistema de organización de tiempo elegido para el cumplimiento de la custodia compartida. Tanto cuan-

do se opta por la alternancia semanal como cuando se opta por un sistema de alternancia quincenal suelen obviarse las razones por las que se acude a este sistema concreto de organización de tiempos y no a otro. Sólo cuando se opta por un sistema de organización de tiempos personalizado y adaptado a las circunstancias de la familia se explica el motivo de la adopción de dicho sistema, como si se tratase de la excepción a la regla general cuando debería ser lo habitual.

10º) La decisión que se adopta en relación con el régimen de custodia de los/as hijos/as depende muchas veces más del ponente de la sentencia que de las circunstancias específicas de la familia. Se observa con preocupación que en un número suficientemente significativo de sentencias el criterio esencial para resolver en favor o en contra de un régimen de custodia compartida es la posición preconcebida del ponente a favor o en contra de la custodia compartida. Así, algunos ponentes han llevado al extremo la afirmación del Tribunal Supremo de que el sistema de custodia compartida es el «*deseable*», contemplan la custodia compartida como mejor sistema «*por naturaleza*», y lo imponen en todo caso salvo que las circunstancias lo hagan absolutamente imposible. Otros ponentes, sin embargo, mantienen el antiguo sistema automático de custodia individual materna, y deniegan sistemáticamente la custodia compartida pese a que las circunstancias de la familia generen una base adecuada para un buen desarrollo de esta forma de custodia.

11º) Se ha flexibilizado notablemente la exigencia recogida en el artículo 775 relativa a la «*variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta*» a la hora de acordar las medidas definitivas, y se observa que en un número significativo de los casos analizados la modificación de medidas se solicita (y concede) sin que se especifiquen cuáles son en concreto las circunstancias que han variado, en qué medida esa variación circunstancial ha supuesto una alteración de las necesidades de los hijos/hijas, y de qué modo las nuevas medidas solicitadas (y adoptadas) vienen a subvenir tales necesidades de una forma más adecuada que las ya vigentes. Esto está conduciendo a una proliferación extraordinaria de los procedimientos de modificación de medidas definitivas (casi la mitad de las sentencias analizadas fueron dictadas en procedimientos de modificación de medidas), y a que el conflicto entre las partes se perpetúe en el tiempo, a través de constantes demandas de modificación de medidas interpuestas con un lapso muy corto de tiempo.

12º) La necesidad de traslado de la persona que tiene atribuida la guarda individual de los hijos/as a una localidad distante más de 30-40 kilóme-

tros del lugar del que fuera domicilio familiar trae aparejada, en un porcentaje elevado de los casos, la pérdida de la custodia que se venía ejerciendo, lo que está generando un impacto de género negativo. El porcentaje de casos en que la madre tiene atribuida la guarda individual sobre los/as hijos/as continúa siendo muy superior a aquéllos en que se fija una guarda individual paterna o una guarda compartida, y la consecuencia de la «relocación» (pérdida de la custodia que se ha venido ejerciendo en ocasiones durante años) se traduce en la práctica en una limitación severa de la libertad de movimiento que no se impone, sin embargo, al progenitor no guardador, y que quizá podría evitarse haciendo un uso adecuado de los medios disponibles en una sociedad avanzada tanto en medios de transporte como en medios de comunicación tecnológicos.

SAP Barcelona 420/2019, de 13 de noviembre, ECLI:ES:APB:2019:9347A

«La perspectiva de género desde la que debe analizarse el fondo del debate es en este caso paradigmática: una mujer que ha mantenido una relación de pareja sentimental de la que han nacido dos hijos; que consta de su hoja de vida laboral que se ha dedicado al cuidado de los mismos, con pérdida de oportunidades laborales en los primeros años de su vida; que ha tenido un notable mayor dedicación que el padre a los menores, y que posteriormente, tras la ruptura, ha tenido la mayor responsabilidad en el ejercicio de las funciones parentales por haberle sido atribuida la guarda y custodia de los mismos contando con una limitada contribución del padre a los alimentos de los hijos de 180 € mensuales para cada uno de ellos. Esta mujer, con su nueva hija y su nueva pareja con la que ha rehecho su vida sentimental se ve obligada a perpetuar su residencia en una pequeña población, sin oportunidades de inserción en el mundo laboral, en la que carece de otros vínculos que el hecho de que el padre de los hijos es natural de la misma, y mantiene su residencia allí con su nueva familia.

Es cierto que el derecho de la mujer a cambiar de residencia nadie se lo ha discutido, pero indirectamente se le han impuesto unas condiciones que le impiden el traslado a otra población en la que tiene otras oportunidades de obtener trabajo, como es DIRECCION002, que multiplica por diez el número de habitantes y que está situada en una zona turística en la que tanto ella como su nueva pareja pueden insertarse en las actividades productivas. Además, es allí donde nació y dónde puede contar con la ayuda de sus propios progenitores. La actora, por otra parte, ha formado una nueva familia de la que ha nacido otra hija, y tiene pleno derecho a una existencia exenta de la influencia de su anterior pareja.

Por otra parte, no se ha alegado por el demandado en ningún momento que el traslado obedezca a motivos oscuros de pretender apartar a los niños del padre ni de dificultar las visitas. Antes al contrario, en la demanda la recurrente se ofreció a responsabilizarse de los traslados de los hijos al domicilio del padre en los fines de semana que le corresponden.»

12º) Se adoptan pocas medidas de seguimiento de la situación creada a raíz de la sentencia, a pesar de que en muchos casos explícitamente se mencione la «*necesidad de que los padres aborden de otra manera sus relaciones y las relaciones con sus hijos*». Si de verdad se aprecia esa necesidad, tal vez sería conveniente fijar medidas de seguimiento. En otras ocasiones se ha observado que se fija un régimen determinado de custodia (generalmente individual) con posibilidad de cambio al otro régimen (custodia compartida) cuando se den determinadas condiciones, pero no se establece medida alguna de seguimiento ni los mecanismos adecuados que permitan que el cambio se lleve a efecto sin tener que volver a pasar por todo un procedimiento de modificación de medidas.

C) Relativas a cuestiones procesales:

1º) Efecto irreversible del tiempo, que se refiere a los tiempos que transcurren entre el inicio del procedimiento, la emisión del informe psicosocial, la sentencia de 1ª Instancia, la sentencia de 2ª Instancia y, en su caso, la sentencia de casación. El legislador no ha dado la prioridad adecuada a los tiempos de estos procedimientos cuando son esenciales, por la propia naturaleza de las cuestiones que han de ser resueltas. Los informes psicosociales tardan meses en emitirse, lo que retrasa considerablemente el dictado de la sentencia de primera instancia. La sentencia de segunda instancia llega en la mayoría de los casos cerca de un año después de la sentencia de primera instancia, y entre 2 y 3 años después del inicio del conflicto, en gran parte como consecuencia de los tiempos empleados en traslados y comunicaciones, los llamados tiempos muertos. La sentencia de casación (si llega a dictarse) puede tardar hasta un año más. Esto hace que resulte más que dudosa la efectividad de lo que pueda resolverse en apelación –mucho más en casación– cuando no coincide con lo que de facto se ha venido aplicando y cumpliendo durante la tramitación del proceso. Cuando la sentencia de apelación modifica el régimen de custodia impuesto por la sentencia de primera instancia (a veces hasta un año después), puede estar causando más daño que beneficio.

2º) La aplicación del derecho de familia exige, además de un adecuado conocimiento técnico-jurídico de la materia, el conocimiento específico y la aplicación de ciertas técnicas metajurídicas, específicas de los procesos de familia, que la mayoría de los Juzgadores desconoce e inaplica. Así ocurre con el análisis de las pruebas periciales. No se conocen las técnicas seguidas para la elaboración de estos estudios y para la extracción de determinadas conclusiones. Si la base de un porcentaje altísimo de las sentencias es precisamente el informe pericial, es particularmente importante que el Juzgador conozca cómo se ha hecho ese informe, cómo y por qué los peritos han llegado a determinada conclusión. Los juzgadores no hacen análisis crítico de los informes psicosociales, en gran parte porque carecen de los conocimientos técnicos suficientes para poder llevarlo a cabo y poder someter al perito al interrogatorio adecuado en ratificación.

3º) Lo indicado en el ordinal anterior es igualmente aplicable a las técnicas relativas al interrogatorio de las partes o la audiencia de los/as hijos/as competentes, que son esenciales para conocer las circunstancias de la familia. Es particularmente importante conocer la técnica para oír y escuchar a un niño y para extraer la información adecuada acerca de cuáles son sus preferencias, sus necesidades, sus deseos. Todo esto requiere una técnica, que no es jurídica pero sí necesaria, y de la que la inmensa mayoría de los Jueces carecen. La formación especializada es absolutamente necesaria para esto, y la especialización de la jurisdicción también.

4º) Problemas relativos a los equipos psicosociales. De la lectura de muchas sentencias se deduce que en ocasiones los informes psicosociales ordenados por el Juzgado son elaborados por gabinetes psicosociales externos, que son insaculados judicialmente de las listas que proporcionan los Colegios Oficiales de Psicólogos del territorio correspondiente. En tales casos sería conveniente verificar que los profesionales designados cuenten con la capacitación en psicología jurídica y forense, y con la acreditación correspondiente de la experiencia. En cualquier caso, se estima preferible que los órganos judiciales pudieran contar con equipos psicosociales forenses integrados en la estructura del propio órgano judicial y compuestos por servidores públicos, que hayan accedido a la plaza a través de las correspondientes pruebas de acceso a la función pública, pruebas que deberán asegurar la adecuada formación y capacitación en cuestiones de familia. Además, la actuación de los equipos psicosociales se ve en muchas ocasiones empañada por las preconcepciones ideológicas de quienes los integran,

y en prácticamente todas se ve dificultada por la escasez de medios y tiempo que dedicar a cada familia.

5º) Sin perjuicio de lo indicado en el anterior ordinal, se ha detectado que por muchos órganos judiciales se rechaza de plano la posibilidad de que el informe emitido por el equipo psicosocial sea contradicho a través de otros informes emitidos por peritos privados o de parte, sin justificación alguna. En algunos caso se alude a la «imparcialidad» de los informes del equipo psicosocial adscrito al órgano judicial como fundamento para la desestimación de plano del informe emitido por el perito de parte, sin razonar suficientemente la sugerida «parcialidad» de éste último. El dictamen emitido por el equipo psicosocial adscrito al órgano judicial no deja de ser un medio de prueba más, y debe permitirse a las partes que lo contradigan, aportando a tal fin las pruebas que estimen oportunas. Se ha observado que el hecho de que existan dos o más informes periciales contradictorios lleva a los Juzgadores a examinar de un modo más minucioso y detallado estos informes y las circunstancias particulares del caso concreto, lo que redunda en favor de la calidad de la decisión. En palabras de la Sala Primera del Tribunal Supremo:

«Ciertos es que ante distintos informes o pruebas, el Juez tiene libertad para escoger aquel o aquella que más próxima se halla a su convicción, pero motivándolo suficientemente, lo que no se cumple a través de un simple juicio de especulación, como el de la imparcialidad de los peritos, sin el correlativo reproche de parcialidad del otro u otros, como sucede en este caso con las declaraciones de la psicóloga que trata de manera habitual al menor, amparadas por otra suerte de pruebas y datos, incluido la audiencia del menor que sí la realizó el Juez, y que se descalifica sin más para revisar toda la prueba practicada en el juicio y modificar la medida, pese «a considerar que D^a Casilda viene proporcionando en líneas generales una adecuada asistencia material a José Miguel «, porque considera que « esto no es suficiente porque han fracasado absolutamente los encuentros del menor con sus abuelos maternos, convirtiéndolos en una experiencia traumática y conflictiva para él y para todos los demás participantes», lo que sin duda obedece más a las tensiones y desencuentros entre los adultos, que a la resistencia del propio menor a comunicarse con sus abuelos».(STS, Sala Primera, 47/2015, de 13 de febrero).

6º) No siempre que hay menores maduros se practica la audiencia judicial. De hecho, resulta sorprendente el bajo porcentaje de casos en los que se tiene constancia de que se ha dado audiencia a los menores implicados y sus opiniones han

sido tenidas en consideración a la hora de resolver la cuestión relativa a la custodia, ello pese a que la inmensa mayoría de menores afectados por los procesos examinados tenían entre 7 y 18 años de edad. Antes de los 12 años ni siquiera se menciona por qué no se les escucha, ni se comprueba su madurez a través de los medios legalmente previstos. En relación con esta cuestión la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente en el siguiente sentido:

STS 157/2017, de 7 de marzo:

«SEGUNDO.- (...)

5º. En relación a la falta de exploración de la hija, esta sala se ha pronunciado con reiteración respecto a la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente les afectan. La sentencia de 20 de octubre de 2014 establece lo siguiente: «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene 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. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005.

«Para que el Juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada».

Al día de hoy se desconoce la opinión de la menor, a la que no se ha dado la oportunidad de ser escuchada; opinión que es especialmente relevante en atención a las circunstancias apuntadas de convivencia exclusiva desde los siete años con su padre, y a la edad de la hija.

TERCERO. En función de lo expuesto procede estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y, sin entrar en el análisis y resolución del recurso de casación, anular la sentencia recurrida retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de la hija, se oiga a esta de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad, resolviendo en su vista sin tener en cuenta el argumento de no haber existido oposición del recurrente a la solicitud de guarda y custodia compartida interesada por la madre.

7º) Resulta sorprendente el número de sentencias de modificación de medidas en proporción al total de las sentencias analizadas. Como ya se ha in-

dicado anteriormente casi la mitad de las sentencias examinadas han sido dictadas en procesos de modificación de medidas definitivas. Las peculiaridades de los procesos de modificación de medidas son muestra evidente de que en muchos casos se pactó nominalmente la modalidad de custodia compartida, pero sin saber realmente las partes en qué consistía. La flexibilización en la aplicación del criterio de «*variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta*» a la hora de acordar las medidas definitivas está jugando también un papel importante en este fenómeno.

8º) Se ha producido también en los últimos años un importante incremento de discrepancias judiciales derivadas de la «relocación» (pretensión de cambio de lugar de residencia habitual) de los/as hijos/as y la persona que tiene atribuida la guarda y custodia sobre los/as mismos/as. Estas cuestiones vienen siendo resueltas de manera muy irregular por los órganos judiciales, en ocasiones acudiendo a procedimientos procesalmente inadecuados al efecto.

En este sentido la SAP Barcelona 420/2019, de 13 de noviembre de 2019, ECLI:ES:APB:2019:9347ª: «*Se ha seguido por el Juzgado de 1ª INSTANCIA nº OCHO de DIRECCION000 procedimiento especial de familia por desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad por los trámites de los artículos 85 y 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio (de Jurisdicción Voluntaria), con el objeto de resolver la discrepancia relativa a la residencia habitual de los hijos menores de los litigantes, Clemente nacido el NUM000.2016, y Zulima nacida el NUM001.2010, es decir, de 10 y 8 años respectivamente.*

Tramitado el expediente de Jurisdicción Voluntaria, se ha dictado el Auto de 21.6.2018 por el que se ha dispuesto otorgar la facultad de elección del cambio de residencia y de colegio de los menores, al padre de los mismos. (...)

En primer lugar, se debe considerar que lo que constituye el objeto de la demanda no es propiamente una mera discrepancia en el ejercicio de la responsabilidad parental compartida, sino que con la demanda se solicita la modificación de las medidas reguladoras de la responsabilidad parental que vienen establecidas por la sentencia firme de 31.3.2016 del mismo Juzgado (confirmadas por este tribunal en grado de apelación).

El artículo 18.1 de la LOPJ establece que las sentencias solo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes y, en relación con este precepto, el artículo 775.2 de la LEC prevé que las modificaciones de las medidas convenidas por los progenitores o de las adoptadas por un tribunal se tramitarán

por lo dispuesto en el artículo 770 del referido texto legal. Tales previsiones son la plasmación del principio de seguridad jurídica definido en el artículo 9.3 de la Constitución. En el mismo sentido trata esta materia el artículo 233-7 del CCCat y los artículos 90 y 91, in fine, del Código Civil español en los supuestos en los que hubieran cambiado sustancialmente las circunstancias.

El cauce procesal adecuado de carácter ordinario es el que prevé el artículo 775 de la LEC por cuanto se trata de dejar sin efecto lo que ha sido establecido por sentencia firme y que, por lo tanto, goza del carácter de cosa juzgada. Aun cuando en materia de medidas de orden público relativas a los hijos menores el principio de cosa juzgada queda debilitado por la prevalencia, en todo caso, del principio de interés superior del menor, no es procedente la vía de un proceso autónomo de jurisdicción voluntaria para tal fin salvo cuando concorra, prima facie, un elemento de urgencia que justifique una intervención judicial dirimente respecto a algún extremo concreto para el que se precise dar protección inmediata a un menor o apartarlo de un peligro grave. De no ser así, el artículo 775.3 prevé la adopción de medidas provisionales en procesos de modificación de medidas, por lo que éste debe ser el cauce apropiado con carácter general.»

D) Relativas a la mediación y la conciliación intrajudicial:

1º) En las sentencias examinadas no se recogen referencias explícitas a la eventual derivación de las partes a mediación, ni, en su caso, al resultado de la mediación recomendada o intentada. Cuando hay pugna por la custodia y se prevé que la citación a vista y resolución del tema se va a dilatar, se considera práctica deseable llamar inmediatamente a los Letrados de las partes para tratar de derivarlos a mediación, sin que sea necesario suspender los señalamientos fijados para no dilatar aún más los plazos.

2º) No todos los casos pueden derivarse a mediación. Es necesario proporcionar a los miembros de la Carrera Judicial formación adecuada para que conozcan los criterios necesarios para discriminar lo que se puede y debe derivar a mediación y lo que no. Otra posibilidad sería la creación de equipos multidisciplinares adecuados en los Juzgados que conocen de asuntos de familia que, desde el inicio, examinen en detalle los asuntos que van entrando y decidan, con criterios técnicos especializados, qué asuntos son susceptibles de ser derivados a mediación, qué asuntos no son candidatos adecuados para la mediación pero van a necesitar un examen pericial psicosocial, etc... sirviendo así de apoyo o complemento a la actividad judicial.

3º) Los equipos de mediación no están suficientemente dotados y no pueden atender todos los casos que podrían derivárseles. Es absolutamente imprescindible incrementar los recursos destinados a la mediación familiar.

4º) La formación que se exige a los mediadores es muy irregular y varía extraordinariamente de unas comunidades autónomas a otras. En muchos casos la formación exigible a los mediadores es absolutamente insuficiente. Sería necesario contar con un plantel de mediadores en familia al servicio de cada TSJ, a los que se exija un estándar mínimo de formación, igual para todos los TSJ, y que sean seleccionados de acuerdo con unos procedimientos uniformados.

5º) Se está procesalizando la mediación y se está convirtiendo en un pseudoproceso en que los Letrados o los Procuradores se convierten en protagonistas en lugar de los clientes. Esto está frustrando muchos procedimientos de mediación por. Mediadores y abogados tienen que establecer cauces adecuados de comunicación y coordinación.

6º) Conciliación judicial. No conviene que toda la conciliación sea conducida por el Juez, porque inevitablemente puede conducir a una contaminación que luego comprometa un juicio imparcial del asunto, caso de que la conciliación no llegue a buen fin. Una buena estrategia podría ser dejar la dirección de la conciliación intrajudicial al Letrado/a de la Administración de Justicia o al Fiscal que conozca del caso.

7º) Debería revisarse la diferencia del valor atribuido en el Reglamento de Retribuciones Variables a los procedimientos de familia que terminan con una sentencia contenciosa y el asignado a los procedimientos de familia que finalizan con un acuerdo alcanzado en sede judicial o en mediación. Estos últimos se valoran mucho menos y esto no favorece en modo alguno la labor conciliadora de los Jueces.

VI.2.2. Avances y nuevas tendencias jurisprudenciales:

1º) Se observa en algunas sentencias un concepto de custodia compartida más vinculado a la responsabilidad de cuidado y atención a los/as hijos/as, que a los tiempos estrictos que los menores pasan con cada progenitor.

Se va abriendo paso la idea de que lo esencial en la custodia compartida es la «corresponsabilidad parental», o lo que es lo mismo, que los progenitores compartan esas tareas y responsabilidades al margen de que los tiempos que pasen con sus hijos sean o no idénticos o equivalentes.

SAP Barcelona 565/2018, de 22 de mayo, ECLI:ES:APB:2018:4885:

«El artículo 233-8.1 de dicho texto (Código Civil de Cataluña) repite que la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1 (dichas responsabilidades son las que forman el contenido de la responsabilidad parental y son, conforme al último precepto citado, las de tener cuidado de los/as hijos/as, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral; también tienen los progenitores el deber de administrar el patrimonio de los hijos y el de representarlos); en consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y en la medida que sea posible, se han de ejercer conjuntamente; en el artículo 233-10.2 se indica que la autoridad judicial, si no hay acuerdo o si éste no se ha aprobado, ha de determinar la manera de ejercer la guarda ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales de acuerdo con el artículo 233-8.1, sin embargo la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de manera individual si conviene más al interés del hijo; el artículo 233-10.3 recuerda que la manera de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien habrá que ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente; por otro lado el artículo 233-11 recoge los criterios y circunstancias que, ponderados conjuntamente, deben tenerse en cuenta para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda.

Que se entienda por «guarda» puede deducirse del artículo 233-1.1.a) y 236-11.5 (antes art.139.3 del Código de Familia), así, el primero se refiere a la determinación de la manera en la que los hijos convivirán con los padres y en la que se han de relacionar con aquel de los dos con el que no estén conviviendo, y el segundo señala que las obligaciones de guarda corresponden al progenitor que en cada momento tenga a los hijos con él, sea porque de hecho o de derecho residen con él habitualmente, sea porque estén en compañía suya a consecuencia del régimen de relaciones personales que se haya establecido; en consecuencia la guarda es el tiempo de convivencia que cada progenitor tiene con sus hijos y durante el cual debe ejercer más directamente las responsabilidades que conforman el contenido de la potestad parental; en este sentido puede llegarse a la conclusión de que cualquier régimen temporal que se alcance implica una guarda conjunta, pues cada progenitor ostenta la guarda durante el tiempo en que los menores están en su compañía (así lo hemos visto en el artículo 233-10.2 más arriba transcrito); de hecho el término «custodia compartida» no lo emplea la ley 25/2010 que, en el

art. 233-20.3.a) se refiere a la «guarda compartida» para equipararla a «guarda distribuida entre los progenitores». No es preciso por tanto que la duración del tiempo de convivencia de los hijos con cada progenitor sea igualitario para decir que estamos ante una guarda compartida.»

SAP Barcelona 222/2018, de 12 de marzo, ECLI:ES:APB:2018:1660:

«La colaboración de ambos (progenitores) en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de la personalidad de los hijos, les aporta seguridad y aumenta su confianza y al tiempo permite una mayor fluidez de las relaciones familiares. Evita el efecto negativo que suele producirse cuando uno de los progenitores se ve obligado a asumir la práctica totalidad del aspecto controlador y disciplinar frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia. (...)

Pues bien, del mismo modo que como dijo la sentencia del TSJC de fecha 4 de mayo de 2015, citando sus sentencias de 31-7-2008 y 3-3-2010, la guarda y custodia compartida no supone necesariamente que los tiempos de permanencia con uno u otro progenitor sean idénticos, también debe concluirse al contrario que el hecho de que los hijos permanezcan el mismo tiempo con uno y con otro no equivale a una custodia compartida.

El ejercicio de la custodia es mucho más, es como se ha dicho antes, la necesidad de colaboración en la tarea de la formación y el cuidado de los menores. De ahí que en los casos de enfrentamiento sobre la forma de ejercicio de las custodias, como se desprende de la sentencia del TSJC de 6 de Noviembre de 2017, aunque no baste para justificar la exclusión de la custodia compartida, lo que ha de primar es que la medida resulte objetivamente beneficiosa para los menores. Al respecto el Tribunal Supremo había señalado que «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida; solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor»

Como se indicaba en la sentencia de esta Audiencia de 19 de diciembre de 2017, cuando hablamos de guarda o custodia compartida nos referimos en parte al ejercicio compartido de las funciones parentales; que el elemento cuantitativo –tiempo de convivencia– también es importante pero no puede hablarse de guarda compartida si no hay coparentalidad o lo que es lo mismo, la guarda compartida no equivale a repartir el tiempo de guarda por igual con uno y otro progenitor y que no es lo mismo compartir que repartir. Se requiere la implicación positiva de ambos progenitores en la crianza y en el desarrollo

de los hijos comunes tras la ruptura parental (corresponsabilidad parental o coparentalidad responsable). Entendemos que los elementos cuantitativo (tiempo de guarda) y cualitativo (coparentalidad) deben complementarse para que pueda calificarse una guarda como compartida y que lo que marca la diferencia a favor de una guarda compartida es, además del reparto cuantitativo de los tiempos, el aspecto cualitativo, la presencia o no de las necesarias cualidades de la coparentalidad.»

SAP Barcelona 940/2018, de 16 de octubre, ECLI:ES:APB:2018:9930:

«Que se entienda por «guarda» puede deducirse del artículo 233-1.1.a) y 236-11.5 (antes art.139.3 del Código de Familia), así, el primero se refiere a la determinación de la manera en la que los hijos convivirán con los padres y en la que se han de relacionar con aquel de los dos con el que no estén conviviendo, y el segundo señala que las obligaciones de guarda corresponden al progenitor que en cada momento tenga a los hijos con él, sea porque de hecho o de derecho residen con él habitualmente, sea porque estén en compañía suya a consecuencia del régimen de relaciones personales que se haya establecido; en consecuencia la guarda es el tiempo de convivencia que cada progenitor tiene con sus hijos y durante el cual debe ejercer más directamente las responsabilidades que conforman el contenido de la potestad parental; en este sentido puede llegarse a la conclusión de que cualquier régimen temporal que se alcance implica una guarda conjunta, pues cada progenitor ostenta la guarda durante el tiempo en que los menores están en su compañía (así lo hemos visto en el artículo 233-10.2 más arriba transcrito); de hecho el término «custodia compartida» no lo emplea la ley 25/2010 que, en el art. 233- 20.3.a) se refiere a la «guarda compartida» para equipararla a «guarda distribuida entre los progenitores». No es preciso por tanto que la duración del tiempo de convivencia de los hijos con cada progenitor sea igualitario para decir que estamos ante una guarda compartida.»

En el mismo sentido la SAP Navarra 312/2018, de 22 de junio, ECLI:ES:APNA:2018:528, y la SAP Navarra 297, de 18 de junio, ECLI:ES:APNA:2018:527.

2º) Se viene superando la antigua tendencia a atribuir automáticamente el ejercicio de la patria potestad a los dos progenitores de manera conjunta, sin entrar en mayores especificaciones ni dar a los padres la menor indicación de las obligaciones que ese ejercicio conjunto de la pa-

tria potestad implica. Así, algunas de las sentencias analizadas contienen una explicación precisa, amplia y detallada en la parte dispositiva de en qué consiste y cómo se ha de ejercer esa responsabilidad compartida sobre los/as hijos/as.

SAP Madrid 761/2018, de 28 de septiembre, ECLI:ES:APM:2018:15165:

«5. Ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 154 y 156 del C Civil. Por tanto deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a su hija adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario de los hijos deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Ambos padres participarán en las decisiones que con respecto a los hijos tomen en el futuro siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en el ámbito escolar, o en el sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas. Sobre esa base se impone la intervención de ambos padres en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo. Se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro. Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos padres en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo sin que al respecto tenga prioridad el progenitor a quién le corresponda el fin de semana correspondiente al día en que vaya a tener lugar los gastos.

Los dos padres deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a sus hijos y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica, y los boletines de evaluación e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. De igual manera tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.

El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía de los hijos podrá adoptar decisiones respecto al mismo sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con un menor pueden producirse.»

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Madrid, especializado en familia, de 25 de octubre de 2018:

«3’) *La patria potestad de las hijas menores comunes será ejercida conjuntamente por sus dos progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, la autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación de las menores.*

En particular, quedan sometidas a este régimen, y no podrán ser adoptadas unilateralmente por uno solo de los progenitores, las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia de las menores y los posteriores traslados de domicilio de éstas; las salidas de las menores al extranjero, no acompañado por uno de sus progenitores y que no tengan carácter turístico, como cursar estudios fuera de España o realizar estancias fuera de ella por motivos académicos, ya sea durante el curso escolar o en periodos vacacionales; las referidas a elección del centro escolar o institución de enseñanza y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, al adoctrinamiento de las menores en una determinada confesión religiosa y a la realización por las mismas de actos de profesión de fe o culto propios de una determinada confesión religiosa; el sometimiento de las menores (de menos de 16 años) a tratamientos médicos preventivos, curativos o quirúrgicos, incluidos los estéticos, salvo en los casos de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas y las actividades extraescolares, de carácter deportivo, formativo o lúdico que realicen las menores y, en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores.

Notificada extrajudicial y fehacientemente a un progenitor la decisión sobre las menores que pretenda adoptar el otro, recabando el consentimiento de aquel a su realización, se entenderá prestado tácitamente el mismo si en el plazo de los diez días naturales siguientes el progenitor consultado no lo deniega expresamente y así lo comunica en igual forma al consultante. En este supuesto será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia.

Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida de las menores distintas de las enunciadas anteriormente, al constituir actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, corresponderán al progenitor que tenga consigo a las menores, en cumplimiento del régimen de convivencia y estancias establecido, en el momento en que la cuestión se suscite.

Ambos progenitores ostentan idéntico derecho a estar informados de la evolución escolar, académica o universitaria de las menores, y a obtener copia de los boletines de notas o calificaciones escolares y de los informes generales referidos a su evolución, rendimiento y conducta en el centro docente a que asistan. Asimismo,

ambos progenitores tienen el deber recíproco de informar al otro de cuantas vicisitudes de importancia se produzcan en la vida de las menores, incluidas las salidas con las mismas al extranjero o viajes dentro del

territorio nacional con pernocta fuera del domicilio paterno o materno y, respecto de su salud, a poner en conocimiento inmediato del otro progenitor cualquier dolencia o enfermedad grave de las menores, y a entregarle copia de cuanta documentación escrita concerniente a dichas dolencias o enfermedades obren en su poder (historia médica, informes clínicos, partes médicos, etc.). A estos efectos, ambos progenitores podrán dirigirse por escrito al Director del Centro en que cursan estudios sus hijas y, acompañando testimonio de esta resolución con expresión de que es ejecutiva y no ha sido revocada en este punto, solicitar que se les facilite, por separado, información escrita, incluidos los informes de evaluación o boletines de calificaciones escolares y la citación para entrevistas con el profesor tutor o demás profesoras de las menores, y que se les facilite a cada uno de ellos información verbal sobre cualquier tipo de actos o celebraciones en que intervengan sus hijas, para posibilitar su asistencia.

De igual modo, ambos progenitores podrán dirigirse por escrito al pediatra que preste asistencia médica habitual a las menores o al Centro de Salud u Hospital público o privado en que se preste asistencia médica en régimen ambulatorio o de internamiento a sus hijas, acompañando testimonio de esta resolución, y solicitar que se le ofrezca a cada uno de ellos idéntica información, verbal y escrita, sobre la salud de aquellas.

Cada progenitor tendrá derecho a mantener diariamente comunicaciones con las menores cuando éstas se encuentren en compañía del otro progenitor, por correo electrónico o teléfono, fijo o móvil. Las comunicaciones, en máximo de dos diarias, y de duración no superior a 20 minutos cada una, se mantendrán durante el horario en que las menores permanezca en el domicilio paterno o materno, procurando no entorpecer su descanso nocturno ni interferir en sus actividades escolares, por lo que, tratándose de comunicaciones a través de teléfono fijo o móvil, se realizarán en las horas concertadas libremente por los progenitores, y, en defecto de acuerdo, entre las 17,30 y las 18,15 horas o entre las 20 y las 20,45 horas.»

Sentencia del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1 de Pamplona nº 6/2017:

«En primer lugar que ambos progenitores están conformes en compartir la patria potestad sobre su hija, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 154 y 156 del Código Civil. Por tanto deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a su hija adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario

de la misma deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Si no lo señalan la comunicación se hará por mensaje de teléfono o de correo electrónico y el otro progenitor deberá contestar. Si no contesta podrá entenderse que presta su conformidad a aquello que se solicita. Ambos padres participarán en las decisiones que con respecto a la hija común tomen en el futuro siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en relación a la residencia de la misma o las que afecten al ámbito escolar, o al sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas. Sobre esa base se impone la intervención de ambos padres en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo. Se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro. Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos padres en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo sin que al respecto tenga prioridad el progenitor a quién le corresponda el fin de semana correspondiente al día en que vaya a tener lugar el referido acto.

Los dos padres deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a su hija y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica, y los boletines de evaluación e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. De igual manera tienen derecho a obtener información médica de su hija y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.

El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía de la niña podrá adoptar decisiones respecto a la misma sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con un menor pueden producirse».

Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Barcelona, examinada por la SAP Barcelona 68/2018, de 1 de febrero, ECLI:ES:APB:2018:421:

«1º) La responsabilidad parental será compartida, debiendo ejercerla conjuntamente en todos los aspectos más trascendentes de la vida del menor; debiéndose informar mutuamente de los hechos más relevantes y de todos aquellos que determinen un funcionamiento normal de la cotidianeidad del menor. Será necesario el consentimiento de ambos progenitores, previo, expreso y por escrito, para cambiar de centro escolar, cambio de domicilio que impida el régimen de relaciones paterno y materno filiales acordado en esta sentencia, decidir tipo de edu-

cación y tratamiento médico o quirúrgico. Cada progenitor está legitimado para actuar indistinta e individualmente en todos aquellos actos de necesidad urgente y en aquellos que normalmente una persona sola.»

«Que debo acordar y acuerdo la adopción de las siguientes medidas:

1. Patria potestad de () compartida entre ambos progenitores. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas a los menores serán adoptadas por ambos progenitores de mutua acuerdo y en caso de discrepancia, resolverá el Juzgado. A título indicativo, son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones:

- Cambio de domicilio de la menor, fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales.*
- Elección inicial o cambio del centro escolar,*
- Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.*
- Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.*

Sentencia de primera instancia examinada por la SAP Navarra 312/2018, de 22 de junio, ECLI:ES:APNA:2018:528:

Se reconoce a ambos progenitores el derecho a obtener información sobre la marcha escolar de la hija sobre la que no tienen la custodia y a participar en las actividades tutoriales del centro escolar. Igualmente, podrá recabar información médica sobre los tratamientos de la menor.»

3º) En los casos en que se impone un sistema de custodia individual, se viene abandonando el automatismo en la definición del régimen de estancias y comunicaciones con el progenitor no custodio, y se tiende al establecimiento de regímenes de estancias y comunicaciones mucho más amplios, personalizados y adaptados a las circunstancias concretas de la familia.

Sentencia de primera instancia examinada por la SAP Barcelona 213/2018, de 8 de marzo, ECLI:ES:APB:2018:1641.

«SEGUNDA. RÉGIMEN DE VISITAS A FAVOR DEL PADRE.

El padre podrá relacionarse y tener en su compañía a su hija de la manera que ambos progenitores libremente acuerden, es decir, siempre que adopten las correspondientes decisiones de común acuerdo.

En caso de desacuerdos, el padre podrá relacionarse y tener en su compañía a su hija conforme al siguiente régimen de visitas:

1) *Desde la actualidad hasta que la menor cumpla los dos años de edad.*

a) *Régimen ordinario.*

El padre podrá tener en su compañía a su hija los martes y los jueves de 16 a 20 horas, y el sábado o el domingo en el mismo horario, alternando una semana el sábado y otra el domingo, recogiéndola y devolviéndola en el domicilio de la madre.

b) *Régimen de vacaciones.*

i) *El periodo vacacional de navidad se corresponderá con el fijado en el calendario escolar oficial para la educación infantil y primaria, y se dividirá en dos mitades.*

La primera mitad comprenderá desde el primer día de las vacaciones escolares hasta el día 31 de diciembre, y la segunda mitad comprenderá desde el día 1 de enero hasta el último día de las vacaciones escolares. El padre podrá tener en su compañía a su hija diariamente de 16 a 20 horas en una de estas mitades, alternando cada año, concretamente, durante la primera mitad los años pares y durante la segunda mitad los años impares.

Independientemente de lo anterior, el día de Reyes el padre podrá tener en su compañía a su hija durante dos horas de la mañana, de 11 a 13 horas.

En todos los casos, el padre deberá recoger y reintegrar a la menor en el domicilio materno.

ii) *El periodo vacacional de semana santa se corresponderá con el fijado en el calendario escolar oficial para la educación infantil y primaria, y se dividirá en dos mitades.*

La primera mitad comprenderá desde el primer día de las vacaciones escolares hasta el miércoles santo, y la segunda mitad comprenderá desde el jueves santo hasta el último día de las vacaciones escolares.

El padre podrá tener en su compañía a su hija diariamente de 16 a 20 horas en una de estas mitades, alternando cada año, concretamente, durante la primera mitad los años pares y durante la segunda mitad los años impares.

En todos los casos, el padre deberá recoger y reintegrar a la menor en el domicilio materno.

iii) *El periodo vacacional de verano comprenderá los meses de julio y agosto, y se dividirá en dos mitades.*

La primera mitad comprenderá las semanas primera y tercera de julio y agosto, y la segunda mitad comprenderá las semanas segunda y cuarta de julio y agosto.

El padre podrá tener en su compañía a su hija diariamente de 16 a 20 horas en una de estas mitades, alternando cada año, concretamente, durante la primera mitad los años pares y durante la segunda mitad los años impares.

Durante el resto del periodo de verano se seguirá el régimen ordinario de visitas.

En todos los casos, el padre deberá recoger y reintegrar a la menor en el domicilio materno.

- 2) *Desde que la menor cumpla los dos años de edad hasta que empiece el primer curso de educación primaria.*

a) *Régimen ordinario.*

El padre podrá tener en su compañía a su hija los fines de semana alternos, desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo.

El régimen de fines de semana alternos se reiniciará de nuevo después de cada periodo vacacional, correspondiendo el primer fin de semana a aquel de los padres que no haya disfrutado de la compañía de la hija en el último turno del periodo vacacional.

El padre también podrá tener en su compañía a su hija dos tardes intersemanales, los martes y jueves, recogiéndola cuando salga de la guardería o colegio y devolviéndola al domicilio materno a las 20 horas; si la niña todavía no va a la guardería o colegio podrá recogerla en el domicilio materno a las 16 horas.

En todos los casos, el padre deberá recoger y reintegrar a la menor en el domicilio materno, salvo cuando tenga que hacerlo en la guardería o colegio.

b) *Régimen de vacaciones.*

i) *El periodo vacacional de navidad se corresponderá con el fijado en el calendario escolar oficial para la educación infantil y primaria, y se dividirá en dos mitades.*

La primera mitad comprenderá desde las 10 horas del primer día de las vacaciones escolares hasta las 10 horas del día 31 de diciembre, y la segunda mitad comprenderá desde las 10 horas del día 31 de diciembre hasta las 20 horas del último día de las vacaciones escolares.

El padre podrá tener en su compañía a su hija la primera mitad del periodo los años pares y la segunda mitad del periodo los años impares.

Independientemente de lo anterior, el día de Reyes, el padre o la madre, según corresponda, tendrán derecho a tener en su compañía a su hija durante dos horas de la mañana, de 11 a 13 horas, debiendo recoger y reintegrar a la menor en el domicilio del progenitor con el cual se encuentre.

En todos los casos, el padre deberá recoger y reintegrar a la menor en el domicilio materno (a excepción de lo dispuesto para el día de Reyes).

ii) El periodo vacacional de semana santa se corresponderá con el fijado en el calendario escolar oficial para la educación infantil y primaria, y se dividirá en dos mitades.

La primera mitad comprenderá desde las 10 horas del primer día de las vacaciones escolares hasta las 20 horas del miércoles santo, y la segunda mitad comprenderá desde las 20 horas del miércoles santo hasta las 20 horas del último día de las vacaciones escolares.

El padre podrá tener en su compañía a su hija la primera mitad del periodo los años pares y la segunda mitad del periodo los años impares.

En todos los casos, el padre deberá recoger y reintegrar a la menor en el domicilio materno.

iii) El periodo vacacional de verano comprenderá los meses de julio y agosto, y se dividirá en dos mitades.

La primera mitad comprenderá las primeras quincenas de julio y agosto, y la segunda mitad comprenderá las segundas quincenas de julio y agosto.

Las primeras quincenas de los meses de julio y agosto comprenderán desde las 10:00 horas del día 1 hasta las 10:00 horas del día 16, y las segundas quincenas de los meses de julio y agosto comprenderán desde las 10:00 horas del día 16 hasta las 10:00 horas del día 1 del mes siguiente.

El padre podrá tener en su compañía a su hija la primera mitad del periodo los años pares y la segunda mitad del periodo los años impares.

Durante el resto del periodo de verano se seguirá el régimen ordinario de visitas.

En todos los casos, el padre deberá recoger y reintegrar a la menor en el domicilio materno.

3) *A partir del momento en que la menor empiece el primer curso de educación primaria.*

a) *Régimen ordinario.*

El padre podrá tener en su compañía a su hija los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana, que la llevará al colegio.

Los viernes y lunes festivos se entenderá que forman parte del fin de semana al que estén enganchados, pudiendo, por tanto, el padre recoger a la menor el jueves a la salida del colegio, o llevarla al colegio el martes por la mañana.

El régimen de fines de semana alternos se reiniciará de nuevo después de cada periodo vacacional, correspondiendo el primer fin de semana a aquel de los padres que no haya disfrutado de la compañía de la hija en el último turno del periodo vacacional.

El padre también podrá tener en su compañía a su hija dos tardes intersemanales, los martes y jueves, recogiéndola cuando salga del colegio y devolviéndola al domicilio materno a las 21 horas.

b) Régimen de vacaciones.

Regirá el mismo régimen de visitas establecido en el anterior apartado número 2), pero el periodo vacacional de verano también comprenderá la segunda quincena de junio y la primera quincena de septiembre (aunque únicamente los días que formen parte de las vacaciones escolares).

Por tanto, la primera mitad del periodo vacacional de verano comprenderá las primeras quincenas de julio, agosto y septiembre, y la segunda mitad comprenderá las segundas quincenas de junio, julio y agosto.»

Sentencia de primera instancia examinada por la SAP Navarra 312/2018, de 22 de junio, ECLI:ES:APNA:2018:528:

«3. El régimen de visitas y comunicación será del siguiente modo:

Don () tendrá derecho a disfrutar de la menor en fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes y hasta la entrada del colegio el lunes. Además, tendrá derecho a una visita intersemanal con pernocta los miércoles, aquellas semanas cuyo fin de semana le toque estar con la menor. Las semanas cuyo fin de semana le corresponda a doña (), la menor tendrá dos visitas intersemanales con el padre los martes y los jueves, con pernocta.

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos, desde la salida del colegio el último día lectivo y hasta el día 30 de diciembre a las 20:00 de la tarde y desde entonces y hasta el primer día lectivo a la entrada al colegio. Durante estos periodos y, salvo acuerdo en contrario, se suspenderán las visitas intersemanales. Salvo acuerdo en contra, elegirá don () los años pares y doña () los impares.

Las vacaciones de Semana Santa también se dividirán en dos periodos: desde la salida del colegio del último día lectivo, hasta el lunes de Pascua a las 20:00 de la tarde y desde entonces y hasta la vuelta al colegio. Igualmente, salvo acuerdo en contra, se suspenderán en estos periodos las visitas intersemanales. Salvo acuerdo en contra, elegirá don () los años pares y doña () los impares.

Las vacaciones de verano se dividirán por quincenas, del 1 al 15 de julio a las 20:00 de la tarde; del 15 de julio al 31 de julio a las 20:00 de la tarde; del 31 de julio al 15 de agosto a las 20:00 de la tarde y del 15 de agosto al 31 de agosto a las 20:00 de la tarde.

Durante estos periodos, salvo acuerdo en contra, se suspenderán las visitas intersemanales.

Salvo acuerdo en contra, elegirá don () los años pares y doña () los impares.»

4º) En las Audiencias Provinciales con una experiencia más dilatada en materia de custodia compartida (por regular específicamente este régimen de custodia la legislación autonómica) se aprecia una mayor tendencia a la organización personalizada de los tiempos de estancia de los menores con sus progenitores, y una mejor adaptación de lo acordado a las necesidades, horarios y circunstancias concretas de la familia:

SAP Barcelona 909/2018, de 5 de octubre, ECLI:ES:APB:2018:9929:

«a) se establece la custodia compartida de ambos progenitores respecto a los hijos comunes () y () que, si bien quedarán conviviendo habitualmente con la madre, las estancias con el padre se ajustaran a los siguientes criterios: 1º) cuando el padre tenga disponibilidad para tener consigo a los menores desde la tarde y por la noche, tendrá a los mismos dos tardes a la semana, incluida la pernocta; debiéndose responsabilizar de recogerlos en el colegio y llevarlos a la entrada del mismo al día siguiente; 2º) que las semanas en las que el padre tenga libre todo el fin de semana, los menores estarán con él desde el viernes a la salida del colegio, hasta el lunes a la entrada al mismo; 3º) que cuando el padre únicamente tenga posibilidad de estar con los hijos por las tardes (por tener turno nocturno), tendrá a los mismos al medio día, para hacer la comida juntos, y las dos tardes a la semana (sin pernocta) recogidos en el colegio a la salida del mismo, y llevándolos después a casa de la madre a las 21 horas como máximo. Los demás días no tendrá visitas. El resto de los días y los periodos vacacionales se repartirán tal como dispone la sentencia de primera instancia; 4º) Durante la primera semana de cada trimestre, o si no fuera posible, con la máxima antelación, el padre deberá remitir a la madre

un calendario en el que, con relación a sus turnos y a los criterios establecidos, se marcarán y concretarán las visitas correspondientes.»

SAP Vizcaya 483/2018, de 9 de julio, ECLI:ES:APBI:2018:1728:

«II.1.– La patria potestad de las hijas menores se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores.

II.2.– La guarda y custodia se ejercerá de modo compartido en el modo que acuerden que ambos progenitores, y en su defecto, regirá el siguiente sistema que tendrá que coordinarse con los respectivos turnos laborales del padre:

Primera semana: Custodia madre. Visitas a favor del padre martes y jueves desde la salida del colegio a las 17:00 horas hasta las 21 horas.

Segunda semana: Custodia madre. Padre fin de semana desde el sábado a las 10:30 horas hasta el domingo a las 21:00 horas en régimen de visitas.

Tercera semana: Custodia madre. Visitas a favor del padre martes y jueves desde la salida del colegio a las 17:00 horas hasta las 21 horas.

Cuarta semana: Custodia padre desde lunes a la salida del colegio hasta el domingo a las 21:00 horas. Visitas a favor de la madre martes y jueves desde la salida del colegio a las 17:00 horas hasta las 21 horas.

Quinta semana: Custodia madre. Padre fin de semana desde el sábado a las 10:30 horas hasta el domingo a las 21:00 horas en régimen de visitas.

Sexta semana: Custodia madre. Visitas a favor del padre martes y jueves desde la salida del colegio a las 17:00 horas hasta las 21 horas.

Séptima semana: Custodia padre desde lunes a la salida del colegio hasta el domingo a las 21:00 horas. Visitas a favor de la madre martes y jueves desde la salida del colegio a las 17:00 horas hasta las 21 horas.

II.3.– Ambos progenitores estarán con las hijas la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y verano en el modo en que pacten, eligiendo en caso de discrepancia la madre los años pares y el padre los impares.

Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos periodos, el primero comprenderá desde la salida de las hijas del centro escolar el último día de clase hasta las 11.00 horas del Lunes de Pascua, y el segundo desde las 11:00 horas del Lunes de Pascua hasta las 21:00 horas del último día festivo, eligiendo a falta de acuerdo la madre en los años pares y el padre en los años impares.

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos, el primero comprenderá desde la salida de las hijas del centro escolar el último día de clase hasta las 21:00 horas del 30 de diciembre, y el segundo comprenderá desde las 21:00 horas

del 30 de diciembre hasta las 21:00 horas del último día festivo, eligiendo a falta de acuerdo la madre en los años pares y el padre en los años impares. Las vacaciones de Navidad del presente año se repartirán conforme al acuerdo que alcancen las partes, al desconocer lo acontecido hasta la fecha por hallarnos en pleno periodo vacacional en el momento de dictarse la resolución, si bien el padre tendrá en todo caso derecho a estar con las hijas la mitad del periodo.

Las vacaciones de verano se dividirán en cuatro periodos: 1) desde la salida de las hijas del centro escolar el último día de clase hasta las 21:00 horas del 15 de julio; 2) desde las 21:00 horas del 15 de julio hasta las 21:00 horas del 31 de julio; 3) desde las 21:00 horas del 31 de julio hasta las 21:00 horas del 15 de agosto; y 4) desde las 21:00 horas del 15 de agosto hasta las 21:00 horas del último día festivo, eligiendo los periodos a falta de acuerdo la madre en los años pares y el padre en los años impares.»

5º) Frente al absoluto silencio del legislador acerca del modo en que ha de quedar regulado el pago de los gastos de los/as hijos/as menores cuando se acuerda un régimen de custodia compartida, algunas de las sentencias examinadas llevan a cabo un análisis detallado de dichos gastos, y definen de manera concreta y personalizada el modo en que los progenitores han de hacer frente a los mismos.

Con ello no solo suplen por vía jurisprudencia el absoluto silencio del legislador en estas materias, sino que además contribuyen de manera muy positiva a dotar de seguridad jurídica a la nueva situación creada a raíz de la sentencia, y a evitar los múltiples conflictos a que puede dar lugar una deficiente regulación de los aspectos económicos de la ruptura de la pareja. Se aprecia también una evolución respecto a la previsión de los gastos extraordinarios con una regulación más detallada de los conceptos que han de tener esta condición.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Madrid, especializado en familia, de 25 de octubre de 2018:

«En el presente caso, tras el examen y valoración conjunta de la prueba practicada, se estiman acreditados, como datos socioeconómicos de las partes relevantes para determinar la forma de contribuir los progenitores a los gastos de alimentación de las hijas comunes, los siguientes:

1º) Los litigantes contrajeron matrimonio el día (); de dicho matrimonio nacieron y viven dos hijas, en los años 2006 y 2013, respectivamente. Contrajeron

matrimonio bajo el régimen legal de gananciales al no haber otorgado capitulaciones matrimoniales prenupciales pactando el sometimiento a un régimen distinto.

2º) La esposa trabaja por cuenta ajena con un contrato de obra o servicio desde el mes de junio de abril del presente año percibiendo unos ingresos líquidos mensuales de 720 euros, en 14 pagas anuales, lo que supone unos ingresos líquidos medios mensuales de 840 euros.

La esposa está viviendo con las hijas comunes en la vivienda que constituyó el domicilio conyugal, que pertenece a ambos litigantes, abonándose por la misma una hipoteca mensual de 462,90 euros.

3º) El marido trabaja desde el mes de junio del presente año como asesor informático con unos ingresos brutos anuales de 45000 euros, y unos ingresos líquidos mensuales de 2800 euros aproximadamente, en 14 pagas anuales, lo que supone, en promedio, unos ingresos mensuales líquidos de 3266,66 euros.

Ocupa una vivienda de alquiler por la que abona 550 euros.

4º) Los gastos de ambas hijas en concepto de cuotas de escolaridad, transporte escolar y comedor ascienden a la suma de 598 euros mensuales.

Sobre la base de las circunstancias personales, familiares y económicas que se estiman acreditadas, de conformidad con los establecido en los artículos 93 en relación con el 142, 143, 145 y 146, todos del Código Civil, y tras ponderar las necesidades del alimentista y capacidad económica de los obligados a prestar alimentos, se estima procedente establecer, como contribución y aportación de los padres a los alimentos de los hijos menores comunes, que ambos progenitores procedan a la apertura de una cuenta bancaria, de disposición conjunta, en la que será necesario el consentimiento de ambos para realizar cualquier acto de disposición o reintegro, tanto en efectivo como con tarjeta o por cualquier medio telemático. En dicha cuenta se domiciliará el pago de los gastos de escolaridad, libros, uniformes, transporte escolar, comedor escolar y material escolar de las menores, y los de las actividades extraescolares de las mismas que decidan de común acuerdo los padres o, en su defecto, establezca la autoridad judicial.

En la referida cuenta bancaria cada uno de los progenitores ingresará mensualmente una cantidad: 475 euros el padre y la de 125 euros mensuales la madre. La diferencia entre las aportaciones de uno y otro progenitor se considera necesaria para respetar el principio legal de proporcionalidad en el establecimiento del quantum de la pensión alimenticia de los hijos. Tales cantidades se actualizarán anualmente, con efectos de 1º de enero de cada año, en proporción a la variación que experimente el Índice Nacional General de Precios al Consumo en el periodo

diciembre a diciembre inmediato anterior según los datos que publique el Instituto Nacional de Estadística u órgano autonómico que pueda sustituirle.

Dicha cantidad deberá hacerse efectiva, con carácter anticipado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en doce mensualidades anuales, mediante ingreso en la cuenta bancaria designada. Además, dada la disparidad de ingresos entre uno y otro progenitor, el padre satisfará a la madre, en concepto de pensión alimenticia para los hijos comunes, dada la disparidad de ingresos entre uno y otro, la suma mensual de 580 euros (290 euros por mes e hija), abonándose los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de las menores en la proporción del 79 por 100 el padre y el 21 por 100 restante la madre. Dicha cantidad deberá hacerse efectiva, con carácter anticipado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en doce mensualidades anuales, mediante ingreso en la entidad y cuenta bancaria de su titularidad designada por la madre.»

SAP Barcelona 940/2018, de 16 de octubre, ECLI:ES:APB:2018:9930:

«2º) en cuanto a la contribución de los progenitores a los gastos de su hijo, cada uno de ellos atenderá a sus gastos ordinarios cuando lo tenga consigo en cumplimiento del régimen de estancias y abrirán una cuenta corriente conjunta en la que ingresarán cada uno de ellos 200 euros, en total 400 euros, para atender la mutua médica y los gastos escolares, incluidos libros, material escolar y equipamiento deportivo exigido por el colegio, batas y uniformes en su caso y todos los recibos girados por el centro escolar, incluidas las salidas escolares que forman parte del currículum del curso, así como el comedor escolar, pero no los recibos por actividades extraescolares voluntarias que se puedan realizar en el mismo colegio salvo que exista consenso al respecto entre ambas partes; en dicha cuenta deberán domiciliar todo lo que sea posible de tales gastos. En caso de que aquella cantidad resulte insuficiente la completarán por mitad.

Los gastos extraordinarios (entendiendo por tales los de carácter necesario como por ejemplo los refuerzos escolares indicados por profesores y/o terapeutas u otros profesionales, o los sanitarios y farmacéuticos que no estén cubiertos por la Seguridad Social o la mutua médica, tales como los de óptica, ortodoncia, ortopedia, psicólogo, fisioterapia, logopedia, etc.) serán abonados por ambos por mitad y también las actividades extraescolares pactadas o consentidas por ambos. Estos conceptos podrán ser abonados de la cuenta conjunta si existe remanente para ello.

La cuenta común será administrada en los años pares por el padre y en los impares por la madre.»

6º) Se encuentra plenamente consolidada la compatibilidad entre el régimen de custodia compartida y la fijación de una pensión de alimentos a cargo de uno de los progenitores y a favor del otro, si existe un desequilibrio entre la situación económica uno y otro.

SAP Valencia 68/2018, de 1 de febrero, ECLI:ES:APV:2018:964:

«Ahora bien, en el supuesto de custodia compartida, como es el analizado, usualmente se acuerda que cada uno proporcione los alimentos al hijo cuando con él conviva, sin fijar pensión alimenticia a cargo de uno de ellos, salvo circunstancias que así lo aconsejen, pues procede que cada uno alimente a los hijos cuando los tenga consigo y se haga cargo de los demás gastos, tanto ordinarios de colegio y ropa, así como los extraordinarios por mitad. Pero, habida cuenta que la pensión alimenticia de los hijos se fundamenta en el criterio de la necesidad, debe atenderse tanto a las efectivas necesidades de los mismos como a los medios económicos de que disponen los obligados, conforme a los preceptos citados 154 y 93 del CC, y por tanto, también en este caso, deben acomodarse las prestaciones de cada progenitor a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Por lo que atendiendo a la anterior exposición, siendo que existe una gran desproporción en cuanto a la disponibilidad económica de uno y otro progenitor; como se declara probado en la sentencia de primera instancia, con ingresos en cómputo anual de 22.500 euros del padre frente a 7.000 de la madre, superiores aquellos en más de tres veces a estos, ello debe traducirse en el señalamiento de una mayor contribución a cargo del demandante, no suficientemente compensada con su asunción de la totalidad de los gastos escolares, a falta de un mayor detalle sobre su significación práctica, y aun teniendo en cuenta las nuevas obligaciones del mismo con nueva esposa, con la que convive actualmente y con un hijo de esta, así como el nuevo hijo menor de edad tenido con aquella –por lo demás, desconociéndose los ingresos totales de la nueva familia del actor–, mediante el mantenimiento y nueva fijación de pensión de alimentos a favor del hijo común de los litigantes, eso sí, sin que pueda superar el 50 % de la pensión fijada en el convenio regulador de 300 euros, pues si cubría la totalidad del tiempo que el hijo permanecía con la demandada, al repartirse a partir del cambio a custodia compartida el tiempo de estancia del menor a la mitad, lógicamente los gastos de estancia con cada uno de los padres se verán reducidos en una proporción semejante, rebajándola a la cantidad prudencial, próxima a la considerada en otros casos como mínimo vital, de 150 euros. Ello aun cuando no se ha cuantificado

por la demandada –pero tampoco por el actor– los costes previsibles del mantenimiento del hijo en el tiempo que esté con cada uno. Y en evitación, igualmente, de una desproporción significativa, a su vez, de atenciones al mismo proporcionado por cada progenitor dependiendo de con quien se encuentre en cada momento; y con base al interés superior del menor, que es el que corresponde tener en cuenta, frente a los particulares de los padres.»

SAP Barcelona 565/2018, de 22 de mayo, ECLI:ES:APB:2018:4885:

«En el aspecto económico, aunque el tiempo de duración de la convivencia sea paritario entre un progenitor y otro no por ello puede decirse, en un lenguaje popular, «que no haya que pagar pensión alimenticia» de uno a otro ya que, como hemos visto, el artículo 233-10.3 del referido texto indica que la manera de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes (y esta obligación es proporcional a los recursos económicos y las posibilidades de cada uno de ellos conforme al artículo 237-7) si bien habrá que ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente, así como, en su caso, la atribución del uso de la vivienda familiar si ésta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, conforme al artículo 233-20.7 del mismo texto. En este sentido se ha pronunciado el TSJ de Catalunya, por todas, en sus sentencias de fechas 14 de octubre de 2015 y 28 de enero de 2016.

En consecuencia, puede acordarse, en función de las circunstancias concretas de cada caso, que los progenitores ingresen la misma cantidad en una cuenta corriente conjunta para responder de los gastos escolares y de los no cotidianos de los menores (ya que de los cotidianos se encargará cada uno de ellos) o bien que las cantidades sean diferentes en función de sus ingresos o realidad económica, o bien incluso que uno de ellos abone además una pensión alimenticia para los gastos cotidianos al otro en caso de diferencias estimables, o que se abone una pensión por el que tiene más medios sin necesidad además de abrir una cuenta común, o que cada uno afronte los gastos cotidianos y los restantes se abonen por mitad o en una proporción concreta sin necesidad de abrir una cuenta bancaria al efecto, etc., todo ello según las circunstancias de cada supuesto».

SAP Barcelona 940/2018, de 16 de octubre, ECLI:ES:APB:2018:9930:

«Pasando a la cuestión económica de cómo afrontar las partes las necesidades económicas del hijo, debe constatarse que, aunque el tiempo de duración de la convivencia sea paritario entre un progenitor y otro, no por ello puede

decirse, en un lenguaje popular, «que no haya que pagar pensión alimenticia» de uno a otro ya que el artículo 233-10.3 del CCC indica que la manera de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes (y esta obligación es proporcional a los recursos económicos y las posibilidades de cada uno de ellos conforme al artículo 237-7), si bien habrá que ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente, así como, en su caso, la atribución del uso de la vivienda familiar si ésta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, conforme al artículo 233-20.7 del mismo texto. En este sentido se ha pronunciado el TSJ de Catalunya, por todas, en sus sentencias de fechas 14 de octubre de 2015 y 28 de enero de 2016.

En consecuencia, puede acordarse, en función de las circunstancias concretas de cada caso, que los progenitores ingresen la misma cantidad en una cuenta corriente conjunta para responder de los gastos escolares y de los no cotidianos de los menores (ya que de los cotidianos se encargará cada uno de ellos) o bien que las cantidades sean diferentes en función de sus ingresos o realidad económica, o bien incluso que uno de ellos abone además una pensión alimenticia para los gastos cotidianos al otro en caso de diferencias estimables, o que se abone una pensión por el que tiene más medios sin necesidad además de abrir una cuenta común, o que cada uno afronte los gastos cotidianos y los restantes se abonen por mitad o en una proporción concreta sin necesidad de abrir una cuenta bancaria al efecto, etc., todo ello según las circunstancias de cada supuesto.»

SAP Valladolid 21/2018, de 15 de enero, ECLI:ES:APVA:2018:98:

«Ahora bien, no obstante lo anterior, el establecimiento de referido sistema de guarda y custodia, no implica la imposibilidad de que se establezca pensión de alimentos, no exime del pago de alimentos, si las necesidades de los menores lo requieren y se aprecie una objetiva desproporción entre los ingresos de ambos progenitores (art. 146 Código Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da. Conforme a la doctrina del tribunal Supremo (Sentencia de fecha de 4-3-16) la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos progenitores (art. 146 Código Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da. En el caso de autos, existe una apreciable desproporción en referidos ingresos...».

7º) Se ha producido un notable avance en la modulación de la contribución a los gastos de los hijos menores en función de la capacidad económica de los progenitores, acudiendo nuestros Tribunales a fórmulas diversas para llevar a cabo dicha modulación.

Sentencia de Primera Instancia examinada y confirmada por la SAP Valencia 174/2018, de 1 de marzo, ECLI:ES:APV:2018:1380.

«4. D. Alfonso contribuirá en concepto de pensión de alimentos a favor de su hija Salvadora en la suma de 250 euros mensuales, y a favor de su hijo Cesareo en la cantidad de 300 euros mensuales. Una vez que rija la custodia compartida respecto de Cesareo la pensión de alimentos será de 250 euros mensuales. Las pensiones se abonarán los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o de ahorro que designe la madre. La referida suma se actualizará anualmente mediante la aplicación del porcentaje del incremento del índice de precios al consumo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística. Los gastos de educación y extraordinarios de Salvadora se abonarán al 70% por el padre y el 30% por la madre. Los gastos de guardería y extraordinarios de Cesareo tales como los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social serán sufragados al 70% por el padre y el 30 % por la madre. Dichos porcentajes se aplicarán mientras Dª Manuela no trabaje, abonándose cuando se incorpore al mercado laboral los gastos de educación y los extraordinarios se abonarán al 50% entre ambos progenitores. A tal efecto se establece que Dª Manuela deberá facilitar a D. Alfonso su vida laboral cada seis meses.»

Sentencia de Primera Instancia examinada y confirmada por la SAP Madrid 734/2018, de 21 de septiembre, ECLI:ES:APM:2018:15157.

«7.— En orden a satisfacer sus necesidades se acuerda que ambos progenitores abran una cuenta corriente a nombre de ambos y de los menores, será el padre quien abone el coste de la educación de los cuatro hijos, entendiéndose por tal la que por todos los conceptos gire al colegio, a la cuenta que él designe, además de uniformes, libros y material escolar. En el futuro, dichos gastos serán sustituidos por los estudios que cursen los hijos en etapas posteriores, siendo igualmente a cargo del padre, salvo que se trate de estudios privados, en cuyo caso deberán decidirlo entre ambos progenitores para repartir su coste. También abonará el padre directamente las actividades extraescolares, debiendo abonar el club de tenis en la parte que corresponde a los menores los años pares la madre y los impares el padre.

Teniendo en cuenta la desigualdad económica de ambos progenitores, el padre abonará a la madre una cantidad, de 250 euros por cada uno de ellos a la madre (1.000 euros al mes). Dicha cantidad se revalorizará cada año a fecha 1 de enero, conforme al incremento del IPC.

En cuanto al resto de gastos ordinarios de los menores, cada progenitor asumirá los que se generasen en los periodos de ejercicio efectivo de la guarda (alimentación, ocio, gastos de farmacia, etc.). Ambos progenitores deberán tener en sus domicilios la ropa necesaria para uso cotidiano de sus hijos.

Por último y en relación a los gastos extraordinarios, es decir, aquéllos indeterminados e inespecíficos que salen de lo natural o de lo común y que no sean previsibles ni se produzcan con cierta periodicidad, necesitan predeterminación y objetivación en cada momento y caso, así como el consentimiento de ambos progenitores, quienes deberán solicitar la decisión judicial si no fuere posible acuerdo entre ellos, y serán satisfechos por ambos progenitores al 30% la madre y al 70% el padre.»

Sentencia de Primera Instancia examinada por la SAP Zaragoza 394/2018, de 26 de junio, ECLI:ES:APZ:2018:1459.

«2) Como contribución a los gastos y alimentos del hijo común lo que son los gastos esenciales de la vida de manutención, alimento y vestido serán atendidos por cada progenitor durante la semana que lo tengan en su compañía.

Se establece una contribución de los progenitores a partir del mes de noviembre de 2017 que será de 220 euros al mes por parte del Sr Jesús Carlos y 100 euros al mes por parte de la Sra Mari Luz cantidades que deberán ingresarse dentro de los cinco primeros días de cada mes en una cuenta a nombre de los progenitores y del hijo de la que no podrán realizarse extracciones en metálico sin el consentimiento de ambos progenitores y que habrá de actualizarse anualmente conforme a las variaciones que experimente al alza el IPC nacional a fecha 1 de enero.

Con estas sumas se deberán de satisfacer exclusivamente los gastos del menor tales como los relativos a la matrícula de colegio/instituto o matrícula de universidad pública o equivalente, libros relacionados con el curso escolar, material, seguro escolar, transporte, cuota del AMPA, excursiones o salidas cortas, aportación voluntaria, plataforma digital, uniformes y equipación deportiva si son exigidas por el centro educativo o centro en el que realice la misma, y actividades extraescolares como las que lleva a cabo en la actualidad inglés y fútbol.

Cualquier otra aunque sea en sustitución de las anteriores se abonarán con la cuenta común exclusivamente si existe consenso entre las partes sobre su realización debidamente documentada.

No podrán reclamarse las partes ni por tanto podrán ser objeto de un procedimiento de ejecución cualesquiera otros pagos que no tengan que ver exclusivamente con los gastos del hijo pues esta es la única finalidad de la cuenta.

Si el saldo de esta fuese inferior a 80 euros efectuaran las partes al margen de la mensualidad correspondiente una aportación equivalente a la mitad correspondiente a cada uno.

Por lo que se refiere a los gastos extraordinarios necesarios entendiendo por los mismos los relativos a intervenciones quirúrgicas, tratamientos médicos, gastos de farmacia que no sean los ordinarios y con prescripción médica, gafas, lentillas, ortodoncia, ortopedia y audifonos no cubiertos por el sistema público de salud o una entidad médica privada y clases de refuerzo o apoyo escolar por deficiente rendimiento académico, logopedia, de psicólogo, fisioterapia y rehabilitación y semejantes recomendadas o prescritas por el centro escolar o por un profesional (salvo que las partes estén de acuerdo en que sean sufragadas con cargo a la cuenta común) serán satisfechos al 50% por las partes.» –Este pronunciamiento es parcialmente modificado por la sentencia de segunda instancia que fija una contribución a los gastos extraordinarios necesarios «a razón de un 70% el padre y un 30% la madre, entendiéndose como tales, sin carácter taxativo, los relacionados en el fallo de la sentencia recurrida»–

«Por lo que se refiere a los gastos extraordinarios no necesarios tales como los cursos de verano, colonias de verano, viajes de estudios, y otras actividades extraescolares, cumpleaños, fiestas, celebraciones de primera comunión, graduaciones etc, no consensuadas en cuanto a su cargo a la cuenta común, serán abonadas por ambas partes si existe acuerdo por mitad y en su defecto por aquel de los progenitores que haya decidido efectuar el dispendio.

En cuanto a los cursos y colonias si no existe consenso en cuanto a fechas sólo podrán tener lugar en la quincena correspondiente al progenitor que desee que el menor asista a la misma.»

SAP Vizcaya 483/2018, de 9 de julio, ECLI:ES:APBI:2018:1728:

«27.– Cada uno de los progenitores prestará alimentos en sentido estricto durante la semana que convivan con ambos hijos menores. En atención a la diferencia de ingresos de ambos, a la atribución provisional de la vivienda a la madre, y a que el régimen propuesto por el padre supone que en cada período de siete semanas cinco estarán con la madre y dos con el padre, todo lo que respecta al calzado, vestido, asistencia sanitaria que no tenga carácter extraordinaria, educación y cualquier otra necesidad ordinaria, se atenderá con el saldo de una cuenta

bancaria que se abrirá al respecto en el que la madre ingresará la cantidad de 50 € mensuales y el padre de 350 € mensuales, incrementándose anualmente conforme al Índice de Precios al Consumo.

28.— Los gastos extraordinarios serán atendidos en proporción a los ingresos de ambos obligados, y no por igual. Ha de acogerse el recurso de D^a Sagrario en tal sentido porque lo razonable es que se satisfagan en proporción a los recursos de cada cual, dada la diferencia de ingresos. Por tanto y como se pide, el 30 % lo satisfará la madre y el otro 70 % el padre, por lo que en parte también se estima el motivo tercero del recurso de apelación.»

8º) Una vez más, frente al absoluto silencio del legislador acerca del modo en que ha de quedar regulado el uso del domicilio que venía siendo familiar cuando se acuerda un régimen de custodia compartida, algunas de las sentencias examinadas llevan a cabo un análisis detallado de dicha cuestión y regulan de manera concreta el modo en que ha de atribuirse dicho uso en función de las circunstancias de la familia en crisis, supliendo así la omisión legislativa.

SAP Valencia 730/2018, de 18 de septiembre, ECLI:ES:APV:2018:4216:

«Lo que sí debe prosperar y en este sentido se ha adherido el Ministerio Fiscal es prolongar el plazo de atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hijo por tres años a partir de la fecha de la presente resolución. Es cierto que la Jurisprudencia es cada vez más proclive a acortar los plazos de atribución en materia de custodia compartida, y a evitar que el progenitor no titular disfrute de dicha vivienda por un tiempo demasiado prolongado en el tiempo, dada la consideración de ya no tratarse de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida porque hay dos viviendas en las que se ejerce la custodia. Pero en el presente caso, la Sala como el Ministerio Fiscal considera que limitar dicho uso al mes de junio pasado es excesivo, si se tiene en cuenta que deberá proveerse de una vivienda, dada que la suya se encuentra en las inmediaciones de Madrid. Atendidas las circunstancias del caso a que se ha hecho referencia en el fundamento segundo de la presente resolución, especialmente a la existencia de una nómina sensiblemente inferior a la del esposo, la edad del menor; la posibilidad de obtener otros ingresos mediante el alquiler de la vivienda en Madrid y la posibilidad real y conveniente de que compartan la misma cuidadora, la Sala considera que dicho plazo debe prolongarse tres años a contar desde la fecha de ella presente resolución.»

SAP Madrid 954/2018, de 16 de noviembre, ECLI:ES:APM:2018:16012:

«Sin embargo, al establecerse un régimen de guarda y custodia compartida ya no existe una justificación legal que imponga la atribución del uso del inmueble familiar a doña () y a su hija. En efecto, declara el Tribunal Supremo (vid como más reciente la Sentencia de 22 de septiembre de 2017) que, en ausencia de una previsión legal acerca de cómo debe atribuirse el uso de la vivienda familiar cuando se acuerda la custodia compartida, no procede la aplicación del apartado primero del artículo 96 del Código Civil, dado que los hijos no quedan en compañía exclusiva de uno solo de los progenitores, debiendo aplicarse por analogía el párrafo segundo de dicho precepto conforme al cual, en defecto de acuerdo de los cónyuges, el Juez resolverá lo procedente. Tal y como señalamos en sentencia de 20 de abril de 2018, cuando se establece un régimen de custodia compartida, gozando ambos litigantes de autonomía económica, lo que excluye la desprotección de la prole sobre tal aspecto habitacional en el futuro, el inmueble quedará sometido, sin limitación alguna, al correspondiente proceso de liquidación, sin perjuicio de los acuerdos anteriores que aquéllos puedan alcanzar sobre venta del inmueble a un tercero, o adjudicación a uno de ellos compensando económicamente al otro.

Las circunstancias del caso determinaron que la sentencia apelada estableciese una adjudicación a la progenitora materna, pero, como ya señalamos en sentencia de 24 de octubre de 2017, en tales supuestos es de aplicación lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil y que para no hacer ilusorios los derechos dominicales, se hace preciso limitar temporalmente tal derecho de uso, entendiéndose que es ajustado a derecho atribuir a la esposa, y a la hija cuando esté en su compañía, el uso y disfrute de la vivienda familiar, durante dos años desde la sentencia de primera instancia, y, después, acordar el uso alterno por periodos de dos años, comenzando el esposo, y hasta la efectiva liquidación de la sociedad legal de gananciales.»

9º) La específica regulación legal, llevada a cabo por la legislación autonómica, de las consecuencias económicas de la ruptura en caso de acordarse un régimen de custodia compartida contribuye muy positivamente a aportar seguridad jurídica, evitar el surgimiento de conflictos que podrían afectar a las relaciones de los/as hijos/as con sus progenitores, y facilitar la resolución de las desavenencias que pudieran llegar a producirse.

SAP Vizcaya 679/2018, de 15 de octubre, ECLI:ES:APBI:2018:1931:

«El art. 10.3 de la LRFPV atiende para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios las necesidades de los hijos, los recursos econó-

micos de cada miembro de la pareja, el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno, la atribución que se haya realizado por el uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos y la contribución a las cargas familiares.

En virtud del art. 13.4 de la LRFPV efectivamente se ha producido una modificación en la forma de ejercerse la guarda y custodia de los menores con ambos progenitores, repartiéndose de forma igualitaria los tiempos de estancia con María Rosa y Teodosio, a diferencia de lo acordado en la sentencia de divorcio, que mantenía el régimen de guarda y custodia materna con fijación de pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio, en los términos ya reflejados anteriormente, por lo que es evidente que dicho cambio del régimen de custodia compartida conlleva inexcusablemente la revisión de la contribución de cada progenitor al pago de los alimentos de los hijos en común. Esto es, el nuevo ejercicio de la guarda y custodia hace necesario pronunciarse sobre las obligaciones de cada uno de los padres en materia de alimentos las que, obviamente, deberán de ser compartidas si bien de forma proporcional a sus respectivos ingresos o medios de vida.»

(...)

FALLAMOS

1.– Los gastos de manutención de los menores, María Rosa y Teodosio, entendiéndose por tales los referidos a alimentación, vivienda y consumos del domicilio en el que éstos convivan, serán de cuenta del progenitor con quien se hallen en cada momento.

2.– D. Marcos abonará cantidad de 400 euros mensuales y Dña. Purificación la cantidad de 500 euros mensuales, para atender al resto de los gastos de carácter fijo devengados por los menores, como son enseñanza, comedor, autobús escolar, seguros escolares, cuota colegial de IPAD y PC, IMQ, las actividades deportivas de gimnasia y baloncesto que actualmente realizan los menores y demás gastos que puedan ser domiciliados, dentro de los cinco primeros días del mes, que serán ingresados en una cuenta bancaria de carácter mancomunado, que será aperturada por ambos. Dichas cantidades serán actualizadas anualmente conforme al IPC no teniendo lugar la actualización si el índice fue negativo.

3.– Los gastos extraordinarios de los menores, entendiéndose por tales los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social y/o mutua sanitaria y todos aquellos que por su propia naturaleza son imprevisibles y de imposible cuantificación, incluyéndose los gastos derivados de dentista y ortodoncista deberán ser abonados por mitades e iguales partes por ambos progenitores.»

SAP Vizcaya 683/2018, de 16 de octubre, ECLI:ES:APBI:2018:1905:

«TERCERO.–USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR–

Interesa el demandante que en el uso de la vivienda familiar, que es de su exclusiva propiedad, se alternen ambos progenitores durante la semana en la que ejerzan la custodia, manteniéndose la menor de forma permanente en dicha vivienda.

Sostiene el recurrente que esa solución es la mejor para la menor, ya que la vivienda reúne las condiciones adecuadas, está cerca del centro escolar, y garantiza el mantenimiento de su entorno social.

Entendemos por contra, que tales circunstancias no justifican el uso alternativo de la vivienda en los términos que ha sido solicitado, por cuanto que el denominado nido compartido, no constituye más que una fuente de conflictos, siendo más aconsejable que la custodia se lleve a cabo en el domicilio de cada uno de los progenitores.

Descartado el nido compartido, y como quiera que la demandada interesa que la atribución del uso de la vivienda se efectúe en favor de la menor y de la propia demandada por un periodo de cuatro años, deberemos de precisar que al haberse instaurado un sistema de custodia compartida, la atribución del uso de la vivienda familiar debe hacerse en base a la previsión del art.12 de la Ley 7/2015 de 30 de Junio, que en sus apartados 3 y 4 establece:

4. Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas.

5. La atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

En el supuesto de autos, la demandada, cuenta con ingresos menores que el recurrente, lo que supone una mayor dificultad para poder acceder a una vivienda propia, si bien, no lo imposibilita pues de hecho ya tiene formulada un solicitud de vivienda en Etxebide, y se encuentra en búsqueda activa de empleo.

Por ello consideramos que el periodo de un año, resulta suficiente para que la demandada pueda acceder a una vivienda propia, en la que llevar a cabo la custodia de su hija.

Tal atribución de uso de carácter temporal en favor de la demandada se realiza, como hemos expuesto en atención la mayor necesidad de la misma, luego no podemos excluir la posibilidad legal del ejercicio del derecho a la prórroga en los términos previstos en el art. 12. 5 de la Ley 7/2015 de relaciones familiares de la CAPV.

CUARTO.—COMPENSACIÓN POR LA PÉRDIDA DEL USO—

Establece el art. 12.7 de la Ley 7/2015 de Relaciones familiares de la CAPV, lo siguiente:

«7. En el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja.»

Por tanto para establecer tal compensación, es necesario tener en consideración la capacidad económica de los miembros de la pareja, y en el supuesto de autos nos encontramos con que la demandada percibe únicamente una prestación de 479,40 €, pues la RGI, está en suspenso, y sin que puedan computar los 400 euros de alimentos, pues ya no nos encontramos ante una custodia materna. En esas condiciones no se puede establecer compensación alguna durante el periodo de un año, que se le ha tribuido el uso, y sin perjuicio de que de prorrogarse legalmente el uso, se pudieran valorar nuevamente las circunstancias que concurran en ese momento.»

10º) Se viene admitiendo la ampliación de facto del círculo de personas que pueden atender a las tareas de cuidado de los menores, y el apoyo prestado por la familia extensa y/o las personas del entorno más cercano de los progenitores se considera como elemento a valorar favorablemente para el establecimiento de un régimen de custodia compartida.

SAP Zaragoza 73/2018, de 13 de febrero, ECLI:ES:APZ:2018:317:

«1.— Los hijos comunes, Tatiana y Horacio continuarán bajo la custodia compartida de D^a Encarnación y D. Arturo, con ejercicio compartido de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario. (...)

10.— D^a Encarnación deberá aportar informes periódicos de seguimiento médico. La periodicidad será inicialmente mensual, si bien los profesionales podrán indicar al juzgado la procedencia de otra distinta. Presentará los informes en la ejecución de visitas hasta el alta médica.

11.– Los periodos de custodia, visitas y vacaciones de la madre seguirán siendo supervisados por los abuelos maternos o cualquiera de ellos. Una vez reciba el alta y así se acredite, en ejecución podrá decretarse el alzamiento de la supervisión.»

11º) Se ha avanzado considerablemente en la práctica de la audiencia de menores. Cada vez se hacen más exploraciones y se hacen mejor, aunque todavía es necesario continuar avanzando.

SAP Madrid, de 27 de septiembre de 2019, Recurso 1068/2019:

«En efecto, tanto en nuestra legislación, como en la jurisprudencia que la interpreta, resulta clara y categórica la exigencia de escuchar a todos los menores que tengan suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de 12 años, con carácter previo a la adopción de cualquier medida que afecte a sus intereses, configurándose tal exigencia no sólo como un derecho de los menores, sino también como una obligación que debe ser cumplida escrupulosamente –en– la tramitación de todos los procedimientos en los que sus intereses se vean afectados, no pudiendo, por tanto, hacerse depender la ejecución de tal derecho a la petición de las partes litigantes, del Ministerio Fiscal, ni tampoco de la decisión del Juzgador. La audiencia a los menores resulta ser de obligatoria y estricta observación, imperativa y de orden público, de modo que no es facultad discrecional del Juzgador decidir si oye o no a los menores, pues pueda sustraído a su prudente arbitrio, por no ser potestativo.

Dicho lo anterior, tras la revisión de los autos se comprueba que los hijos menores de las partes implicadas, nacidos en fecha 6 de marzo de 2.003, 15 de abril de 2.005 y 11 de diciembre de 2.007, quienes contaban a fecha de celebración de juicio –10 de enero de 2.019– con 15, 13 y 11 años de edad respectivamente, no han sido escuchados por el Juez a quo, habiéndose dictado sentencia tras la celebración de la vista pese a que, además de resultar preceptiva su, audiencia, la defensa del Sr. () expresamente interesó en la fase de proposición de prueba se practicaran las exploraciones de los hijos de 14 y 12 años de edad, petición a la que S.S. no accedió por considerar su práctica «inútil e impertinente a la vista del suplico de la demanda y los hechos controvertidos», razonando que, en todo caso, tras la práctica de las pruebas admitidas, si lo estimara necesario para dictar sentencia, se acordaría como Diligencia Final, sin que, sin embargo, en la sentencia hoy apelada, pese a no haberse acordado tal Diligencia, se contenga pronunciamiento alguno que justifique el motivo por el que se consideró por el Juzgador a quo no necesario escuchar a los hijos menores. (...)

Pues bien, esta falta de audiencia, si bien podría ser omitida en el supuesto de que el procedimiento se hubiera seguido por los trámites del mutuo acuerdo al no existir tal exigencia en su tramitación al dejarlo a la libre consideración del juzgador el apartado 5 del artículo 775 de la LEC, al establecer «5. 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...», por el contrario, para los procedimientos contenciosos como el que aquí nos ocupa, se establece con carácter imperativo en el artículo 770.4º antes transcrito para todos menores que sean mayores de doce años al disponerse expresamente «y, en todo caso, a los mayores de doce años».

Por todo lo expuesto, ha de accederse a la pretensión anulatoria al haberse prescindido de las normas esenciales de procedimiento y, en concreto, se ha cometido infracción de lo dispuesto en el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y del resto de preceptos antes citados, habiendo provocado tal infracción la privación a los hijos de los litigantes, menores, pero mayores de doce años, de su derecho a ser escuchados, generándoles indefensión al vedárseles la posibilidad de manifestar su voluntad y parecer con carácter previo a la adopción de las medidas que les atañen en el proceso de divorcio seguido entre sus progenitores, todo lo cual determina que la sentencia recurrida resulta ser nula de pleno derecho al haber sido dictada sin la preceptiva audiencia de los hijos menores de los litigantes.»

SAP Cáceres 525/2018, de 11 de diciembre, ECLI: ES:APCC:2018:874:

«La STS de 20 de octubre de 2014 establece lo siguiente: «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene 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. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005».

Para la mejor inteligencia de la decisión de la sala se ha de tener en cuenta, según lo expuesto en las consideraciones previas, que la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida protección, y por ende no es propiamente una prueba, de forma que el interés del mismo no necesari-

riamente ha de coincidir con su voluntad, debiendo valorar el Juez su madurez y si sus deseos son propios del capricho o de influencias externas.

En atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo el interés del menor es posible que se deniegue su exploración, si bien de forma motivada, según la doctrina ya recogida. Es el supuesto que contempla la sentencia 578/2017, de 25 de octubre.

Se trata de evitar que la audiencia directa del menor le produzca un perjuicio peor que el que se pretende conjurar. Pero para ello será preciso que el tribunal lo motive, o que, en su caso, en atención a ese interés, considere más adecuado que la exploración se lleve a cabo a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio (STC 163/2009, de 29 de junio).

A veces se confunde la negativa a la exploración con falta de método psicológico a la hora de llevarla a cabo, pues lo que será perjudicial para el menor en tal supuesto no será su exploración, sino si ésta se hace con preguntas directas que le creen un conflicto de lealtades, con consecuencias emocionales desfavorables.

2.-El motivo debe prosperar porque la sentencia recurrida confunde la exploración del menor con un simple medio de prueba, de forma que motiva su inadmisión como si fuese esto último y no como lo que verdaderamente es, según se ha expuesto».

Así mismo, declara la jurisprudencia, que no se puede suplir la exploración judicial del menor por la entrevista que el Equipo Psicosocial haya podido realizar al mismo, como no se puede suplir el examen de un presunto incapaz por el Médico Forense con la necesaria audiencia del mismo por el tribunal.

En este caso, el hijo está próximo a cumplir los 11 años de edad, y lo que se discute en nada más y nada menos, si continúa viviendo con su madre y una hermana en Salamanca, donde cursa sus estudios en la actualidad, o, por el contrario, pasa a convivir con su padre en DIRECCION, ciudad que dejó hace unos dos años. Por tanto, según lo dicho, su exploración por el Juez se torna fundamental.

De ahí, que antes de dosificar esa relación, y sin que se ponga en tela de juicio las valoraciones jurídicas que contiene la sentencia recurrida, será precisa la exploración del menor, preservando su intimidad y sin crearle conflictos de lealtades, para decidir sobre sí, en interés del menor, cabe la modificación de la guarda y custodia solicitada en la demanda.

Por tanto, la motivación que contiene la sentencia recurrida para denegar tal exploración no es suficiente ni adecuada, y como puede y debe apreciarse de oficio, pues nos encontramos ante la protección de menores y debe resolverse en interés de los mismos, procede declarar la nulidad de la sentencia de instancia, a fin de que se proceda a la exploración judicial del menor, y hecho, resolver lo que proceda.»

Sentencia del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1 de Pamplona nº 78/2017, de 11 de diciembre:

«El establecimiento de un régimen de estancias y visitas entre las hijas y el padre debe adoptarse sobre la base del interés prioritario de las menores y sobre todo con la finalidad de que ambas niñas queden preservadas de alteraciones producidas por los desencuentros de sus progenitores. Si algo quedó claro en la exploración judicial practicada es el deseo de ambas menores de poder vivir tranquilas y para ello necesitan que sus padres aprendan a gestionar sus conflictos sin introducir a ambas menores en ellos. El escrito presentado por el padre el día de tras la realización de la audiencia de las menores por parte de este juzgador y del M. fiscal es realmente esclarecedor de lo que ambas niñas están viviendo. En primer lugar se indica que las menores estuvieron con el equipo psicotécnico cuando no ha sido así, por cuanto no se ha realizado prueba pericial alguna. Probablemente las niñas no explicaron bien al padre con quién habían estado en el juzgado pero si es revelador que en la carta que aporta las dos hijas precisen de manera tan concisa las peticiones del padre como reflejo de sus propios deseos. Las menores estuvieron con esta juzgadora y con el fiscal que acudió y participó en la Audiencia. En ese contexto expresaron su opinión que no es vinculante para el Juez. El escrito del padre acompañando las cartas de sus hijas es revelador del nivel de conflicto que mantienen los padres y sobre todo de la incapacidad para apartar a ambas de sus controversias. La audiencia de las menores por el Juez tiene como finalidad el cumplir con el derecho de ambas de expresar su opinión o de no hacerlo. Es un derecho de los hijos que no vincula al Juez pero que sirve para comprender la situación que viven evitando preguntas concretas y examinando a través de sus manifestaciones verbales y no verbales lo que sienten.»

12º) Establecimiento de periodos de transición o adaptación cuando se pasa de una custodia individual a una custodia compartida con el fin de facilitar el cambio a los menores.

SAP Valencia 459/2018, de 30 de mayo, ECLI:ES:APV:2018:2909:

«Por ello la Sala considera que debe mantenerse lo dispuesto en la sentencia que se dictó en primera instancia respecto del régimen de custodia.

Sin embargo, en atención a la edad de la hija y con la finalidad de que se vaya acostumbrando a una mayor presencia paterna, se considera conveniente estimar la pretensión subsidiaria y disponer un régimen gradual aplicándose el pactado y que se dispuso en el auto de medidas provisionales de 18 de enero de 2017 hasta el

inicio de las próximas vacaciones escolares de verano, durante el que se aplicará lo dispuesto en la sentencia recurrida sobre estancias en vacaciones. Desde el inicio del curso escolar 2019-20 la menor permanecerá bajo custodia materna con un régimen ordinario de visitas para el progenitor de fines de semana alternos según lo dispuesto en el auto referido y dos intersemanales con pernocta, martes y jueves en defecto de acuerdo, desde la salida del colegio hasta la entrada al día siguiente y se empezará a aplicar el régimen de custodia compartida dispuesto en la sentencia recurrida después de las vacaciones de navidad.»

SAP Málaga 333/2018, de 18 de abril, ECLI: ES:APMA:2018:2289, que confirma la sentencia dictada en primera instancia en que se instaura el siguiente régimen transitorio:

«2–Se atribuye a su madre la guarda y custodia de la menor inicialmente, hasta que finalice el régimen progresivo establecido que culmine con su custodia compartida.

Régimen que es el siguiente:

- *Inicial hasta Marzo de 2017:*
 - *Martes, miércoles y jueves, de 15:00 a 20:00 horas, siendo recogida la menor de la guardería y reintegrada al domicilio materno.*
 - *Sábados y domingos alternos, esto es, un fin de semana el sábado, desde las 10:00 h. del sábado a las 10:00 h. del domingo, y el siguiente, el domingo de 10:00 a 20:00 horas y así sucesivamente, siendo la menor recogida y reintegrada al domicilio materno.*
- *Desde Marzo de 2017 hasta principios de Mayo:*
 - *Martes y miércoles de 15:00 a 20:00 horas, siendo recogida la menor de la guardería y reintegrada al domicilio materno.*
 - *Fines de semana alternos, desde las 10:00 horas del sábado a las 20:00 horas del domingo. Siendo recogida y reintegrada la menor del domicilio materno.*
- *Durante los meses de Mayo y Junio de 2017:*
 - *Martes y miércoles, de 15:00 desde la salida de la guardería, siendo reintegrada al domicilio materno a las 20:00 h.*
 - *Fines de semana alternos, desde la salida de la guardería el viernes hasta las 20:00 h. del domingo.*
- *Desde el mes de Julio en adelante, hasta los tres años de edad:*
 - *Martes desde la salida de la guardería a jueves, en que deberá reintegrarla a la misma, siendo ya recogida por la madre*

• *Fines de semana alternos, desde la salida de la guardería el viernes hasta las 20:00 h. del domingo.*

– *A partir de que María Dolores cumpla los 3 años de edad el régimen será de custodia compartida por semanas alternas, con la tarde del miércoles desde la salida del colegio a las 20:00 horas para el progenitor a quien esa semana no corresponda estar con la menor.»*

13º) Adecuada utilización de los medios de transporte y comunicación propios de una sociedad avanzada para salvar las disputas, cada vez más habituales, relativas a cambio de domicilio habitual de los/as hijos/as:

SAP Barcelona 420/2019, de 13 de noviembre, ECLI:ES:APB:2019:9347A

«Las posiciones de las partes ponen de relieve, en primer lugar, que la discrepancia entre los progenitores no es únicamente de cambio de colegio, sino que la decisión materna implica una alteración sustancial en el sistema de relaciones paterno-filial, al impedir en la práctica la visita intersemanal durante el curso escolar (los miércoles en ausencia de acuerdo) desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas, y las estancias de fin de semana por cuanto de producirse el traslado de la residencia los menores tendrían que viajar sesenta kilómetros, que es la distancia que existe entre ambas poblaciones.

Es de resaltar que la posición del padre no es la de solicitar la atribución para sí la guarda y custodia de los hijos ni tampoco el cambio de modelo hacia una guarda compartida. Ni siquiera solicita que se le atribuya a él la facultad exclusiva de decidir e lugar de residencia de los hijos, sino que se limita a expresar su negativa a que se autorice el cambio de residencia la ciudad a la que la madre pretende trasladarse. (...)

Toda vez que la única medida que resulta afectada es la de las visitas del padre a los hijos de los miércoles por la tarde, se sustituyen las mismas por una estancia intersemanal durante el curso escolar (que seguirá siendo la de los miércoles, en caso de que no exista acuerdo entre los progenitores) desde la salida del colegio hasta el siguiente día a la entrada al mismo. Los traslados en esta tarde serán responsabilidad del padre. Respecto a los fines e semana alternos los traslados serán responsabilidad de la madre, y en cuanto a los correspondientes a los periodos vacacionales, la madre deberá trasladar a los hijos en el día siguiente al del inicio de las vacaciones, y el padre deberá devolverlos en el día anterior al del inicio de las clases, en ambos casos en torno a las 20.00 horas. Se facilitarán por la madre, igualmente, los contactos telefónicos o mediante videoconferencia, con el padre.»

14º) Establecimiento de medidas de seguimiento de lo acordado en la sentencia, derivación a servicios sociales de apoyo a la familia, y fijación de «ejecuciones abiertas», que permiten que las medidas acordadas puedan ir modificándose en función de la variación de las circunstancias de la familia.

SAP Valencia 56/2018, de 30 de enero de 2018, ECLI:ES:APV:2018:537:

«5/ Se acuerda la intervención familiar y seguimiento por parte del SEAFI de Benetusser a fin de: restablecer y fortalecer el vínculo entre la hija mayor, (), y su madre, las relaciones entre los hermanos, mejorar la comunicación y gestión entre los progenitores y la resolución emocional de la ruptura. Dicha intervención se realizará por un periodo de al menos un año, con remisión periódica trimestral de los informes de seguimiento, a fin de valorar la adecuación de los progenitores al régimen de custodia compartida que se establece, debiendo librarse para ello el correspondiente oficio por el Juzgado.»

Sentencia del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1 de Pamplona nº 78/2017, de 11 de diciembre:

«El padre en su demanda expone el deseo de que las estancias con sus hijas se mantengan también entre semana y las dos hijas exponen que les gustaría mantener esa relación intersemanal preservando sus actividades y estudios. La actividad laboral del padre se desarrolla algunas veces fuera de Pamplona especialmente del lunes al miércoles. El establecimiento de fines de semana alternos tiene como objetivo el que los hijos puedan disfrutar de momentos de ocio con los dos progenitores. A todo ello se añade que la flexibilidad en las estancias debe pasar previamente por un trabajo de ambos progenitores para preservar sus conflictos de la relación con sus hijas y por ello resulta necesario derivar a ambos progenitores al servicio de orientación familiar del gobierno de Navarra.»

VII. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE MUTUO ACUERDO Y SU REFLEJO EN EL CONVENIO REGULADOR

VII.1. INTRODUCCIÓN

Con este estudio se ha tratado de efectuar un análisis de la aplicación de la figura de la custodia compartida en procedimientos consensuados de ruptura de pareja con hijos menores de edad y cómo se recoge esa modalidad en el convenio regulador.

El trabajo de campo se ha efectuado llevando a cabo reuniones sectoriales con Jueces y Juezas de Primera Instancia especializados en familia de Madrid capital, así como realizando también entrevistas a Fiscales especializados en asuntos de familia.

VII.2. METODOLOGÍA

Se ha hecho el estudio numérico extrayendo la media entre varios juzgados para determinar el porcentaje de procedimientos de mutuo acuerdo (separaciones, divorcios, relaciones no matrimoniales y modificación de medidas) en los que se ha pactado la custodia compartida respecto de los hijos menores de edad, frente al porcentaje de los convenios reguladores en los que se pacta otro tipo de custodia (monoparental: materna o paterna).

Asimismo, se ha elaborado un cuestionario de preguntas relacionadas con la custodia compartida en los procedimientos consensuados y que han sido respondidas por los jueces y Juezas de familia y los fiscales que intervienen en esos procedimientos. Las entrevistas duraron una media de dos horas

cada una, siendo preguntas generalmente abiertas, para permitir el más amplio detalle en las respuestas.

VII.3. RESULTADOS CUANTITATIVOS

Los porcentajes medios de custodias compartidas pactadas en convenios reguladores, frente al total de mutuos acuerdos realizados, se pueden estimar de la siguiente forma:

AÑO 2015: 16,6 % de custodias compartidas, frente al total de convenios reguladores, en los que el resto fueron maternas o paternas.

AÑO 2016: 21,7 % de custodias compartidas, frente al total de convenios reguladores, en los que el resto fueron maternas o paternas.

AÑO 2017: 23,2% de custodias compartidas, frente al total de convenios reguladores, en los que el resto fueron maternas o paternas.

AÑO 2018: 20,03 % de custodias compartidas, frente al total de convenios reguladores, en los que el resto fueron maternas o paternas.

AÑO 2019: La tendencia por el momento es de aproximadamente el 20%, similar a los ejercicios anteriores.

Los resultados porcentuales dejan claramente establecido que la custodia compartida no es el sistema más acordado en los convenios reguladores de mutuo acuerdo, sino que, por el contrario, en la mayor parte de los acuerdos se opta por la custodia monoparental, preferentemente la materna, ya que la custodia paterna es muy residual.

La razón por la que no se conviene la custodia compartida, a pesar de ser una ruptura de mutuo acuerdo que no es conflictiva, estriba normalmente en que los progenitores, a pesar de desearlo, no pueden acudir a una custodia compartida por problemas laborales, por distancia del lugar de residencia de uno y otro o por problemas económicos que impiden a uno de los progenitores optar por tener a la prole consigo por semanas alternas o por períodos más largos. Por ejemplo, el hecho de que el padre resida en una habitación de un piso compartido, o que tenga un trabajo que le obligue a desempeñar sus funciones durante toda la noche, teniendo que descansar de día, lo que obligaría a que los hijos se tuviesen que quedar al cuidado de una persona contratada o en compañía de los abuelos (aunque esto podría no ser un obstáculo, siempre y cuando hubiese conformidad por todos los implicados y la propia familia extensa).

Así las cosas, ese porcentaje que prácticamente se mantiene en el 20% a lo largo de los años, pone de manifiesto que, en muchas ocasiones, aunque se desee, no puede pactarse una custodia compartida por hechos y circunstancias que escapan a la voluntad estricta de los progenitores.

VII.4. RESULTADOS DE LAS RESPUESTAS AL CUESTIONARIO.

Pregunta nº 1: ¿Qué porcentaje de convenios reguladores has aprobado con custodia compartida en los últimos años?

La respuesta general –y que coincide con los datos numéricos– es entre el 17% y el 20%.

Pregunta nº 2: Aproximadamente, ¿es mayor el porcentaje de convenios con custodia compartida que los de custodia exclusiva?

La respuesta unánime es que **no es mayor el porcentaje de convenios con custodia compartida**, lo que coincide con los datos numéricos. El mayor porcentaje es de convenios reguladores con custodia a favor de la madre, siendo muy pocos los que se pactan a favor del padre.

Pregunta nº 3: Cuando se ha pactado la custodia compartida, ¿suele haber demandas de ejecución? ¿Por qué motivos?

Con carácter general la respuesta a esta pregunta ha sido que cuando se pacta la custodia compartida no suelen existir demandas de ejecución de la sentencia que aprobó el convenio regulador derivadas del incumplimiento del mismo.

Excepcionalmente, se interponen demandas de ejecución por aspectos puntuales, tales como los siguientes:

- Diferencias por la contribución a los gastos extraordinarios.
- Cuestiones relacionadas con incumplimiento en el pago de las cantidades acordadas, tanto por alimentos o aportación a la cuenta conjunta, en ocasiones por circunstancias económicas sobrevenidas en alguno de los progenitores.
- Problemas generados cuando se establece el sistema de «casa nido»; es decir, aquél en que los/as hijos/as permanecen de forma continua en el domicilio familiar y los progenitores acuden a dicho domicilio y residen en él durante los periodos de tiempo en que a cada uno corresponde hacerse cargo de los hijos e hijas.

- Los hijos, al crecer, suelen plantear problemas en el desarrollo de la custodia compartida, principalmente cuando llegan a la adolescencia.
- También se suelen generar algunos problemas en las visitas intersemanales que se hayan pactado, ya que en ocasiones los hijos o los progenitores no pueden cumplir los horarios estipulados.

En definitiva, en estos regímenes pactados de mutuo acuerdo las posturas suelen ser más flexibles y no se generan excesivas demandas de ejecución, a diferencia de lo que ocurre en los procesos contenciosos. Cuando el problema que surge es de mayor envergadura, se suele acudir a una modificación de medidas.

Pregunta nº 4: ¿Cómo suele ser la distribución de tiempos entre los progenitores? a) Semanal; b) Quincenal; c) Otros.

Se ha contestado que el sistema predominante en las custodias compartidas pactadas es de estancias semanales con cada uno de los progenitores, principalmente de lunes a lunes (haciéndose el intercambio de los menores en el colegio), aunque también hay casos en que el régimen de alternancia semanal se lleva a cabo de domingo por la tarde a domingo por la tarde, lo que permite al progenitor con el que va a permanecer el menor preparar adecuadamente la incorporación al colegio.

Los casos en los que se pactan estancias por quincenas o meses completos son aislados.

Pregunta nº 5: En relación al domicilio de los hijos, ¿son estos los que cambian o son los progenitores los que lo hacen?

Casi siempre son los hijos los que cambian de domicilio. Los casos en que se establece el sistema de «casa nido» se sitúan por debajo del 5%, entendiéndose por tal el sistema en que los/as hijos/as permanecen de forma continua en el domicilio familiar y los progenitores acuden a dicho domicilio y residen en él durante los periodos de tiempo en que a cada uno corresponde hacerse cargo de los hijos e hijas. Cuando se pacta esta fórmula en convenio regulador los Jueces suelen exigir, con carácter previo a su aprobación, que se expliquen muy bien las razones que justifican su adopción. Hay que tener en cuenta que para el sistema de «casa nido» casi siempre se precisan tres inmuebles a disposición del grupo familiar, lo que resulta difícilmente sostenible. Por ello, este concreto régimen habitacional puede tener sentido tan sólo en determinadas circunstancias excepcionales (por ejemplo, cuando el padre reside en el

extranjero y acude 10 días al mes para poder estar con sus hijos y atenderlos adecuadamente; cuando se pactan alternancias en la estancia muy largas –de uno, dos o incluso seis meses continuados o alternancias por cursos escolares completos–, o cuando los progenitores residen en viviendas unifamiliares muy próximas y tienen gran poder adquisitivo).

Pregunta nº 6: En caso de que los progenitores no establezcan una distribución de tiempos simétrica, ¿cómo suelen establecer ese reparto?

Normalmente, la distribución de tiempos es simétrica. No obstante, a veces puede no ser igualitaria por problemas en el calendario laboral de los progenitores. En esos casos, se pactan los días correspondientes, aunque no se guarde la simetría de disfrute de tiempos. Por ejemplo, en el caso de empleos tales como bomberos, pilotos, personal de discotecas y de hostelería, profesionales que necesitan atender al público en determinados días y horas, etc.

En los anteriores supuestos, se suele pactar, por ejemplo, lunes y martes con un progenitor y martes y jueves con el otro, con los fines de semana –viernes incluido– alternos.

Cuando se pacta períodos de estancias superiores al semanal, es frecuente establecer calendarios de visitas intersemanales.

Pero lo más frecuente es la tendencia a igualar los tiempos de estancia.

Pregunta nº 7: ¿Suelen presentar un plan de parentalidad?

En Madrid, en los mutuos acuerdos, casi nunca se presenta plan de parentalidad. Algunos jueces, los exigen cuando se plantea la custodia compartida, tanto si se hace en convenio regulador de mutuo acuerdo, o se reclama en contencioso. Pero en la generalidad de los casos, no los presenta. Incluso, ni llegan a detallar las funciones de los progenitores que acuerdan la custodia compartida, limitándose a establecer una cláusula genérica. También algunos juzgados exigen que, al menos, se haga el detalle de funciones en el convenio, para evitar problemas posteriores de ejecución.

Se observa una tendencia generalizada a no pactar visitas intersemanales cuando se estipula la custodia compartida semanal.

En ocasiones, se puede observar que se pacta la custodia compartida en el convenio regulador solamente para dividir los tiempos de estancia y no tener que afrontar obligaciones económicas, sin tener en cuenta otros intereses de mayor envergadura, como es el bienestar de la prole.

En algunos casos, se integra un somero plan de parentalidad en la demanda y en convenio regulador.

Pregunta nº 8: ¿Cómo suelen ser las medidas económicas (alimentos) y patrimoniales (uso domicilio) acordadas cuando las partes han pactado custodia compartida?

En cuanto a las medidas económicas, al pactar la custodia compartida lo habitual es que se acuerde que cada progenitor afronta los gastos de los menores cuando están en su compañía, y los extraordinarios y otros comunes (colegio, etc.) por mitad. En algunos convenios reguladores se pacta, además, la apertura de una cuenta conjunta y mancomunada para afrontar todos los gastos que no sean los del día a día de los menores. Si no recoge pacto en este sentido, el propio juzgador suele sugerir a las partes que lo hagan, porque evita muchos problemas a la hora de cumplir y ejecutar lo pactado.

Hay supuestos en que, al existir diferentes ingresos entre los progenitores o en los que uno no trabaje o se encuentre temporalmente en desempleo, se conciertan pensiones para el pago de alimentos a cargo del progenitor que tiene mayor solvencia económica.

En cuanto al uso del domicilio, hay tendencia a que se atribuya al progenitor que resulte ser titular privativo del inmueble. Si el inmueble es ganancial, suele atribuirse a uno de los progenitores de forma temporal (generalmente a la madre) hasta que se produce la liquidación de gananciales y la venta de la vivienda, momento en que cada progenitor ha de conseguir una vivienda propia en que poder residir con los hijos.

Pregunta nº 9: ¿Hay asuntos en los que, pactada por los progenitores la custodia compartida, pasado un tiempo insten la modificación de la misma? ¿Y al contrario?

Pactada la custodia compartida en convenio regulador de mutuo acuerdo, son muy escasas las demandas de modificación de medidas. Las que se interponen suelen estar provocadas por incidentes con los propios hijos, quienes, al crecer, pueden empezar a plantear problemas con la custodia compartida. Así, por ejemplo, si son varios los menores y alguno de ellos se rebela con la situación de la alternancia. También porque cambie el modelo familiar, al llegar terceros miembros o porque no funcione bien el sistema de «casa nido». En otros casos, la modificación obedece a que se ha producido pérdida del trabajo en alguno de los progenitores o hay necesidad de cambio de localidad.

Pero esas modificaciones, en esos casos, también suelen ser de mutuo acuerdo y no son conflictivas.

Por el contrario, pactada la custodia monoparental, es enorme el porcentaje de demandas de modificación de medidas contenciosas, porque quieren la custodia compartida. Normalmente, porque está la expectativa del uso de la vivienda y de la no obligación del pago de alimentos.

Pregunta nº 10: ¿Has instado alguna vez a las partes a que pacten la custodia compartida? a) Sí; b) No. ¿Por qué motivo?

La respuesta en la totalidad de los casos es que, existiendo convenio regulador de mutuo acuerdo, no se insta a las partes a que cambien el modelo pactado, porque deriva de la voluntad de aquellas, normalmente tras un proceso de mediación o de negociación.

En los procesos contenciosos, es habitual que los jueces de familia, en el trámite de conciliación, insten a las partes a que pacten la custodia compartida, en casos como los siguientes:

- Se objetiva que los progenitores se llevan razonablemente bien
- Los hijos menores se muestran de acuerdo con el sistema y lo manifiestan al ser explorados
- Existe informe positivo del Equipo Técnico Psicosocial.
- Se objetiva claramente que el sistema es beneficioso para los menores.

A veces, se observa en los convenios reguladores que se denomina como «custodia compartida» a modelos que no lo son. En esos casos, se exhorta a que lo subsanen.

Ahora bien, un convenio regulador evidencia la voluntad de los progenitores, tanto cuando pactan la custodia monoparental, como cuando pactan la compartida o incluso otro modelo (alterna, etc.) Por ello, se ha de respetar esa voluntad, ya que es inviable intentar que cambien el modelo, porque el Juez no ha estado en la negociación de las partes ni tiene datos para conocer el porqué de esa decisión de los progenitores. Otra cosa es que haya que subsanar lo que esté deficientemente recogido en el convenio.

Pregunta nº 11: ¿Has rechazado algún convenio regulador por el modo de custodia pactado por los progenitores?

En algunos casos los jueces de familia manifiestan haber rechazado algún convenio regulador, pero han sido casos en los que se han pactado cuestiones de

derecho imperativo que son descabelladas (por ejemplo, pactar que la custodia será lo que decida el menor en cada momento, separar a los hermanos sin justificación alguna, etc.) También porque sea errónea la calificación jurídica de las medidas pactadas, etc. En esos casos, se les hacen a las partes las observaciones correspondientes y se les insta a que subsanen el convenio. Se han dado casos en los que incluso se ha acordado que interviniera el Equipo Técnico Psicosocial para adoptar las medidas que fueren oportunas en interés de los menores.

Se dio el caso de un convenio regulador que estableció una custodia compartida por días alternos, pero los progenitores justificaron la medida porque vivían en el mismo rellano del edificio, y era plenamente beneficioso para los menores.

Pregunta nº 12: Cuando los progenitores no están de acuerdo en el tipo de custodia, ¿qué haces para acercar las posturas de las partes?

Este supuesto es solamente para los procesos contenciosos, ya que en el convenio regulador de mutuo acuerdo ya presentan el pacto. En los procesos con contradicción, en los que no hay arreglo alguno en el modelo de custodia, los jueces, en general, procuran hacer ver a las partes las ventajas de la compartida, en la fase de conciliación judicial o derivándoles a mediación, detectando previamente cuál es el origen de la discrepancia.

En los procesos de mutuo acuerdo, en los que no hay ratificación del convenio por alguno o por ambos progenitores, el Juez no interviene y hay que esperar al procedimiento contencioso.

Pregunta nº 13: ¿Qué opinas de la custodia compartida?

Salvo un caso, en el que el juzgador se manifestó totalmente en contra de ese modelo, el resto demostró una opinión claramente favorable. Se afirmaba que es el modelo idóneo, pero siempre que se pueda adaptar al caso concreto. Cada familia es única y cada menor es distinto, y la compartida ha de establecerse cuando sea beneficiosa para el interés superior del menor. Por ello, es muy importante la mediación en los casos de ruptura familiar, para que los progenitores puedan dialogar y reflexionar sobre el bienestar de los hijos. Esta situación podría mejorar si se estableciera la sesión informativa obligatoria sobre el proceso de mediación.

También se han dado casos de custodia compartida de mutuo acuerdo, que han provocado conflictos allí donde no existían, pero son casos muy excepcionales.

Asimismo, se han detectado problemas en los convenios de mutuo acuerdo con custodia compartida de parejas con distinta religión (principalmente, cristianos y musulmanes) dado que se empezaron a producir divergencias cuando los menores querían hacer la comunión o asistir a procesiones, que siendo temas de patria potestad, terminaron deteriorando la custodia compartida.

La práctica generalidad de los jueces de familia, se muestran favorables a la custodia compartida, pero analizado caso por caso. Los hijos han de ser criados por el padre y por la madre, pero hay casos en los que la compartida es inviable. No obstante, hay que estar a lo que pacten en el convenio regulador, con los matices antes indicados.

Cuando los progenitores lo entienden bien y los hijos están bien atendidos, es el mejor de los sistemas. Pero tiene que estar todo muy claro, con domicilios próximos, etc.

Hay jueces que opinan que puede proporcionar estabilidad emocional a los menores.

También hay algunos que opinan que no es el mejor de los sistemas para los niños, sino que está enfocado a los intereses de los progenitores.

En general, se observa que las custodias compartidas pactadas en convenios reguladores de mutuo acuerdo, dan muy buenos resultados, aunque en porcentaje sean inferiores a los convenios que contemplan regímenes de custodia monoparental.

Pregunta nº 14: ¿Piensas que la compartida debería ser el sistema preferente de custodia en caso de ruptura de los progenitores? Razona la respuesta.

La respuesta unánime de los encuestados es que no ha de ser el sistema preferente. Si se establece la preferencia, se puede soslayar algo tan importante como determinar si el sistema vela por el interés preferente del menor.

Se ha de estudiar cada caso concreto y propiciar la mediación familiar, con sesión informativa obligatoria.

VIII. PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LA CUSTODIA Y DE LAS RELACIONES PARENTALES EN CASOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER O SOBRE MENORES

Margarita Pérez-Salazar Resano, Magistrada.

Pascual Ortuño Muñoz, Magistrado.

María Teresa Gonzalo Rodríguez, Magistrada.

VIII.1. INTRODUCCIÓN

Del análisis de las resoluciones de las Audiencias Provinciales y de los estudios que se han publicado sobre esta materia se obtiene la conclusión de que la custodia compartida es una modalidad de ejercicio de las responsabilidades parentales incompatible con la violencia de género o la que se ha podido ejercer sobre los menores.

Incluso en los casos en los que la acción violenta es puntual, de carácter menos grave, o en aquéllos en los que los menores no han sido víctimas directas o indirectas, las resoluciones analizadas tienden a limitar o a establecer cautelas en las estancias o visitas de los hijos e hijas con el progenitor sometido al proceso penal por violencia, y lo hacen acordando medidas de restricción de la relación personal y de la comunicación, medidas que se articulan, generalmente, mediante la actuación de los Puntos de Encuentro Familiar (PEF).

Sin embargo, la evolución jurisprudencial pone de relieve que la «relación pacífica» entre los progenitores como requisito para establecer la modalidad de custodia compartida se ha ido atenuando o desdibujando con el tiempo en el sentido de analizar más pormenorizadamente la conflictividad alegada, el ca-

rácter y duración de esa relación conflictiva y, sobre todo, la falta de capacidad para preservar a los hijos de la misma. Señala la doctrina (Viñas Maestre) que, de no llevarse a cabo esta flexibilización, bastaría con mantener una postura beligerante en el procedimiento para obtener un pronunciamiento denegatorio de la guarda compartida, lo que conduciría a la imposibilidad de acordar este modelo de guarda en todos los procedimientos contenciosos. Quizá por ello las leyes autonómicas omiten ya las referencias expresas a la «conflictividad» en la relación de criterios que han de tenerse en cuenta para la atribución de la guarda compartida, y hablan sin embargo de la «actitud para cooperar» y para preservar la relación de los hijos con el otro progenitor. En tal sentido nuestros Tribunales vienen exigiendo de manera generalizada para la concesión de una guarda compartida la existencia de una mínima relación y comunicación entre los progenitores que la haga posible, esto es, que realmente les permita «compartir» las responsabilidades parentales básicas. De esta manera se pone el acento en el interés y estabilidad de los menores y no en los padres y madres.

La última tendencia jurisprudencial que se viene consolidando como criterio que aconseja la guarda compartida, aun cuando con notables diferencias entre las diversas Audiencias Provinciales, es la existencia en los progenitores de una capacidad real, con proyección de futuro, de establecer una comunicación razonable entre ellos.

La medida de guarda compartida se ha venido vinculando también con la ausencia de conflictividad entre los padres como elemento esencial para la estabilidad de los niños. Es un hecho evidente que también en la modalidad de custodia exclusiva atribuida a uno de los progenitores la total ausencia de relaciones entre los mismos, o las situaciones de graves enfrentamientos o la violencia más o menos explícita o latente, también constituyen un factor muy negativo y perjudicial para los menores. Ahora bien, lo que no admite discusión es que la custodia compartida requiere una mayor comunicación entre los progenitores sobre aspectos de la vida diaria sus hijos y es por ello que, en multitud de resoluciones judiciales, se ha denegado cuando se ha podido constatar un nivel o grado de conflictividad elevado, pues las continuas discusiones y desencuentros impiden su viabilidad. Exponente de sentencias que deniegan la custodia compartida por razón de la conflictividad existente entre ambos progenitores son, entre otras muchas, las sentencias de la AP Madrid (22) de 5 de enero de 2010; de la AP Barcelona (12) de 22 de abril de 2010; SAP Madrid, sec. 22 de 30 de noviembre de 2009; SAP Córdoba de 31 de Octubre de 200; SAP Valencia (10) de 18 de junio de 2007, SSAP Madrid

(24) de 5 de Febrero, 9 de marzo y 3 de septiembre de 2007; SAP Barcelona (12) de 24-5-2007 y SAP Jaén (4) de 16-11-2005.

Ante la presencia de elementos de violencia se ha de obrar con suma cautela como señaló de forma expresa 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.»

Este capítulo aborda la regulación actual en materia de violencia de género y medidas personales sobre los hijos e hijas menores de edad, así como la jurisprudencia más destacada. Intentamos además profundizar en las necesidades existentes y en el modo de poder atenderlas. Creemos que el establecimiento de criterios puede ayudar a los Jueces a resolver sobre las medidas personales en situaciones de violencia. Para finalizar abordamos cuestiones relativas a las concretas propuestas de mejora que podrían ayudarnos a atender y resolver mejor estos conflictos.

VIII.2. PREVISIONES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.

1. Relativas a la protección del menor en situaciones de violencia.

– **Art. 1 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004 tras la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Disposición final tercera):**

«1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. 2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela o guarda y custodia, víctimas de esta violencia».

– **Art. 61 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004** tras la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia:

«En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependen los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas».

– **Artículo 65 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004** tras la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia:

«El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.»

– **Art. 66 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004** tras la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia:

«El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.»

– **Artículo 31 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011 – Convenio de Estambul –:**

«Custodia, derecho de visita y seguridad:

1. las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.»

– **Art 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor tras la modificación operada por La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia:**

«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».

2. *«A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales: ... c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.».*

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 proporcionalidad, 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.»

– **Art 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor tras la modificación operada la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia**, introduce como principio rector de la actuación administrativa la protección de los menores contra cualquier forma de violencia, incluida la producida en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras. De acuerdo con ello, los poderes públicos desarrollarán actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil, estableciendo los procedimientos que aseguren la coordinación entre las Administraciones Públicas competentes, para garantizar una actuación integral.

– **Art 12.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor** tras la modificación operada la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia: cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación.

– **Art. 92.7 Código Civil:**

«No procederá la guarda conjunta cuando: cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. «

– **Art. 94 Código Civil:**

«El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar

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

– Art. 156 Código Civil, tras Real Decreto-Ley 9/2018 de 3 de agosto de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género:

«Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos.»

– Art. 158 Código Civil tras la modificación operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia:

«El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

.....4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.

5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.»

– **Artículo 170 Código Civil:**

«El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación».

– **Art. 10. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo:**

«Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley. «

– **Artículo 544 ter LECrim tras la reforma operada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito:**

«1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.

Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar; determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada,

el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.»

– Art 544 quinquies LECrim introducido por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito:

«1. En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas:

- a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.*
- b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.*
- c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.*
- d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.*

2. Cuando en el desarrollo del proceso se ponga de manifiesto la existencia de una situación de riesgo o posible desamparo de un menor y, en todo caso, cuando fueran adoptadas algunas de las medidas de las letras a) o b) del apartado anterior, el Secretario judicial lo comunicará inmediatamente a la entidad pública compe-

tente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias. A los mismos efectos se les notificará su alzamiento o cualquier otra modificación, así como la resolución a la que se refiere el apartado 3.

3. Una vez concluido el procedimiento, el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 Ley de Enjuiciamiento Civil»

– Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), Artículo 5.a):

Se obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas para «modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.»

– Dictamen del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el caso *Ángela González Carreño vs. España*, 16 de julio de 2014:

«Los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica (...) las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia.»

Según el Comité, «todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad (...) ...en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita el interés superior del niño debe ser una consideración esencial, y que cuando las autoridades nacionales adoptan deci-

siones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica» (párrafo 9.4 in fine).

La CEDAW concluye con dos recomendaciones particulares (en aras de la reparación efectiva e integral de la demandante) y tres generales. Las de carácter general son:

«1) Se han de adoptar medidas adecuadas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta al estipular custodias y visitas de hijos, garantizando que el derecho a visitas no suponga merma de la seguridad de los menores. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia.

2) Se debe reforzar el marco legal a fin de asegurar la respuesta adecuada ante supuestos de violencia

3) Se ha de proporcionar adecuada formación a jueces y personal administrativo competente sobre la normativa relativa a violencia doméstica.»

2. Relativas a la patria potestad

Las reformas procesales llevadas a cabo en los últimos años han impuesto al Juez penal que conozca de casos relacionados con violencia de género la obligación de resolver también sobre las medidas civiles que habrán de aplicarse a los hijos e hijas menores de edad de las partes implicadas.

El Código Civil también prevé la posibilidad de privación o de atribución del ejercicio de la patria potestad a uno solo de los progenitores. Además, establece la posibilidad de que pueda acordarse la privación, bien total o parcial, temporal o definitiva, si concurren razones jurídicas para ello, y se refiere a que esta medida pueda adoptarse tanto en causa penal como civil. Sabemos que los criterios para la privación o restricción del ejercicio de la patria potestad han de ser restrictivos y basados en el principio de prevalencia del interés del menor.

Si examinamos la redacción actual del artículo 61.2 de la LOVG, dentro del Capítulo IV, sobre las disposiciones generales en relación a las medidas de protección y seguridad a las víctimas, podemos extraer los siguientes criterios:

- Las medidas de protección que prevé la LO son compatibles con las que se pueden adoptar en el proceso civil. Lo primero a conocer por tanto por el Juez penal sería si existe ya alguna medida civil adoptada, si hay algún proceso civil en trámite sobre esta medida. Se impone por

tanto la **necesidad de coordinación y transmisión de comunicación entre juzgados** que garanticen el que no se adopten resoluciones contradictorias.

- Las medidas a adoptar sobre la patria potestad pueden imponerse en cualquier proceso penal relacionado con la violencia de género.
- Las medidas son potestativas y deben ser motivadas. Si se trata de una medida cautelar, la posibilidad es la de suspensión de la patria potestad. La privación puede imponerse como pena tal y como ahora examinaremos.

El artículo 33 del Código Penal (CP) contempla como penas graves, entre otras, la privación de la patria potestad y la inhabilitación para el ejercicio de los derechos inherentes a la misma por tiempo superior a cinco años. Se considera pena menos grave, la inhabilitación por tiempo inferior a cinco años. El artículo 39 del CP considera la pena de inhabilitación para el ejercicio de los derechos de patria potestad, guarda tutela o curatela y la pena de privación de la patria potestad como penas privativas de derechos.

El artículo 46 del CP establece que la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera y supone la extinción de los demás, así como la incapacidad para obtener el nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal puede adoptar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso análogas previstas en la legislación civil de las CCAA.

La pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad se recoge como inhabilitación absoluta y como pena accesoria en el artículo 55 del CP, en los casos en que se imponga pena de prisión igual o superior a 10 años, salvo en los casos en los que la inhabilitación venga impuesta como pena principal para el delito concreto de que se trate, siempre y cuando estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido. Se impone además al Juez que esa vinculación se determine expresamente en la sentencia fundamentándolo de manera concreta. Por su parte, el artículo 56 del CP, prevé también la posibilidad de imponer la pena accesoria de inhabilitación

especial para el ejercicio de la patria potestad o bien la privación de la misma, en los casos en los que la pena de prisión impuesta en la sentencia sea inferior a diez años atendiendo a la gravedad del delito y, asimismo, exigiendo que esos derechos hayan tenido relación con el delito cometido, lo que deberá ser expresamente determinado en la sentencia, sin perjuicio de que se aplique lo previsto en el artículo 579 del CP.

Además de estas previsiones legales generales existen tres supuestos que contemplan las penas de inhabilitación o de privación de la patria potestad, expresamente, en su ámbito penológico, como son:

- En el art. 192.3 CP, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.
- En el art. 223 CP, delitos del incumplimiento de deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge el abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.
- En el art. 233 CP, delito de abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Si se examina la jurisprudencia del TS sobre esta materia, podemos apreciar que la pena de privación ha sido impuesta con carácter limitado y restrictivo.

La STS de 30 de septiembre del año 2015 acordaba la privación de la patria potestad, en contra del criterio de la Audiencia Provincial. Se aplicaba en la sentencia la nueva redacción del artículo 55 del CP. Esta sentencia recoge algunos criterios que son relevantes para que los tribunales penales puedan aplicarlos al caso concreto. Podemos extraer los siguientes:

- La medida es potestativa y tiene naturaleza accesoria si se cumplen los requisitos antes expresados.
- Ha de tenerse en cuenta si los hechos enjuiciados han tenido lugar en presencia del menor. En este caso, se produce un ataque a la integridad moral del menor y al desarrollo de su personalidad. La Sala precisa que es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantenerse la patria

potestad que resulta incompatible y por tanto aparece sin justificación razonable mantener la patria potestad.

- Ha de tenerse en cuenta la urgencia de la medida. Prevé la sentencia que la previsión del art. 154 CC supone que la patria potestad es una institución tendente a velar por el interés de las menores y procede acordar tal privación en el propio proceso penal, evitando dilaciones en los casos en que la no adopción de medidas pueda ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor.

El legislador ha delimitado el alcance de la imposición de la pena de inhabilitación, consciente de la gravedad de la pena de la misma y de su alcance, y, allí donde la prevé de forma expresa, la sujeta a unas especiales exigencias de motivación y dispone su imposición con carácter facultativo. De dicha redacción se deduce también que la pena privativa de la patria potestad ha de ir referenciada a la gravedad del hecho, pero, sobre todo, ha de referenciarse al superior interés del menor. Como centrarlo en cada caso no es fácil, la doctrina contempla la práctica de informes periciales a tal fin.

Esta cuestión se complica cuando se trata de adoptar una medida de suspensión de la patria potestad como medida cautelar en un proceso de violencia, bien en el entorno de la petición de orden de protección o de otra medida cautelar o bien como medidas del artículo 158 del Código Civil. En estos casos la suspensión de la patria potestad se debe adoptar en un contexto de urgencia.

Si no hay circunstancias que hagan precisa la suspensión de la patria potestad se mantendrá el ejercicio compartido para los dos progenitores y ello, pese a haber estimado las medidas penales cautelares más habituales, como son la orden de alejamiento y la orden de incomunicación del investigado padre del menor, respecto a la madre denunciante. Se plantea un problema evidente ya que los progenitores no pueden comunicarse y sin embargo se imponen decisiones conjuntas respecto de sus hijos e hijas. En estos casos, que son los más frecuentes, se impone una previsión clara en la resolución judicial sobre cómo poder comunicarse y decidir las cuestiones relativas a sus hijos e hijas sin incumplir la orden de incomunicación penal impuesta. La derivación a un Punto de Encuentro Familiar, la designación de un tercero que controle las comunicaciones, o el control por los propios letrados de las partes son algunas de las medidas posibles a adoptar.

En esta materia resulta legislativamente interesante el contenido de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, que en su Ley 77 establece lo siguiente:

...Supervisión judicial de la responsabilidad parental. En todos aquellos procedimientos en los que según las leyes de la presente Compilación el Juez deba pronunciarse sobre cuestiones derivadas de la responsabilidad parental, podrá adoptar, motivadamente, las medidas que estime necesarias para supervisar las relaciones de los hijos con sus progenitores con la finalidad de garantizar sus derechos, pudiendo designar a tal fin un coordinador de parentalidad.

Cuando aprecie fundadamente la existencia de riesgo para los menores o cualquier otra circunstancia que lo justifique, podrá confiar dicha supervisión a los servicios sociales o a los puntos de encuentro familiares.»

Se prevé por tanto la posibilidad de establecer medidas de supervisión de la responsabilidad parental basadas en la concreta situación del caso que ha de ser valorado o bien en la apreciación de un riesgo para los menores, y se prevé que tal supervisión de la responsabilidad parental por el Juez se realice confiando la misma a los servicios sociales o a los puntos de encuentro familiar.

A todo ello se añaden las limitaciones impuestas en el art 5 de la LOVG y en la nueva redacción del artículo 156 del Código Civil antes reseñada por el RD 9/2018 de 3 de agosto que introduce un párrafo segundo que excluye al progenitor condenado o investigado por delitos encuadrados dentro de la violencia de género de la posibilidad de decidir sobre el tratamiento psicológico de los hijos e hijas, manteniendo su derecho a ser informados.

En relación con la privación de la patria potestad destacan las siguientes sentencias:

– **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 621/2015, de 9 de noviembre**, Recurso 1754/2014 (ROJ: STS 4575/2015)

«La sentencia recurrida califica de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que la menor contaba muy poca edad; por lo que ha quedado afectada la relación paterno-filial de ma-

nera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles, de futuro conforme a derecho, y que recoge el Tribunal de instancia.»

– Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera, de lo Civil de 13 de enero de 2017, Recurso 1148/2016 (ROJ: STS 13/2017):

«..constando la condena por abusos sexuales de la hija habida por su pareja en anterior relación, no se necesita un especial esfuerzo de razonamiento para concluir que el hijo del demandado y hermano de vínculo sencillo de la hija de la demandante está sometido a un grave riesgo, ante la falta trascendental de incumplimiento de sus obligaciones de respeto y cuidado para con la menor hija de la actora. Quien ha incurrido en una grave agresión sexual a la hija de su pareja pone en un riesgo y peligro cierto a su propio hijo, con el que convivió escaso tiempo en régimen familiar. El demandado no reúne las características propias de un buen padre de familia, por lo que se afectaría gravemente el interés de su propio hijo si se permitiese el ejercicio de la patria potestad por quien es evidente que no está capacitado para el cumplimiento de las obligaciones de cuidado y respeto de un menor (art. 170 del Código Civil). «Para la privación de la patria potestad no es necesario que la agresión tenga como sujeto pasivo directo al hijo sino que también se puede inferir de la agresión a la madre o, como en este caso, a una hermana.»

– Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 247/2018, de 24 de mayo, Recurso 10549/2017 (ROJ: STS 2003/2018):

«No es preciso un ataque directo a la menor para que se prive al padre, que ha apuñalado a la madre en presencia de la hija, de la patria potestad, pues este acto supone un desprecio a su personalidad y a su psique». A lo que hay que añadir que el concepto «a presencia de menores» ya ha sido interpretado por esta Sala en la sentencia 188/2018 de 18 Abr. 2018, Rec. 1448/2017 (ROJ: STS 1378/2018), al exigir que los menores perciban el hecho sin exigir que lo vean, por lo que aunque resultaba obvio que lo pudo ver por estar en la cama con su madre, lo que está claro es que «lo pudo presenciar», es decir, que, como citamos en esta sentencia, «son plenamente conscientes de lo que está sucediendo, percatándose tanto de las expresiones verbales que contienen un componente agresivo o violento como del ruido que es propio de un golpe o de una agresión».

– **Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 452/2019, de 8 de octubre.** Recurso 10309/2019, (ROJ: STS 3035/2019). El TS impone como pena accesoria la privación del ejercicio de la patria potestad al padre condenado por tentativa de homicidio a la madre en presencia de los menores y que no había sido impuesta en la sentencia recurrida que se limitaba a la pena de alejamiento y prohibición de comunicación. Tras el régimen de visitas, el padre fue a entregar a sus hijos menores a la madre. Por sorpresa, aquél la atacó con un cuchillo en presencia de los niños en la vía pública. El ataque cesó al intervenir de forma rápida un tercero que se percató de lo que estaba sucediendo, agarrando al agresor y separándole de la víctima. Así evitó que pudiera continuar la agresión y acabar con la vida de la víctima.

El TS entiende que la gravedad de los hechos, cometidos en presencia de los hijos, merece mayor reproche penal que una simple pena de prohibición de aproximación o de comunicación. De lo contrario, no habría proporcionalidad. Por ello, se estima que la pena de inhabilitación en el ejercicio de la patria potestad es conforme a derecho y ajustada y proporcional a la gravedad de los hechos.

Afirma el Tribunal Supremo:

«¿Cómo puede reclamarse el derecho a mantener una patria potestad sobre unos hijos a los que se ha intentado dejar sin madre de forma cruel al intentar matarla delante de ellos mismos? Es por ello, por lo que la imposición de esta pena viene provocada por la anulación del ejercicio de la patria potestad, ante un acto de la crueldad como el descrito en los hechos probados. (...) Difícilmente, podemos concluir, podemos encontrar en el texto penal una pena más proporcionada que la de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad para el condenado por estos hechos.»

De todo lo expuesto podemos y debemos destacar en este terreno que con la evolución de la legislación penal y civil en esta materia se ha venido apostando por la necesidad de que en la jurisdicción penal se resuelvan ya cuestiones que tradicionalmente se derivaban a los órganos del orden civil. Constituye una decisión judicial que debe tener presentes las circunstancias del caso y, sobre todo, la gravedad de los hechos. Más adelante exponaremos los criterios que pueden tenerse en cuenta por los tribunales para la adopción de medidas de privación o de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

3. Relativas a guarda y custodia en situaciones de violencia:

La decisión sobre la guarda y custodia constituye sin duda el eje central del conjunto de medidas civiles a adoptar en un proceso de ruptura y desde luego también en las medidas cautelares previstas en la LECrim y en la LOVG. Muy ligado a ella se encuentran las decisiones sobre las estancias, visitas y comunicaciones de los hijos e hijas menores de edad con sus progenitores, cuya concreción es posible también tanto dentro de los procesos de ruptura como en los procesos penales de medidas cautelares.

El Código Civil español regula la medida de guarda en situaciones de violencia en el artículo 92.7 y establece la prohibición de acordar la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Añade el precepto que tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Pese a que el texto legal es claro y taxativo, la evolución jurisprudencial ha ido en la línea de flexibilizar los estrictos términos legales, en el sentido de entender que la mera denuncia no basta para excluir la guarda compartida, incluso la guarda individual a favor del progenitor denunciado.

Las normativas autonómicas se han acogido también a esta tendencia flexibilizadora de las normas estatales.

La Ley Vasca de relaciones familiares, Ley 7/2015, establece en su artículo 11, puntos 3, 4 y 5:

«3. No obstante, con igual carácter general se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal.

En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el Juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente.

4. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos e hijas, en atención a los criterios anteriores y, singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, de relación o de mera comunicación respecto de ellos.

Extinguida la responsabilidad penal, el Juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores.

5. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos anteriormente señalados, el juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos e hijas menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que excepcionalmente, en interés de los hijos e hijas, y atendiendo a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a estos o a alguno de ellos. En defecto de todos ellos, o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que en el territorio concreto tengan asignada la función de protección de los y las menores.»

La regulación del País Vasco incluye dentro de la prohibición legal tanto la guarda como las estancias y comunicaciones con el progenitor encausado por violencia de género o violencia intrafamiliar, pero exige para que la prohibición legal sea aplicable que exista una condena penal firme por delitos de violencia doméstica o de género, e incluso existiendo tal condena prevé la posibilidad de que, con carácter excepcional, se puedan fijar estancias o un régimen de relación o de mera comunicación.

Para ello establece unos criterios que consideramos acertados:

- El interés de los hijos e hijas.
- La entidad y gravedad del delito.
- La naturaleza y duración de la pena fijada.
- La reincidencia y peligrosidad del progenitor.

Sobre la base de esta normativa la Sentencia de la AP de Vizcaya 841/2018 de 30 de noviembre mantiene la guarda y custodia de los hijos en el padre y ello pese a las diligencias penales abiertas y en trámite por violencia de género. Dice la sentencia que:

«...lo que podría impedir el pretendido cambio conforme al art. 11.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco, que impide atribuir la custodia al progenitor condenado por malos tratos. Sin embargo, no hay tal condena, porque el procedimiento no consta que haya alcanzado tal estado procesal, ni que haya habido juicio.»

En la misma línea se encuentra la nueva regulación navarra contenida en la **Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.**

En su Ley 71 establece lo siguiente:

«No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente:

- a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atacar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas.*
- b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.*

Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos».

Se mitiga y precisa el contenido de la normativa estatal. Para la regulación navarra la mera denuncia no es suficiente para impedir un pronuncia-

miento de guarda compartida o individual a favor del progenitor denunciado. Se exige un razonamiento sobre la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género, razonamiento que deberá recogerse en la resolución civil que se dicte. El estado del proceso penal es decisivo a este respecto. Así, si se ha dictado una orden de protección en la que se ha valorado la existencia de prueba indiciaria suficiente sobre la existencia de violencia, o el proceso penal está en fase de procedimiento abreviado, con resolución en tal sentido que concrete los hechos y su calificación jurídica, o se ha dictado ya auto de apertura de juicio oral debe entenderse que existen indicios fundados y racionales suficientes como para impedir la atribución de la guarda en favor del imputado.

La regulación catalana prevista en el **artículo 233.11.3 del Código de Familia de Cataluña** establece los motivos por los que no procede atribuir la guarda a algún progenitor. De acuerdo con este artículo, no basta con estar inmerso en un proceso penal, como establece el Código Civil español, ni tampoco es suficiente que haya una resolución judicial en la que se recojan indicios de la comisión de actos prohibidos, sino que el legislador catalán, dando un paso más, exige la firmeza de la sentencia por actos de violencia familiar o machista del que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor, mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los cuales los hijos hayan estado o puedan ser víctimas directas o indirectas.

En este sentido se destaca de la regulación catalana:

- La exigencia de condena firme para excluir la posibilidad de atribuir la guarda compartida o individual a favor de progenitor incurso en el proceso penal por violencia.
- Se concreta que, además de esa condena, se valore si los hijos han sido o puedan ser víctimas directas o indirectas del delito.
- Cabe excluir la guarda compartida en interés de los hijos cuando sin condena firme haya indicios fundamentados de que se han cometido actos de violencia familiar o machista de los cuales los hijos hayan estado o puedan ser víctimas directas o indirectas.

La regulación aragonesa se ha modificado recientemente para excluir la prioridad legal de la guarda compartida por la Ley 6/2019, de 21 de marzo.

La regulación de Aragón en el artículo 80.6 de la Compilación establece un contenido similar a la navarra, excluyendo la guarda compartida y la individual cuando haya indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Sobre la base de las legislaciones autonómicas sí encontramos algunas resoluciones judiciales que, atendiendo a las circunstancias específicas del caso concreto, modulan la tajante prohibición del Código Civil.

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género prevé la adopción de medidas que permitan que la custodia compartida en ningún caso se imponga en casos de violencia de género en los supuestos previstos en el art 92.7 del Código Civil, y que no pueda adoptarse ni siquiera provisionalmente si uno de los progenitores está incurso un procedimiento penal por violencia de género y existe orden de protección. Por tanto, de seguirse el criterio del referido Pacto el Código Civil mantendrá la prohibición legal actualmente existente. Las normas de las CCAA y la regulación estatal tendrán en este caso regulaciones distintas en una materia en la que debería haber una previsión legal general.

En relación con la medida de guarda compartida en situaciones de violencia destacan las siguientes resoluciones judiciales:

– **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 36/2016, de 4 de febrero.** Recurso 3016/2014 (ROJ: STS 188/2016):

«Las razones alegadas por el demandado no pueden dejar sin respuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar; con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. (...) Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril de 2013 ; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales 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. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los

progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos ...»

– **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 23/2017, de 17 de enero**, Recurso 3299/2015 (ROJ: STS 161/2017):

Se examinaba un supuesto de condena del progenitor por delito de amenazas en el ámbito familiar –se deduce la notable agresividad del recurrente hacía su pareja– y la prohibición judicial de comunicación con ella, lo que supone un obstáculo insalvable, pues para la adopción del sistema de custodia compartida es preciso que las partes tengan una elevada capacidad de diálogo. Esta Sala ha declarado, entre otras, en sentencia de 12 de abril de 2016, Rec. 1225/2015:

«La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 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 concurran 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... 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». A la vista de esta doctrina, debemos declarar que la condena del esposo por amenazar a su pareja y a la familia de ésta y la prohibición de comunicación, impiden la adopción del sistema de custodia compartida, dado que el mismo requiere una relación razonable que permita el intercambio de información y un razonable consenso en beneficio de los menores, que aquí brilla por su ausencia, por lo que procede desestimar el recurso de casación.»

– **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 350/2016, de 26 de mayo**, Recurso 2410/2015 (ROJ: STS 2304/2016):

«En el caso de autos consta un auto de incoación de procedimiento abreviado (no firme) en el que se concretan los indicios existentes de un delito de violencia doméstica, unido a que en la propia sentencia recurrida se declara que «pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida».

Partiendo del delito sometido a enjuiciamiento (se trataba de un delito de coacciones en el ámbito de la violencia de género) y de las actitudes del padre, «ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente.»

– **Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil 251/2016 de 13 de abril** (ROJ: STS 1638/2016):

«No menos importante a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas, por los que le denunció su esposa. Con anterioridad se habían archivado diligencias penales en las que le denunciaba por abuso contra la menor, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, en base a la pericial de los expertos del Juzgado y exploraciones de la menor; llevadas a cabo por el Juez de Instrucción. Dicha absolución constituye un cambio significativo de la circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida, por aplicación del art. 92.7 del Código Civil.»

4. Relativas a régimen de estancias, visitas y comunicaciones:

No hay una previsión legal tan concreta en el Código Civil y en las leyes de las CCAA en relación con las **visitas y estancias de los hijos con el pro-**

genitor que tenga un procedimiento abierto por actos de violencia de género o violencia intrafamiliar, o incluso una condena por actos de violencia doméstica o de género, a salvo la que sí realiza la normativa del País Vasco y que ya hemos comentado.

El artículo 94 del Código Civil establece que *«El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.»*

Parece por tanto clara la posibilidad de suspensión o limitación de las estancias, visitas y comunicaciones, pero no hay una referencia expresa a que existan procedimientos de violencia abiertos, indicios de violencia doméstica o de género o bien condenas, como ocurre en las previsiones respecto de la custodia.

El art. 544 ter nº 7 de la LECrim, regula las medidas de naturaleza civil de la orden de protección.

La orden de protección pretende la creación un estatuto integral para garantizar la vida e integridad física de la víctima de violencia de género y/o doméstica, incluyendo tanto medidas penales como civiles.

Ha de incidirse en la importancia de las medidas de naturaleza civil que puede contener la Orden de Protección, en relación a los hijos menores, que no son como algunos consideran medidas «de segunda categoría». En este sentido, no se puede desconocer una realidad: los niños que viven y respiran un entorno de violencia de género tienen la consideración de víctimas de esta clase de violencia, especialmente vulnerables y peligrosamente invisibles.

Partiendo de tal consideración, la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito introduce modificaciones en el ámbito de la orden de protección del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para hacer hincapié en la necesidad de resolver sobre las medidas cautelares de carácter civil (en sede de orden de protección) cuando existan menores de edad o personas con discapacidad en el entorno familiar de violencia de género. Pronunciamiento judicial que es exigible aun cuando dichas medidas no hayan sido solicitadas por ninguna de las partes.

Así se modifica el apdo. 7 del art. 544 ter LECrim., que queda redactado en los siguientes términos:

«7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas».

Los pronunciamientos a adoptar en dicha sede son los relativos al régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia de los hijos e hijas con cada progenitor, el régimen de prestación de alimentos, y la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

A la hora de resolver acerca de estas medidas civiles es importante evitar caer, por la celeridad de las medidas (72 horas desde su solicitud) y la limitación consustancial del sustento probatorio, en formulas estereotipadas que originan notoria incoherencia entre la gravedad de los hechos punibles determinante de medidas cautelares penales severas y las medidas civiles adoptadas, en particular el régimen de estancia y comunicación entre el presunto autor de delitos en el ámbito familiar y sus hijos e hijas, como si ficticiamente se tratase de dos esferas separadas. Se impone por tanto la coordinación y coherencia de las medidas penales con las medidas civiles del artículo 544 ter.7 LECrim: la salida del inculpaado del domicilio y la prohibición de retorno, de aproximación o de comunicación a la víctima exigen coherencia con las medidas acordadas en relación con la atribución del uso del domicilio o el régimen de visitas y comunicaciones del inculpaado con sus hijos e hijas, incluida la recogida y entrega de los menores. Se trata en definitiva de otorgar un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal.

El criterio determinante es el interés superior del menor, siendo dicho interés el mantenimiento de su integridad física y mental, descartando cualquier tipo de riesgo que pudiera derivarse para el menor de la conducta del investigado, lo que exigirá valorar en cada caso los elementos obrantes en autos: gravedad de los hechos investigados, en particular si

se trata de un presunto delito de violencia física y psíquica habitual; tendencias violentas o agresivas en la conducta del investigado; consumo de sustancias estupefacientes; posibles trastornos o patologías psiquiátricas; presencia de los menores en la comisión de los hechos punibles; haber sido el menor sujeto pasivo directo de alguno de los delitos investigados en el ámbito familiar; la adopción de alguna medida cautelar penal en relación con los hijos; edad del menor; manifestaciones de los menores recogidas en el atestado (quienes a veces son los que han dado aviso a la policía) o apreciadas en exploración judicial; incumplimiento por el padre de sus deberes parentales, etc...

Todo ello debe tenerse en cuenta a fin de determinar, en función de las circunstancias concurrentes, la necesidad de acordar la derivación al Punto de Encuentro Familiar para llevar a cabo las entregas y recogidas de los menores; eliminar la pernocta; acordar un régimen restrictivo de visitas y/o la supervisión de dichas visitas por profesionales; establecer un régimen estancia paterno-filial progresivo y estructurado que, con el auxilio de informes de seguimiento, permita una valoración de la evolución del progenitor, del desarrollo de las comunicaciones paterno-filiales y las necesidades de los hijos, para ir adaptándolo al interés superior del menor. Y en otros casos, procederá la suspensión del régimen de visitas por requerirlo así el interés superior del menor, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo, Sec. 1ª, de 11 de febrero de 2011 (ROJ: STS 505/2011) que específicamente indica que uno de los supuestos admitidos para la suspensión de las visitas del padre es el de que se acredite la existencia de episodios de violencia entre los progenitores o bien contra el propio hijo por parte de quien pretende el derecho de visita.

El art. 544 quinquies de la LECrim prevé en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, que el Juez o Tribunal penal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, pueda adoptar motivadamente medidas cautelares civiles, entre ellas se encuentra la suspensión o modificación de las visitas y comunicaciones ya establecidas por resolución anterior con el progenitor no custodio o familiar contra el que se dirigiera el procedimiento penal.

El artículo 66 de la LO 1/2004 establece la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores con el siguiente contenido:

«El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.»

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, suscrito por España que, en su artículo 31, sobre medidas de custodia, derecho de visitas y seguridad señala que:

«Las partes tomarán medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de visitas relativas a los hijos se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio.»

Añade, además, en el apartado 2 del precepto que:

«las partes tomarán medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.»

Dictamen del Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Comité CEDAW) de Naciones Unidas de 16 de Julio de 2014, sobre el caso de Angela González Carreño.

El Comité parte de considerar que el asesinato de A. se produjo en un contexto de violencia prolongado durante años, debiendo incluirse en este contexto la negativa de F.R.C a pagar alimentos y la disputa relativa a la vivienda familiar. Si bien el final acontecido a la menor no podía presagiarse en méritos a los informes aportados a los procedimientos, existieron múltiples episodios violentos dirigidos contra la autora y de los que la menor fue con frecuencia testigo, los tribunales ordenaron prohibiciones de aproximación que fueron incumplidas reiteradas veces, además las órdenes de alejamiento no tuvieron en cuenta la situación de la menor ni tutelaron su integridad. Del mismo modo, existían informes técnicos que apuntaban a que F.R.C padecía

un trastorno obsesivo compulsivo con rasgos celotípicos. Igualmente, F.R.C incumplió de forma sistemática su obligación de abonar alimentos. Por todo, el régimen de visitas estipulado no trató de proteger los derechos de A., sino normalizar las relaciones con su progenitor. Así, si bien al principio se adoptó la decisión de establecer visitas tuteladas, estas cesaron con el tiempo sin que se adoptasen las pertinentes salvaguardias y sin que se considerase el esquema de violencia que caracterizó las relaciones familiares durante años.

El Comité CEDAW dictamina que «los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica», y, en el caso, «las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia.»

«Todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad.»

Concluyó el Comité *«que en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita el interés superior del niño debe ser una consideración esencial, y que cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica»* (párrafo 9.4 in fine).

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), 2747/2018, de 17 de julio de 2018 (ROJ: STS 2747/2018) condena al Estado español, a indemnizar con la cantidad de 600.000 € a D^a Ángela González Carreño por al asesinato de su hija a manos de su padre en el año 2003, durante el disfrute del régimen de visitas, atribuyendo los hechos a un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

El Alto Tribunal, consideró que el Dictamen emitido por el Comité CEDAW en este asunto es vinculante para España, ya que el Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y su Protocolo Facultativo forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, tras su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado y que de conformidad con el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna, las normas relativas a los

derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Apreció que la vulneración de derechos de La Convención declarada por el Comité de la CEDAW viene referida a la no adopción por los órganos del Estado español, de medidas necesarias y eficaces que evitasen la discriminación de Dña. Ángela, partiendo de que la violencia contra la mujer, es un acto de discriminación tal y como la define el artículo 1 de La Convención.

El Pacto de Estado contra la violencia de género prevé la suspensión imperativa del régimen de visitas en los casos en los que el hijo o hija menor hubiera presenciado, sufrido, conocido, o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los arts. 65 y 66 de la LO 1/20004. Además, se establece la prohibición de las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia de género.

Partiendo de la normativa referida, **resulta relevante la doctrina Jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo en la Sentencia 680/2015, de 26 de noviembre**, Recurso 36/2015 (ROJ: STS 4900/2015).

En el caso resuelto por el TS, se casa la sentencia de la AP de Cádiz que optaba por el establecimiento de un régimen de visitas en favor del padre. La sentencia fijó visitas consistentes en un día a la semana, durante dos horas, supervisadas en el Punto de Encuentro Familiar, con el fin de que la menor vaya retomando el contacto con el padre de manera progresiva y no traumática. Se precisaba en la sentencia de la Audiencia que este régimen no se iniciase hasta que se produjera la excarcelación del padre y pudiera acudir al Punto de Encuentro Familiar y se condicionaba además a que justificase documentalmente que se había sometido a un programa terapéutico en el que se le tratara de su violento carácter que le habría llevado a cometer los hechos por los que ha resultado condenado.

La Sentencia del TS casa la de la Audiencia y precisa que el art. 94 del Código Civil permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Contempla y aplica igualmente el art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004 que autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita y el art. 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño que establece, como primordial la consideración del interés del menor. Por último, hace mención la sentencia, a la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992 que establece como esencial la salvaguardia de intereses del niño.

Determina además que 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».

Igualmente precisa la sentencia que el art. 2 de la mencionada LO 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «*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*».

Se refiere la sentencia del Alto Tribunal a la anterior sentencia de 11 de febrero de 2011 que mantuvo la suspensión del régimen de visitas dada la situación de violencia concurrente, deducible de una orden de protección y a la sentencia de 13 de febrero de 2015, en supuesto de muerte del padre a manos de la madre donde se fijó por la Sala la custodia a favor de la tía paterna en lugar de los abuelos maternos, en interés del menor, evitando cualquier factor de riesgo.

Sobre la base de esta normativa y fundamentación el Tribunal Supremo:

- Declara que los contactos de un padre con su hija cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otra de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa.
- Fundamenta que la sentencia recurrida no respeta el interés de la menor, al no concretarse los aspectos que debe contener el programa terapéutico que establece, ni ante quién lo debe desarrollar, ni quién homologará los resultados obtenidos
- Aplica el art. 94 del Código Civil y art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004 y resuelve que no ha lugar a fijar régimen de visitas del demandante con su hija Sofía, sin perjuicio de que, cuando cumpla la pena impuesta, pueda instar el establecimiento de medidas, en procedimiento

contradictorio, con las garantías y cautelas propias que preserven el interés de la menor para que pueda descartarse absolutamente el riesgo para Sofía, dados los antecedentes existentes de agresión para con su madre y con su hermana.

- **Se establece como doctrina jurisprudencial que el Juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.**

Siguiendo la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo, la mayor parte de las resoluciones estudiadas en las que se da por probada la existencia de violencia de género, introducen medidas de restricción de las visitas y estancias con el progenitor contra el que se sigue causa por violencia de género o violencia familiar, sobre todo a través de la intervención de los puntos de encuentro familiar. La fundamentación de estas resoluciones suele ser, sin embargo, bastante pobre y general, limitándose a aludir de manera genérica al interés de los menores, a la existencia de hechos de violencia, o a las conclusiones de los informes periciales practicados.

En suma, el análisis conjunto de las últimas reformas legales, doctrina establecida por el Tribunal Supremo, Convenio de Estambul y dictamen de la CEDAW impone ir más allá de la aplicación formal de la norma a la hora de establecer regímenes de visita en supuestos en que existan antecedentes de violencia sobre la mujer, evitando aplicar un patrón de actuación que obedezca a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad meramente formal entre los progenitores. Por el contrario, debe de tomarse en consideración la existencia de un contexto de violencia en las decisiones sobre dichos regímenes de visita, y adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores, integrando en definitiva la perspectiva de género en la aplicación de las normas.

En la línea general expuesta en este trabajo, consideramos que la atención al caso concreto resulta lo más importante, y que deben darse al Juez los medios suficientes para poder valorar la situación, para poder establecer medidas de control y supervisión y, particularmente, para poder cumplir con la exigencia legal prevista en la LOVG de adoptar medidas que permitan la recuperación de los menores en la medida en que sean víctimas directas o indirectas de violencia directa o presencial.

VIII.3. EXAMEN DE DETERMINADAS INCIDENCIAS ESPECÍFICAS DETECTADAS EN LA PRACTICA JURISDICCIONAL

1º) Es urgente solucionar la desconexión que actualmente existe entre los distintos órganos judiciales competentes para el conocimiento de las causas por violencia de género y violencia familiar (Juzgados de Violencia Sobre la Mujer, Juzgados de Familia, Juzgados de Instrucción, Juzgados de lo Penal y secciones especializadas de Audiencias Provinciales).

Hemos apreciado que, en contradicción con el evidente espíritu de protección integral de la LO 1/2004, la comunicación entre los procedimientos civiles y penales que se siguen para el mismo grupo familiar es deficiente, y ni en la causa civil se suele tener la constancia de lo que va aconteciendo en la causa penal, ni en la penal se conocen las resoluciones adoptadas en vía civil.

2º) Se detecta una inadecuada formación de los autos en el procedimiento civil de familia por falta de incorporación al mismo de información actualizada sobre el estado de la causa penal por violencia de género y las resoluciones que se van adoptando en ella:

El interés del menor exige una valoración judicial del supuesto concreto y poder apreciar la gravedad de los hechos penales y la situación de los menores, por ello resulta esencial disponer en el procedimiento de familia de la sentencia penal para la lectura de los hechos declarados probados o el auto de orden de protección u otra medida cautelar que en su caso se haya adoptado.

Como exige el Convenio de Estambul (art 31) en la resolución de las cuestiones sobre custodia, patria potestad y visitas de menores, se deben tomar en cuenta las causas penales por violencia de género.

3º) Es necesario que se comuniquen de inmediato al Juzgado civil (o a la Audiencia Provincial) las actuaciones policiales o judiciales penales como hecho de nueva noticia (artículo 752 LEC) en los casos en los que se tenga noticia de un hecho penal de violencia durante la tramitación del proceso civil, en una fase en la que ya no sea posible declinar la competencia en favor del Juzgado de VSLM. Resulta esencial el contenido de la información penal para la valoración de esta circunstancia en la resolución que se dicte en el proceso civil.

Cuando la VSLM se produce en la fase de ejecución de la sentencia dictada por el Juzgado civil es necesario considerar la adaptación de las medidas respecto a los hijos e hijas ya acordadas. Puede promoverse un incidente cau-

telar del 158 CC por solicitud de las partes, del fiscal o de oficio. En el caso de que el Juzgado de violencia adopte medidas civiles de la orden de protección debe comunicarlo al Juez civil que resolvió el procedimiento de familia.

4º) Se ha detectado que se puede producir una situación de riesgo para la mujer o los/as hijos/as en los casos en los que el proceso penal de violencia es sobreseído o termina por sentencia absolutoria (por falta de ratificación de la denuncia, falta de pruebas etc...).

En estos casos se aprecia que existe una repercusión de la resolución penal en el proceso civil en cuanto a las medidas personales, especialmente cuando se habían adoptado medidas en la orden de protección que quedan sin efecto. En estos casos puede ser adecuado el que se realice una comparecencia para adecuar las medidas a la nueva situación. También puede ser un momento adecuado para valorar la posibilidad de proponer a ambos progenitores la derivación a mediación.

En los procesos de modificación de medidas que se suelen presentar después de la absolución en la causa penal o la extinción de la pena, y que se interponen con el fin de adaptar las medidas en su día establecidas a esta nueva circunstancia, es esencial contar con un dictamen psicosocial que ha de ser acordado incluso de oficio. Este dictamen puede acordarse también en su caso para adoptar medidas provisionales coetáneas. Se detectan con frecuencia casos de hijos e hijas menores adolescentes que presentan una reacción de enfrentamiento con las madres tras haberse seguido un proceso de violencia contra el padre.

5º) La presencia de violencia de género y/o sobre los menores se detecta no solo en los casos seguidos ante los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer sino también en casos que se siguen ante los Juzgados de familia civiles.

Del análisis de la casuística se constata la existencia de violencia real o latente en un gran número de procesos de los que se siguen ante los Juzgados civiles con competencias en familia. Esta circunstancia se produce por diversas causas como la opción de la mujer de no denunciar, el sobreseimiento o incluso la absolución en los procesos penales, y también por el cumplimiento de las penas. Esta realidad es más evidente en las secciones civiles de las Audiencias Provinciales que tienen competencias para la apelación de los efectos de la ruptura y las medidas personales de procesos (piezas civiles) que provienen de los JVSLM.

Hay que tener en cuenta esta circunstancia para dotar a los Juzgados y Secciones de familia de medios suficientes para actuar y para prevenir situaciones de riesgo o más violencia.

6º) Las medidas civiles de la Orden de Protección no deben ser consideradas medidas de «segunda categoría», pues tienen enorme trascendencia, no solo en su alcance sustantivo, sino también en su duración. Hay que tener en cuenta que las medidas civiles acordadas en una orden de protección suelen ser ratificadas al inicio del procedimiento civil correspondiente, y vienen a fijar una situación de hecho y de derecho que se va a mantener durante meses para todo el grupo familiar, incluso años, en el caso de que las medidas acordadas resulten también ratificadas en la sentencia que ponga fin al proceso civil (lo que no resulta en modo alguno infrecuente).

Por ello es esencial que, no obstante la premura de tiempo con que debe ser resuelta la orden de protección, se practiquen las diligencias de prueba esenciales para obtener la información sobre el grupo familiar que sea necesaria para poder tutelar adecuadamente el interés de los hijos menores no sólo de manera inmediata, sino también a medio plazo.

En tal sentido, se consideran plenamente aplicables a estos procedimientos las disposiciones relativas a la audiencia del menor en procedimientos de familia, de suerte que es exigible que se escuche a los hijos o las hijas mayores de 12 años o que tuvieren el suficiente juicio antes de resolver, incluso por vía de orden de protección, sobre las medidas que hayan de afectarlos. Del mismo modo, en el procedimiento sumario encaminado a la adopción de la orden de protección el interrogatorio de las partes no puede ceñirse estrictamente al hecho criminal investigado, sino que deberá extenderse necesariamente a la obtención de la información necesaria para resolver adecuadamente acerca de las medidas civiles. También es recomendable recabar toda la documental a la que sea posible acceder en el plazo de tiempo marcado por la Ley (averiguación patrimonial, certificados bancarios, informes de centros escolares, informes del Punto de Encuentro Familiar, etc...) para contar con un elenco probatorio adecuado para la resolución de cuestiones de enorme relevancia para las partes, y, ante todo, para sus hijos e hijas menores de edad.

7º) Existe un grave vacío legal en lo que se refiere a la competencia para conocer del procedimiento civil de separación, divorcio, o guarda, custodia y alimentos en aquellos casos en que se suscita una cuestión de competencia para conocer del asunto penal.

Hoy por hoy, hasta tanto no queda resuelta la cuestión de competencia penal, no es posible iniciar un proceso civil de ruptura por no estar legalmente determinado cual es el órgano competente para conocer de dicho procedimiento. Esto genera unas dilaciones en la resolución del conflicto civil abso-

lutamente inaceptables y terriblemente perjudiciales para el grupo familiar en su conjunto, y para los hijos y las hijas menores de edad en particular.

Han de clarificarse los criterios competenciales en el orden penal y ha de fijarse una norma específica que determine la competencia para conocer del proceso civil en tanto en cuanto se sustancia y resuelve la cuestión de competencia penal.

8º) Eventual prejudicialidad penal derivada de la tramitación de una causa por violencia de género o violencia intrafamiliar.

Cuando existe un proceso penal en marcha por violencia de género o violencia intrafamiliar es frecuente que el progenitor contra el que se dirige dicho procedimiento penal plantee en el proceso civil de ruptura una cuestión de prejudicialidad penal y solicite la suspensión del curso del proceso civil hasta que concluya el proceso penal pendiente.

En relación con esta pretensión hay que tener en cuenta que el efecto jurídicamente previsto para aquellos supuestos en los que alguno de los progenitores se encuentre incurso en proceso penal por violencia de género es la *exclusión de la custodia compartida* (Art 92.7 CC), y no la suspensión del procedimiento por «prejudicialidad penal». La tramitación de la causa civil ante el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer no puede quedar paralizada hasta la terminación de la causa penal por firmeza de la sentencia, pues dejaría vacía de contenido la atribución competencial exclusiva y excluyente establecida en la LO 4/2004 LMPIVG (art 44) derivada precisamente de la penal.

VIII.4. CRITERIOS GENERALES A TENER EN CUENTA PARA LAS DECISIONES SOBRE PATRIA POTESTAD Y/O CUSTODIA EN SITUACIONES FAMILIARES DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER O VIOLENCIA SOBRE MENORES

1º) Graves y reiterados incumplimientos de las obligaciones familiares. La STS de 9 de noviembre de 2015 valora en el caso lo siguiente:

- El progenitor fue condenado por un delito de lesiones en el ámbito familiar.
- Se fijaron visitas en el Punto de Encuentro Familiar que fueron incumplidas por el padre, que, además, no abonó la pensión de alimentos impuesta.

La corta edad de la hija hizo que ese incumplimiento tuviera como efecto una seria afectación de la relación paterno filial

Por tanto, el incumplimiento de medidas anteriormente impuestas que se hayan mantenido en el tiempo y que hayan afectado a la relación han de ser muy tenidas en cuenta.

2º) La gravedad de los hechos penales acontecidos. Resulta indudable que las medidas penales y las civiles a adoptar por los Juzgados de violencia han de tener en cuenta la gravedad de los hechos que se investigan. La gravedad de los hechos ha de relacionarse también con el riesgo existente, que ha de ser valorado también para decidir sobre la medida relativa a la patria potestad. El Pacto de Estado contra la violencia de género establece que se incluya a los hijos e hijas en las valoraciones policiales de riesgo de las víctimas. Esta valoración puede ayudar también a la adopción de medidas civiles respecto a los hijos.

3º) El tipo penal, la reiteración de los hechos, y la situación concreta de la pareja en el momento en que los hechos penales tienen lugar. Dentro de los hechos con trascendencia penal más habituales se encuentran los de maltrato no habitual, los de maltrato habitual, el acoso u hostigamiento, las amenazas y los quebrantamientos. Es importante tener en cuenta el tipo delictivo para poder decidir sobre las medidas civiles a adoptar.

4º) Ha de tenerse especialmente en cuenta si los hechos denunciados han tenido lugar en presencia del menor. En este caso se produce un ataque a la integridad moral del menor y al desarrollo de su personalidad tal y como se ha mencionado anteriormente.

5º) La declaración de la denunciante. La declaración de la denunciante es muy importante para valorar la entidad de los hechos y la situación familiar concreta existente, lo que a su vez resulta esencial para adoptar las medidas civiles. El testimonio debe ser valorado minuciosamente, teniendo en cuenta no sólo el relato de hechos, sino también el contexto, el entorno, la actitud de la mujer denunciante y el efecto que los hechos investigados hayan podido tener sobre su constitución psicológica. Es importante recalcar que para adoptar medidas civiles es importante que durante la declaración de la denunciante se incida en las cuestiones y los

datos que tengan relación con tales medidas a fin de obtener la mayor información posible, y lo cierto es que en muchas ocasiones la información relativa las medidas civiles o no se recaba o se hace de forma muy somera en el proceso penal. Hay que tener en cuenta que hay víctimas que minimizan los hechos, y que en muchas ocasiones las víctimas tampoco son plenamente conscientes de la trascendencia que lo que está sucediendo puede tener sobre sus hijos. Por ello es importante que durante la declaración se averigüe si se va a contar con pruebas periféricas que puedan servir para una adecuada valoración de las circunstancias concurrentes y del riesgo existente (la existencia de distintos partes médicos en diferentes fechas por hechos que no se denunciaron en su día, retiradas de denuncia anteriores, la existencia de testigos que hayan presenciado hechos, intervenciones policiales domiciliarias previas, etc...).

6º) La existencia de patologías mentales en el investigado que impidan o dificulten el ejercicio de la patria potestad y/o la custodia. Para ello habremos de practicar la prueba que sea precisa. La unidad de valoración integral forense puede además aportar información relevante a través de la práctica de la prueba pericial forense que acordemos (capacidades, patologías, imputabilidad). Resulta también posible pedir una valoración urgente en el contexto de la guarda que puede servir para la toma de decisiones tanto de orden penal como civil.

7º) La actitud del investigado en las declaraciones realizadas ante el Juzgado. Es importante atender a las manifestaciones del investigado, pero también a su actitud: cómo se expresa, si habla mal de la mujer y/o de los hijos desde el principio, si culpabiliza y hace responsable de la situación a la mujer y/o a los hijos, si reconoce los hechos pero los minimiza, si muestra descontrol personal, si muestra o no interés por las cuestiones relativas a sus hijos o por las medidas civiles que se vayan a adoptar. Todo ello nos permitirá obtener información sobre la vinculación del progenitor investigado con sus hijos y la preocupación por su interés y protección.

8º) Los antecedentes del progenitor investigado. Es muy importante poder contar a la hora de resolver con los informes de antecedentes penales y del SIRAJ, así como con informes anteriores del Punto de Encuentro Fami-

liar, de los servicios de orientación, o las incidencias del centro Cometa si se adoptaron medidas de imposición de pulseras de protección.

9º) La opinión del hijo. La audiencia del hijo o la hija menor de edad antes de tomar decisiones que le afecten constituye un derecho reconocido tanto por la legislación internacional vinculante para España, como por la legislación interna (LO de protección del menor, Código Civil, y legislación autonómica), derecho que resulta aplicable a toda clase de procedimientos en que deban adoptarse medidas que de modo directo hayan de afectarles. Por tanto, antes de adoptar una decisión relativa a la suspensión o privación de la patria potestad ha de darse al menor la posibilidad expresar su opinión. La opinión del menor no es vinculante, pero ha de ser tenida en cuenta en función de su contenido y de la edad y madurez del mismo.

10º) El informe de Valoración Forense Integral, elaborado por la Unidad de Valoración Forense Integral (Disposición Adicional Segunda Ley Orgánica de Medidas Integrales contra la Violencia de Género 1/2004) compuesta por trabajador/a social, psicólogo/a y médico/a forense, tiene por objetivo dotar de un sistema probatorio de calidad sobre la base del estudio integral –que abarcará necesariamente tanto al agresor como a la víctima y en su caso también a los hijos–, para abordar principalmente los supuestos de violencia habitual, y proporcionar al juzgador elementos de juicio relevantes para la toma de decisiones en los ámbitos penal, civil y en la gestión del riesgo de las víctimas. De ahí la importancia de que los mismos, en caso de haberse emitido en el procedimiento penal por violencia de género, estén incorporados al procedimiento civil de familia.

No puede obviarse que la violencia contra los hijos suele ser una manifestación de la violencia contra la madre y ha de valorarse todo en su conjunto para que las medidas que se adopten sean protectoras, cumplan con las exigencias legales referidas y, sobre todo, analicen con precisión el riesgo existente en cada caso.

Junto a ello resulta importante concretar las medidas de seguimiento y recuperación que puedan ser adoptadas con relación a los niños y se impone una regulación más precisa de la intervención de los Puntos de Encuentro cuando hay procesos de violencia y más particularmente si hay órdenes de protección. Esta mejora es una de las que se prevén en el Pacto de Estado contra la violencia de género.

VIII.5. CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA EN SITUACIONES DE VIOLENCIA EN QUE SE MANTIENE COMPARTIDA LA PATRIA POTESTAD

A la hora de resolver sobre el régimen de custodia sobre los hijos y las hijas, particularmente en relación con la posibilidad de adoptar una medida de guarda compartida, creemos adecuado atender a estos criterios:

- Se impone la aplicación del principio de prioridad del interés del menor en cada caso concreto y con fundamentación basada en ese caso.
- No puede confundirse la alta conflictividad con la existencia de episodios de violencia, aun cuando casos de alta conflictividad puedan terminar con episodios violentos. (STS sala 1ª de 4/02/2016.)
- La mera existencia de una denuncia no es suficiente para denegar la posibilidad de una guarda compartida. Una medida limitadora de derechos, como es la recogida en el artículo 92.7 del Código Civil, ha de ser interpretada restrictivamente. Se exige una valoración más concreta de cada caso que ha de orientarse hacia una fundamentación sobre la existencia de indicios fundados de violencia doméstica sobre la base de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas.
- Resulta relevante el contenido de los hechos denunciados y muy concretamente, el tipo penal y la valoración de si puede haber reiteración delictiva. Algunos tipos penales evidencian la existencia de una **violencia estructural y si la misma se aprecia, aun cuando no haya condena firme penal, la guarda compartida o la exclusiva para el investigado debería excluirse.**
- Resulta relevante la presencia del menor en los hechos denunciados en el sentido expuesto por nuestro Tribunal Supremo, lo que incluye la ejecución de los hechos en circunstancias tales que hayan podido ser escuchados o percibidos directamente por el/la menor. En definitiva, la consideración de víctima directa o indirecta de los mismos.
- La estimación de una orden de protección tras una denuncia debería excluir la posibilidad de atribución de la guarda compartida o exclusiva a favor del investigado. Los requisitos legales para la estimación de la orden se basan en la entidad de los hechos penales denunciados, en los indicios existentes y en la valoración del riesgo, por lo que, ante

la adopción de la misma, parece que ha de excluirse la posibilidad de custodia para el investigado.

- Se insiste en que la audiencia del hijo o la hija menor de edad antes de tomar decisiones que le afecten constituye un derecho reconocido tanto por la legislación internacional vinculante para España, como por la legislación interna (LO de protección del menor, Código Civil, y legislación autonómica), y resulta aplicable a toda clase de procedimientos en que deban adoptarse medidas que de modo directo hayan de afectarles. Por tanto, antes de adoptar una decisión relativa al régimen de custodia a que deba quedar sujeto ha de darse al niño o la niña la posibilidad de expresar su opinión. La opinión del niño o la niña no es vinculante, pero ha de ser tenida en cuenta en función de su contenido, edad y madurez.

Junto a estos criterios, es interesante apuntar algunas conclusiones que hemos podido obtener del estudio de sentencias que presentamos en esta publicación, y que pueden resultar de interés también en los casos de conflicto de custodia en situaciones de violencia:

- Los sistemas de preferencia legal en relación a la custodia dificultan el examen del caso concreto en detalle. En sentido tampoco las prohibiciones tajantes son adecuadas, siendo preferible el examen de cada caso.
- La edad de los hijos no está suficientemente valorada ni suficientemente presente en las sentencias. No se fundamentan las sentencias con arreglo al criterio de la edad evolutiva. La edad es importante también cuando hay episodios de violencia siendo preciso que el menor sea oído también cuando se adoptan medidas civiles en la orden de protección.
- Cuando hay más de un informe pericial se examinan éstos con mayor exhaustividad que cuando solo hay un informe. Para adoptar las medidas personales en los procesos de familia deberían tenerse en cuenta no solo los informes periciales que se acuerden en el ámbito del proceso civil sino también los realizados en el ámbito del proceso penal de violencia.
- Las resoluciones sobre custodia tienden a hacer valoraciones generales (vinculación, conflicto, interés del menor...) pero se echa de me-

- nos un examen más preciso del caso concreto relacionando variables que, en el caso de situaciones de violencia todavía exige mayor rigor.
- Pese a que las alegaciones de las partes son un elemento clave en las resoluciones sobre custodia, incluso cuando hay denuncias penales por maltrato, se aprecia que las sentencias apenas recogen en sus fundamentos el contenido de los interrogatorios de parte, su resultado y la valoración que de los mismos hace el tribunal.
 - No siempre que hay menores maduros hay exploración de los mismos y esta circunstancia resulta particularmente importante cuando hay un proceso de violencia abierto, ya que es preciso comprobar la afectación del hijo o la hija por las situaciones vividas, lo que exige que pueda ser escuchado/a.
 - Los deseos de los hijos y las hijas se acatan o se rechazan sin una fundamentación suficiente y sin relacionarlo en conjunto con el resto de las circunstancias que concurren. La opinión de los menores no es vinculante para el órgano judicial, pero sí debe tenerse en cuenta y deben exponerse de manera adecuada y comprensible las razones por las que el órgano judicial estima conveniente apartarse del criterio y la preferencia expresada por los menores.
 - Se fundamenta con mucha más precisión en las sentencias, la situación y características de los padres que las de los niños y las niñas. Hay muy pocas referencias a las características concretas de cada niño.
 - Se echa de menos una previsión de un trabajo conjunto de jueces, letrados y servicios sociales de apoyo como garantía del cumplimiento del interés prioritario del niño o la niña.

VIII.6. CRITERIOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE RELACIÓN CON LOS HIJOS (ESTANCIAS, VISITAS Y COMUNICACIÓN) DEL PADRE INVESTIGADO O CONDENADO POR VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

En relación a **los criterios para poder resolver adecuadamente sobre el régimen de estancias y comunicaciones del menor** con el progenitor inmerso en un procedimiento penal por violencia de género, hemos de comenzar por precisar que muchos de ellos son coincidentes con los ya expuestos para resolver sobre la custodia.

La primera cuestión a resolver es si procede suspender las visitas o mantenerlas y, en este último caso, si procede adoptar medidas de restricción y control de las mismas. Es también relevante el contenido de las medidas a establecer para el control, seguimiento y recuperación de los menores tal y como imponen los textos legales estudiados.

Cuando se trata de adoptar medidas cautelares, en el contexto de una orden de protección o de medidas del artículo 544 quinquies, o incluso cuando se van a adoptar medidas civiles al amparo del artículo 158 del Código Civil, han de ser tenidos en cuenta estos **criterios** para suspender o limitar las estancias visitas y comunicaciones:

- **La gravedad de los hechos denunciados y, muy particularmente, si en el caso concreto se aprecia que se ha utilizado a los menores como instrumento para ejercer el dominio y la violencia sobre la mujer.** La STS 598/2015 determina como criterio para suspender o restringir las visitas la existencia de un riesgo o perjuicio para los menores. La STS 680/2015 de 26 de noviembre, centra igualmente la restricción de las visitas en la **valoración de los factores de riesgo existentes.**
- **La presencia de los hijos en los hechos investigados y la existencia de una violencia estructural.** Estos datos se obtienen del contenido de las declaraciones de la denunciante y del investigado, así como de otros elementos de corroboración directa o periférica tales como la existencia de lesiones, otros partes de lesiones anteriores, intervenciones policiales previas, testigos del entorno tales como vecinos, profesores...
- **La vinculación del padre con los hijos** que revelen la declaración del mismo y de la madre y el propio menor.
- **El tipo penal concreto denunciado.** En este sentido resulta relevante destacar que, en los casos de delitos de acoso u hostigamiento (art 172 ter del CP) o en los de quebrantamiento de orden de protección (art 468 del CP) las medidas de suspensión, restricción y control de las visitas, estancias y comunicaciones resulta particularmente necesaria.
- **La opinión del menor**, en el sentido en que reiteradamente se ha venido exponiendo para la medida de custodia.
- **Contenido de las medidas adoptadas para la protección de la mujer.** Es importante que las comunicaciones del padre con los hijos respeten las órdenes de incomunicación impuestas en su caso a aquél

respecto de la madre. Las comunicaciones entre el padre y los/as hijos/as han de limitarse cuando sean utilizadas por aquél para ejercer cualquier tipo de violencia sobre la madre.

- **Informe emitido por expertos.** Si se ha adoptado una medida cautelar limitativa de las visitas y/o comunicaciones debería practicarse informe pericial en el proceso civil principal.

En todos aquellos casos en los que se introduzca cualquier tipo de restricción a las estancias y comunicaciones con los/as hijos/as por la apreciación de indicios de violencia es muy recomendable adoptar **medidas de control y seguimiento** post sentencia, que han de quedar muy bien concretados en la misma para posibilitar la ejecución.

Si se realiza una derivación a Puntos de Encuentro Familiar (PEF) ha de hacerse con suma concreción de las visitas fijadas. Se ha de indicar al PEF el riesgo existente, y, si se hubiera dictado orden de protección, el contenido específico de la misma y los metros de distancia a que se extiende, en su caso.

En los casos de derivación al Punto de Encuentro Familiar puede resultar útil interesar del mismo un primer **informe inmediato**, tras la realización de la primera visita. En muchas ocasiones, la reacción del niño/a en esa primera visita puede resultar esencial para poder valorar la posibilidad de adoptar otras medidas más limitativas, o al contrario, más flexibles. En todo caso, el seguimiento del caso a través de los informes de observación e incidencias es muy importante.

El Pacto de Estado contra la violencia de género establece la necesidad de promover la puesta en marcha de Puntos de Encuentro Familiar exclusivos y especializados para la atención a los casos de violencia de género y, en su defecto, elaborar y aplicar protocolos específicos. Consideramos que más eficaz que la creación de puntos de encuentro exclusivos para casos de violencia resulta el mantenimiento de un número suficiente y adecuado de Puntos de Encuentro Familiar, que pueda dar respuesta a todos los casos que requieran de su asistencia cualificada, vengan o no derivados de Juzgados de Violencia.

En todo caso se ha de garantizar que los Puntos de Encuentro Familiar existentes cuenten con la dotación de medios materiales y personales necesaria para el correcto desempeño de sus funciones. Del mismo modo es preciso que los profesionales que trabajan en los mismos cuenten con formación especializada en violencia sobre la mujer y perspectiva de género, y que trabajen siempre en estrecha coordinación con los Juzgados.

Por lo que se refiere a la coordinación de parentalidad, se han de tener en cuenta los siguientes factores:

- Habida cuenta de la prohibición legal de la mediación en nuestra legislación contra la violencia de género, no es posible este tipo de intervención cuando esté acreditada (tanto a nivel cautelar o indiciario, como por sentencia) la violencia sobre la mujer o sobre el propio menor. Tampoco cuando exista una patología psiquiátrica relevante en el investigado.
- Esta intervención puede ser adecuada (pero se ha de valorar caso por caso) cuando se ha pronunciado sentencia absolutoria o se ha sobreseído la causa penal, particularmente si se adoptaron medidas de supresión de las estancias y visitas, o cuando han estado vigentes medidas restrictivas de las relaciones paternofiliales y se han dejado sin efecto. En estos casos la coordinación de parentalidad puede reconducir el conflicto y ayudar en la mejora de la comunicación entre los padres y la recuperación de la relación con los hijos.
- Es una intervención sumamente útil en beneficio de la mujer en aquellos casos en los que los hijos (especialmente adolescentes) se han posicionado en el conflicto en favor del padre y presentan actitudes negativas respecto de la madre.
- Se ha de reservar esta intervención para la fase de ejecución de sentencias, cuando existen incumplimientos graves y reiterados a las decisiones judiciales, el nivel de conflictividad es muy elevado y/o se han roto los lazos de comunicación entre los progenitores, y no resultan adecuados (o han fracasado) otras medidas, como la intervención de los Punto de Encuentro Familiar.
- En cualquier caso, el profesional que intervenga en la coordinación, que actuará **siempre** por delegación del Juez, debe contar con preparación y experiencia profesional acreditadas en intervenciones en conflictos de familia, así como disponer de formación específica y suficiente en materia de violencia sobre la mujer, perspectiva de género y protección de menores.
- **La intervención tendrá siempre un carácter auxiliar y no podrá sustituir bajo ningún concepto al órgano judicial en la toma de decisiones.**

IX. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA:

IX.1. PROPUESTAS DE REFORMA LEGAL:

1. De naturaleza orgánica:

- Debe llevarse adelante con urgencia **la reforma orgánica que establezca la especialización en materia de familia** de los órganos judiciales, tanto de primera como de segunda instancia, con una adecuada delimitación de las materias de su competencia. Solo de esta manera será posible mejorar la gestión procesal de los conflictos familiares y las resoluciones que se dictan. Los principios que informan el derecho de familia no pueden ser cumplidos en las condiciones de trabajo actuales.
- La creación de la especialización en familia, dentro del orden jurisdiccional civil, deberá ir acompañada de una reforma adecuada de la planta judicial, de la creación de las secciones especializadas correspondientes dentro del Ministerio Fiscal, y la aprobación de un Código de Familia, que contenga toda la normativa específica en la materia, sustantiva y procesal, así como la relativa los equipos profesionales y técnicos auxiliares que colaboran o puedan colaborar con la adecuada gestión del conflicto familiar (equipos psicosociales, equipos de mediación, puntos de encuentro y centros de atención a la familia entre otros).
- Entre tanto no se lleva a cabo la creación legal de la jurisdicción especializada en familia, especialización *de facto* de alguno de los Juzgados de cada partido judicial, de manera que la tramitación de los

asuntos relativos al derecho de familia se efectúe siempre por Juzgados que hayan asumido esa especialización, al objeto de agilizar la tramitación y resolución de asuntos, mejorar la respuesta judicial, y evitar la dispersión de criterios interpretativos. Debemos recordar que, de los 5.412 jueces existentes en España (según el último escalafón judicial publicado en el BOE de 24 de abril de 2018), tan sólo 143 se encuentran dedicados exclusivamente a asuntos de familia (incluyendo los de incapacidades y tutelas), frente a 1.186 jueces de Juzgados de Primera Instancia y Mixtos que resuelven diariamente temas de familia. Ello significa que casi el 25 % de jueces que integran la carrera judicial se ocupan de asuntos de familia y tan sólo están «especializados» 143, alcanzando sólo estos últimos un volumen de asuntos, en el año 2019, de 194.299. Si añadimos los asuntos de familia tramitados por los Juzgados de Primera Instancia y Mixtos, el volumen total se aproxima a los 500.000 asuntos (sin contar con los procesos de ejecución), lo que constituye casi un 24 % del volumen total de asuntos civiles.

- La especialización en materia de familia deberá incluir formación obligatoria de todos los miembros de la Carrera Judicial que hayan de resolver procesos de familia sobre aquellos conceptos o nociones de naturaleza metajurídica (psicología, sociología, pedagogía, justicia terapéutica, etc...) que vayan a ser necesarios para la adecuada práctica, comprensión y valoración de las pruebas esenciales del proceso de familia (interrogatorio de partes, audiencia del menor e informes periciales psicológicos y/o sociales).
- Es imprescindible reforzar los Juzgados de Primera Instancia con competencia en materia de familia y los Juzgados de Familia al modo en que han venido reforzando los Juzgados de «cláusulas suelo». La jurisdicción de familia debe considerarse prioritaria y estratégica a efectos de la elaboración de planes de refuerzo tanto de Jueces y Magistrados como de Oficina Judicial a todos los niveles. Estos planes de refuerzo podrían incluir el trabajo de los Juzgados en su conjunto en jornada de tarde, pero partiendo de la base de que el trabajo a doble jornada debe extenderse a la totalidad del órgano judicial y se llevará a cabo por el personal implicado (Juez/Magistrado, LAJ y personal de la oficina judicial) de forma voluntaria y retribuida con arreglo a las

retribuciones fijadas para las sustituciones voluntarias de larga duración.

2. De naturaleza procesal:

- Debe establecerse por Ley la obligación de las partes en *cualquier* procedimiento de familia de aportar, tanto con los convenios reguladores de los procedimientos consensuales como con las demandas y contestaciones a la demanda de naturaleza contenciosa, un plan de parentalidad que proponga una regulación concreta de los elementos esenciales relativos al ejercicio de la responsabilidad parental y al sostenimiento de los/as hijos/as. Con ello se conseguirá que muchas de las cuestiones que posteriormente pueden plantearse en ejecución estén resueltas o haya criterios concretos para poder resolverlas.
- Es necesario incorporar a la Ley de Enjuiciamiento Civil normas concretas relativas a la ejecución de las sentencias dictadas en procesos de familia. En la actualidad el vacío legal existente en este ámbito ha venido siendo colmado por los órganos judiciales con mecanismos legales que no solo no se adaptan bien a las especificidades de los conflictos familiares, sino que en muchos casos resultan notoriamente inadecuados o incluso contraproducentes.
- Se considera igualmente necesario incorporar a la Ley de Enjuiciamiento Civil normas concretas que contemplen y regulen la derivación de las partes en conflicto a seguimientos y/o intervenciones post-sentencia que permitan que el conflicto familiar se canalice de una manera adecuada, evitando la reiteración de procesos de ejecución.
- Es imprescindible acortar los tiempos en la tramitación de los procedimientos de familia. A tal fin se consideran aconsejables las siguientes medidas de naturaleza normativa:
 1. Exigir como requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda que se acredite que las partes han acudido con carácter previo y de manera efectiva a sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) tales como negociación asistida, mediación, derecho colaborativo, facilitación, etc...
 2. Subsidiariamente a la anterior y en tanto en cuanto no se cuente con unos recursos suficientes y homogéneos de solución alternativa

de conflictos en todo el territorio nacional, fijar como requisito de admisibilidad de la demanda en toda clase de procedimientos declarativos o de la petición inicial en procesos de ejecución forzosa que la parte demandante/ejecutante acredite documentalmente que la pretensión deducida en su escrito inicial de alegaciones ha sido ya presentada de manera formal, completa y por escrito a la otra parte, y que, o bien ha obtenido una respuesta negativa, o bien no ha obtenido respuesta alguna una vez transcurrido un plazo de 5 días. Este requisito no será necesario cuando la otra parte se encuentre en paradero desconocido.

3. Exigir que junto con la demanda de separación, divorcio, nulidad, ruptura de pareja de hecho, o modificación de medidas y la contestación a la demanda se presenten los siguientes documentos básicos: 1) declaración jurada (con su correspondiente justificación documental) de patrimonio (activo y pasivo), ingresos regulares del trabajo y otras fuentes de ingreso; 2) plan de parentalidad si hubiera hijos/as menores de edad; 3) certificación de los gastos de los hijos/as menores de edad o mayores no emancipados. Limitar la extensión de los escritos procesales, mediante la introducción de un precepto en las leyes procesales que así lo disponga, análogo al que establece esta la limitación de los escritos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para la interposición del recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.
4. Permitir el dictado de sentencias orales en procedimientos de familia. El número 3 del artículo 210 de la LEC sanciona que «En ningún caso se dictarán oralmente sentencias en procesos civiles». Para hacer viable este nuevo sistema, sería necesario reformar los artículos 208, 209 y 210 LEC para suprimir dicha prohibición, estableciendo al mismo tiempo unos requisitos formales que garanticen (1) su dictado de forma inmediata; (2) su registro en soporte audiovisual, bien en el mismo acto en el que se dicta; (3) el contenido del pronunciamiento (motivación ordenada además de la precisión y constancia del fallo); y (4) supuestos en los que sería admisible esta forma de resolver.
5. Posibilitar acuerdos parciales: Establecer la posibilidad, para el caso de que las partes llegasen a acuerdos concretos sobre determinadas medidas pero no a un acuerdo global, de que puedan presentar con-

venios reguladores parciales, que se homologuen con arreglo a lo establecido en el art. 777 LEC, fijando con claridad en el suplico de la demanda contenciosa o en el acuerdo parcial alcanzado en el transcurso del proceso cuáles son los puntos litigiosos sobre los que subsiste la contienda que han de quedar resueltos por la vía contenciosa. Esto resulta particularmente útil cuando las partes están sustancialmente de acuerdo sobre el régimen de custodia, estancias y visitas de los hijos, pero no llegan a acuerdo acerca de los aspectos económicos de la separación o divorcio (o viceversa, que también puede ocurrir).

6. Establecer igualmente la posibilidad de que, en caso de que el objeto de debate en el procedimiento verse exclusivamente sobre asuntos económicos, el Juez de oficio pueda decidir no celebrar vista cuando considere que es posible resolver tales aspectos litigiosos con la prueba obrante en los autos.
7. Fijar en la LEC un plazo no superior a 5 días para la remisión de los autos al órgano encargado de conocer del recurso de apelación o casación, en su caso, desde el momento en que la tramitación del recurso haya finalizado.
8. Eliminar el requisito de la consignación de 50€ para formular recurso de apelación. La falta de cumplimiento de este formalismo procesal dentro del plazo legalmente establecido supone, en la práctica, retrasos muy significativos en el procedimiento.
9. Agilización de la tramitación procesal de las cuestiones de competencia en procedimientos de familia.

3. De naturaleza sustantiva:

- Debe introducirse en el Código Civil una regulación legal completa de los diferentes regímenes de custodia, incluyendo la custodia compartida, al modo en que se viene haciendo en las legislaciones autonómicas. La nueva regulación habrá de determinar los criterios a tener en cuenta para la determinación del régimen de custodia procedente en cada caso, conservándose, sin embargo, la discrecionalidad judicial a la hora de llevar a cabo esta determinación y la organización de los tiempos de estancia y comunicaciones de los progenitores con sus hijos. Los sistemas de preferencia legal sobre un determinado modelo

de custodia dificultan la valoración de las circunstancias específicas del caso concreto y conducen a soluciones que no siempre conjugan de manera adecuada los intereses en juego: el interés de los menores implicados, el interés de los progenitores y del grupo familiar, y el interés de la sociedad en su conjunto.

- Deben regularse de manera específica los supuestos de «relocación» o cambio de lugar de residencia del progenitor que tiene asignada la guarda (individual o compartida) de los/las hijos/as, fijándose los elementos de ponderación para resolver sobre estas peticiones de traslado y dotar de contenido el «*interés del menor*» en cada caso concreto. Hay que tener en cuenta que la valoración del interés del menor no puede limitarse a sus exclusivas circunstancias, sino a todas aquellas que tienen influencia en el desarrollo de su personalidad, incluido el bienestar de sus progenitores del que depende su propio bienestar.
- Es necesario modificar la redacción actual del artículo 92.7 CC, relativa a la medida de guarda compartida o individual en situaciones de violencia sobre la mujer, por resultar excesivamente rígida e imprecisa. Esta reforma deberá concretar qué se entiende por «indicios fundados de violencia de género o doméstica» haciendo referencia al menos a su valoración a través de las pruebas y alegaciones de las partes o al momento en que se encuentra el proceso penal. La mera existencia de una denuncia no debe ser razón suficiente para excluir la posibilidad de una custodia compartida. Estamos ante una disposición limitativa de derechos de relevancia constitucional (el derecho/deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos), y por tal motivo, debería evitarse una aplicación de la misma extensiva y/o automática. Se ha de exigir una valoración más concreta de cada caso, con una fundamentación precisa sobre los indicios apreciados y que llevan a la conclusión de la existencia o inexistencia de una situación de violencia, sobre la base de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, evitando automatismos que en muchos casos resultan contraproducentes tanto para los/as hijos/as como para la propia mujer.
- Debe mejorarse y completarse la regulación relativa al pago de los alimentos y gastos de toda índole de los/as hijos/as, de suerte que, conservándose un grado suficiente de discrecionalidad judicial, que permita la adecuada valoración de las circunstancias específicas de

cada caso, se dé una respuesta concreta, completa y razonablemente previsible sobre esta materia.

- Debe mejorarse y completarse también la regulación del destino que habrá de darse a la vivienda que constituía domicilio familiar tras la ruptura, dando una respuesta adecuada a esta cuestión para los diferentes modelos de custodia, y estableciendo los criterios legales a tener en cuenta a la hora de adoptar la decisión procedente en esta materia. También en este ámbito es importante incrementar la discrecionalidad judicial, de suerte que los órganos judiciales tengan la posibilidad de valorar adecuadamente las circunstancias específicas del grupo familiar, y se eviten los automatismos. En caso de atribución del uso de la vivienda a alguna de las partes, se estima conveniente establecer un criterio de temporalidad del uso, determinándose el plazo de atribución en función de las circunstancias particulares de cada caso.

IX.2. PROPUESTAS DE MEJORA RELATIVAS A LA PRÁCTICA FORENSE:

1. Propuestas relativas al procedimiento:

- Debe acometerse la gestión del conflicto familiar *desde el principio*. Desde la admisión misma de la demanda contenciosa debe llevarse a cabo un examen cuidadoso y detallado del caso con la perspectiva de proponer la mejor vía posible de solución y/o adoptar una solución cautelar *inmediata* en aquellos casos que así lo requieran por sus particulares características o circunstancias. En todo caso, es imprescindible acortar los tiempos, y dar una solución adecuada y razonada a todas las situaciones conflictivas que se planteen en un plazo razonable y adecuado, evitándose el agravamiento de situaciones que por sí solas presentan ya un grado de conflictividad relevante y/o la consolidación de situaciones de hecho que puedan llevar a una merma o lesión de los derechos e intereses legítimos de los menores o de las partes en conflicto.
- Debe respetarse estrictamente el carácter urgente y sumario de las medidas previas y provisionales en los procesos de familia. Debe exigirse el cumplimiento estricto de los plazos fijados por la LEC para la

tramitación y adopción de estas medidas, que bajo ningún concepto pueden retrasarse por una eventual vinculación a la vista principal.

- Debe recabarse y conocerse en todo caso la posición de los menores implicados. A tal fin, debe darse cumplimiento estricto a la exigencia legal de audiencia de los menores a partir de los 12 años de edad en todos los procesos contenciosos que les afecten. En edades próximas a los 12 años ha de exigirse un razonamiento específico en la resolución sobre los motivos por los que no se ha practicado dicha audiencia, lo que indudablemente se ha de centrar en la falta de madurez que el tribunal ha debido examinar en cualquiera de las maneras establecidas en la LO de protección del menor. En el caso de que se decida no dar audiencia dar al/los menor/es de 12 años implicado/s en un procedimiento contencioso, el/los mismo/s deberá/n ser escuchado/s al menos por los peritos llamados a emitir el informe psicosocial, salvo que resulte materialmente inviable la práctica de una y otra prueba por la edad de los menores o la concurrencia de otras circunstancias excepcionales que lo impidan.
- Del mismo modo, debe exigirse en las resoluciones un razonamiento específico y no estereotipado de los motivos por los que el/la juzgador/a se aparta de las preferencias o los deseos expresamente manifestados por los menores a quienes se ha dado audiencia. La voluntad de los menores, expresada con madurez, razonadamente y descartadas manipulaciones parentales, ha de ser un criterio muy relevante a ponderar, dada la posible resistencia del menor a aquella modalidad de guarda contraria a sus deseos y la dificultad de ejecutar «in natura» este tipo de decisiones judiciales.
- Al margen de la prueba concreta de audiencia del menor, se debe llevar a cabo, tanto en las resoluciones judiciales como en los convenios reguladores, un examen mucho más preciso y detallado de cada niño, sea cual sea su edad. Las resoluciones y los convenios deberían hacer referencia clara a la edad, la situación y las características concretas de cada menor, a cuáles son sus concretas necesidades y, si pudieran conocerse, sus preferencias o deseos. Son precisamente estas variables las que deberían constituir fundamento esencial de las medidas que se adoptan, ya en vía consensual, ya contenciosa, y resulta insólito que no aparezcan clara y detalladamente expuestas en el instrumento (convenio o sentencia) que fija tales medidas.

- Resulta conveniente articular de manera detallada las peticiones que se dirigen a los peritos encargados de elaborar el informe psicosocial, indicando cuáles son los aspectos concretos sobre los que ha de centrarse el informe solicitado. Con carácter general sería conveniente que se tuvieran en cuenta siempre la edad de los menores y la eventual dificultad de practicar la exploración judicial, la necesidad de conocer en mayor profundidad las relaciones familiares que excede de las posibilidades de la prueba que se puede practicar en el acto de la vista, la necesidad de conocer la aptitud de los progenitores para el ejercicio de la guarda y custodia, el entorno social, escolar y familiar, incluida la familia extensa en el que se desenvuelven los menores, las condiciones de las viviendas de los progenitores, posibles intervenciones previas de servicios sociales, entre otras.
- Es necesario superar la diferencia «de partida» en el valor que se asigna a los dictámenes periciales elaborados por los equipos adscritos a los órganos judiciales y el asignado a los dictámenes periciales de parte. Si se ha de dar preferencia a un dictamen sobre otro en la valoración de las pruebas, es preciso justificarlo adecuadamente, expresando las razones por las que el contenido de un informe se considera más acertado o relevante que el contenido de otro/s informe/s. Resulta inadmisibles la exclusión de los informes periciales de parte por «parciales» sin mayor explicación, examen o análisis del contenido concreto o de los motivos de la alegada «parcialidad».
- Convendría que, por parte del CGPJ en colaboración con la Fiscalía, se confeccionasen y publicasen unos formularios básicos en los que volcar los datos esenciales de cada caso, al objeto de que puedan visualizarse las discrepancias. Del mismo modo, sería conveniente la confección y publicación de cuestionarios detallados que recogieran los datos o elementos esenciales que el juzgador ha de verificar en las exploraciones judiciales de los menores y en la prueba de interrogatorio de las partes, criterios que habrán de estar orientados a conocer o confirmar aquellos datos que puedan resultar esenciales a fin de atender del mejor modo posible al interés de los menores implicados: desarrollo de la vida diaria de los menores con especial referencia a la relación padres-hijos y posibles nuevos miembros incorporados al grupo familiar; horario escolar; actividades extraescolares; ocio y entorno donde se desarrolla la vida social; distancia de los menores a

su centro escolar y al domicilio de cada uno de los padres; modo de afrontar diariamente dichas distancias (especialmente en las grandes ciudades); relación con las familias extensas de ambos progenitores; colaboración de éstas en sus cuidados; etc...

- Las ratificaciones de convenio regulador en procedimientos consensuales deben llevarse a cabo por el titular del Juzgado de manera rigurosa y completa, de suerte que se verifique adecuadamente que las cláusulas contenidas en él han sido aceptadas por ambas partes de manera libre, consciente y con plena asunción de su contenido. Este es el momento de valorar si la opinión del menor queda suficientemente reflejada a través de las manifestaciones de los progenitores.

2. Propuestas relativas a la resolución judicial:

- **Debe reforzarse la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales en los procesos de familia**, considerándose insuficientes a efectos de llenar tal exigencia, las motivaciones genéricas, que se limiten a la transcripción literal de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia, sin entrar a examinar de manera detallada y pormenorizada las circunstancias del grupo familiar en conflicto y la justificación concreta de las medidas que se adoptan en relación con tales circunstancias. Las sentencias dictadas en procesos contenciosos de familia deben contener una referencia detallada y suficiente a las circunstancias concretas de cada familia, especialmente las relativas a los menores afectados, y al modo en que dichas circunstancias contribuyen en uno u otro sentido a la adopción de cada una de las medidas de naturaleza personal y/o patrimonial que se recogen en su parte dispositiva.
- Deben deslindarse de manera clara y expresa la patria potestad, autoridad familiar o autoridad parental –entendida como núcleo fundamental de las decisiones relevantes relativas a la crianza y educación de los/as hijos/as menores de edad– de la guarda y custodia –entendida como convivencia directa con los/as hijos/as en determinados periodos de tiempo durante los cuales el progenitor custodio o guardador asume aquellos deberes y responsabilidades propios de la potestad que derivan de forma directa de la convivencia y comprenden las decisiones relativas a los aspectos cotidianos de la vida de un menor.

- Resulta deseable que tanto en las resoluciones judiciales como en los convenios reguladores y planes de coparentalidad se detallen cuáles son las decisiones que corresponden al ámbito de la potestad o autoridad parental, y la forma de solventar las discrepancias que surjan en su adopción (procedimiento del artículo 156 del CC y art. 236-13 CCC, sometimiento previo a mediación, nombramiento de un/a coordinador/a de parentalidad etc). Esa pormenorización de las facultades que integran la autoridad parental y su modo de ejercicio favorece la eliminación de muchas disputas sobre el modelo de custodia, al asegurar una corresponsabilidad parental satisfactoria para ambos progenitores con independencia del régimen de custodia que se establezca.
- Debe abandonarse la idea preconcebida (y errónea) de que en la custodia individual uno sólo de los progenitores (el custodio) tiene la responsabilidad de cuidado, atención, educación y crianza de los/as hijos/as. Sea cual sea el modelo de custodia que se acoja (y salvo supuestos excepcionales de privación de uno de los progenitores de la potestad familiar y/o del derecho a tener a los/as hijos/as en su compañía), la responsabilidad de cuidar, atender, educar y criar a los/as hijos/as continúa siendo de los dos progenitores, aunque obviamente cada progenitor ejercerá esta responsabilidad con mayor intensidad durante los periodos de tiempo que los menores se encuentren bajo su guarda. En tal sentido resulta incorrecto hablar de «visitas». Sea cual sea el régimen de custodia que se establezca, cada progenitor viene obligado a ejercer las facultades inherentes a la guarda de los/as hijos/as durante los periodos de tiempo que hayan de convivir con él o ella con plena responsabilidad.
 - Debe igualmente abandonarse la idea preconcebida (e inexacta) de que la característica esencial de la custodia compartida es la equiparación aritmética de los tiempos que los/as hijos/as han de convivir con cada uno de los progenitores. La idea fundamental que sustenta la custodia compartida es la de *coparentalidad*, esto es, plena equiparación de las responsabilidades asumidas por ambos progenitores en las tareas ordinarias de cuidado, atención, educación y crianza de los/as hijos/as, de suerte que ambos participen de manera equilibrada o equitativa en el desempeño de tales tareas y responsabilidades. Partiendo de esta idea fundamental, y siempre que se mantenga ese equilibrio en el desempeño de las tareas de cuidado, atención, educación y crianza,

es perfectamente posible el establecimiento de custodias compartidas que no se ajusten a un reparto aritméticamente igualitario de los tiempos de convivencia de los/as hijos/as con sus progenitores.

- Es muy importante que la resolución judicial regule de manera clara y detallada la organización de los tiempos que los menores han de pasar con cada uno de los progenitores, y que esta organización de tiempos se adecúe lo máximo posible a los horarios laborales y escolares, circunstancias familiares y personales concretas de los progenitores y de los/as hijos/as, evitando el recurso automático a fórmulas estereotipadas de estancia (régimen básico de fines de semana alternos en la custodia individual o alternancia semanal en la compartida).
- Es también importante que la resolución judicial regule de manera clara y detallada cómo habrán de satisfacerse los gastos de los/as hijos/as, tanto ordinarios como extraordinarios, cuáles de los gastos han de quedar incluidos en una y otra categoría, y el procedimiento para la aprobación de los gastos extraordinarios. En definitiva, es necesario dar una regulación cumplida y suficiente a esta cuestión de suerte que se genere el menor número de conflictos posible en fase de ejecución, o que los eventuales conflictos puedan encontrar respuesta en la misma resolución.
- A la hora de conceder una custodia compartida deberían valorarse de manera especialmente favorable la capacidad de los progenitores para comunicarse entre sí en aquellas cuestiones que afecten a los/as hijos/as, la residencia de los progenitores en la misma localidad o a una distancia no superior a media hora del colegio o lugar de estudio de los/as hijos/as, y *disponibilidad real* de los progenitores para asumir adecuadamente y con plena responsabilidad las tareas de atención y cuidado de los/as hijos/as *en el momento actual*.
- No debe descartarse la custodia compartida sin más por el solo hecho de que los/as hijos/as sean de corta edad, pero hay que ser muy cautelosos en su establecimiento y en la organización de tiempos que se fija. Por un lado, encontramos que un historial de contacto diario y cercano con cada progenitor crea fuertes lazos filioparentales. Es importante que ambos progenitores se responsabilicen del cuidado y crianza de los hijos/as desde el inicio de su desarrollo, con independencia del estado de su relación de pareja. Por otro lado, encontramos que en bebés menores de 3 años se están formando a nivel neuroló-

gico las estructuras que en el futuro van a posibilitar que la persona establezca vínculos y relaciones seguras y sanas. Este proceso requiere la presencia de un factor esencial en la vida del bebé: el cuidador principal. Es posible la existencia de dos cuidadores principales, pero siempre que los tiempos de separación del bebé de uno y otro resulten «soportables», y no se provoquen situaciones que puedan ser vividas por el bebé como abandono o desamparo, porque todavía no está establecida la memoria. Por ello, en caso de que se acuerde una custodia compartida para niños/as de corta edad, la misma debería fijarse (al menos durante los primeros años de vida) no en términos de reparto al 50% de los tiempos de estancia del bebé con cada progenitor (lo que podría resultar nocivo) sino en términos de equitativa participación de ambos en las tareas de cuidado y atención (coparentalidad) y en el establecimiento unos contactos muy amplios y frecuentes del bebé con el progenitor con quien no convive.

- Sea cual sea el régimen de custodia que se acoja, es, en general y sin perjuicio de lo que pudieran demandar las circunstancias particulares de cada familia, aconsejable que los contactos de los/as hijos/as con sus progenitores sean asimismo frecuentes, amplios y regulares, facilitando una relación estable, fluida y normalizada con ambos.
- Es importante determinar la motivación real de cada petición de un determinado régimen de custodia a fin de desestimar o excluir aquellas peticiones que se funden en motivos diversos de la que debería ser su finalidad esencial: asegurar la relación más amplia y gratificante posible de los menores con ambos progenitores, y garantizar que se establecen las mejores condiciones para su desarrollo y formación dentro de las posibilidades que ofrezcan las circunstancias particulares del grupo familiar. En particular, es importante excluir aquellas peticiones de un concreto régimen de custodia fundadas exclusiva o principalmente en los intereses económicos y financieros del progenitor que la deduce.
- Deben desterrarse por completo de la motivación de las sentencias las posiciones personales apriorísticas a favor o en contra de la custodia compartida. La guarda o custodia compartida es una institución jurídica recogida en nuestro ordenamiento por vía de legislación positiva o de reconocimiento jurisprudencial y, por tanto, su procedencia o no en cada supuesto debe determinarse mediante un razonamiento jurídi-

co que contemple una valoración de las circunstancias concretas que concurren.

- No puede fundamentarse un cambio en el régimen de custodia en el mal denominado «síndrome» de alienación parental, que carece de todo reconocimiento médico-científico. Se trata tan solo de una construcción teórica sin base científica reconocida, y cuya calificación como «síndrome», «trastorno» o «patología» no ha sido aceptada por la comunidad médica. Su inclusión en la última (también en las precedentes) clasificación de enfermedades mentales de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (DSM-V) no fue aceptada por las siguientes razones: falta de fundamento adecuado de la investigación y por tanto de evidencias científicas, sin fiabilidad de diagnóstico, naturaleza no científica de los criterios diagnósticos, e inadecuada frecuencia en su estimación. En análogos términos se han pronunciado la Asociación Médica Americana, la Asociación Americana de Psicología⁸ y la Asociación Española de Neuropsiquiatría⁹. El «síndrome» de alienación parental tampoco ha sido admitido por la Clasificación Internacional de Enfermedades elaborada por la OMS, que se limita a recoger entre los posibles factores de riesgo para el desarrollo de trastornos mentales la existencia de «disfunciones en la relación entre un/a niño/a y su cuidador/a» (ICD-11, QE52.0) pero no recoge ninguna referencia al mal denominado «síndrome» de alienación parental.
- Los problemas relacionales que puedan surgir entre los/as hijos/as y alguno de sus progenitores **han de ser estudiados y examinados de manera pormenorizada en cada caso, por profesionales debidamente cualificados al efecto**, que habrán de asistir al órgano judicial a la hora de determinar las causas reales de la disfunción y las eventuales soluciones que mejor se adapten a la protección de los intereses de los/as hijos/as.
- Se recomienda que se valore la posibilidad de una intervención profesional especializada con la familia y/o la adopción de medidas de seguimiento cuando existan un conflicto severo y/o un problema grave de comunicación entre los progenitores. Se encuentra establecido

⁸ American Psychological Association. Presidential Task Force on Violence and the Family.

⁹ Declaración en contra del uso clínico y legal del llamado Síndrome de Alienación Parental, 25 de marzo de 2010.

científicamente que el conflicto interparental, así como la violencia, pueden producir efectos altamente nocivos en la salud física y psicológica de los/as hijos/as, algunas de ellas de carácter irreversible. En estas situaciones, puede ser de gran ayuda la derivación de los progenitores a entidades y/o programas de intervención familiar especializados, y/o el establecimiento de medidas específicas de seguimiento del régimen de custodia acordado, con el fin de verificar su buen funcionamiento y adecuación al interés de los menores afectados.

- Cuando se valore la posibilidad de derivar al grupo familiar a un programa de intervención, coordinador de parentalidad o recurso equivalente es imprescindible partir siempre de la base de que **la tarea del recurso es la de servir como apoyo técnico del órgano judicial, no sustituirlo** en la decisión de los conflictos.
- Si finalmente se opta por la derivación, la sentencia debe dejar claramente especificados cuál es la situación de conflicto existente y que ha de gestionarse a través del programa o recurso, así como las atribuciones específicas que se asignan a dicho programa o recurso en relación con la familia, que, reiteramos, jamás podrán implicar la sustitución del Juez.
- En todo caso la derivación se hará siempre a favor de profesionales que cuenten con formación suficiente y experiencia acreditada en materia de solución pacífica de conflictos familiares, psicología evolutiva del menor y perspectiva de género.
- La derivación obligatoria a este tipo de recursos deberá hacerse a programas o recursos públicos, de carácter gratuito para las partes. La derivación a recursos de naturaleza privada, que hayan de ser abonados por las partes, deberá tener carácter voluntario.
- En todo caso el órgano judicial deberá mantener un seguimiento cercano y regular del modo en que se viene aplicando el recurso, de las incidencias y de los resultados que está produciendo.

3. Relativas a los convenios reguladores en rupturas de mutuo acuerdo:

- Es necesario que se excluyan de los convenios reguladores todos aquellos pactos privados de naturaleza patrimonial o de otro tipo, que no tengan que ver con la situación, atención y necesidades de los menores y, en general, con el correcto ejercicio de la parentalidad, sin

perjuicio de lo que se corresponda con la pensión compensatoria de alguno de los cónyuges o con la liquidación de gananciales practicada completamente. Las estipulaciones del convenio regulador en aquellos casos en los que existan menores o personas con capacidad modificada judicialmente, se han de acomodar rigurosamente a lo recogido en el artículo 90 del Código Civil, es decir, deberán contener las medidas que destallamos a continuación. siempre que fueran aplicables:

- a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
 - b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.
 - c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
 - d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
 - e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
 - f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.
- Otros pactos a los que lleguen las partes y que no tengan que ver con los anteriores puntos, tienen la consideración de acuerdos privados que han de ser ajenos al texto del convenio y habrán de formalizarse en documento aparte, sin perjuicio de que se protocolicen notarialmente. Esas estipulaciones no deberán formar parte del convenio regulador, ya que exceden del interés de los menores o discapacitados y pueden perjudicar la correcta ejecución en su momento de las medidas que sí les afectan.
 - Es imprescindible que, en los convenios reguladores de aquellas rupturas que se vayan a tramitar por el procedimiento de mutuo acuerdo, si se pacta la custodia compartida, los progenitores presenten un plan de parentalidad completo y detallado, sin que se deba admitir una simple referencia genérica al modelo de custodia elegido.
 - En el convenio regulador, para la custodia compartida, se ha de detallar la organización de los tiempos de estancia de los menores con

cada uno de sus progenitores, pudiendo pactarse los períodos de forma muy variada, dependiendo del interés de los menores y de las necesidades de los progenitores, sin que sea necesario que se establezca por mitad de manera estricta, ya que la custodia compartida permite distribuir las obligaciones parentales de la manera más conveniente para el bienestar del menor.

- La organización de tiempos deberá tener en cuenta los días festivos y puentes, a efectos de establecer expresamente el régimen a que deben sujetarse, evitando conflictos posteriores.
- Siempre que se pacte una custodia compartida debe procurarse mantener el un contacto regular, estable y fluido de los menores con los dos progenitores. En caso de acordarse alternancia semanal, resultan de gran utilidad a estos efectos las estancias intrasemanales con el progenitor no custodio, que habrán de articularse de manera que se genere la menor interferencia posible en las actividades académicas y/o extraescolares de los menores, y procurando que éstos tengan una estabilidad adecuada a su edad y circunstancias.
- Durante las vacaciones escolares se suspenderá el régimen de custodia compartida y los padres tendrán consigo a los menores en la forma que acuerden.
- Se ha de dejar detallado con precisión los días de entrega y recogida de los menores, con el horario correspondiente, si bien es deseable que siempre se actúe con flexibilidad. También se ha de concretar el lugar de recogida y entrega del menor, así como las personas autorizadas para hacerlo en caso de imposibilidad o imprevisto del progenitor correspondiente. Se ha de especificar el lugar de entrega y recogida para los días lectivos, festivos y no festivos, pero no lectivos.
- También se ha de especificar en el convenio que los padres durante el período que tengan consigo a las menores o a los menores facilitarán al otro progenitor la relación diaria con aquellos, ya sea telefónicamente, por internet, por correo electrónico, por videoconferencia, pero siempre respetando los horarios de estudios y de descanso. Es conveniente dejar fijada una banda horaria y que las comunicaciones no excedan de una media hora.
- Durante la estancia de los menores con cada progenitor, las cuestiones puramente cotidianas o rutinarias de aquellos como alimentación, higiene, vestido, transportes, participación en actos esporádicos de ca-

rácter escolar, festivo, social, serán decididas por el progenitor que los tenga consigo.

- Se recomienda dejar fijado en el convenio el comportamiento a tener para el caso de enfermedad del hijo de la hija menor de edad. Así, en caso de enfermedad leve, el hecho será comunicado al otro progenitor y, en el caso de que las circunstancias aconsejen acudir al pediatra, se solicitará certificado médico que se remitirá al otro progenitor. También es conveniente dejar regulado que los padres, ante circunstancias especiales de grave enfermedad, o intervención quirúrgica de los hijos menores, procurarán de mutuo acuerdo flexibilizar el horario previsto en el convenio regulador, e incluso llegar a acuerdos puntuales para sustituirse en el cuidado del menor enfermo, en determinadas horas del día y de la noche, todo ello a fin de que el hijo o hija indispuerto esté el mayor tiempo posible acompañado por el padre o por la madre. Asimismo, se deberá dejar constancia de que los progenitores, en caso de enfermedad de alguno de los menores, sea leve o grave, se prestarán mutuamente la mayor colaboración posible en cuanto a visitas al médico, o al hospital que le corresponda, todo ello en beneficio de aquellos.
- Para el caso de enfermedad, internamiento u hospitalización o desplazamiento geográfico prolongado de cualquiera de los progenitores durante más de dos turnos consecutivos, sea cual sea el período establecido y en tanto no se modifique legalmente el régimen de guarda y custodia, esta recaerá necesariamente en el otro progenitor.
- Es muy conveniente estipular que los progenitores tendrán en sus respectivos domicilios ropa, vestidos, calzado, etc. de los menores en cantidad suficiente para evitar lo más posible el constante traslado de maletas de una casa a otra, y la habitual pérdida de prendas en cada desplazamiento.
- Cuando los menores sean entregados por un progenitor al otro progenitor deberán ir siempre provistos de su documentación personal completa, en especial el DNI, pasaporte, cartilla sanitaria y cartilla de vacunación, todo lo que será devuelto cuando se sean reintegrados del uno al otro.
- Por lo que hace a las obligaciones económicas, se ha de tener en cuenta que, sin perjuicio de que cada progenitor asuma los gastos ordinarios que cada período que le corresponda estar con las hijas o los hijos,

es conveniente fijar una cantidad mensual a cargo de cada progenitor destinada a sufragar todos aquellos gastos que puedan surgir al margen de los estrictamente derivados de la convivencia diaria.

- Resulta útil estipular que la suma que se determine sea ingresada por cada uno de los progenitores, por meses anticipados y dentro de los primeros cinco días de cada mes, en una cuenta corriente abierta conjuntamente y mancomunada a estos solos efectos. Esas cantidades se actualizarán anualmente al alza, con efectos del día 1 de enero de cada año de acuerdo con las variaciones que experimente el Índice General de Precios al Consumo, que publica el Instituto Nacional de Estadística, o índice u organismo que lo sustituyere. La actualización se llevará a efecto de forma automática y sin necesidad de requerimiento. En dicha cuenta corriente se domiciliarán los recibos de colegio, guardería, comedor si los menores utilizaran este servicio, uniforme, excursiones escolares, autobús o ruta escolar, recibos de seguro médico privado, libros, cuadernos, material escolar, dado que por previsibilidad y periodicidad no son considerados estos gastos como extraordinarios de los menores, sin perjuicio de la obligación de cada progenitor de tener al corriente al otro de estos gastos de los/as hijos/as. Los progenitores, mientras tengan consigo a los menores, cada uno correrán con los gastos de manutención. El saldo positivo de esa cuenta conjunta, cuando exista, podrá ser aplicado al pago de los gastos que se produzcan, incluso extraordinarios.
- Asimismo, los respectivos progenitores correrán con los gastos de las viviendas que ocupen en cada momento, (alquiler, suministros etc.), sin perjuicio de lo que se acuerde respecto de los gastos de la vivienda conyugal ganancial, si la hubiere.
- Respecto de los gastos extraordinarios, regirán los pactos habituales, con la distribución proporcional que acuerden los progenitores.
- En cuanto al domicilio, en el caso de custodia compartida, se ha de procurar no establecer la fórmula llamada de «casa nido», es decir, que sean los/as hijos/as los que se queden en el domicilio y los progenitores los que entren y salgan. Con independencia de que ese método obliga a las partes a tener que disponer, al menos, de tres inmuebles, se ha comprobado que a medio o largo plazo es fuente de continuos conflictos que terminan en procedimientos de ejecución de sentencia. La solución que se ha revelado más estable y menos conflictiva a

largo plazo es que cada uno de los progenitores cuente con su propio domicilio, próximos el uno al otro y al centro académico al que acuden los menores. Si alguno de los progenitores tuviera dificultades económicas relevantes para poder acceder a un domicilio en la proximidad del centro de estudios de los menores, también puede hacerse una atribución a su favor del uso de la vivienda familiar, limitada en el tiempo, con el fin de conceder al progenitor con menos recursos un plazo para poder acceder a una vivienda digna en que poder vivir con sus hijos.

- Es muy conveniente que en el convenio regulador se incluya una cláusula de remisión a mediación para el caso de futuras modificaciones o para los supuestos de incumplimiento del convenio o de cumplimiento irregular de los pactos contemplados en el mismo.

IX.3. PROPUESTAS DE MEJORA RELATIVAS A LOS SERVICIOS AUXILIARES Y DE APOYO A LOS ÓRGANOS JUDICIALES:

- Es imprescindible formar a los titulares de órganos judiciales que conozcan de procesos de familia en aquellas disciplinas y materias de naturaleza no jurídica necesarias para una correcta práctica, comprensión y valoración de las pruebas más relevantes de los procesos de familia: el interrogatorio de partes, la audiencia del menor y los informes periciales psicológicos y sociales. La relevancia de los informes periciales para decidir conflictos de custodia exige un conocimiento más profundo de los mismos, de las pruebas técnicas que se realizan para llegar a las conclusiones, y de los motivos por los que se llega a unos determinados resultados. Se impone formación sobre la práctica de la exploración del menor y sobre la práctica y valoración de los interrogatorios de partes que en esta materia resultan esenciales.
- Es igualmente importante proporcionar a todos los operadores jurídicos formación en materia de justicia terapéutica y mecanismos de solución pacífica de conflictos interpersonales. Los conocimientos y habilidades adquiridas en estos campos pueden ayudar notablemente a reducir los efectos negativos de los procesos contenciosos de custodia sobre todos los miembros de la familia, de manera particular en las personas menores de edad, y favorecer su bienestar emocional durante la tramitación.

- En aquellos casos en que los informes psicosociales ordenados por el órgano judicial son elaborados por gabinetes psicosociales externos, insaculados judicialmente de las listas que proporcionan los Colegios Oficiales de Psicólogos del territorio correspondiente, resulta imprescindible verificar que los profesionales designados cuentan con la adecuada capacitación en psicología jurídica y forense, y con la acreditación correspondiente de la experiencia, y con formación suficiente en perspectiva de género y perspectiva de infancia. Esta misma regla debe aplicarse para la derivación del grupo familiar a programas de intervención, coordinadores de parentalidad o recursos equivalentes.
- En cualquier caso, se estima preferible que los órganos judiciales pudieran contar con equipos psicosociales forenses integrados en la estructura del propio órgano judicial y compuestos por servidores públicos, que hayan accedido a la plaza a través de las correspondientes pruebas de acceso a la función pública, pruebas que deberán asegurar la adecuada formación y capacitación en cuestiones de familia. A tal efecto, se estima *fundamental y urgente* que se dote a cada órgano judicial, o grupo reducido de órganos en función del número de procedimientos, de un número suficiente de equipos psicosociales adscritos, que permita la resolución de estos procedimientos en un tiempo razonable, así como una regulación rigurosa y homogénea relativa a su composición: acceso y capacitación profesional de los profesionales que los integran.
- En ocasiones puede resultar útil separar el informe psicológico relativo a la unidad familiar, del informe estrictamente social, dado que aportan elementos de juicio diferentes, y en función de las cuestiones que se plantean no siempre va a ser precisa la emisión de ambos. De este modo se optimizan los recursos y se aportan al proceso elementos de prueba más precisos y especializados, de gran valor a la hora de evaluar la mejor alternativa de custodia. Esto cobra aún más importancia si se tiene en cuenta la relevancia que estos informes tienen sobre la decisión relativa a la custodia, de acuerdo con los resultados estadísticos de este trabajo.
- Los Tribunales deberían contar con el apoyo de equipos multidisciplinares de mediación, intervención, apoyo u orientación familiar, incluidos coordinadores de parentalidad, con competencias para adoptar las medidas que resulten necesarias para hacer posible la comunicación

entre las partes, pacificar el conflicto, y facilitar el cumplimiento de las medidas adoptadas judicialmente, siempre bajo la supervisión de y en coordinación con la autoridad judicial competente. Dado el papel relevante que estos equipos estarían llamados a cumplir en la ejecución de las sentencias de familia, se considera imprescindible que su composición se regule de manera homogénea para todos los órganos judiciales, de suerte que se garanticen unas condiciones mínimas necesarias de acceso a los mismos y cualificación profesional de las personas que los integran.

- La ruptura de pareja de los progenitores se está considerando desde diferentes ámbitos, principalmente desde la pediatría, como una experiencia adversa en la infancia, que debe de ser prevenida y tratada. Se propone que se facilite a los progenitores incurso en procedimientos contenciosos una mínima información –mediante algún tipo de guía o folleto de comprensión sencilla– para poder llevar a cabo una coparentalidad responsable y positiva. Esta información debería de abordar, cuando menos: los derechos de los hijos/as en familias con progenitores separados, así como las responsabilidades de estos con sus hijos; las conductas prototípicas de los progenitores separados que resultan perjudiciales para sus hijos/as; las consecuencias del conflicto parental en las personas menores de edad; y las herramientas y procedimientos que las familias disponen para gestionar positivamente las controversias y los conflictos.
- Resulta imprescindible y urgente potenciar y mejorar la intervención de los Puntos de Encuentro Familiar. Para ello es preciso incrementar el número de puntos de encuentro y mejorar su dotación de recursos humanos y materiales. Los Puntos de Encuentro deberían poder realizar intervenciones con la familia que posibiliten que la superación del conflicto que haya generado la necesidad de su intervención en el menor tiempo posible.
- Podría resultar de gran interés potenciar las facultades tanto de los Letrados de la Administración de Justicia como de los miembros del Ministerio Fiscal para llevar a cabo labores de conciliación entre las partes en conflicto. Se estima más adecuado que sean estos profesionales quienes conduzcan los intentos de conciliación o avenencia en sede judicial, a que estas labores sean desarrolladas (como suele suceder en la práctica) por el propio Juez que ha de enjuiciar el caso

concreto, y que necesariamente habrá de verse contaminado por dicho proceso de conciliación para el caso de que no llegue a producirse finalmente una avenencia entre partes.

- Se estima imprescindible dotar de una regulación legal expresa a la figura de la coordinación de parentalidad, particularmente en aspectos tan importantes como la capacitación y formación exigibles a las personas que hayan de actuar como coordinadoras de parentalidad, las funciones que cabe asignar a esta figura, así como la coordinación con el órgano judicial derivante.

IX.4. RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS PARA SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO O VIOLENCIA SOBRE MENORES

1. Propuestas de reforma legal:

- El ámbito competencial de los actuales JVSLM debe ampliarse para incluir todos los supuestos de violencia de género. Esta ampliación, que implica necesariamente un real incremento de las plantillas judiciales, civiles y penales, es precisa por las siguientes razones:
 - Para cumplir con los compromisos internacionales suscritos por España.
 - Para incrementar la eficacia de la intervención de la Administración de Justicia en la prevención de la violencia.
 - Para mejorar la gestión de los procesos penales y las medidas civiles relativas a la mujer maltratada y a los hijos e hijas, víctimas también de la violencia.
- Son precisas una clarificación legal de los criterios de competencia a nivel estatal e internacional y una agilización en la tramitación de eventuales cuestiones de competencia. Para ello es necesario elaborar una norma eficaz que contemple órganos de decisión urgente en los Decanatos para los conflictos de competencia entre Juzgados del mismo partido judicial, y la introducción de criterios de eficacia y prioridad absoluta (incluso con introducción de mecanismos telemáticos) para los casos en los que el conflicto deba ser resuelto por la Audiencia Provincial, el Tribunal Superior de Justicia o incluso el Tribunal Supremo. Al igual que sucede en materia de sustracción internacio-

nal de menores, sería necesario que la resolución de los conflictos de competencia pudiera materializarse en un plazo no superior a quince días.

- De conformidad con el artículo 7 del Convenio de Estambul es necesario que se establezcan **medidas que garanticen una actuación coordinada y unitaria de todos los órganos jurisdiccionales que ejercen competencias en materia de violencia sobre de la mujer** en las diversas fases procesales del enjuiciamiento: Juzgados de VSLM, de Familia, de lo Penal y Audiencias Provinciales (en el ámbito penal y civil), Juzgados de ejecución de condenas y de vigilancia penitenciaria, así como de las unidades de la Fiscalía que son competentes en estos temas.
- Es necesaria y urgente la implantación de las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI) en todo el territorio nacional para que las medidas de la orden de protección, o las medidas provisionales civiles, puedan ser adoptadas de forma eficaz y adaptada a las circunstancias del caso concreto. La detección del riesgo de violencia por parte de las UVFI debería poderse realizar en todos los asuntos penales relacionados con la violencia de género y ya desde los servicios de guardia. La valoración del riesgo por estas unidades completa la ya realizada en el ámbito policial y ayuda a prever situaciones futuras de violencia y a precisar mucho más el riesgo existente.
- Los Juzgados de la jurisdicción civil con competencia en familia deben disponer también de mecanismos específicos y adecuados a fin de obtener una valoración de riesgo urgente, cuando se detecte una situación de posible violencia y no proceda la remisión del proceso al JVSLM. Se ha detectado que en muchos casos es en el procedimiento civil donde se pone de manifiesto la existencia de una situación de violencia subyacente que, o bien no ha sido denunciada ni ha dado lugar a una causa penal, o bien ha dado lugar a una causa penal que ha sido archivada, ha terminado por sentencia absolutoria o por extinción de la pena impuesta. Esta casuística pone de manifiesto la necesidad de que también en el proceso civil se evalúe la existencia de riesgo cuando los indicadores alerten sobre tal circunstancia, especialmente para los hijos e hijas menores. Sin que ello menoscabe el que en el proceso principal se realice una nueva y profunda valoración de las circunstancias existentes. Las UVFI serán también las encargadas de

realizar esta valoración para los Juzgados de familia, tanto de carácter provisional y al inicio del procedimiento al detectarse situación sugere de violencia como, como en el informe posterior.

- Cuando se detecte una alta conflictividad entre las partes, o en las relaciones entre los progenitores con los hijos e hijas menores, los informes de valoración forense integral emitidos por las UFVI, o, en su caso, los informes de valoración urgente del riesgo emitidos por el médico forense de guardia, deben incorporarse a los expedientes para la adopción de las primeras medidas, tanto en las actuaciones penales (para la adopción de las medidas de la orden de protección), como en las actuaciones civiles (para la adopción de las medidas previas y provisionales). En estas valoraciones debe incluirse una evaluación específica de la situación de cada uno de los hijos e hijas individualmente considerados.
- Convendría contar con una normativa específica que regule la eventual derivación de la familia a programas de intervención familiar, coordinación de parentalidad o recursos equivalentes en situaciones de alta conflictividad que no hayan podido ser resueltas por otras vías. La regulación legal de estos recursos, de las condiciones para la derivación a los mismos, de la formación y experiencia que deben reunir las personas que los desempeñan, y de las pautas que han de regir su funcionamiento y supervisión, podría contribuir muy favorablemente a la prevención de situaciones de violencia. Esta regulación debería estar incluida en la LEC, dentro de la regulación relativa a ejecución de las medidas personales en procesos de familia.

2. Propuestas de mejora relativas a la práctica forense:

- Es urgente mejorar el sistema informático de acceso e intercambio de información entre órganos judiciales en relación con las causas de violencia existentes, que también debería estar conectado a los Juzgados civiles de familia (y Audiencias civiles), y servicios periciales, valorando el posible establecimiento de un identificador único para cada unidad familiar, en todo el país. Se trataría de arbitrar un sistema similar al de las «historias clínicas» médicas, regulando en lo necesario el acceso a tales datos para garantizar la protección de los datos consignados en las mismas.

- Debe proporcionarse formación especializada inicial y continua a los miembros de la Carrera Judicial y Fiscal, LLAJJ, cuerpos de gestión procesal, equipos psicosociales y abogados/as (esencialmente en el turno de oficio) en materia de violencia sobre la mujer y violencia sobre los menores, y a las personas mayores en situación de vulnerabilidad. Se precisan programas eficaces y actualizados de formación de los operadores jurídicos, tanto en el ámbito penal como civil, en materia de igualdad, perspectiva de género y derecho antidiscriminatorio, por una parte, y en psicología evolutiva del menor y de la familia, por otro, con especial énfasis en los mecanismos de protección de las personas menores y especialmente vulnerables: mujeres migrantes, víctimas de la trata y explotación sexual, personas con discapacidad o afectados por las carencias materiales básicas, secuelas de la crisis económica.
- Resulta absolutamente imprescindible que en la formación de autos del procedimiento de familia, con carácter automático, exista constancia de la marcha de las causas penales que por violencia de género se vengán tramitando o se hayan tramitado. En principio nada obsta a que por el/la Letrado de la Administración de Justicia se una dicha información con carácter previo al Decreto de admisión a trámite de la demanda, puesto que la certeza de la existencia de causa penal y del estado de la misma, determinarán como primera cuestión la competencia del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer para conocer de la demanda de familia. Asimismo, a lo largo de la tramitación del procedimiento civil de familia, y en todo caso antes del juicio, deberán unirse la consulta actualizada del Registro Central de Violencia doméstica y de Género y del Registro Central de Penados. Si existiera condena por violencia de género, sería también preciso que se incorporase al expediente testimonio de la sentencia penal con indicación de su firmeza o no, y, en su caso, la liquidación de la/s condena/s de la/s pena/s principal/es y accesorias. En caso de que todavía no exista sentencia penal, debería certificarse el estado de la causa, y si constan vigentes medidas cautelares penales, y en su caso civiles, derivado de aquélla.
- Para la adopción de las medidas civiles en la Orden de Protección, se ha de interrogar a las partes no sólo acerca de los hechos con relevancia penal, sino también sobre todos los elementos necesarios para

resolver sobre las medidas de naturaleza civil, en particular las concernientes a custodia, régimen de visitas y pensión de alimentos para los hijos y las hijas menores.

- Ha de practicarse la audiencia de los hijos e hijas antes de resolver sobre las medidas civiles de la orden de protección que les afecten siempre a partir de los 12 años de edad, y también por debajo de dicha edad si consta que tienen suficiente madurez. La opinión de los y las menores no es vinculante pero sí debe tenerse en cuenta para la adopción de las medidas civiles de la orden de protección. Dado que la adopción de las medidas civiles se ha de realizar en el contexto de la guardia consideramos una buena práctica el que en la misma resolución acordando la orden de protección se cite a los menores para el día siguiente a efectos de ser oídos. Si tras la audiencia es necesario modificar las medidas ya adoptadas se dictará nuevo auto.
- Es necesario cuidar especialmente el tratamiento que se da a los menores en sede judicial y en los procesos de violencia en los que deben intervenir como testigos, bien por haber presenciado hechos o por haberlos sufrido directamente. En este sentido ha de fomentarse y articularse adecuadamente la preconstitución de la prueba testifical. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incide en las garantías que deben rodear la exploración del niño, con el fin de poderla hacer valer en la posterior fase de juicio oral. La STEDH de 28 de septiembre de 2010, asunto AS contra Finlandia, incide en el modo de practicarse la prueba de exploración del menor para conjugar adecuadamente los derechos del niño con el derecho de defensa del acusado. En esta materia debe destacarse igualmente la reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sentencia 579/2019, de 26 de noviembre (ECLI: ES:TS:2019:3857), en la que se analiza pormenorizadamente toda la doctrina elaborada por esta Sala en relación con la preconstitución probatoria de la declaración de personas menores de edad, requisitos para su práctica, incorporación al plenario y validez como prueba de cargo. Ha de cumplirse con la previsión establecida respecto a los Colegios de Abogados para la designación urgente de profesionales que asistan de forma inmediata a los niños, niñas y adolescentes. Se impone también a las administraciones públicas el establecimiento de mecanismos adaptados y accesibles para que los niños puedan comunicar situaciones de violencia que sufran o hayan presenciado.

- Los informes de Valoración Forense Integral, en caso de haberse emitido en el procedimiento penal de violencia de género, deben incorporarse al procedimiento de familia porque son informes periciales muy completos, emitidos por médico/a forense, psicólogo/a y trabajador/a social (Unidad de Valoración Forense Integral) y proporcionan elementos de juicio muy relevantes del núcleo familiar.
- Cuando se fijen visitas en favor del padre y se haya dictado orden de protección con salida de éste del domicilio familiar debemos cerciorarnos de que el padre va a poder disponer de una vivienda adecuada dónde tener consigo a los menores a la hora de acordar visitas en su favor y su extensión (principalmente para la pernocta). Habrá de determinarse el lugar de recogida y reintegro de los menores (normalmente el Punto de Encuentro Familiar) o qué personas pueden encargarse de ello.
- A efectos de determinar el importe de la pensión alimenticia a favor de los menores en sede de orden de protección, es preciso preguntar a los progenitores a cuánto ascienden aproximadamente los gastos de éstos, si la víctima y el investigado trabajan, cuáles son sus ingresos anuales en cómputo total, sean ingresos declarados o no, el régimen de propiedad o alquiler de la vivienda familiar y deudas que pesen sobre el grupo familiar.
- En cuanto al uso de la vivienda familiar se ha de informar a la víctima de que la huida del domicilio familiar a una casa de acogida no implica en modo alguno renuncia al uso del domicilio como progenitora custodia.
- Es conveniente hacer constar claramente en el auto que resuelva sobre la Orden de Protección que frente a las medidas civiles de la orden de protección no cabe recurso alguno (por analogía con las medidas provisionales del procedimiento de familia).

3. Propuestas de mejora relativas a los servicios auxiliares y de apoyo a los órganos judiciales:

- Es necesario reclamar de los poderes públicos competentes un incremento significativo de las plantillas de los profesionales de la Administración de Justicia que trabajan en este ámbito. La eficacia en la lucha contra la violencia de género desde los Tribunales únicamente

- puede garantizarse: a) con la especialización de los operadores jurídicos que intervienen en los diferentes órganos jurisdiccionales (judicatura, LLAJJ, fiscalía, personal tramitador y de gestión; b) con las plantillas suficientes de equipos psicosociales (psicólogos, forenses, trabajadores sociales) y equipos de atención a la víctima; c) con los medios materiales suficientes; d) con instrumentos auxiliares para el enjuiciamiento, la ejecución de las sentencias, el apoyo a las familias víctimas de la violencia y, singularmente, la adecuada protección de las mujeres, niños y niñas post sentencia con el incremento de los Punto de Encuentro Familiar y la inserción, en los casos que proceda, de la coordinación de parentalidad directamente vinculada a los Juzgados y Tribunales.
- En relación con la anterior recomendación, sería conveniente valorar la introducción de una adecuada regulación de la coordinación de parentalidad post sentencia. Esta regulación deberá extenderse a la capacitación y formación exigibles a las personas que hayan de ejercer estas funciones, que comprenderá siempre formación en perspectiva de género, las atribuciones concretas que podrán conferirse a los/las coordinadores/as de parentalidad por el órgano judicial, así como los criterios a tener en cuenta para realizar en cada caso concreto las derivaciones, y la supervisión de su actuación por parte del órgano judicial.
 - En cumplimiento de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito y del Pacto de Estado contra la violencia de género, resulta necesaria la derivación de los menores víctimas de violencia de género, a través de las Oficinas de Atención a la Víctima, a recursos especializados: unidades o profesionales especializados dentro de los servicios asistenciales del Sistema Público de Salud, para garantizar la asistencia y recuperación integral de dichos menores.
 - Es preciso crear un espacio de diálogo, entre el Ministerio de Justicia, las CCAA con competencias en materia de justicia y, en su caso, el CGPJ, a fin de desarrollar el art. 479. 3 de la LOPJ, y adaptar y establecer protocolos comunes en todo el territorio, a fin de clarificar y unificar la configuración y metodología de los equipos psicosociales, y las UFVI, para dotar, establecer y organizar su servicio, de forma común, de manera que se impida la revictimización, con reiteración innecesaria de exploraciones a los miembros de la unidad familiar,

y permita contar con informes urgentes, pluridisciplinarios, durante el servicio de guardia, que puedan servir para auxiliar a los órganos judiciales en su decisión sobre la eventual adopción de medidas de protección de índole penal y/o civiles.

- Es preciso que se aborde el desarrollo de programas de formación a adultos y menores en habilidades de negociación y resolución de conflictos intrafamiliares así como el impulso de medidas tendentes a apoyar los aspectos cualitativos de la parentalidad positiva y a prestar atención a la protección del interés del menor en los casos de ruptura de la convivencia de sus progenitores o de uno de ellos en los casos de ruptura de familias reconstituidas. En esta línea se pronuncia el Anteproyecto de Ley de protección de la infancia y adolescencia con el objetivo de prevenir futuras situaciones de violencia.

ANEXO I: MARCO LEGAL

I. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL BÁSICA:

– **Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado español el 30 de noviembre de 1990 (CDN):**

Artículo 3.1: *«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.»*

Artículo 9:

«1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto di-

recto con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño».

Artículo 10: *«2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención».*

Artículo 11: *«1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.»*

Artículo 12: *«1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.»

Artículo 18: *«1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.»*

Artículo 19: *«1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al*

niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.»

Artículo 27: «1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.»

– Observación General nº 12 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, sobre el derecho del niño a ser escuchado, artículo 12 CDN (2009).

Parágrafo 15: «El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en

cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente.»

Parágrafo 19: *«El párrafo 1 del artículo 12 dispone que los Estados partes «garantizarán» el derecho del niño de expresar su opinión libremente. «Garantizarán» es un término jurídico de especial firmeza, que no deja margen a la discreción de los Estados partes. Por consiguiente, los Estados partes tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños. Esa obligación se compone de dos elementos destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones.»*

Parágrafo 20: *«El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.»*

Parágrafo 25: *«La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño.»*

Parágrafo 28: *«Es necesario tener «debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño». Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio.»*

Parágrafo 29: *«Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.»*

Parágrafo 34: *«No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.»*

Obligaciones concretas de los Estados respecto de los procedimientos judiciales de separación y divorcio:

Parágrafo 52: *«toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación. Algunas jurisdicciones, por motivos de política o de legislación, prefieren indicar una edad en que el niño es considerado capaz de expresar sus propias opiniones. Sin embargo, la Convención prevé que este asunto se determine caso por caso, ya que se refiere a la edad y la madurez, por lo que exige una evaluación individualizada de la capacidad del niño.»*

– Observación general n° 14 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, artículo 3.1 CDN (2013).

Parágrafo 10: *«La presente observación general tiene por objeto garantizar que los Estados partes en la Convención den efectos al interés superior*

del niño y lo respeten. Define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas, así como en otras medidas que afecten a niños con carácter individual, y en todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias, y directrices (es decir, todas las medidas de aplicación) relativas a los niños en general o a un determinado grupo. El Comité confía en que esta observación general guíe las decisiones de todos los que se ocupan de los niños, en especial los padres y los cuidadores.»

Parágrafo 12: *«(...) El propósito general es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos. En concreto, ello repercute en los siguientes aspectos: (...) b) Las decisiones individuales tomadas por autoridades judiciales o administrativas o por entidades públicas a través de sus agentes que afectan a uno o varios niños en concreto.»*

Parágrafo 14: *«El artículo 3, párrafo 1 (CDN) establece un marco con tres tipos diferentes de obligaciones para los Estados partes, a saber: (...) b) La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.»*

Parágrafo 39: *«El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres). Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima priori-*

dad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño.»

Parágrafo 43: *«La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan.»*

Parágrafo 48: *«La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.»*

Elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño (parágrafos 52 a 76): a) la opinión del niño (53 y 54); b) la identidad del niño (55 a 57); c) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones (58 a 70); d) cuidado, protección y seguridad del niño (71 a 74); e) situación de vulnerabilidad (75 y 76); f) el derecho del niño a la salud (77 y 78); y g) el derecho del niño a la educación (79).

Parágrafo 67: *«El Comité considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso.»*

Parágrafo 93: *«Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman*

mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión. Todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo (art. 25).»

Parágrafo 94: «Los niños constituyen un grupo heterogéneo, y cada cual tiene sus propias características y necesidades que solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente. Por ese motivo, el proceso de evaluación oficial debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro por profesionales capacitados, entre otras cosas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva. En la medida de lo posible, en la evaluación del interés superior del niño debería participar un equipo multidisciplinario de profesionales.»

– Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 y ratificado por España el 28 de mayo de 2010.

En relación con el objeto y ámbito de aplicación del convenio, el artículo 1 dispone que

«1. El presente Convenio tiene por objeto: a) determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño; b) determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia; c) determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental; d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes; e) establecer

entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio.

2. A los fines del Convenio, la expresión «responsabilidad parental» comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño.»

El artículo 3 concreta cuáles son las medidas que quedan dentro del ámbito del Convenio y el artículo 4 enumera, por su parte, los supuestos expresamente excluidos de él.

En materia de competencia internacional, el artículo 5 establece como principio general que:

«1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.»

El artículo 7 se refiere, por su parte, a los supuestos de desplazamiento o retención ilícitos del niño, considerando como tales aquéllos que se llevan a cabo:

«a) cuando se haya producido con infracción de un derecho de guarda, atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención; y

b) este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del desplazamiento o de la retención, o lo hubiera sido si no se hubieran producido tales acontecimientos.»

Los artículos 8 y siguientes regulan excepciones a la regla general en materia de competencia internacional fijada por el artículo 5.

En materia de Ley aplicable, el artículo 16 establece como regla general que:

«1. La atribución o la extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa, se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño.

2. La atribución o la extinción de la responsabilidad parental en virtud de un acuerdo o de un acto unilateral, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa, se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño en el momento en que deviene eficaz el acuerdo o el acto unilateral.

3. La responsabilidad parental existente según la ley del Estado de la residencia habitual del niño subsiste después del cambio de esta residencia habitual a otro Estado.

4. En caso de cambio de la residencia habitual del niño, la atribución de pleno derecho de la responsabilidad parental a una persona que no estuviera ya investida de tal responsabilidad se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual.»

El artículo 17 añade que:

«El ejercicio de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño. En caso de cambio de la residencia habitual del niño, se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual.»

Los artículos 23 y siguientes establecen normas específicas relativas al reconocimiento y ejecución de resoluciones, partiendo de la siguiente regla general en materia de reconocimiento (artículo 23):

«1. Las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante se reconocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes.

2. No obstante, el reconocimiento podrá denegarse:

a) si la medida se ha adoptado por una autoridad cuya competencia no estuviera fundada en uno de los criterios previstos en el Capítulo II;

b) si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido;

c) a petición de toda persona que sostenga que la medida atenta contra su responsabilidad parental, si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado sin que dicha persona haya tenido la posibilidad de ser oída;

d) si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño;

e) si la medida es incompatible con una medida adoptada posteriormente en el Estado no contratante de la residencia habitual del niño, cuando esta última medida reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido;

f) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 33.»

Y la siguiente regla general en materia de ejecución (artículo 28):

«Las medidas adoptadas en un Estado contratante, declaradas ejecutorias o registradas a los fines de ejecución en otro Estado contratante, se ejecutarán como si hubiesen sido tomadas por las autoridades de este otro Estado. La ejecución se realizará conforme a la ley del Estado requerido en la medida prevista por dicha ley, teniendo en cuenta el interés superior del niño.»

Los artículos 29 a 39 contienen reglas específicas en materia de cooperación internacional en el ámbito del convenio.

– Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 y ratificado por España el 28 de mayo de 1987.

Artículo 1. *«La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante; b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes.»*

Artículo 2. *«Los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.»*

Artículo 3. *«El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución*

o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.»

Artículo 4. *«El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años.»*

Artículo 5. *«A los efectos del presente Convenio: a) El «derecho de custodia» comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) El «derecho de visita» comprenderá el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.»*

– Convenio nº 38 de La Haya sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, de 23 de noviembre de 2007¹⁰

De acuerdo con su artículo 1 el Convenio tiene por objeto *«garantizar la eficacia del cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, en particular:*

- a) estableciendo un sistema completo de cooperación entre las autoridades de los Estados contratantes;*
- b) permitiendo la presentación de solicitudes para la obtención de decisiones en materia de alimentos;*
- c) garantizando el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de alimentos; y*
- d) exigiendo medidas efectivas para la rápida ejecución de las decisiones en materia de alimentos.»*

¹⁰ <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=131>

Y se aplicará, de acuerdo con su artículo 2:

- «a) a las obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 21 años derivadas de una relación paterno-filial;
- b) al reconocimiento y ejecución o ejecución de una decisión sobre obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges cuando la solicitud se presente conjuntamente con una demanda comprendida en el ámbito de aplicación del subapartado a); y
- c) a las obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges, con excepción de los Capítulos II y III.»

– **Protocolo nº 39 de La Haya sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias**¹¹

Establece como regla general que *«Las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que este Protocolo disponga otra cosa»* y que *»en caso de cambio de la residencia habitual del acreedor, se aplicará la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio»* (artículo 3).

En sus artículos siguientes establece un catálogo de excepciones a esta regla general, entre las que se encuentran las obligaciones alimenticias de los padres a favor de sus hijos, a las que podrá aplicar la ley del foro si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la Ley indicada en el artículo 3 o si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del Estado de residencia habitual del deudor. Si el acreedor de los alimentos no pudiera obtenerlos ni en virtud de la Ley del Estado de su residencia habitual ni en virtud de la Ley del foro, podrá también aplicarse la Ley de la nacionalidad común de acreedor y deudor.

También se permite que, en determinados supuestos y bajo ciertas limitaciones, el acreedor y el deudor de común acuerdo designen expresamente la Ley aplicable a una obligación alimenticia (artículos 7 y 8).

Con carácter general el Protocolo establece que *«Aunque la ley aplicable disponga algo distinto, para determinar la cuantía de los alimentos se tomarán en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor;*

¹¹ Instrumento de adhesión de la UE, DOUE 331 de 16 de diciembre de 2009
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2009-82439>

así como cualquier compensación concedida al acreedor en lugar de un pago periódico de alimentos» (artículo 14).

– Reglamento CE 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos:

Dedica su capítulo II a las reglas de competencia para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros, su capítulo III a la determinación de la Ley aplicable, que se fija por remisión al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, su capítulo IV al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de alimentos, el capítulo V a normas relacionadas con el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el capítulo VI a transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva y el capítulo VII a la cooperación administrativa entre Autoridades Centrales.

– Reglamento 2019/1111/UE, de 25 de junio, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como sobre sustracción internacional de menores:

Este Reglamento, que entrará plenamente en vigor el 21 de agosto de 2022, viene a sustituir al Reglamento 2201/2003, que continúa siendo de aplicación a las resoluciones dictadas en procedimientos ya incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos que hayan adquirido fuerza ejecutiva en el Estado miembro en que hayan sido celebrados antes del 1 de agosto de 2022.

Aplicable a las materias civiles relativas al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial. También a las cuestiones civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, lo que podrá incluir, en particular: el derecho de custodia y el derecho de visita; la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes de un menor, de representarlo o de prestarle asistencia; el acogimiento de un menor en un establecimiento o un hogar de acogida, y las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de un menor.

El Reglamento contiene las normas aplicables dentro del marco de la Unión Europea en materia de competencia judicial internacional en asuntos relativos al divorcio, separación legal, nulidad matrimonial, ruptura de la pareja de hecho y ejercicio de la responsabilidad parental. Incluye, además, disposiciones complementarias a las del Convenio de La Haya de 1980 en materia de sustracción internacional de menores, regulando el procedimiento de restitución del menor, la ejecución de resoluciones que ordenan dicha restitución y el procedimiento subsiguiente a la denegación de restitución. También contiene normas relativas al reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas en un estado miembro en materia matrimonial o de ejercicio de la responsabilidad parental, con especial atención a determinadas resoluciones «*privilegiadas*» (aquéllas que conceden derechos de visita y aquéllas que resuelven sobre el fondo del derecho de custodia y que impliquen una restitución del menor), así como normas relativas a cooperación judicial internacional en las materias propias de su ámbito de aplicación, y en particular en materia de responsabilidad parental (artículo 76 y siguientes).

II. LEGISLACIÓN NACIONAL:

1) Código Civil:

Artículo 90:

1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

- a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.*
- b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.*
- c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.*
- d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.*
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.*
- f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.*

2. *Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.*

Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede.

Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio.

3. *Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.*

4. *El Juez o las partes podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio».*

Artículo 91

«En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.»

Artículo 92

«1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

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

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe «favorable» del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. 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 debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.»

La redacción actual del artículo 92 fue dada por el apartado ocho del artículo primero de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que introduce por vez primera en nuestro ordenamiento estatal la custodia compartida, justificándolo así en su Exposición de Motivos:

«En el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole. Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse.

Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés.

Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.»

El inciso «favorable» que inicialmente se recogía en el apartado 8º del precepto en referencia al informe del Ministerio Fiscal ha sido declarado inconstitucional y nulo por Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 17 de octubre de 2012.

Artículo 93

«El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.»

Téngase en cuenta que la disposición adicional única de la Ley 15/2005, de 8 de julio, establece que el Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos. El Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, viene a dar cumplimiento a dicha exigencia, regulando la organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos (BOE de 14 de diciembre de 2007).

Artículo 94

«El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

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

Artículo 95

«La sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto.

Si la sentencia de nulidad declarara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.»

Artículo 96

En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

Artículo 97

«El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
- 2.ª La edad y el estado de salud.*
- 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
- 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.*
- 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
- 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
- 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
- 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.*

En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago,

las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad.»

Artículo 98

«El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97.»

Artículo 99

«En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.»

Artículo 100

«Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen.

La pensión y las bases de actualización fijadas en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o Notario podrán modificarse mediante nuevo convenio, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.»

Artículo 101

«El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.»

Artículo 102

«Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:

1.º Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2.º Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil.»

Artículo 103

Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*

2.ª Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

3.ª Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las «litis expensas», establecer las bases para la actuali-

zación de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro.

Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.

4.ª Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.

5.ª Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.»

Artículo 104

«El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores.

Estos efectos y medidas sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente».

Artículo 105

«No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que refieren los artículos anteriores.»

Artículo 106

«Los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo.

La revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva.»

Artículo 107

«1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.

2. La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado.

Artículo 154

«Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

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

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

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

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

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

Artículo 156

«La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos.

Párrafo segundo del artículo 156 introducido en su actual redacción, por la disposición final segunda del R.D.-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.»

Artículo 158

El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

- 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.*
- 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.*
- 3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:*
 - a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*
 - b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*
 - c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*

- 4.º *La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.*
- 5.º *La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.*
- 6.º *En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.*

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.

Artículo 159

«Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.»

Artículo 160

«1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro

penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4.

2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.»

Artículo 170

«El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.»

2. Ley de Enjuiciamiento Civil:

– Artículos 748 a 755: Disposiciones generales aplicables a los procesos sobre nulidad matrimonial, separación, divorcio, guarda, custodia y alimentos de los hijos comunes o modificación de medidas adoptadas en tales procesos relativas a intervención del Ministerio Fiscal (749), representación y defensa de las partes (750), indisponibilidad del objeto del proceso (751), prueba (752), especialidades en la tramitación (753), exclusión de la publicidad (754), acceso de las sentencias a registros públicos (755).

– Artículo 769: Competencia para conocer de los procesos matrimoniales o de menores.

– Artículo 770: Especialidades procesales en la tramitación de las demandas de separación, divorcio, nulidad matrimonial o medidas de guarda, custodia y alimentos para hijos menores de edad.

– Artículos 771 y 772: Medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación, divorcio o de medidas de guarda, custodia y alimentos para hijos menores de edad.

- Artículo 773: Medidas provisionales coetáneas a la demanda principal de separación, divorcio, nulidad o medidas de guarda, custodia y alimentos.
- Artículo 774: Medidas definitivas.
- Artículo 775: Modificación de las medidas definitivas.
- Artículo 776: Ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas.
- Artículo 777: Separación, divorcio o medidas sobre guarda, custodia y alimentos para hijos menores solicitados de mutuo acuerdo.
- Artículo 778: Eficacia civil de las resoluciones adoptadas por Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico.
- Artículos 778 quater a sexies: Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional.

3. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria:

- Artículo 61 a 66: Autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente.
- Artículos 85 a 89: Intervención judicial en casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad o ejercicio inadecuado de dicha potestad.

4. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor:

Artículo 2: 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 éstas 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 proporcionalidad, 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 primor-*

dial 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.

Artículo 2 redactado por el apartado dos del artículo primero de la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Artículo 9: Derecho a ser oído y escuchado.

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.

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.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

Artículo 9 ter: Deberes relativos al ámbito familiar.

1. Los menores deben participar en la vida familiar respetando a sus progenitores y hermanos, así como a otros familiares.

2. Los menores deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, y con independencia de su sexo.

Artículo 9 quáter: Deberes relativos al ámbito escolar.

1. Los menores deben respetar las normas de convivencia de los centros educativos, estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo.

2. Los menores tienen que respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares, así como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso.

3. A través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación.

Artículo 9 quinquies: Deberes relativos al ámbito social.

1. Los menores deben respetar a las personas con las que se relacionan y al entorno en el que se desenvuelven.

2. Los deberes sociales incluyen, en particular:

- a) *Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales o pertenencia a determinados grupos sociales, o cualquier otra circunstancia personal o social.*
- b) *Respetar las leyes y normas que les sean aplicables y los derechos y libertades fundamentales de las otras personas, así como asumir una actitud responsable y constructiva en la sociedad.*
- c) *Conservar y hacer un buen uso de los recursos e instalaciones y equipamientos públicos o privados, mobiliario urbano y cualesquiera otros en los que desarrollen su actividad.*
- d) *Respetar y conocer el medio ambiente y los animales, y colaborar en su conservación dentro de un desarrollo sostenible.*

Artículo 17: Actuaciones en situación de riesgo.

1. Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar.

2. En situación de riesgo de cualquier índole, la intervención de la administración pública competente deberá garantizar, en todo caso, los derechos del menor y se orientará a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra, y a promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar. (...)

III. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA:

1. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia:

Artículo 233-1: Medidas provisionales

«1. El cónyuge que pretenda demandar o demande la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio y el cónyuge demandado, al contestar la demanda, pueden solicitar a la autoridad judicial que adopte, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la legislación procesal, las siguientes medidas provisionales:

- a) La determinación de la forma en que los hijos deben convivir con los padres y deben relacionarse con aquel de ambos con quien no estén conviviendo. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede encomendar la guarda de los hijos a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental.*
- b) La forma en que debe ejercerse la potestad sobre los hijos.*
- c) El establecimiento, si procede, del régimen de relaciones personales de los hijos con los hermanos que no convivan en el mismo hogar.*
- d) La distribución del deber de alimentos en favor de los hijos y, si procede, la fijación de alimentos provisionales en favor de uno de los cónyuges.*
- e) La fijación de alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios y convivan con alguno de los progenitores, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 237-1.*
- f) La asignación del uso de la vivienda familiar con su ajuar o, alternativamente, la adopción de medidas que garanticen las necesidades de vivienda de los cónyuges y de los hijos. Si se atribuye el uso de la vivienda familiar a un cónyuge, la autoridad judicial debe fijar la fecha en que el otro debe abandonarla.*
- g) El régimen de tenencia y administración de los bienes en comunidad ordinaria indivisa y de los que, por capítulos matrimoniales o escritura pública, estén especialmente afectos a los gastos familiares y, si el régimen es de comunidad, de los bienes comunes.*
- h) Las necesarias para evitar el desplazamiento o la retención ilícitos de los hijos, si existe el riesgo.*

2. *En caso de violencia familiar o machista, la autoridad judicial competente debe adoptar, además de las medidas establecidas por el apartado 1, las establecidas por la legislación específica.*

3. *La autoridad judicial puede acordar las garantías que sean adecuadas para asegurar el cumplimiento de las medidas provisionales.*

4. *La autoridad judicial, en el momento de acordar las medidas definitivas, puede revisar los acuerdos conseguidos por los cónyuges respecto al contenido de las medidas provisionales.*

5. *La solicitud de medidas provisionales implica la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges haya otorgado en favor del otro.»*

Artículo 233-2: Medidas definitivas

«1. *Si los cónyuges llegan a un acuerdo sobre las medidas reguladoras de la separación o el divorcio o sobre las consecuencias de la nulidad del matrimonio, deben formular un convenio con el contenido que proceda de conformidad con los apartados 4, 5 y 6.*

2. *Si los cónyuges tienen hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos, deben presentar el convenio a la autoridad judicial para que sea aprobado. También deben hacerlo, en todo caso, si se trata de un convenio regulador de las consecuencias de la nulidad del matrimonio.*

3. *Si los cónyuges no se encuentran en los supuestos del apartado 2, pueden formular el contenido del convenio ante un letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario. En estos casos, es preciso que los cónyuges intervengan personalmente en el otorgamiento, estén asistidos por un letrado en ejercicio y expresen la voluntad inequívoca de separarse o divorciarse.*

4. *Si los cónyuges tienen hijos comunes que están bajo su potestad, el convenio regulador debe contener:*

- a) *Un plan de parentalidad, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-9.*
- b) *Los alimentos que deben prestarles, tanto respecto a las necesidades ordinarias como a las extraordinarias, indicando su periodicidad, modalidad de pago, criterios de actualización y, si lo han previsto, garantías.*

c) *Si procede, el régimen de relaciones personales con los abuelos y los hermanos que no convivan en el mismo domicilio.*

5. *Además de lo establecido por el apartado 4, el convenio regulador también debe contener, si procede:*

- a) *La prestación compensatoria que se atribuye a uno de los cónyuges, indicando su modalidad de pago y, si procede, la duración, los criterios de actualización y las garantías.*
- b) *La atribución o distribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar.*
- c) *La compensación económica por razón de trabajo.*
- d) *La liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa.*

6. *Además de lo establecido por los apartados 4 y 5, en el convenio regulador los cónyuges también pueden acordar alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios.»*

Artículo 233-3: Aprobación judicial de los pactos.

«1. *En los supuestos establecidos por el apartado 2 del artículo 233-2, los pactos adoptados en convenio regulador deben ser aprobados por la autoridad judicial, salvo los puntos que no sean conformes con el interés de los hijos menores.*

2. *Si deniega la aprobación de los pactos adoptados en convenio regulador, la autoridad judicial debe indicar los puntos que deben modificarse y debe fijar el plazo para hacerlo. Si los cónyuges no formulan una propuesta de modificación o esta tampoco es aprobada, la autoridad judicial debe adoptar la resolución pertinente.*

3. *La sentencia debe incorporar los puntos del convenio que hayan sido aprobados y la decisión que corresponda en cuanto a los puntos no aprobados. También puede contener las medidas necesarias para garantizar su efectivo cumplimiento.»*

Artículo 233-4: Medidas definitivas acordadas por la autoridad judicial

«1. *Si un cónyuge solicita la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial sin consentimiento del otro, o si ambos cónyuges no llegan a un acuerdo sobre el contenido del convenio regulador, la autoridad judicial*

debe adoptar las medidas definitivas pertinentes sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales, incluidos el deber de alimentos y, si procede, el régimen de relaciones personales con abuelos y hermanos. Asimismo, la autoridad judicial, a instancia del cónyuge con quien los hijos convivan, puede acordar alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 237-1, y que estos alimentos se mantengan hasta que dichos hijos tengan ingresos propios o estén en disposición de tenerlos.

2. Si alguno de los cónyuges lo solicita, la autoridad judicial debe adoptar las medidas pertinentes respecto al uso de la vivienda familiar y su ajuar, la prestación compensatoria, la compensación económica por razón del trabajo si el régimen económico es el de separación de bienes, la liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes comunes o en comunidad ordinaria indivisa.»

Artículo 233-5: Pactos fuera de convenio regulador

«1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges. La acción para exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia. También puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede.

2. Los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia sin asistencia letrada, independiente para cada uno de los cónyuges, pueden dejarse sin efecto, a instancia de cualquiera de ellos, durante los tres meses siguientes a la fecha en que son adoptados y, como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda o, si procede, de la reconvención en el proceso matrimonial en que se pretendan hacer valer.

3. Los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de estos, solo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda el cumplimiento.»

Artículo 233-6: Mediación familiar

«1. Los cónyuges, en cualquier fase del procedimiento matrimonial y en cualquier instancia, pueden someter las discrepancias a mediación e intentar

llegar a un acuerdo total o parcial, excepto en los casos de violencia familiar o machista.

2. El inicio de un proceso de mediación familiar, antes de la interposición de la demanda o en cualquier fase del procedimiento matrimonial, a iniciativa de las partes o por derivación de los abogados o de otros profesionales, está sujeto a los principios de voluntariedad y confidencialidad. En caso de desistimiento, este no puede perjudicar a los litigantes que han participado en dicho proceso.

3. La autoridad judicial puede remitir a los cónyuges a una sesión informativa sobre mediación, si considera que, dadas las circunstancias del caso, aún es posible llegar a un acuerdo.

4. Las partes pueden solicitar de mutuo acuerdo la suspensión del proceso mientras dura la mediación. La comunicación a la autoridad judicial del desistimiento de cualquiera de las partes o del acuerdo obtenido en la mediación da lugar al levantamiento de la suspensión.

5. Los acuerdos obtenidos en la mediación, una vez incorporados en forma al proceso, deben someterse a la aprobación judicial en los mismos términos que el artículo 233-3 establece para el convenio regulador.

6. Los acuerdos conseguidos en mediación respecto al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental se consideran adecuados para los intereses del menor. La falta de aprobación por la autoridad judicial debe fundamentarse en criterios de orden público e interés del menor.»

Artículo 233-7: Modificación de medidas

«1. Las medidas establecidas por un proceso matrimonial o por un convenio otorgado ante notario o letrado de la Administración de Justicia pueden modificarse, mediante una resolución judicial posterior, si varían sustancialmente las circunstancias concurrentes en el momento de dictarlas. También pueden modificarse, en todo caso, de común acuerdo entre los cónyuges dentro de sus facultades de actuación.

2. El convenio regulador o la sentencia pueden prever anticipadamente las modificaciones pertinentes.

3. Si la parte que solicita judicialmente la modificación de las medidas establecidas por alteración sustancial de circunstancias ha intentado llegar a un acuerdo extrajudicial iniciando un proceso de mediación, la resolución judicial que modifica las medidas puede retrotraer los efectos a la fecha de inicio del proceso de mediación.»

Artículo 233-8: Responsabilidad parental

«1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.

2. Los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9.

3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor.»

Artículo 233-9: Plan de parentalidad

«1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.

2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:

- 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.*

3. *Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recorrer a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.»*

Artículo 233-10: Ejercicio de la guarda

«1. La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.

2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.

3. La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente.

4. La autoridad judicial, excepcionalmente, puede encomendar la guarda a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental.»

Artículo 233-11: Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda

1. Para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente:

- a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.*
- b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.*
- c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.*

- d) *El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.*
- e) *La opinión expresada por los hijos.*
- f) *Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.*
- g) *La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.*

2. *En la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen.*

3. *En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.»*

Artículo 233-12: Relaciones personales con los abuelos y los hermanos

«1. *Si los cónyuges proponen un régimen de relaciones personales de sus hijos con los abuelos y con los hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo hogar, la autoridad judicial puede aprobarlo, previa audiencia de los interesados y siempre y cuando estos den su consentimiento.*

2. *Las personas a quien se haya concedido el régimen de relaciones personales están legitimadas para reclamar su ejecución.»*

Artículo 233-13: Supervisión de las relaciones personales en situaciones de riesgo

«1. *La autoridad judicial puede adoptar, por razones fundamentadas, medidas para que las relaciones personales del menor con el progenitor que no ejerce la guarda o con los abuelos, hermanos o demás personas próximas se desarrollen en condiciones que garanticen su seguridad y estabilidad emocional.*

2. *Si existe una situación de riesgo social o peligro, puede confiarse la supervisión de la relación a la red de servicios sociales o a un punto de encuentro familiar.»*

(...)

Artículo 233-20: Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar

«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 períodos 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.»

Artículo 233-21: Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda

«1. La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.*
- b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.*

2. Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias.

3. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.»

Artículo 233-22: Publicidad del derecho de uso de la vivienda

«El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.»

Artículo 233-23: Obligaciones por razón de la vivienda

«1. En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución.

2. Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso.»

Artículo 233-24: Extinción del derecho de uso

«1. El derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda.

2. El derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas:

- a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica.*
- b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona.*
- c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso.*
- d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga.*
- e) De común acuerdo entre los cónyuges o por renuncia del cónyuge beneficiario.*

3. Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso.»

Artículo 233-25: Actos dispositivos sobre la vivienda sujeta a derecho de uso

«El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso.»

2. Código de derecho foral de Aragón, decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, Libro I, Título II:

Artículo 63: Titularidad

«1. El deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres.

2. Puede corresponder a uno solo de ellos o a otras personas en los casos legalmente previstos.»

Artículo 64: Caracteres de la autoridad familiar

«La autoridad familiar es una función inexcusable que se ejerce personalmente, sin excluir la colaboración de otras personas, y siempre en interés del hijo.»

Artículo 65: Contenido

«1. La crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la autoridad familiar los siguientes deberes y derechos:

- a) Tenerlos en su compañía. El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas.*
- b) Proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades.*
- c) Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años.*
- d) Corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos.*

2. Para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos, los titulares de la autoridad familiar pueden solicitar la asistencia e intervención de los poderes públicos.»

Artículo 66: Contribución personal del hijo

«Mientras el hijo viva con la familia tiene el deber de colaborar en las tareas del hogar y en los negocios familiares, en la medida propia de

su edad y de su condición vital, sin que por ello tenga derecho a reclamar pago o recompensa.»

Artículo 67: Contribución económica

«1. Los padres que ejerzan la autoridad familiar sobre el hijo pueden destinar los productos del trabajo e industria de este y los frutos líquidos de sus bienes para atender los gastos de su crianza y educación; atendidos esos gastos, los padres que convivan con el hijo podrán destinar la parte sobrante a satisfacer, equitativamente, otras necesidades familiares. Si no disponen de otros medios, pueden destinar a este fin los bienes del hijo en la parte que, según la situación económica de la familia, resulte equitativa.

2. En uso de su facultad, los padres pueden pedir la entrega de los frutos o la enajenación de los bienes de los hijos que ellos no administren.

3. La utilización para esos fines de frutos de bienes o bienes que correspondan al hijo por donación o sucesión no puede ser excluida por el donante o causante.»

Artículo 68: Contribución cuando la autoridad familiar corresponde a otras personas

«Los otros titulares del ejercicio de la autoridad familiar con los que viva el hijo pueden destinar los productos del trabajo o industria de este y los frutos líquidos de sus bienes para atender los gastos de su crianza y educación. Para ello podrán pedir su entrega a la persona que administre los bienes del hijo. Esta facultad no puede ser excluida por quien transmita bienes a favor del hijo.»

Artículo 69: Gastos de los hijos mayores o emancipados

«1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete.

2. El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.»

Artículo 70: Convivencia con hijos mayores de edad

«La dirección de la vida y economía familiar corresponde a los padres. Los hijos deben cumplir las reglas de convivencia que los padres dispongan razonablemente y contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares. Los padres podrán exigir del hijo el cumplimiento de esa obligación.»

Artículo 71: Ejercicio por ambos padres

«1. Los padres, en el ejercicio de la autoridad familiar, actuarán según lo que lícitamente hayan pactado en documento público. En defecto de previsión legal o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares.

2. Respecto de tercero de buena fe se presumirá que cada padre actúa en correcto ejercicio de sus facultades.»

Artículo 72: Ejercicio exclusivo por uno de los padres

«El ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los padres en los casos de exclusión, privación, suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, y también cuando así se haya resuelto judicialmente.»

Artículo 73: Padre menor no emancipado o incapacitado

«1. El menor no emancipado que tenga suficiente juicio ejercerá la autoridad familiar sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la de la Junta de Parientes o la de un defensor judicial.

2. El mismo criterio se aplicará al incapacitado si la sentencia no ha suspendido el ejercicio de su autoridad familiar.»

Artículo 74: Divergencias entre los padres

«1. En caso de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin.

2. Cuando la divergencia sea reiterada o concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar, el Juez podrá atribuirlo total o parcialmente a uno solo de los padres o dis-

tribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije.»

Artículo 75: Objeto y finalidad

«1. La presente Sección tiene por objeto regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores.

2. La finalidad de esta Sección es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

3. A los efectos previstos en el apartado anterior, se facilitará el acuerdo entre los padres a través de la mediación familiar, contemplada en esta Sección.»

Artículo 76: Derechos y principios

«1. La ruptura de la convivencia de los progenitores no afectará a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar.

2. Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos.

3. En las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se respetarán los siguientes derechos:

a) Los hijos menores de edad tendrán derecho a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar.

b) Los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares.

4. El derecho del hijo menor a ser oído antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona, se rige por lo dispuesto en el artículo 6.

5. Los anteriores derechos se armonizarán de acuerdo con los principios de libertad de pacto, de información recíproca y de lealtad en beneficio del menor.»

Artículo 77: El pacto de relaciones familiares

«1. Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos.

2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar:

- a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos.
- b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.
- c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar.
- d) La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos.
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial.
- f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.

3. La modificación o extinción del pacto de relaciones familiares se podrán llevar a cabo en los siguientes supuestos:

- a) Por mutuo acuerdo de los padres.
- b) En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares.
- c) A petición de uno de los padres al sobrevenir circunstancias relevantes.
- d) Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados.
- e) Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevenida al pacto de relaciones familiares.
- f) Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto.

4. *El pacto de relaciones familiares y sus modificaciones producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo anterior.*

5. *El Juez aprobará el pacto de relaciones familiares, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos. Si el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente.*

6. *Cuando del régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas se deriven derechos y obligaciones para éstos, el Juez deberá darles audiencia antes de su aprobación.»*

Artículo 78: Mediación familiar

«1. *Los progenitores podrán someter sus discrepancias a mediación familiar, con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales.*

2. *En caso de presentación de demanda judicial, el Juez podrá, a los efectos de facilitar un acuerdo entre los padres, proponerles una solución de mediación y designar para ello un mediador familiar. Asimismo, el Juez podrá acordar la asistencia de los progenitores a una sesión informativa sobre la mediación familiar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo.*

3. *Iniciado el procedimiento judicial, los padres podrán de común acuerdo solicitar su suspensión al Juez, en cualquier momento, para someterse a mediación familiar; acordándose dicha suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación.*

4. *Los acuerdos entre los progenitores obtenidos en la mediación familiar deberán ser aprobados por el Juez, en los términos establecidos en el artículo anterior para el pacto de relaciones familiares.*

5. *En ningún caso cabrá acudir a la mediación familiar en los supuestos previstos en el apartado 6 del artículo 80.»*

Artículo 79: Medidas judiciales

«1. *A falta de pacto entre los padres, el Juez determinará las medidas que deberán regir las relaciones familiares tras la ruptura de su convivencia, teniendo en cuenta los criterios que se establecen en los artículos siguientes.*

2. *El Juez, de oficio o a instancia de los hijos menores de edad, de cualquier pariente o persona interesada o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas necesarias a fin de:*

- a) *Garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.*
- b) *Evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas.*
- c) *Evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda y custodia.*

3. *El Juez podrá disponer las medidas cautelares necesarias para asegurar el cumplimiento de las medidas adoptadas.*

4. *El incumplimiento grave o reiterado de las medidas aprobadas judicialmente podrá dar lugar a su modificación o a la exigencia de su cumplimiento de acuerdo con lo previsto en las normas de ejecución judicial.*

5. *Las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes. En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida.»*

Artículo 80: Guarda y custodia de los hijos

«1. *Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.*

En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

2. *El Juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:*

- a) *La edad de los hijos.*
- b) *El arraigo social y familiar de los hijos.*
- c) *La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.*
- d) *La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.*
- e) *Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.*
- f) *La dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia.*
- g) *Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia*

Número 2 del artículo 80 redactado por el artículo único de la Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, por el que se elimina la preferencia legal del régimen de custodia compartida hasta entonces establecido por el precepto.

3. *Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.*

4. *Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.*

5. *La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.*

6. *No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los*

hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.»

Téngase en cuenta que tal y como se establece en la Disposición adicional cuarta, los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el presente apartado 6 del artículo 80 serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria.

Artículo 81: Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar

«1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.

2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.

3. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

4. Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

5. El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables.»

Artículo 82: Gastos de asistencia a los hijos

«1. Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo.

2. La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres.

3. *El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos.*

4. *Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.»*

Artículo 83: La asignación compensatoria

«1. El progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia, tendrá derecho a percibir del otro una asignación compensatoria.

2. La cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación serán determinadas por el Juez mediante la ponderación equitativa de los siguientes criterios:

- a) Los recursos económicos de los padres.*
- b) La edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo.*
- c) La edad de los hijos.*
- d) La atribución del uso de la vivienda familiar.*
- e) Las funciones familiares desempeñadas por los padres.*
- f) La duración de la convivencia.*

3. La asignación compensatoria podrá tener cualquier contenido patrimonial, periódico o de única entrega, siempre que permita el cumplimiento de su finalidad.

4. La asignación compensatoria se revisará en los casos de variación sustancial de la situación económica del perceptor o del pagador.

5. La asignación compensatoria se extinguirá en los supuestos de nueva convivencia marital del perceptor, alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó, la muerte del perceptor, cumplimiento del plazo de duración, así como por el incumplimiento de su finalidad.

Artículo 84: Medidas provisionales

«En los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, el Juez, a petición del padre, madre, hijos a cargo mayores de catorce años o del Ministerio fiscal en su función legal de protección de los hijos menores e incapacitados, podrá acordar la adopción de medidas provisionales sobre las relaciones familiares de acuerdo con los criterios establecidos en la presente Sección.»

3. Compilación de derecho civil foral de Navarra, Libro primero, Título V, de la responsabilidad parental:

Redactado conforme establece la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

LEY 64: Denominación y concepto

«Se denomina responsabilidad parental al conjunto de deberes y facultades que corresponden a los progenitores sobre sus hijos menores de edad o, en su caso, sobre aquellos cuya capacidad haya sido judicialmente modificada, con la finalidad de procurar su pleno desarrollo de acuerdo a su personalidad e interés superior y con respeto a sus derechos y a su integridad.

Titularidad. La responsabilidad parental corresponde conjuntamente a ambos progenitores.»

LEY 65: Contenido

«La responsabilidad parental comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos y tenerlos en su compañía tanto en el ejercicio del cuidado diario como en el tiempo en que se desarrollen los contactos y las estancias temporales.

2. Procurarles todo lo necesario para su alimentación, vestido, habitación, educación y formación integral y asistencia física, psíquica y emocional.

3. Enmendar razonable y moderadamente las conductas de los hijos con pleno respeto a su dignidad y en aras a su debida formación.

4. Representarlos en cuantos actos les afecten y no puedan realizar por sí mismos de conformidad con las leyes reguladoras de la capacidad.

5. Administrar y disponer de sus bienes con las siguientes excepciones:

- a) *Los que hayan sido objeto de liberalidad, cuando quien la otorgue excluya la administración de los padres, en cuyo caso se estará al régimen establecido por el otorgante.*
- b) *Los adquiridos «mortis causa» cuando uno de los progenitores o ambos no pudieron adquirirlos por incapacidad a causa de indignidad, en cuyo caso serán administrados por el otro progenitor y, en su defecto, por un administrador judicialmente designado.*

6. *Corresponde también a los progenitores la defensa de los intereses y expectativas de los hijos concebidos y no nacidos.*

Deberes de los hijos. Mientras permanezcan bajo su responsabilidad parental y convivan con la familia, los hijos deberán:

1. *Obedecer a sus progenitores y respetarlos.*
2. *Contribuir al sostenimiento de la familia mediante la aportación de los frutos de los bienes de los que sean titulares. Con la finalidad de cumplir con esta contribución, los progenitores, en el ejercicio de su administración, podrán aplicar dichos frutos a las atenciones familiares en la proporción adecuada y una vez cubiertas las necesidades de los hijos a quienes pertenezca su propiedad. Se exceptúan de tal facultad los bienes excluidos de la administración parental a que se refiere el número 5 del apartado anterior.»*

LEY 66: Garantías y límites a la administración

«Cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo, el juez, a petición de parte interesada o del Ministerio Fiscal, podrá exigir a aquéllos garantía adecuada, o tomar otras medidas para la seguridad de los bienes, e incluso privarles de la administración y nombrar un administrador.

Al término de la administración, los hijos, el administrador judicial o el Ministerio Fiscal podrán pedir a los progenitores, en el plazo de los tres años siguientes, rendición de cuentas de aquella y exigir el resarcimiento de los daños e indemnización de los perjuicios que en su caso proceda.

Disposición. Los progenitores no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares, ni enajenar, gravar o garantizar de cualquier forma bienes inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles, o sus elementos esenciales u objetos de valor extraordinario, sin la previa auto-

rización judicial, oído el Ministerio Fiscal. No será necesaria esta autorización para la cancelación de hipoteca u otra garantía real consecuyente al cobro del crédito asegurado, para la retroventa por ejercicio de un derecho de retracto legal o voluntario, ni para cualesquiera actos de disposición que hayan de cumplirse en virtud de disposiciones legales y resulten beneficiosas para el menor.

Los progenitores podrán aceptar por sí mismos cualesquiera disposiciones a título lucrativo, a favor de los hijos, sin necesidad de autorización judicial; esta será necesaria, sin embargo, para la repudiación de aquellas.

Serán anulables los actos que los progenitores realicen en nombre de los hijos sin la previa autorización judicial cuando esta sea necesaria de conformidad con lo establecido en la presente ley.»

LEY 67: Ejercicio de la responsabilidad parental

«a) Regla general. Los deberes y facultades inherentes a la responsabilidad parental y todas las decisiones derivadas de los mismos se ejercerán y adoptarán por los progenitores según lo convenido y, en defecto de pacto, por ambos conjuntamente o por uno solo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro.

Serán, sin embargo, válidos los actos que cualquiera de ellos realice por sí solo para atender a las necesidades ordinarias de los hijos, según las circunstancias familiares y el uso del lugar o en situaciones que exijan una urgente solución.

b) Atribución legal del ejercicio individual. Sin perjuicio de otros supuestos previstos en las leyes civiles o penales, en los casos de declaración de ausencia o de modificación judicial de la capacidad de uno de los progenitores, la responsabilidad parental será ejercida por el otro, salvo que la sentencia sobre capacidad establezca otra cosa en interés de los hijos.

c) Atribución judicial del ejercicio individual. Cada progenitor podrá solicitar la intervención judicial:

- 1. En supuestos de imposibilidad del otro y con la finalidad de recabar la atribución exclusiva del ejercicio de la responsabilidad parental.*
- 2. Cuando se produzca cualquier causa que dificulte gravemente el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, al objeto de que el juez pueda atribuir, total o parcialmente, el ejercicio a los progenitores separadamente o distribuir entre ellos sus funciones por el tiempo*

que razonadamente se estime adecuado, y sin perjuicio de que pueda adoptar directamente las medidas que mejor protejan los intereses de los menores.

- 3. En caso de que existan desacuerdos en el ejercicio de la misma, a fin de que el juez atribuya a uno de ellos la facultad de decidir. Cuando tales desacuerdos sean reiterados, el juez podrá adoptar cualquiera de las resoluciones previstas en el número anterior.*

Los procedimientos judiciales previstos en este apartado se sustanciarán por los trámites de la Jurisdicción Voluntaria.

d) Mediación. En los procedimientos iniciados por motivo de desacuerdos, los progenitores pueden someter sus discrepancias a mediación.

LEY 68: Responsabilidad parental en caso de falta de convivencia de los progenitores o de ruptura de la misma

«Aunque los progenitores no convivan juntos, los deberes y facultades inherentes a la responsabilidad parental se ejercerán según lo convenido y, en defecto de pacto, por ambos conjuntamente o por uno solo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, resultando de aplicación las reglas previstas en la ley anterior.

Sin perjuicio de ello, en tales casos, el ejercicio de las facultades ordinarias derivadas del deber de guarda corresponderá al progenitor que en cada momento tenga a los hijos bajo su cuidado.

La ruptura de la convivencia no altera la titularidad ni el ejercicio de los deberes y facultades que integran la responsabilidad parental.

Los progenitores podrán pactar la forma en que ejercerán dichos deberes y facultades en régimen de corresponsabilidad según lo establecido en la ley siguiente.

En defecto de pacto, será el juez quien adopte todas las decisiones que afecten a los menores atendiendo a su concreto interés y beneficio de conformidad con lo establecido en las leyes 70 a 74.»

LEY 69: Pacto de parentalidad

«Cuando los progenitores acuerden la forma en que ejercerán corresponsablemente los deberes y facultades parentales, deberán presentar, en su caso, como parte integrante del Convenio Regulador que corresponda, un pacto de planificación parental que incluya los siguientes extremos:

1. *El lugar o lugares donde vivirán los hijos con uno y otro en cada momento, estableciendo cuál de ellos figurará a efectos de empadronamiento, así como el modo en que compartirán la adopción de todas las decisiones que sean relevantes para el desarrollo de la personalidad de sus hijos.*
2. *Los períodos de convivencia y estancia de los hijos con cada progenitor, la forma de comunicación de los mismos con el que en cada momento no los tenga bajo su cuidado y los aspectos personales y económicos que afecten al cambio de guarda entre ambos.*
3. *Las tareas de las que se responsabiliza cada uno de ellos en las actividades escolares y extraescolares diarias de los menores con mención, en su caso, de la intervención o ayuda de terceras personas y el medio por el que se transmitirán recíprocamente toda la información relevante de sus hijos.*
4. *Los medios y forma de contribución económica de cada uno al sostenimiento de todas las necesidades ordinarias y extraordinarias de sus hijos, especificando unas y otras, con expresión de las circunstancias de toda índole que hayan fundamentado su establecimiento.*
5. *El uso y destino de la que fue durante la convivencia la vivienda familiar y del ajuar contenido en ella, con la atribución, en su caso, del derecho de uso a uno de ellos o a ambos, duración y condiciones del mismo y repercusión que tal atribución tenga en la contribución al sostenimiento de las necesidades de los menores.*
6. *El modo en que los menores se relacionarán con otros familiares y allegados cuando ello se considere necesario para respetar su interés y siempre que conste el consentimiento de las personas con las que se establezcan las relaciones.*

Los progenitores podrán incluir en el pacto de parentalidad su compromiso de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de su aplicación.»

LEY 70: Medidas judiciales

«Cuando falte el acuerdo de los progenitores, será el juez quien adopte todas las medidas que mejor protejan el interés de los menores en relación con los deberes y facultades que integran su responsabilidad parental.

A tal fin, cada uno de ellos deberá aportar en su solicitud, dentro del procedimiento de que se trate, una propuesta de plan de responsabilidad parental con el contenido a que se refiere la ley anterior.

Con carácter previo al ejercicio de la acción judicial correspondiente, ambos progenitores podrán someter sus discrepancias a mediación familiar con el fin de alcanzar un pacto de planificación parental.

Una vez iniciado el procedimiento, el juez podrá proponer a ambos acudir a dicha mediación cuando considere posible que alcancen dicho pacto.»

LEY 71: Guarda y custodia

«Cuando cualquiera de los progenitores solicite la decisión del juez sobre el ejercicio de la guarda y cuidado diario de los hijos menores, aquel podrá acordar la modalidad de guarda más conveniente para el concreto interés de cada uno de los menores, ya sea esta compartida entre ambos progenitores o individual de uno de ellos.

Para ello, tendrá en cuenta la solicitud y las propuestas de planificación de la responsabilidad parental que haya presentado cada uno de los progenitores y, en su caso, lo dictaminado por los informes periciales; oirá al Ministerio Fiscal y a las personas cuya opinión sobre los menores estime necesario recabar; y atenderá a los siguientes factores:

- 1. La edad de los hijos.*
- 2. La capacidad parental, la relación existente entre los progenitores y la vinculación que los menores hayan establecido con cada uno durante la convivencia.*
- 3. La actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores, sus familias extensas, y, en su caso, nuevas parejas de cada uno.*
- 4. El arraigo social y familiar de los hijos.*
- 5. La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.*
- 6. La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.*
- 7. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.*

8. *Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los progenitores y que estos le hayan justificado.*
9. *Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.*

En cualquier caso, la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses, considerando como prioritarios los de los hijos menores o cuya capacidad haya sido judicialmente modificada, asegurando la igualdad de los progenitores en sus relaciones con los hijos en todo lo que sea beneficioso para estos y fomentando la corresponsabilidad.

Si decide la custodia compartida, el juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los progenitores con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad.

Si decide la custodia individual, el juez fijará un régimen de comunicación y estancias con el otro progenitor que, atendiendo a las específicas circunstancias que le afecten, le garantice el ejercicio de las facultades y deberes propios de la responsabilidad parental que tenga atribuidos conforme a las leyes de esta Compilación.

Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente:

- a) *Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas.*
- b) *Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.*

Tampoco procederá la atribución cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos.

Guarda a favor de terceros. Excepcionalmente, el juez podrá establecer que la guarda y cuidado de los menores sea atribuida a otros parientes o allegados del mismo que así lo consintieren o, en su caso, a la Entidad Pública que tenga legalmente atribuidas las facultades de protección del menor; todo ello sin perjuicio de la posterior formalización de la figura legal que corresponda a esa atribución.

En la resolución por la que se acuerde dicha guarda, el juez instará la constitución del acogimiento, tutela o medida de protección del menor que, en cada caso, corresponda, si bien podrá establecer las facultades y deberes de la responsabilidad parental que, sin perjuicio de tales medidas, considere procedente que mantengan los progenitores.

Visitas de los menores con otras personas. En la misma resolución en la que se acuerden las medidas sobre la responsabilidad parental, el juez podrá, a petición de cualquiera de los progenitores o del Ministerio Fiscal, establecer el sistema de comunicación, visitas y contactos de los menores con otros familiares y allegados y, en particular, con los hermanos y abuelos, cuando ello sea beneficioso para ellos, y previa audiencia de dichas personas.»

LEY 72: Habitación de los menores

«El juez decidirá sobre el uso y destino de la vivienda familiar con la finalidad prioritaria de garantizar la necesidad de habitación y estabilidad de los menores y su convivencia, contactos y estancias con uno y otro progenitor.

Establecida la guarda individual, el juez atribuirá el uso de la vivienda a los menores y al progenitor en cuya compañía permanezcan durante el tiempo en que se mantenga dicha situación de guarda, salvo que dicho progenitor pueda garantizar suficiente y adecuadamente sus necesidades de habitación por otros medios, en cuyo supuesto resolverá lo procedente sobre su atribución y, en su caso, duración de la misma, en atención a los intereses más necesitados de protección.

Cuando se establezca la guarda compartida o se distribuya entre los progenitores la de los distintos hijos, para acordar el uso a favor de uno o de ambos progenitores, por el tiempo que razonablemente se estime adecuado, el juez tendrá en cuenta las siguientes circunstancias:

1. *El concreto sistema de reparto del tiempo en la guarda y contactos establecido.*
2. *El arraigo personal, social y educativo de cada uno de los menores en el entorno en el que se encuentre la vivienda.*
3. *Las posibilidades de uno y otro progenitor para satisfacer las necesidades de vivienda de los menores en los respectivos períodos en que les corresponda su cuidado.*
4. *La titularidad de la vivienda familiar y la naturaleza del título de ocupación.*
5. *La existencia de otras viviendas a disposición de cualquiera de los progenitores.*
6. *Las demás necesidades de los progenitores y medios personales y económicos de uno y otro para cubrirlas cuando afecten a la convivencia con los menores.*

La decisión judicial sobre el uso y destino de la vivienda familiar deberá ser valorada en el establecimiento de la contribución de uno y otro progenitor al sostenimiento de los hijos.

Los actos de disposición que se realicen por el titular de la vivienda lo serán, en todo caso, sin perjuicio del uso atribuido. El derecho de uso podrá ser inscrito o anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad.

LEY 73: Contribución al sostenimiento de los menores

«Gastos ordinarios y extraordinarios. El juez establecerá la contribución de uno y otro progenitor al sostenimiento de los hijos menores.

a) Son gastos ordinarios todos los indispensables para su alimentación, habitación, asistencia médica, vestido y formación básica integral.

Cada progenitor contribuirá a los mismos en atención a sus necesidades y en proporción a los medios económicos con que puedan satisfacerlos. Para su establecimiento, el juez tomará en consideración, además, el sistema de guarda y cuidado diario establecido y la dedicación personal de uno y otro a cubrir todas las atenciones que los menores requieran.

La contribución se establecerá en la forma, tiempo, actualización y, en su caso, con las garantías que aseguren la adecuada administración y abono de los gastos de los menores. Podrá consistir en una contribución periódica que un progenitor abone al otro, o en el ingreso por ambos de una cantidad, igual o desigual, en un fondo común cuya gestión será

atribuida por el juez en favor de uno o de ambos progenitores, de forma conjunta o alterna.

b) Son gastos extraordinarios todos aquellos de carácter imprevisible en el momento de establecer la contribución al sostenimiento ordinario de los menores.

El juez establecerá la proporción en que cada progenitor debe afrontar los que sean necesarios de conformidad con la capacidad económica de uno y otro.

Sin perjuicio de otros gastos que el juez, en cada supuesto, considere necesarios, lo serán en todo caso, los gastos que sean indeclinables por su naturaleza o urgencia, los sanitarios no cubiertos por los seguros sociales o privados de los progenitores y los educativos complementarios requeridos para el desarrollo y la formación integral de los hijos, con inclusión de los universitarios o de capacitación profesional.

El resto de gastos serán afrontados en la proporción que el juez establezca siempre que hayan sido consentidos, expresa o tácitamente, por ambos progenitores. A falta del común consentimiento, se abonarán por el progenitor que haya decidido su realización.

Cuando exista discrepancia entre los progenitores acerca de la necesidad de un gasto extraordinario será el juez quien determine la misma y acordará cómo debe afrontarse su abono, sin perjuicio de lo dispuesto en los dos últimos párrafos de la ley 70.»

LEY 74: Otras medidas

«Además de las medidas previstas en las leyes anteriores, el juez podrá adoptar, en el procedimiento de que se trate, cualquier otra disposición dirigida a salvaguardar el interés de los menores y, en particular, para evitar cualquier riesgo o perjuicio en su entorno familiar o proveniente de terceras personas.

Medidas provisionales. El juez podrá adoptar cualesquiera de las medidas previstas en las leyes anteriores con carácter provisional en los respectivos procedimientos de que se trate, y en atención a las circunstancias concurrentes en el momento, sin perjuicio de la resolución definitiva que se adopte.»

(...)

LEY 77: Supervisión judicial de la responsabilidad parental

«En todos aquellos procedimientos en los que según las leyes de la presente Compilación el juez deba pronunciarse sobre cuestiones derivadas de la responsabilidad parental, podrá adoptar, motivadamente, las medidas que

estime necesarias para supervisar las relaciones de los hijos con sus progenitores con la finalidad de garantizar sus derechos, pudiendo designar a tal fin un coordinador de parentalidad.

Cuando aprecie fundadamente la existencia de riesgo para los menores o cualquier otra circunstancia que lo justifique, podrá confiar dicha supervisión a los servicios sociales o a los puntos de encuentro familiares.»

4. Ley 7/2015 del Parlamento Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores:

Artículo 4: Pactos en previsión de ruptura de la convivencia

«1. Los pactos que prevean la ruptura de la convivencia y regulen las nuevas relaciones familiares podrán otorgarse antes o durante dicha convivencia.

2. Tales pactos tendrán, en todo o en parte, el contenido que se prevé para el convenio regulador.

3. Para su validez, estos pactos habrán de otorgarse en escritura pública, y quedarán sin efecto en caso de no contraerse matrimonio o iniciarse la convivencia en el plazo de un año.

4. Los pactos podrán contener la previsión y compromiso de acudir, con carácter previo a la vía judicial, a la mediación familiar, con el objeto de resolver mediante el diálogo aquellos conflictos que puedan surgir tras la ruptura.

5. Estos pactos serán válidos y obligarán a todos los firmantes aun cuando no contengan todos los extremos mínimos de un convenio regulador. En tal caso, la validez y eficacia se limitará a los aspectos pactados.

Únicamente serán susceptibles de ejecución judicial los pactos previamente aprobados por el juez.»

Artículo 5: Convenio regulador

«1. Ambas partes, bien de mutuo acuerdo o cada uno de forma individual, al presentar la demanda de separación, divorcio, nulidad o procedimiento de medidas paternofiliales deberán presentar al juez una propuesta de convenio regulador.

2. El convenio regulador deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

a) El ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos o hijas, como corresponsabilidad parental, con inclusión de los acuerdos sobre:

- 1) *La forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a su educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los y las menores.*
 - 2) *El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, su cuidado y educación y su ocio.*
 - 3) *Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, y en su caso, si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos o hijas con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, teniendo en cuenta el interés de aquéllos.*
 - 4) *Lugar o lugares de residencia de los hijos o hijas, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, pasen la mayor parte del tiempo.*
 - 5) *Las reglas de recogida y entrega de los y las menores en los cambios de guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos y ellas.*
- b) *La contribución, si procediera, a las cargas familiares y a los alimentos, respecto a las necesidades tanto ordinarias como extraordinarias, así como su periodicidad, forma de pago, bases de actualización, extinción y garantías en su caso, con especial atención a las necesidades de los menores, a su tiempo de permanencia con cada uno de los progenitores, a la capacidad económica de estos, a la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, a la contribución a las cargas familiares, en su caso, y al lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes.*
 - c) *La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro miembro de la pareja, hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, y la duración, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico.*
 - d) *La pensión compensatoria que pudiera corresponder conforme al artículo 97 del Código Civil y el artículo 5 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.*

3. *La propuesta de convenio regulador podrá contener la previsión y compromiso de acudir a la mediación familiar, con carácter previo a la vía judicial, con el objeto de resolver mediante el diálogo aquellos problemas que puedan surgir con motivo de la interpretación o cumplimiento del propio convenio regulador.*

4. *Asimismo, la propuesta de convenio regulador podrá contener el inventario y liquidación del régimen económico del matrimonio, o del establecido en el pacto de regulación de la pareja inscrita conforme a la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho en el País Vasco, y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera.*

5. *En los supuestos de existir pacto en previsión de ruptura de la convivencia, será de aplicación lo estipulado en él, debiendo complementarse, en lo no previsto, por las estipulaciones de este artículo.*

6. *El convenio regulador podrá modificarse en los siguientes supuestos:*

- a) Por mutuo acuerdo de las partes.*
- b) En virtud de las causas que consten en el propio convenio regulador.*
- c) A instancia de una de las partes o del Ministerio Fiscal, cuando hubiera sobrevenido una alteración sustancial de circunstancias.*
- d) Por incumplimiento grave o reiterado, de manera injustificada, de las obligaciones establecidas en el ejercicio conjunto de la patria potestad.*

7. *El convenio regulador, sus modificaciones y extinción producirán efectos cuando sean aprobados judicialmente, oído el Ministerio Fiscal y, en su caso, los hijos e hijas menores.*

8. *El convenio regulador será aprobado por el juez, oídos el Ministerio Fiscal y los hijos e hijas menores en su caso, salvo si es dañoso para los hijos e hijas, gravemente perjudicial para una de las partes o contrario a normas imperativas. Si el convenio regulador no fuera aprobado en todo o en parte, deberá motivarse la resolución denegatoria y se concederá a las partes un plazo de veinte días para que propongan uno nuevo sobre los aspectos no aprobados. Presentada la nueva propuesta, el juez resolverá lo procedente, completando o sustituyendo en todo o en parte las propuestas de las partes.*

9. *Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los miembros de la pareja, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos e hijas o el cambio de las circunstancias de los progenitores.*

10. *El juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.*

11. *Si las partes proponen un régimen de relación y comunicación de los hijos o hijas con otros parientes y personas allegadas, el juez podrá aprobarlo, si, previa audiencia de dichas personas, prestaran su consentimiento y siempre que fuera en interés de los hijos e hijas.»*

Artículo 6: De la mediación familiar

«1. *Los progenitores podrán en todo momento someter voluntariamente sus discrepancias a mediación familiar con vistas a lograr un acuerdo sobre el régimen de custodia, entre otros aspectos. El sometimiento a la mediación familiar será obligatorio con anterioridad a la presentación de acciones judiciales cuando así se hubiera pactado expresamente antes de la ruptura.*

2. *Una vez iniciado el proceso, el juez, a iniciativa propia o a petición de una de las partes, y a los efectos de facilitar un acuerdo entre estas, podrá derivarlas con carácter obligatorio a una sesión informativa de mediación intrajudicial a fin de que sean informadas sobre dichas medidas, su funcionamiento y beneficios. En dicha sesión las partes podrán comunicar al mediador o mediadora su decisión de continuar o no el proceso de mediación.*

3. *Iniciado el procedimiento judicial, en cualquier momento los progenitores, de mutuo acuerdo, podrán solicitar al juez su suspensión para someterse a mediación familiar, acordándose el tiempo necesario para ello. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación.*

4. *La eficacia de los acuerdos alcanzados en mediación quedará sujeta a su aprobación judicial, en los términos del artículo 5.8 de la presente Ley.»*

Artículo 7: Medidas judiciales

«1. *A falta de acuerdo entre las partes, el juez determinará las medidas que hayan de regir las relaciones familiares a las que se refiere esta ley tras la ruptura de la convivencia, teniendo en cuenta los criterios que se establecen en los artículos siguientes.*

2. *Dichas medidas tendrán como finalidad:*

- a) *Garantizar el ejercicio de la patria potestad por ambos progenitores.*
- b) *Asegurar la prestación alimenticia y proveer a las futuras necesidades de los hijos e hijas.*

- c) *Garantizar el mantenimiento del vínculo de los hijos e hijas menores con cada uno de los progenitores y los hermanos y hermanas si los hubiere, así como, en su caso, con el resto de parientes y personas allegadas.*
- d) *Evitar perturbaciones dañosas para los hijos e hijas.*

3. *El juez podrá disponer las garantías reales o personales necesarias para asegurar el cumplimiento de las medidas que adopte.*

4. *El incumplimiento grave o reiterado de las medidas aprobadas o acordadas judicialmente podrá dar lugar a la modificación del régimen establecido o a la exigencia de su cumplimiento de acuerdo con lo previsto en las normas de ejecución judicial.*

5. *Las medidas aprobadas o acordadas judicialmente podrán ser modificadas del mismo modo cuando hubiera sobrevenido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción.»*

Artículo 8: Patria potestad

«1. *La patria potestad se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio y en interés de los hijos e hijas.*

2. *Excepcionalmente, el juez podrá decidir en beneficio de los hijos e hijas que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los progenitores. Asimismo, el juez podrá acordar en sentencia la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.»*

Artículo 9: Guarda y custodia de los hijos e hijas

«1. *Cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos. Dicha solicitud deberá ir acompañada de una propuesta fundada del régimen de desarrollo de la custodia, incluyendo la determinación de los periodos de convivencia y relación, así como las formas de comunicación con el progenitor no custodio y, en su caso, con los demás parientes y allegados.*

2. *La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor.*

3. *El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias:*

- a) *La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los y las menores y sus actitudes personales, y la vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados con cada uno de sus progenitores.*
- b) *El número de hijos e hijas.*
- c) *La edad de los hijos e hijas.*
- d) *La opinión expresada por los hijos e hijas, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años.*
- e) *El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y entre ellos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales, así como su actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y con el resto de sus parientes y allegados.*
- f) *El resultado de los informes a los que se refiere el apartado 4 de este artículo.*
- g) *El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas.*
- h) *Las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes.*
- i) *La ubicación de sus residencias habituales, así como los apoyos con los que cuenten.*
- j) *Cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte relevante para el régimen de convivencia.*

4. *Antes de adoptar su decisión, las partes podrán aportar, o el juez, de oficio o a instancia de parte, recabar informes del servicio de mediación familiar, médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo del ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los y las menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de estos con el progenitor no conviviente u otras personas.*

5. *En los casos de custodia compartida, el juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los miembros de pareja con los hijos e hijas, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos el ejercicio de sus derechos y obligaciones en igualdad.*

6. *El juez podrá otorgar a uno solo de los progenitores la guarda y custodia de la persona menor de edad cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En este supuesto podrá fijar un régimen de comunicación, estancia o visitas con el otro progenitor que garantice las relaciones paternofiliales así como, en su caso, con la familia extensa.*

7. *Salvo circunstancias que los informes anteriores así justifiquen, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos y hermanas.*

Artículo 10: Pensión de alimentos, cargas familiares y gastos extraordinarios

«1. El juez determinará, cuando proceda:

- a) La contribución de cada progenitor al sostenimiento de las cargas familiares y la pensión de alimentos para satisfacer las necesidades de los hijos e hijas.*
- b) La proporción en la que deben contribuir a los gastos por sus necesidades extraordinarias.*
- c) La periodicidad, forma de pago y bases de actualización de las anteriores.*

Asimismo, adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos e hijas en cada momento.

2. *Deben considerarse gastos necesarios ordinarios los que los hijos e hijas precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, así como cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales.*

Por el contrario, serán gastos extraordinarios, a los efectos de lo dispuesto en este artículo, aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles e indeclinables de los hijos e hijas y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o por seguro médico, así como los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos e hijas, siempre que exista acuerdo sobre ellas.

No se considerarán incluidos en ninguno de los párrafos anteriores aquellos gastos voluntarios que, aunque sean continuados, no respondan a

necesidades de los hijos e hijas pero se consideren adecuados para ellos, en cuyo caso serán abonados únicamente por el progenitor que así lo estime.

3. Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos e hijas, los recursos económicos de cada miembro de la pareja, el tiempo de permanencia de los hijos e hijas con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos e hijas y la contribución a las cargas familiares, en su caso.

Los gastos extraordinarios de los hijos e hijas serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos voluntarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen, y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido su realización.

4. Si convivieran en el domicilio familiar hijos e hijas mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, a instancia del progenitor con quien convivan, fijará, en la misma resolución, los alimentos que sean debidos conforme a la normativa en vigor.

La pensión por alimentos podrá ser asignada directamente a los hijos e hijas cuando sean mayores de edad, en atención a las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de la contribución que estos deban realizar al levantamiento de las cargas familiares.

5. La obligación de abonar la prestación de alimentos a los hijos e hijas cesará en los supuestos regulados legalmente.»

Artículo 11: Régimen de comunicación y estancia

«1. El progenitor que no tenga consigo a los hijos e hijas menores o incapacitados gozará con carácter general del derecho a visitarles, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

2. El juez determinará el tiempo, modo y lugar para el ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Igualmente, el juez podrá determinar el derecho de relación con otros parientes y allegados, previa audiencia a los mismos.

3. No obstante, con igual carácter general se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas,

al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal.

En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente.

4. Excepcionalmente, el juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos e hijas, en atención a los criterios anteriores y, singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, de relación o de mera comunicación respecto de ellos.

Extinguida la responsabilidad penal, el juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores.

5. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos anteriormente señalados, el juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos e hijas menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que excepcionalmente, en interés de los hijos e hijas, y atendiendo a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a estos o a alguno de ellos. En defecto de todos ellos, o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que en el territorio concreto tengan asignada la función de protección de los y las menores.

6. Al acordar el régimen de estancia, relación y comunicación, el juez, tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos y hermanas.»

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 18 de julio de 2017, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 2764-2017, planteada por el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción número 2 de Eibar, en el procedimiento de medidas provisionales número 4/2017, en

relación con el artículo 11.3, 4 y 5 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, por posible vulneración del artículo 149.1.8.^a de la CE, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.c) LOTC, reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión («B.O.E.» 2 agosto).

Artículo 12: Atribución del uso de la vivienda y del ajuar doméstico

«1. En defecto de acuerdo o de su aprobación judicial, el juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, y de los enseres y el ajuar existente en ella, en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas, a criterios de necesidad de los miembros de la pareja y a la titularidad de la vivienda.

2. El juez otorgará el uso de la vivienda familiar preferentemente al progenitor a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes si es lo más conveniente para el interés de estos.

3. El juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel miembro de la pareja que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos e hijas, objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores y fuera compatible con el interés superior de estos.

4. Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas.

5. La atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgársele la guarda y custodia de los hijos e hijas, ya fuera exclusiva o compartida, y si la vivienda fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos.

En todo caso, la revisión judicial de este derecho de uso podrá solicitarse a instancia de parte, por cambio de circunstancias relevantes. El ejercicio

abusivo o de mala fe del derecho a solicitar la revisión podrá dar lugar a responsabilidades civiles o de carácter patrimonial.

6. *El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado.*

7. *En el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja.*

8. *Si los progenitores poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.*

9. *En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los préstamos hipotecarios y los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por las partes de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución. Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas o impuestos de devengo anual corren a cargo del beneficiario del derecho de uso.*

10. *La parte que haya de abandonar la vivienda familiar podrá retirar sus ropas, efectos y enseres de uso personal y profesional, en el plazo que prudencialmente se señale, procediendo a realizarse un inventario del resto de los bienes y enseres comunes que permanezcan en la vivienda.*

11. *Son causas de extinción del derecho de uso:*

- a) El fallecimiento del beneficiario del uso.*
- b) Las pactadas entre los miembros de la pareja o partes.*
- c) La mejora de la situación económica del beneficiario del uso o el empeoramiento relevante de la situación económica de la otra parte, debidamente justificada y salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario.*
- d) El matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario.*
- e) Si se hubiera atribuido judicialmente por razón de la guarda, se extinguirá por la finalización o cese de ésta o de la obligación de prestar alimentos.*

f) Por vencimiento del plazo previsto en la atribución temporal judicialmente adoptada.

12. En los casos c) y d) del apartado anterior deberá acreditarse el hecho causante de la extinción mediante el procedimiento para la modificación de medidas, pudiendo llevarse a efecto en el resto de los supuestos por vía de ejecución de sentencia.

13. Una vez extinguido el derecho de uso, el progenitor titular de la vivienda podrá recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y podrá solicitar, si procede, la cancelación del derecho.

14. Para disponer de la vivienda y ajuar familiar cuyo uso corresponda al beneficiario no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en ausencia del mismo, la autorización judicial.»

Artículo 13: Medidas previas, provisionales o coetáneas y definitivas y su modificación

«1. Medidas previas. La parte que se proponga instar uno de los procedimientos previstos en el artículo 1 de la presente Ley podrá solicitar con carácter previo la adopción de los efectos y medidas a que se refieren los dos capítulos anteriores.

Estos efectos y medidas sólo subsistirán si en el plazo de treinta días desde que fueron adoptados se presenta la demanda principal ante el juez competente.

2. Medidas provisionales o coetáneas. Admitida la demanda a que se refiere el artículo 1 de esta ley, se producirá por ministerio legal el cese de la presunción de convivencia y quedarán revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de las partes hubiera otorgado a la otra.

El juez, a petición de cualquiera de las partes, podrá acordar además la adopción de medidas provisionales, utilizando como criterios los establecidos en la presente Ley.

3. Medidas definitivas. Los efectos y medidas previstas en este capítulo terminarán en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia que se dicte en el proceso principal, o se ponga fin al proceso de otro modo.

4. Modificación de medidas. Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas entre las partes, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.»

ANEXO III: LISTA DE CRITERIOS PARA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA

A) PRECISIÓN TERMINOLÓGICA:

1. Autoridad familiar (patria potestad) y guarda y custodia

Ante la disparidad terminológica existente en nuestra legislación estatal y autonómica, conviene, de forma breve, diferenciar las distintas instituciones jurídicas y su contenido en relación con los deberes parentales.

Nuestro ordenamiento jurídico residencia en la institución de la patria potestad, responsabilidad parental, autoridad familiar o autoridad parental el núcleo fundamental de las decisiones relevantes respecto a la crianza de los hijos menores (artículo 154 del CC, artículos 236-1 y 236-2 del Código Civil Catalán o Leyes 67 y 68 del Fuero Nuevo de Navarra). La guarda o custodia se configura como la facultad de cada progenitor de tener consigo a los menores y convivir con ellos durante un determinado tiempo.

Sin desconocer la importancia de la convivencia en las relaciones familiares y, por tanto, del régimen de guarda que se fije, jurídicamente resulta más relevante la patria potestad, potestad parental, autoridad familiar y parental por su contenido.

Por tanto, deben deslindarse ambas figuras, siendo deseable que en convenios, resoluciones judiciales y planes de coparentalidad se detallen las decisiones que corresponden a este segundo ámbito y la forma de solventar las discrepancias que surjan en su adopción (procedimiento del artículo 156 del CC en relación a los artículos 85 a 89 de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, y art. 236-13 CCC, sometimiento previo a mediación, nombramiento de un/a coordinador/a de parentalidad, etc...). Esa pormenorización de las

facultades que integran la potestad familiar y su ejercicio conjunto pueden eliminar muchas disputas sobre el modelo de custodia, al asegurar una corresponsabilidad parental satisfactoria para ambos progenitores con independencia del régimen de custodia que se establezca.

2. Guarda, custodia o régimen de convivencia:

Guarda, custodia o convivencia, todos estos términos se están refiriendo a una misma realidad, la tenencia o convivencia de los hijos con uno o ambos progenitores en determinados periodos de tiempo durante los cuales es el progenitor custodio o guardador el que ejercita y asume los deberes y responsabilidades propios de la potestad, pero no todos, sino solo aquellos que se derivan de forma directa de la convivencia y que comprenden las decisiones relativas a los aspectos cotidianos de la vida de un menor, es decir, aquellos que hacen referencia a hechos o actos en los que puede tomar decisiones sin necesidad de recabar la conformidad del otro.

Guarda o custodia en nuestro ordenamiento jurídico interno no tiene el mismo contenido que en las normas internacionales (Convenio de la Haya Sustracción Internacional de Menores 1980, art. 5; Reglamento 2201/2003, art. 3; Convenio de la Haya de 1996, art. 3) por lo que es conveniente aclararlo en la sentencia en aquellos supuestos en los que la sentencia pueda tener incidencia o eficacia transfronteriza.

Sea cual sea el modelo de custodia que se acoja (y salvo supuestos excepcionales de privación de uno de los progenitores de la potestad familiar y/o del derecho a tener a los/as hijos/as en su compañía), la responsabilidad de cuidar, atender, educar y criar a los/as hijos/as continúa siendo de los dos progenitores, aunque obviamente cada progenitor ejercerá esta responsabilidad con mayor intensidad durante los periodos de tiempo que los menores se encuentren bajo su guarda. En tal sentido resulta incorrecto hablar de «visitas». Sea cual sea el régimen de custodia que se establezca, cada progenitor viene obligado a ejercer las facultades inherentes a la guarda de los/as hijos/as durante los periodos de tiempo que hayan de convivir con él o ella con plena responsabilidad.

3.) Custodia compartida:

Debe abandonarse la idea preconcebida (e inexacta) de que la característica esencial de la custodia compartida es la equiparación aritmética

de los tiempos que los/as hijos/as han de convivir con cada uno de los progenitores. La idea fundamental que sustenta la custodia compartida es la de coparentalidad, esto es, plena equiparación de las responsabilidades asumidas por ambos progenitores en las tareas ordinarias de cuidado, atención, educación y crianza de los/as hijos/as, de suerte que ambos participen de manera equilibrada o equitativa en el desempeño de tales tareas y responsabilidades. El objetivo no es repartirse el tiempo de estancia por igual, sino equiparar la dedicación de ambos progenitores a los hijos e hijas y crear una vinculación afectiva que tenga en consideración al referente paterno y al materno.

Partiendo de esta idea fundamental, y siempre que se mantenga ese equilibrio en el desempeño de las tareas de cuidado, atención, educación y crianza, es perfectamente posible el establecimiento de custodias compartidas que no se ajusten a un reparto aritméticamente igualitario de los tiempos de convivencia de los/as hijos/as con sus progenitores. Ese reparto puede ser asimétrico y centrarse en funciones y cometidos. Igualmente la alternancia de los tiempos de estancia puede revestir diversas modalidades (por periodos de días, semanas, quincenas, meses, trimestres, semestres, etc...).

B. JUICIO DE PERTINENCIA SOBRE LA MODALIDAD DE CUSTODIA:

La determinación del régimen de custodia más adecuado en cada caso debe llevarse a cabo observando una serie de normas o recomendaciones básicas, aplicables a todos los supuestos:

1º. A tenor de lo establecido en el artículo 92 del Código Civil, en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia procedente, **el Juez deberá oír a los menores** que tengan suficiente juicio. Así lo exigen también la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, artículo 9, y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 11 de octubre 2016 caso Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias vs España), en la que específicamente se declara que establecer un régimen de custodia sobre un menor, en un procedimiento de divorcio, sin haberle escuchado, vulnera su derecho a ser oído en juicio del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2°. Deben desterrarse las posiciones personales apriorísticas. La custodia compartida no puede fijarse o rechazarse en función de las «creencias» o de la opinión que cada operador jurídico tenga sobre esta figura. La guarda o custodia compartida es una institución jurídica recogida en nuestro ordenamiento por vía de legislación positiva o de reconocimiento jurisprudencial y, por tanto, su procedencia o no en cada supuesto debe determinarse mediante un razonamiento jurídico que contemple una valoración de las circunstancias concretas que concurren.

3°. Prioridad de los acuerdos alcanzados por las partes. Según el art. 92.5 del Código Civil, se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. Fuera de estos casos será el Juez el que haya de determinar el modelo de custodia más adecuado en cada caso (individual materna, individual paterna o compartida), atendiendo a las circunstancias específicas de cada familia y caso concreto y priorizando siempre el interés de los hijos y las hijas menores de edad.

5°. Exclusión de aquellas custodias (compartidas o individuales) que son propuestas o rechazadas por motivos diferentes a su finalidad esencial, cual es asegurar la relación más saludable y fructífera entre los y las menores y sus progenitores, señaladamente motivos de naturaleza económica.

6°. No procederá la guarda conjunta, de acuerdo a la normativa del Código Civil, cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que las normas de las CCAA son algo más flexibles en esta materia, remitiéndonos al capítulo dedicado concretamente a ello.

7°. El Juez, al acordar el sistema de guarda que estime más conveniente en cada caso, podrá adoptar las cautelas procedentes para el efi-

caz cumplimiento del régimen de guarda establecido. No se especifica legalmente cuáles podrían ser estas cautelas, pero con carácter general se viene interpretando que el seguimiento por equipo técnico o Punto de Encuentro Familiar, o la derivación a mediación.

C. CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA DETERMINAR UNO U OTRO TIPO DE CUSTODIA:

Partiendo de la jurisprudencia elaborada en torno a esta materia por la Sala Primera del Tribunal Supremo, del análisis de sentencias que hemos realizado para la elaboración de este libro, y de los criterios que ofrece la normativa autonómica, podemos indicar los siguientes:

1. Opinión manifestada por los hijos e hijas menores

La voluntad de los menores, expresada con madurez y de forma razonada y razonable, ha de ser un criterio muy relevante a ponderar, dada la posible resistencia del menor a aquella modalidad de guarda contraria a sus deseos y la dificultad de ejecutar «in natura» este tipo de decisiones judiciales.

Modo de acreditación: La opinión de los menores puede ser conocida por medio de su audiencia directa (lo más recomendable), por la manifestación concorde de ambos progenitores, o por lo expresado a los peritos judiciales en el seno de un informe pericial o dictamen de especialista imparcial.

2. Capacidad, aptitud y habilidad parental

La capacidad puede erigirse como factor excluyente de la custodia si uno de los progenitores carece de las condiciones personales necesarias para ejercer adecuadamente la guarda o custodia por la presencia de alguna enfermedad o trastorno mental, drogodependencia, o patología que acreditadamente impida u obstaculice el correcto ejercicio de las funciones propias de la guarda de menores.

La aptitud y habilidad hacen referencia a las habilidades personales de cada progenitor para el ejercicio de las diversas funciones parentales, para garantizar el bienestar de los hijos e hijas y facilitarles un entorno adecuado a su edad y circunstancias.

Modo de acreditación: No se cuestionan cuando cada progenitor reconoce en el otro esa capacidad, habilidad y aptitud. Si se cuestionan por alguno de los progenitores la capacidad, habilidad o aptitud del otro/a resultan útiles los informes periciales, o informes de hospitales, servicios médicos y también sociales.

3. Disponibilidad para ejercer la custodia

Este criterio hace referencia a la existencia en la vida de cada progenitor de unas condiciones de trabajo, posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar, vivienda, apoyo familiar o del entorno más cercano, etc... que hagan posible el adecuado ejercicio de las tareas propias de la guarda y custodia (cuidar a los hijos, atenderlos en la realización de las tareas ordinarias de la vida diaria, y procurarles un ambiente de seguridad y estabilidad que haga posible su correcto desarrollo). Se trata de condiciones objetivas (espacio adecuado para los hijos en los domicilios respectivos de los progenitores, localización de tales domicilios y distancia entre ellos y con respecto al lugar de estudios, horarios laborales de cada progenitor, turnos de trabajo, etc...) que facilitan o impiden una guarda o custodia compartida, en tanto posibilitan o imposibilitan la organización que exige una convivencia regular y continuada con un hijo o hija menor de edad. En este sentido, es importante tener en cuenta los cambios y esfuerzos llevados a cabo tras la ruptura de facto de la pareja por cada progenitor a fin de acceder a unas condiciones laborales, habitacionales y de toda índole que favorezcan el ejercicio de las tareas propias de la guarda y custodia.

La ausencia clara de esa disponibilidad por razón de domicilio, horarios laborales o inestabilidad personal puede excluir a ese progenitor como guardador.

Modo de acreditación: Prueba de interrogatorio, audiencia de menores y documental.

4. La actitud de los progenitores

Este criterio hace referencia a la actitud que cada uno de los progenitores muestra a la hora de asumir sus deberes y respetar los derechos del otro. Debería valorarse especialmente la disposición de cada progenitor para cooperar con el otro, llegar a acuerdos en todos los asuntos que se refieran a los hijos e

hijas, mantener a estos al margen del eventual conflicto de pareja, y promover una relación estable y sana con el otro progenitor, su familia extensa y, en su caso, su nueva pareja o familia (progenitor «generoso»).

Modo de acreditación: Prueba de interrogatorio, audiencia de menores, e informe pericial psicosocial del grupo familiar.

5. Vinculación psicológica o apego

Este criterio hace referencia al contenido de la relación que el menor o los menores hayan establecido con cada progenitor durante la convivencia y en la fase post-ruptura, y puede extenderse a las otras personas que conviven en los hogares respectivos de cada uno de los progenitores.

Modo de acreditación: Informes periciales o dictamen de especialistas imparciales. Audiencia de los menores.

6. Arraigo social y familiar de los hijos

Se trata de un criterio de valoración dirigido a evitar a los hijos e hijas el sufrimiento, añadido al inherente al cambio en su vida que supone la ruptura de la pareja, que supondría el tener que romper con lo que hasta entonces ha sido su entorno «extenso» de protección, confort y seguridad.

Modo de acreditación: Interrogatorio de partes. Informes periciales o dictamen de especialistas imparciales. Audiencia de los menores.

7. Mantenimiento del statu quo con el fin de preservar la estabilidad de los hijos: continuidad de la figura cuidadora principal o cuidador primario

Se parte de la presunción de que resulta beneficioso para el/la menor el mantener como cuidador principal a aquél de los progenitores que ha venido asumiendo dicho rol de manera preponderante durante la convivencia, pues es el sistema que mayor estabilidad va a proporcionarle, minimizando los efectos negativos de la ruptura y el severo cambio que ya supone en su vida. No obstante, este criterio no puede erigirse en un factor que imposibilite cualquier cambio o reorganización en los roles familiares tras la ruptura parental. A estos efectos es muy relevante observar cuál ha sido la reorganización de

esos roles tras producirse la ruptura de hecho de la pareja, y cuál ha sido el rol que cada uno de los progenitores ha adoptado y consolidado tras esa ruptura.

Modo de acreditación: Interrogatorio de las partes y testifical.

8. Existencia de conflicto entre los progenitores en tanto tenga incidencia sobre el menor

Debe superarse la idea de que cualquier clase de conflictividad o mala relación entre los progenitores excluye la guarda o custodia compartida. Se parte de la base de que una inmensa mayoría de las rupturas de pareja (desde luego todas las que llegan a un procedimiento contencioso) llevan aparejado un cierto grado de conflictividad entre las partes. Lo relevante en este punto es averiguar si el nivel de conflictividad es tal que implica una ruptura total de los canales de comunicación entre los progenitores, de suerte que no es posible diálogo de ninguna clase entre ellos para tratar de los asuntos ordinarios que afectan a sus hijos e hijas, o si esa conflictividad elevada está siendo transmitida por alguno de los progenitores a los hijos, de suerte que se ven envueltos directamente en ella, o si esa conflictividad se traduce en enfrentamientos directos o episodios de violencia. En tales casos la conflictividad en la relación de los progenitores puede erigirse en obstáculo a la custodia compartida, habida cuenta que por su propia esencia se trata de un régimen de cooperación entre los progenitores, absolutamente incompatible con las situaciones descritas. En estos casos, debe prestarse especial atención a la contribución de cada uno de los progenitores a esa situación de elevada conflictividad y falta de comunicación a la hora de determinar el régimen de custodia y estancias de los hijos.

Modo de acreditación: Informes periciales o dictamen de especialistas imparciales. Interrogatorio de las partes.

9. La edad de los menores

Es especialmente relevante respecto a menores de corta edad en los que se desaconsejan repartos de tiempo prolongados entre uno y otro progenitor y, por tanto, sin contacto con uno de ellos.

10. Recomendaciones de los informes periciales psicosociales

En relación con este criterio lo primero que debe ponerse de relieve es que no cabe desplazar la responsabilidad de la decisión acerca del sistema

de custodia más conveniente en cada caso del Juez a los peritos. La decisión acerca de esta cuestión siempre es del Juez, y deberá adoptarla valorando **conjunta y razonadamente** toda la prueba practicada. Esto incluye un detallado análisis crítico del dictamen del equipo técnico psicosocial y de los dictámenes periciales de parte si los hubiere, indicando a cuál de tales informes se da más valor y las razones para ello, así como los elementos de dichos informes que se han tenido en cuenta para llegar a la decisión que se adopta en materia de custodia.

Estimamos que no es conveniente poner en la sentencia todo el contenido completo del dictamen del equipo o de las periciales, sino solamente lo más relevante para la decisión sobre la guarda y custodia y las visitas, porque pueden existir otras informaciones que no es necesario divulgar y pueden afectar a la protección de datos o perjudicar la relación de los progenitores con sus hijos e hijas.

ANEXO IV: INTERVENCIÓN JUDICIAL EN FAMILIAS DE ALTA CONFLICTIVIDAD

1. DATOS A TENER EN CUENTA:

El trabajo en los Juzgados de familia nos enseña que hay un porcentaje de rupturas que, tanto si se encauzaron inicialmente por los trámites del mutuo acuerdo, como si lo hicieron por la vía contenciosa, transcurrido un periodo de tiempo desde la ruptura, que se estima prudencialmente por los psicólogos en dos años aproximadamente, presentan un elevado nivel de conflicto, que se traduce en continuas incidencias en la ejecución, por incumplimientos de sentencia, además de ser fuente de innumerables procesos de modificación de medidas o de controversias en el ejercicio de la parentalidad. En muchos de ellos se acude finalmente a la vía penal. Los casos tendencialmente conflictivos resultan exacerbados si se resuelven por los procedimientos adversariales tradicionales.

La identificación temprana de estas situaciones no es siempre fácil y, en la mayoría de las ocasiones, la conclusión de que estamos ante familias conflictivas es tardía, lo que dificulta la gestión de la situación.

Los datos nos indican que:

- El 25% de las rupturas da lugar a una situación claramente conflictiva.
- Un 10 % de las familias genera el 90 % del trabajo de los Tribunales.

Estos datos reflejan que existe una concentración de esfuerzos que perjudica a las restantes familias que esperan una resolución judicial. Los mayores damnificados son, desde luego, los menores implicados en estas situaciones.

Son niños que tienen problemas de adaptación y relación social, sufren mayor fracaso escolar y padecen desajustes en clave de angustia, agresividad, hábitos desordenados, etc. A estos efectos inmediatos se añaden además los denominados «*efectos durmientes*», esto es, las disfunciones y carencias que aparecen a largo plazo, en la edad adulta.

En algunos países las familias de alta conflictividad están calificadas como tales, lo que implica la aplicación de medidas de intervención que procuran atenuar los conflictos y mejorar, en la medida de lo posible, la situación existente. Esta determinación ayuda a los jueces a conocer qué tipo de intervención deben adoptar y poner las medidas adecuadas para ello.

2. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CONFLICTIVIDAD.

Los criterios que como Jueces podemos tener en cuenta para determinar si estamos ante una familia de alta conflictividad son, entre otros, los siguientes:

- Los progenitores presentan niveles significativos de rabia y desconfianza. Los interrogatorios de parte nos permiten en muchas ocasiones valorar esta actitud.
- Hay un reiterado conflicto verbal y una comunicación insuficiente que tiene su reflejo procesal en una continua necesidad de que el juez intervenga para todo.
- Se aprecia una actitud negativa respecto de la expareja, con una manifiesta o encubierta hostilidad: No hay ningún reconocimiento del otro.
- Existe una imposibilidad o dificultad de deslindar las cuestiones que atañen a sus hijos de las que les atañen a ellos.
- Se detecta una reiterada referencia a las conductas reprobables o negligentes del otro.
- Se produce una escalada que suele terminar con denuncias por incumplimiento de los deberes familiares, y en ocasiones por episodios de violencia.
- Las partes se muestran particularmente reticentes a las propuestas de ayuda psicológica, dado que perciben a la otra parte como responsable de todo lo que acontece. Es frecuente que sean los hijos quienes acaban siendo remitidos por los padres al psicólogo ante los problemas que presentan, sin tener la más mínima conciencia de dónde está el origen del problema del niño o de la niña.

- Cada uno tiene la convicción de que el otro no ejerce – porque no sabe o no quiere – adecuadamente sus funciones y que son ellos quienes pueden dar a sus hijos los cuidados y el afecto que precisan.

3. EXPERIENCIA DE LOS JUECES CON LAS FAMILIAS CONFLICTIVAS:

Estas características específicas de las parejas con alto grado de conflictividad tienen su reflejo en la esfera procesal:

- La ruptura de los canales de comunicación entre las partes hace que la situación de conflicto se agrave cada vez más, pudiendo llegar a desencadenar incidentes muy negativos para los hijos e incluso episodios de violencia. Por ello es necesario actuar rápido. Los tiempos de espera juegan en contra: en familias de alto conflicto el tiempo de espera suele ser germen de situaciones de violencia evitables.
- El conflicto cambia a un ritmo distinto al del proceso, apareciendo incidencias y problemas secundarios, diferentes a los que constituyen el objeto básico que se debate. Esto se traduce normalmente en la presentación por las partes de múltiples escritos y peticiones diferentes de las recogidas en los escritos básicos de alegaciones, que complican extraordinariamente la causa y pueden llegar a desbordar al órgano judicial.
- Suele producirse una delegación del problema en los abogados de las partes, que se sienten también impotentes para poder controlar la situación y no llevan a cabo un acompañamiento adecuado: el abogado se centra en cuestiones legales y desconoce otros aspectos que son relevantes en este momento.
- Las partes se sitúan en una dinámica de búsqueda del ganador/perdedor: no pueden centrarse más que en lo suyo. Esto suele traducirse en el enquistamiento de posiciones y en la presentación de escritos cada vez más contundentes.
- Se pide al juez de que resuelva sobre lo que las partes no han podido decidir. Hay una esperanza en el proceso: el juez podrá parar esto. Esta idea unida al enquistamiento de las posiciones conduce inexorablemente a una judicialización estable y permanente del conflicto.
- El conflicto personal impide abordar el conflicto jurídico y éste incrementa, a su vez, el conflicto personal. Al sufrimiento personal se une el sufrimiento que supone el proceso.

Es importante que el juez advierta estas señales, aprecie lo que tiene entre manos, entienda la situación y sepa actuar para pacificar el conflicto. **Esto exige una especialización en la materia.**

4. MARCO LEGAL PARA LA INTERVENCIÓN CON FAMILIAS DE ALTA CONFLICTIVIDAD:

Algunas regulaciones autonómicas contemplan de manera específica la posibilidad de intervención con familias conflictivas.

Estas son las regulaciones sobre la materia:

4.1. Cataluña:

El art. 233-13 CCCat. regula la supervisión de las relaciones personales en situaciones de riesgo, estableciendo:

«1. La autoridad judicial puede adoptar, por razones fundamentadas, medidas para que las relaciones personales del menor con el progenitor que no ejerce la guarda o con los abuelos, hermanos o demás personas próximas se desarrollen en condiciones que garanticen su seguridad y estabilidad emocional.

2. Si existe una situación de riesgo social o peligro, puede confiarse la supervisión de la relación a la red de servicios sociales o a un punto de encuentro familiar.»

Como se ve, la regulación catalana contempla de manera expresa la posibilidad de supervisar la relación a través de los servicios sociales o del punto de encuentro familiar. No se concreta la intervención social adecuada para estas situaciones. Éstas se están realizando a través del coordinador parental, que se ha perfilado jurisprudencialmente y al que se refieren varias resoluciones de la AP de Barcelona y del TSJ de Cataluña. El perfil técnico de los profesionales ha sido definido por la Conselleria de Justicia y el Colegio de Psicólogos.

4.2. Navarra:

El preámbulo del Fuero Nuevo tras la modificación realizada por la Ley 21/2019 establece la conveniencia de propiciar la coordinación de parentalidad.

Así mismo la Ley 77 del Fuero Nuevo dispone que:

«En todos aquellos procedimientos en los que según las leyes de la presente Compilación el juez deba pronunciarse sobre cuestiones derivadas de la responsabilidad parental, podrá adoptar, motivadamente, las medidas que estime necesarias para supervisar las relaciones de los hijos con sus progenitores con la finalidad de garantizar sus derechos, pudiendo designar a tal fin un coordinador de parentalidad.

Cuando aprecie fundadamente la existencia de riesgo para los menores o cualquier otra circunstancia que lo justifique, podrá confiar dicha supervisión a los servicios sociales o a los puntos de encuentro familiares.»

4.3. En el ámbito internacional:

Destacan las previsiones de los artículos 3 y 9 la Convención Universal de Derechos del Niño, que establecen el derecho del niño a no ser expuesto a situaciones de conflictos de lealtades con motivo de la ruptura de sus progenitores.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos que consagra la obligación de los EEMM de garantizar la vida familiar, así como la jurisprudencia del TEDH que lo desarrolla que destaca la importancia de garantizar la más estrecha relación de los menores con sus dos estirpes familiares.

4.4. En el ámbito estatal:

El art. 85 Ley de Jurisdicción Voluntaria, aplicado en conjunción con el art. 158 del Código Civil, constituyen el anclaje técnico jurídico del que actualmente se dispone para la introducción de medidas de intervención que puedan ser eficaces para atender a las denominadas familias de alta conflictividad.

En cuanto a cuáles sean las posibles medidas de prevención de la conflictividad en las rupturas, no ofrece duda de que la primera de ellas sería contar con un adecuado y detallado plan de parentalidad que está siendo introducido por la jurisprudencia del TS (SSTS nº 630/2016 y 280/2017), o con una sentencia completa e integral que dé adecuada regulación a la nueva situación generada tras la ruptura. Éste es, sin duda, el elemento preventivo de mayor trascendencia.

Los programas de educación parental que existen en la inmensa mayoría de los Estados americanos y Canadá han incorporado, en algún momento del

proceso, «Programas de educación parental» que en España se están introduciendo por los centros de terapia familiar.

El anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia prevé un acompañamiento durante la ruptura que, aunque no se asocia a la categoría de relaciones conflictivas, sí puede considerarse una medida preventiva interesante.

Los servicios de orientación familiar y los puntos de encuentro familiar referidos en el epígrafe III de esta obra constituyen asimismo recursos útiles y eficaces para gestionar supuestos de elevada conflictividad familiar como se reconoce expresamente en la normativa catalana y navarra.

En todo caso, dado el interés que actualmente suscita la figura del coordinador parental, las experiencias que se han realizado autónomamente en determinadas CCAA, así como la experiencia piloto que ha comenzado a desarrollar el Ministerio de Justicia en otras Comunidades Autónomas, consideramos procedente dedicar un apartado a este tema.

5. EL COORDINADOR PARENTAL COMO MEDIDA DE INTERVENCIÓN EN FAMILIAS DE ALTA CONFLICTIVIDAD

a) Introducción.

La coordinación de parentalidad es el instrumento más incisivo de intervención en familias de alta conflictividad.

En 2005, tras años de estudios específicos y el análisis de experiencias americanas y canadienses, se definía al coordinador parental como una modalidad de resolución alternativa de conflictos focalizada en los menores. Pese a que hay numerosas definiciones de la figura, todas ellas coinciden en señalar que se trata de un recurso a disposición de la autoridad judicial que se dirige a ayudar a las familias en la gestión de una parentalidad positiva y en el cumplimiento efectivo de las medidas judiciales, garantizando el interés del menor.

Los estudios llevados a cabo en otros países estiman indicada la derivación de la familia a este específico recurso cuando se detecte una clara falta de capacidad y/o de voluntad en los progenitores para solventar de manera consensuada las cuestiones referidas a sus hijos, y los demás métodos de solución pacífica de conflictos (señaladamente la mediación familiar) hayan resultado ineficaces o no resulten adecuados, atendida la intensidad o naturaleza del conflicto.

El trabajo del coordinador parental se inscribe dentro del proceso judicial en la fase de ejecución de resoluciones judiciales en materia de custodia y de régimen de estancias y comunicaciones. **Se trata de una intervención estrictamente judicializada**, de suerte que siempre será el Juez el que decida la intervención del coordinador en el caso concreto, sus atribuciones, el ámbito y los límites dentro de los cuales esas atribuciones pueden ser ejercidas.

La función del coordinador parental es esencialmente pedagógica y va dirigida a enseñar a los progenitores a gestionar su situación de conflicto, y a separar netamente su condición de progenitores responsables de un hijo común de su condición de expareja. La idea de «mantener la paz en la guerra» resulta bastante gráfica. En este contexto conviene tener presente que:

- El coordinador está llamado a gestionar el conflicto, no a resolverlo. Hay conflictos que resultan irresolubles pero sí puede mejorarse en alguna medida la situación existente.
- La coordinación de parentalidad parte de la idea inicial de reducir el nivel de judicialización de estas familias especialmente conflictivas a través de la formación de los padres.
- Cuando se trabaja con conflictos de alta intensidad es importante también partir de que los avances son pequeños. Hay que ir paso a paso.

b) Regulación del coordinador parental:

Lo primero que debe ser destacado en relación con la figura de la coordinación de parentalidad es que **no se encuentra regulada expresamente todavía dentro de nuestro ordenamiento jurídico**. Tan sólo una de nuestras normas autonómicas, la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, en su preámbulo y en la Ley 77, contempla expresamente la intervención de este profesional con la posibilidad de que los órganos judiciales designen un/a coordinador/a de parentalidad para supervisar las relaciones de los progenitores con sus hijos en aquellos casos en que el Juez haya de pronunciarse sobre cuestiones derivadas de la responsabilidad parental.

La coordinación de parentalidad no se encuentra legalmente prevista ni regulada de manera específica para ninguna de las restantes CCAA, si bien en la Comunidad Autónoma de Cataluña se han venido realizando algunas experiencias piloto desde el año 2012 al amparo de lo establecido en el artículo 233-13 CCCat y la Disposición Adicional sexta de la ley que aprobó el Libro

II del CCCat, que regula la supervisión de las relaciones personales en situaciones de riesgo y otras intervenciones de los equipos técnicos, clínica médico forense y otros servicios de los colegios profesionales. Reiteradas sentencias de las audiencias catalanas, en la línea de la STSJ de Cataluña nº 102/2014 dictada en casación, han ido perfilando las características de este tipo de intervención. También en Baleares, con derecho foral propio, se han realizado algunas experiencias piloto de este tipo, introducidas jurisprudencialmente.

En las Comunidades Autónomas sujetas a derecho común también se han llevado a cabo algunas experiencias piloto al amparo del artículo 85 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, aplicado conjuntamente con el artículo 158 del Código Civil.

En este momento en que ya hay una Comunidad Autónoma que regula específicamente la coordinación de parentalidad, y otras CCAA que han puesto en práctica experiencias pilotos construidas por vía jurisprudencial, **resulta absolutamente imprescindible y urgente que se realice una regulación detallada y homogénea de la figura**, concretando la formación teórica y práctica necesaria para poder acceder al ejercicio de esta función, el régimen jurídico a que debe someterse el coordinador o coordinadora de parentalidad, las facultades que pueda el juez otorgarle y los criterios de derivación. Junto a ello se impone la regulación de protocolos de derivación claros que garanticen la adecuada intervención y la coordinación con el juzgado. Ciertamente, la demora en una regulación clara de este recurso psicosocial está favoreciendo prácticas que no cuentan con el aval técnico jurídico ni psicológico que corresponde a una intervención de tanta trascendencia para los menores y para las familias.

Por interés expositivo y con el fin de poder facilitar al usuario de esta guía una aproximación a la figura de la coordinación de parentalidad y a cómo podría ser aplicada en la jurisdicción, vamos a concretar las características, regulación y funcionamiento del coordinador parental que se ha implantado en Navarra, dado que es la única CCAA con una previsión legal expresa.

Somos conscientes de la diferente valoración que de la coordinación de parentalidad se realiza por la abogacía especializada. Estas discrepancias se han debido en gran medida a intervenciones realizadas en casos concretos sin el necesario control judicial, y sin una adecuada supervisión de la preparación técnica de los profesionales intervinientes. Incluso se ha llegado a alertar de que se puede incidir de forma negativa en las líneas básicas de la política judicial en la lucha contra la violencia de género, por lo que se ha avanzado con suma cautela.

En consecuencia, se ha de recomendar que, en tanto en cuanto no se lleve a cabo una regulación completa de la figura a nivel nacional, la coordinación

de parentalidad tenga carácter voluntario para las partes implicadas, y no sea impuesta si las partes se oponen motivadamente a la misma.

Del mismo modo es esencial que los protocolos de intervención no se improvisen por los Jueces de forma anárquica, sino que cuenten con el aval de las Salas de Gobierno de los correspondientes TTSSJJ.

c) Características y funcionamiento de la coordinación de parentalidad en la Comunidad Foral de Navarra.

La información recogida en este apartado ha sido extraída del **«Protocolo para la experiencia piloto de derivación e intervención del Coordinador de Parentalidad en los procesos judiciales»** aprobado por Resolución 224/2019, de 4 de julio, de la Directora General de Justicia del Gobierno de Navarra.

La coordinación de parentalidad se describe con carácter general afirmando que se trata de una figura llamada a cubrir un vacío en la intervención con familias post ruptura, ofreciéndoles un apoyo especializado para implementar su sentencia o plan de parentalidad con la orientación y supervisión de un profesional cualificado que realiza intervenciones de diferente índole con el objetivo último de mejorar la vida de los hijos/as inmersos en el conflicto interparental. Se trata de un apoyo a utilizar cuando el resto de sistemas de intervención con las familias en situación de conflicto no ha funcionado. Estos otros sistemas son: la orientación familiar, la mediación familiar, los puntos de encuentro y los programas educativos, entre otros.

Los coordinadores y coordinadoras de parentalidad que participan en esta experiencia piloto han sido designados/as a tal fin por el Gobierno de Navarra, tras una selección realizada por la Dirección de Justicia, siendo exigibles los siguientes requisitos para poder quedar integrado/a en la bolsa de posibles candidatos/as:

- Deben ser profesionales provenientes del campo de las humanidades, pedagogía, psicología, trabajo social, etc...
- Deben tener habilidades comunicativas y ser expertos o expertas en gestión de conflictos.
- Deben tener experiencia acreditada de alrededor de diez años en el trabajo con familias, en el campo de las relaciones y de la resolución de conflictos familiares.

El Protocolo atribuye las siguientes funciones a la persona designada para ejercer la coordinación de parentalidad:

- Explicar con claridad su función a los progenitores, la relación con el juzgado, con los letrados de las partes con cada miembro de la familia, con los niños/as. Informar a los letrados de sus funciones y competencias, así como de su modo de proceder y las garantías legales.
- Evaluar la situación familiar y de los hijos. Buscar toda la información que pueda del caso, leer e interpretar informes emitidos por otros profesionales etc. El/la coordinador/a de parentalidad debe tener acceso de manera permanente mientras dure su actividad a la totalidad del expediente judicial que afecte a su intervención y deberá recibir comunicación de cualquier modificación.
- Coordinar el caso entre la petición judicial y las intervenciones de otros profesionales que trabajan con la familia (colegio, pediatra, terapeutas, pedagogos, abogados, etc), así como valorar la influencia de la familia extensa en el desarrollo de las relaciones entre progenitores y sus hijos.
- Acompañar y orientar a los progenitores sobre las necesidades de sus hijos/as en su momento evolutivo presente, tanto necesidades físicas, como cognitivas y sobre todo emocionales, así como sobre el impacto del divorcio en los hijos.
- Ayudarles a incorporar mejores destrezas parentales para la educación facilitándoles un abanico de estrategias educativas adecuadas. Trabajar con ellos habilidades de comunicación entre adultos y con los hijos e hijas y entrenarles en técnicas de negociación.
- Facilitar la resolución de conflictos y la toma de decisiones, a través de intervenciones mediadoras con el fin de potenciar la toma de decisiones por los propios padres y madres. El/la coordinador/a de parentalidad puede supervisar las comunicaciones entre ellos ayudándoles a encontrar un estilo adecuado a su situación.
- Escuchar y apoyar a los niños y niñas que se encuentran en medio de la alta conflictividad parental.
- Supervisar el cumplimiento de medidas o acuerdos relativos a los hijos/as.
- Hacer recomendaciones escritas al juzgado.

La derivación a la coordinación de parentalidad habrá de hacerse siempre por resolución judicial motivada y con arreglo criterios previamente establecidos, de tal forma que tanto las representaciones letradas como las propias partes sepan el alcance de la medida y, en su caso, puedan solicitar aclaraciones y formular los recursos correspondientes.

El órgano judicial competente podrá solicitar del coordinador o coordinadora de parentalidad una valoración previa del caso, con el fin de decidir acerca de su idoneidad para ser derivado a dicho recurso. Los equipos psicosociales adscritos funcionalmente al Instituto Navarro de Medicina Legal podrán proponer la intervención de un/a coordinador/a de parentalidad al Juzgado, cuando así lo valoren, en los casos en los que se haya realizado informe pericial o en los que intervengan a través de los seguimientos post-sentencia decididos previamente en resolución judicial.

La resolución judicial que acuerde la derivación deberá indicar:

- Profesional que es designado/a como Coordinador/a de Parentalidad.
- Objetivo de la intervención.
- Temporalidad aproximada (entre 3 meses y un año y medio). Si no puede establecerse inicialmente se podrá determinar la duración a lo largo de la intervención.
- Miembros de la familia que se entienda deben participar en el proceso (aquellos que el/la coordinador/a de parentalidad requiera).
- Periodicidad de los informes de seguimiento que se realizan para el juzgado.
- Acceso del coordinador/a de parentalidad a la información de otros profesionales que intervienen con la familia con el único fin de coordinar la intervención.
- Colaboración de los abogados.
- Capacidad para entrevistarse con los niños/as.
- Decisiones, si es que existiera alguna, que puede tomar con carácter urgente o con acuerdo judicial previa fundamentación.
- Autorización para el tratamiento de los datos de carácter personal.

Funcionamiento de la coordinación de parentalidad:

- Una vez acordada la coordinación de parentalidad por resolución judicial, se procederá a ponerlo en conocimiento de la persona designada

para llevarla a cabo, la cual deberá aceptar el cargo, quedando obligada mediante dicha aceptación a realizar los informes de seguimiento y a atender las solicitudes de información que le demande el juzgado.

- Una vez aceptado el cargo, el coordinador o coordinadora de parentalidad realizará una sesión informativa con los progenitores y los abogados en una entrevista en la que explicará su nombramiento y la intervención acordada en cada caso. Los progenitores y los letrados firmarán un documento de aceptación en el que se concretarán qué cosas podrá hacer el coordinador o coordinadora, los compromisos que adquieren los progenitores, la temporalización del servicio y su finalización.
- En la hoja de derivación que firmen las partes deberá constar también la aceptación por parte de los progenitores y letrados de las normas de funcionamiento del servicio, y de la posibilidad de que el/la coordinador/a de parentalidad obtenga información directa de los centros escolares, centros de salud, servicios sociales de base u otros organismos que hayan intervenido con la familia, siempre que ello sea necesario para el desempeño de su labor.
- Si otra cosa no indica la resolución judicial, los coordinadores de parentalidad emitirán un informe inicial de designación, otro durante la intervención y otro al final del proceso. En todo caso, el/la coordinador/a de parentalidad comunicará al Juzgado cualquier incidencia que acontezca y que considere que ha de ser conocida por el órgano judicial, así como las observaciones que se consideren relevantes. Los informes emitidos por el/la coordinador/a de parentalidad tienen un carácter descriptivo de la situación y de su evolución, pero no son informes de valoración forense.
- El órgano judicial derivante podrá interesar del/la coordinador/a de parentalidad informes sobre la marcha del proceso y las vicisitudes que acontecen cuantas veces considere necesario.

Estatuto del coordinador o coordinadora de parentalidad:

- Los coordinadores de parentalidad serán retribuidos en su tarea por el presupuesto de la Dirección General de Justicia. La Dirección habrá establecido previamente unas tarifas atendiendo a la naturaleza de los informes a realizar.

- En todo el proceso de intervención se cumplirá con el deber de protección de datos y confidencialidad que se garantizará expresamente, debiendo constar en el procedimiento a los efectos oportunos. En todo caso, el/la coordinador/a de parentalidad tendrá acceso a la información obrante en los autos que sea necesaria para su trabajo y que en cada caso decidirá el órgano judicial.
- El/la CP no podrá decidir sobre aspectos vinculados al procedimiento sin estar expresamente habilitado para ello en el nombramiento por parte del Magistrado o Juez que ha realizado la derivación.
- La Dirección de Justicia del Gobierno de Navarra, facilitará a los coordinadores/as de parentalidad designados el uso de salas y/o despachos, para atender a los progenitores, y menores en su caso en las dependencias de la Administración de Justicia.

6. GUARDA Y CUSTODIA EN SITUACIONES DE ALTA CONFLICTIVIDAD

Hemos tratado en otro capítulo cómo debe abordarse el contenido de las medidas personales en situaciones de violencia. No es lo mismo una familia conflictiva que una familia que ha sufrido violencia por parte de alguno de los progenitores. La conflictividad familiar es un elemento que se incluye dentro de los criterios para decidir la procedencia o no de una guarda compartida. Para poder valorar adecuadamente la medida de guarda en cada caso debemos tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Es importante distinguir alta conflictividad y violencia. Valorar el riesgo: STS 680/15 y tener en cuenta en cada caso las causas de esa conflictividad para adaptar las medidas personales a las necesidades de esa familia.
- No podemos olvidar nunca la prioridad del interés del menor en cada caso.
- La mera denuncia por violencia de género o violencia doméstica no parece suficiente para denegar la posibilidad de custodia. Parece más indicado hacer una valoración sobre la existencia de indicios fundados de violencia. En muchos casos se confunde la alta conflictividad con la violencia.

- Es importante contar con la opinión del menor en los términos que la jurisprudencia nos indica: no es vinculante pero sí es un elemento importante.
- Es adecuado fijar medidas de control y seguimiento del caso: Informes Punto de Encuentro Familiar, valoraciones periciales, seguimientos escolares, etc...
- Debemos tener en cuenta que no cabe una suspensión de visitas o estancias si no es por motivos expresamente razonados y con criterios restrictivos. Debe trabajarse la recuperación de la relación.
- Por último, ha de tenerse en cuenta que una adecuada y temprana intervención posibilita que ambos progenitores puedan estar en mejores condiciones para dar a sus hijos una relación frecuente, cercana y adecuada.

ANEXO V: ALIMENTOS EN CASO DE CUSTODIA COMPARTIDA

En el caso de que se pacte una guarda y custodia alternativa o compartida debe quedar fijada la contribución de cada progenitor a los alimentos y gastos de los hijos, contribución que habrá de fijarse teniendo en cuenta los ingresos y la situación económica respectiva de cada progenitor, así como los gastos de los hijos acomodados a las posibilidades económicas reales de ambos tras la ruptura.

Partiendo de esta idea base, las contribuciones de los progenitores a los gastos de los hijos pueden organizarse de las más diversas formas:

- Abono directo por cada progenitor de todos los gastos que tuvieren los hijos durante los periodos de tiempo que estén con el/ella, y gastos extraordinarios al 50% (sistema habitualmente utilizado en caso de igualdad en la posición económica de los dos progenitores).
- Fijación de cuotas o porcentajes diferentes de contribución de cada progenitor a los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos en función de su situación económica respectiva (60%-40%, 70%-30%).
- Establecimiento, a cargo del progenitor con más recursos económicos, de la obligación de hacer frente en exclusiva a determinados gastos necesarios como el colegio, el comedor y el transporte escolares, el seguro sanitario o las actividades extraescolares de naturaleza académica o deportiva, siendo los demás gastos sufragados por ambos progenitores al 50% o porcentaje que se determine en función de la situación económica respectiva.
- Establecimiento de la obligación de los progenitores de abrir una cuenta conjunta y mancomunada y de ingresar en ella mensualmente.

te una determinada cantidad especificada en la sentencia para hacer frente a los gastos ordinarios de los hijos, pudiendo fijarse la misma cantidad para cada progenitor (si su situación económica es sustancialmente equivalente) o cantidades diferentes en función de sus ingresos y posibilidades.

- Imposición al progenitor que tenga una posición económica más desahogada de la obligación de abonar una pensión mensual de alimentos al progenitor con menos recursos, con el fin de que pueda atender adecuadamente a los gastos de los hijos durante los periodos que están con ella/él.

Si se acuerda la custodia compartida en sentencia contenciosa, es muy importante, a efectos de evitar controversias futuras, **precisar el modo concreto en que se van a ir pagando los gastos de los hijos.**

A estos efectos, resulta muy conveniente imponer a los progenitores la obligación de abrir una cuenta conjunta y mancomunada, en la que deberán ir ingresando sus respectivas contribuciones o aportaciones para atender los gastos ordinarios de los hijos.

En dicha cuenta corriente se domiciliarán los recibos de colegio, guardería, comedor escolar, uniforme, excursiones escolares, autobús o ruta escolar, telefonía móvil, seguro médico privado, y se cargarán también los gastos de abono transporte, vestido y calzado, libros, cuadernos y material escolar dado que por previsibilidad y periodicidad no son considerados estos gastos como extraordinarios, sin perjuicio de la obligación de cada progenitor de tener al corriente al otro de estos gastos de los hijos.

El saldo positivo de esa cuenta conjunta, cuando exista, podrá ser aplicado al pago de los gastos que se produjeran, incluso extraordinarios. Si fuese negativo se completará en la misma proporción que se haya fijado para las contribuciones a alimentos y gastos.

De los gastos a cargar en esta cuenta se excluyen los gastos de manutención estricta, que serán abonados directamente por cada progenitor durante el tiempo que tenga a los hijos consigo. Asimismo, cada progenitor correrá con los gastos de suministros de la vivienda que ocupe en cada momento.

Del mismo modo es necesario determinar de manera clara y precisa, bien en el convenio regulador bien en la sentencia:

- Qué gastos tendrán la consideración de ordinarios y cuáles han de quedar sujetos al régimen de gastos extraordinarios.

- El procedimiento para dirimir desacuerdos acerca de la naturaleza ordinaria o extraordinaria de un determinado gasto.
- La contribución de cada progenitor al pago de estos gastos extraordinarios.
- La forma concreta en que han de abonarse los gastos extraordinarios (mediante ingresos en la cuenta conjunta proporcionales a la contribución fijada para este tipo de gastos, mediante abono por uno de los progenitores y posterior reembolso por el otro de la parte que corresponda, etc...).

ANEXO VI: PLAN DE PARENTALIDAD

I. IDEAS BÁSICAS:

Concepto

El preámbulo de la Ley Catalana 25/2010 define el plan de parentalidad como *«un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos en ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. En esta línea, se facilita la colaboración entre los abogados de cada una de las partes y con psicólogos, psiquiatras, educadores y trabajadores sociales independientes, para que realicen una intervención focalizada en los aspectos relacionados con la ruptura antes de presentar la demanda. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos».*

El plan de parentalidad es un instrumento basado en la autonomía de la voluntad de los progenitores dirigido a ordenar las principales cuestiones que puedan afectar a los hijos e hijas comunes en los casos de separación o divorcio.

Con la planificación de la parentalidad y el uso de la autonomía de la voluntad de los padres que permite este acuerdo, **se persigue el ejercicio conjunto de los deberes** inherentes a la misma. Con ello, los dos progenito-

res pueden participar activamente en la planificación del futuro de sus hijos, lo que deriva en una mayor satisfacción por parte de ambos y en un mayor y mejor cumplimiento de sus obligaciones parentales.

Regulación

El plan de parentalidad ha quedado regulado en la normativa autonómica con diferentes denominaciones.

Artículo 233-9 del Código Civil de Cataluña.

1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.

2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:

- 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 períodos en que un progenitor no los tenga con él.*
- e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos 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.*

3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recorrer a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas

de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.»

El Fuero Nuevo Navarro regula el denominado Pacto de Parentalidad en sus Leyes 69 y 70.

La Ley 69 regula el denominado Pacto de parentalidad en el mutuo acuerdo con el siguiente contenido:

Cuando los progenitores acuerden la forma en que ejercerán corresponsablemente los deberes y facultades parentales, deberán presentar, en su caso, como parte integrante del Convenio Regulador que corresponda, un pacto de planificación parental que incluya los siguientes extremos:

- 1. El lugar o lugares donde vivirán los hijos con uno y otro en cada momento, estableciendo cuál de ellos figurará a efectos de empadronamiento, así como el modo en que compartirán la adopción de todas las decisiones que sean relevantes para el desarrollo de la personalidad de sus hijos.*
- 2. Los periodos de convivencia y estancia de los hijos con cada progenitor, la forma de comunicación de los mismos con el que en cada momento no los tenga bajo su cuidado y los aspectos personales y económicos que afecten al cambio de guarda entre ambos.*
- 3. Las tareas de las que se responsabiliza cada uno de ellos en las actividades escolares y extraescolares diarias de los menores con mención, en su caso, de la intervención o ayuda de terceras personas y el medio por el que se transmitirán recíprocamente toda la información relevante de sus hijos.*
- 4. Los medios y forma de contribución económica de cada uno al sostenimiento de todas las necesidades ordinarias y extraordinarias de sus hijos, especificando unas y otras, con expresión de las circunstancias de toda índole que hayan fundamentado su establecimiento.*
- 5. El uso y destino de la que fue durante la convivencia la vivienda familiar y del ajuar contenido en ella, con la atribución, en su caso, del derecho de uso a uno de ellos o a ambos, duración y condiciones del mismo y repercusión que tal atribución tenga en la contribución al sostenimiento de las necesidades de los menores.*
- 6. El modo en que los menores se relacionarán con otros familiares y allegados cuando ello se considere necesario para respetar su interés*

y siempre que conste el consentimiento de las personas con las que se establezcan las relaciones.

Los progenitores podrán incluir en el pacto de parentalidad su compromiso de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de su aplicación.

La Ley 70 del Fuero nuevo que contempla las medidas judiciales a falta de acuerdo e impone la presentación de un plan de parentalidad por cada uno de los progenitores con el contenido previsto en la ya citada Ley 69.

Artículo 77 del Código de Derecho Foral de Aragón: Pacto de relaciones familiares.

1. Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos.

2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar:

- a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos.*
- b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.*
- c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar.*
- d) La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos.*
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial.*
- f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.*

3. La modificación o extinción del pacto de relaciones familiares se podrán llevar a cabo en los siguientes supuestos:

- a) Por mutuo acuerdo de los padres.*
- b) En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares.*

- c) *A petición de uno de los padres al sobrevenir circunstancias relevantes.*
- d) *Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados.*
- e) *Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevenida al pacto de relaciones familiares.*
- f) *Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto.*

4. *El pacto de relaciones familiares y sus modificaciones producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo anterior.*

5. *El Juez aprobará el pacto de relaciones familiares, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos. Si el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente.*

6. *Cuando del régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas se deriven derechos y obligaciones para éstos, el Juez deberá darles audiencia antes de su aprobación.»*

Contenido esencial del plan de parentalidad.

En el plan de parentalidad deberá detallarse cómo los progenitores van a afrontar la responsabilidad y los compromisos que han de asumir sobre los aspectos básicos de la vida de sus hijos e hijas. Así se recomienda que recoja la información básica sobre el modo de vida de cada uno de los progenitores en todo aquello que sea relevante para el ejercicio de la custodia y la responsabilidad parental, sobre las condiciones de la vivienda que ocupa cada uno de ellos o sus horarios de trabajo; también debería hacer referencia a otras cuestiones trascendentes como las opciones sobre aspectos prácticos relativos a la vida cotidiana de los menores (modelo educativo, actividades extraescolares, manera en que cada progenitor ha de implicarse en las actividades ordinarias de los hijos, modo de compartir información sobre salud o educación, y el modo en que los padres se comunicarán).

Aun cuando existen diferencias de unas normativas a otras, los contenidos mínimos que con carácter general deben contener serán los relativos a los siguientes aspectos:

- El régimen de guarda y custodia que se aplicará a los hijos e hijas.
- Organización de las estancias, comunicaciones y visitas de los hijos/as con cada uno de los progenitores, incluyendo las estancias en periodos de vacaciones y fechas especialmente señaladas, y las comunicaciones con el progenitor con quien no convivan en cada momento.
- Modo en que los menores habrán de relacionarse con otros familiares y allegados, si se considera conveniente y adecuado para los propios menores.
- Las tareas de las que se ha de responsabilizar cada progenitor en las actividades diarias de los menores (escolares, extraescolares y de toda índole) con mención, en su caso, de la intervención o ayuda de terceras personas y el medio por el que se transmitirán recíprocamente toda la información relevante de sus hijos.
- Lugar o lugares en que habrán de residir habitualmente los hijos y forma de tomar decisiones relativas al cambio de domicilio.
- El tipo de educación de que habrá de proporcionarse a los hijos y actividades extraescolares, formativas, deportivas o de tiempo libre en que habrán de participar.
- El modo de comunicarse entre sí los progenitores, en particular el modo de transmitirse información relativa a la educación, la salud, el bienestar de los hijos y sobre cualquier asunto que pudiera afectarles o interesarles.
- Los medios y forma de contribución económica de cada uno de los progenitores al sostenimiento de todas las necesidades ordinarias y extraordinarias de sus hijos e hijas.
- El uso y destino de la que fue durante la convivencia la vivienda familiar y del ajuar contenido en ella.
- El modo de resolver las dudas, diferencias o controversias que pudieran surgir como consecuencia de la aplicación de los acuerdos recogidos en el pacto.

Previsión del cambio de las circunstancias

Debido a la continuidad de las relaciones con los hijos, y ante un posible cambio de las circunstancias que pueda alterar las relaciones parentales, el plan debe permitir la posibilidad de modificarse. Así, deberá adaptarse a las circunstancias concretas que afecten a la vida de los hijos. Es por ello que el plan debe ser un **instrumento flexible** que permita su alteración.

En particular, se recomienda que el acuerdo que contenga el plan permita su modificación en función de la franja de edad del menor o de los menores. Las etapas que pueden ser relevantes de manera orientativa son: hasta los 3 años; entre los 4 años y los 12; y finalmente más de 12 años.

Compatibilidad con el recurso de mediación familiar

En vista de la conflictividad que puede generarse a la hora de poner en práctica cada una de las cuestiones sobre las que versa el acuerdo, es conveniente que las propuestas del plan de parentalidad prevean algún mecanismo de solución consensual, incluida la derivación a mediación, para resolver los eventuales conflictos o diferencias que puedan ir surgiendo en su aplicación, fruto de las diferentes etapas de la vida de los hijos o de las nuevas circunstancias de los progenitores. La opción de acudir a la autoridad judicial para la resolución de estos conflictos o diferencias debería configurarse como solución subsidiaria.

II. GUÍA BÁSICA PARA LA ELABORACIÓN DE UN PLAN DE PARENTALIDAD:

En cada punto se encontrarán propuestas generales para otorgar una idea genérica sobre como elaborar un plan de parentalidad individual. Cada cuestión deberá adaptarse a las situaciones del caso concreto y a la voluntad de las partes. Del mismo modo, los progenitores podrán omitir o añadir apartados según crean convenientes. Se recomienda incluir todas las cuestiones que puedan aparecer para evitar conflictos futuros.

Se daría comienzo con una declaración de principios.

PRINCIPIOS DE LA PLANIFICACIÓN DE PARENTALIDAD

I. «La vida separada de los progenitores exige un esfuerzo para coordinar, de cara al futuro, el futuro el ejercicio de la responsabilidad parental sobre los hijos menores de edad. En la medida en la que la organización y distribución de espacios, tiempos y obligaciones esté mejor distribuida, los hijos e hijas gozarán de mayor estabilidad»

II. Desde el convencimiento de que lo que expreso es lo mejor para la regulación de la custodia, cumplimiento este cuestionario en relación con mis hijos. (En cada una de las opciones es necesario dar una breve explicación de la razón por la cual se consideran de relevancia las circunstancias que concurren en cada caso).

MODALIDAD DE CUSTODIA Y RELACIONES HABITUALES CON AMBOS PROGENITORES.

1. Patria potestad para la madre o el padre exclusivamente, sin visitas del otro progenitor. Suele darse en caso de que el otro progenitor esté desaparecido, sea irresponsable o nieguen los hijos a tener relación con el mismo.
2. Patria potestad compartida y custodia para la madre o el padre con visitas restringidas del otro progenitor. Puede darse en puntos de encuentro, en el domicilio familiar del menor o puede darse la recogida del menor o los menores en el mismo domicilio familiar.
3. Ejercicio de la patria potestad conjunta, con atribución de la custodia para el padre o la madre y ejerciendo el otro progenitor un derecho de visitas regular, con estancias y pernoctas.
4. Ejercicio tanto de la patria potestad como de la custodia de manera compartida. Residencia alterna por semanas, quincenas, meses, u otras formas de organización de tiempos adaptada a las circunstancias particulares de la familia.
5. Otra modalidad diferente. En este caso, se recomienda su descripción.
6. Una vez elegido el modo de custodia, añadir una breve explicación del mismo y de las razones por las que se considera éste el más adecuado.

CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA GUARDA DEL SOLICITANTE

1. Disponibilidad de tiempo: horarios de trabajo, periodos vacacionales, viajes, etc.)
2. Condiciones de vivienda: ubicación, distancia respecto de los lugares transitados por los hijos, disponibilidad de un espacio adecuado para ellos, etc.
3. Personas que conviven en el domicilio (en caso de haberlas).

FORMA DE REALIZAR LOS INTERCAMBIOS

I. Recogidas y devoluciones:

- a) *Cualquier entrega o recogida se debe hacer con la intermediación de un punto de encuentro familiar.*

- b) *Las entregas y recogidas se realizarán en el domicilio de residencia habitual del menor.*
- c) *Las entregas y recogidas se realizarán bien en el centro escolar (en época lectiva), o en la residencia habitual.*
- d) *Habida cuenta de la edad del/los menores, son éstos los que se desplazarán al domicilio de uno u otro de sus progenitores, o al centro escolar.*
- e) *Habida cuenta de las peculiaridades que concurren establecer otras modalidades de entrega y recogida que se adapten a la situación.*

II. Horarios de recogidas y entregas de los hijos durante el curso escolar

- a) *Los días intersemanales la recogida será en (añadir lugar conveniente: domicilio familiar, centro escolar, etc.) a las ... horas y se reintegrarán al domicilio de residencia habitual a las ... horas.*
- b) *Los fines de semana y festivos, la recogida será en ..., y la devolución a las ... horas del domingo o día festivo.*
- c) *La puntualidad en la entrega y recogida de los menores ha de ser cumplida de forma estricta. Cualquier retraso, que nunca será superior a una hora (salvo por causa mayor no imputable a los progenitores), debe ser comunicado mediante mensaje telefónico (SMS o similar).*

III. Horarios y calendarios de recogida en periodos vacacionales

- a) *En los periodos vacacionales el cómputo comenzará en el día siguiente a la finalización de las clases y finalizará el día anterior al comienzo de las clases. En el día intermedio se realizará el cambio. En todo caso los cambios serán a las ... horas.*
- b) *En los periodos vacaciones, las recogidas serán a las ... horas de la mañana, y la devolución a las ... horas.*
- c) *La puntualidad en la entrega y recogida de los menores ha de ser cumplida de forma estricta. Cualquier retraso, que nunca será superior a una hora (salvo por causa mayor no imputable a los progenitores), debe ser comunicado mediante mensaje telefónico (SMS o similar).*

IV. Principios que regirán la distribución de los periodos vacacionales

- a) *Corresponderá al padre o a la madre el primer periodo en los años pares, y el segundo en los impares, y a la inversa al otro progenitor.*

- b) Las vacaciones de Semana Santa y Navidad se computarán por mitad, y las de verano se entenderán que se concretan en los meses de julio y agosto.*
- c) En este aspecto deben seguir criterios de flexibilidad. Los dos progenitores se comprometen a colaborar en facilitar las soluciones más acordes con los intereses del menor y las circunstancias que concurran.*

V. Gastos de desplazamiento en caso de haberlos

Se recomienda establecer qué progenitor se hará cargo de los gastos de desplazamiento o si lo harán ambos de manera conjunta

COMUNICACIONES ENTRE EL/LOS MENORES CON EL PROGENITOR CON QUIÉN NO SE ENCUENTREN CONVIVIENDO

Durante el curso escolar y en los periodos vacacionales, se recomienda establecer un horario y la obligación del progenitor que se encuentra con los niños de facilitar la comunicación con el otro.

Tenida en cuenta las particularidades de cada caso se recomienda también especificarlas y adaptarlas a la situación concreta.

- a) Los menores podrán comunicar con el progenitor con el que no residen en los días lectivos), de ... a ... horas.*
- b) Se comunicarán a través del teléfono personal de los menores o el de los progenitores según la edad de los mismos. En caso de realizarse la comunicación a través del teléfono móvil de los progenitores, el que en ese momento esté con el menor tendrá la obligación de facilitar la comunicación del otro.*
- c) Posible previsión de comunicación por videoconferencia (Skype, WhatsApp Call u otras herramientas equivalentes de transmisión de la imagen y el sonido).*

DISTRIBUCIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES DE LAS TAREAS COTIDIANAS

I. Acompañamiento al colegio

- a) El progenitor/a que ostenta la custodia en cada momento es el responsable de los traslados al colegio y de la recogida en el centro escolar.*

- b) *Si existen pernoctas con ambos progenitores, el padre/madre en cuya compañía haya pasado la noche anterior es el responsable del traslado hasta el colegio. De igual forma, el progenitor con el que vayan a pasar la noche siguiente es el responsable de recogerlos del colegio.*
- c) *Habida cuenta de la edad del / los hijos, se vale/n por sí mismo/s.*
- d) *Para adaptar las disponibilidades horarias de uno y otro progenitor, los acompañamientos al colegio, tanto de entrada como de recogida), propongo que realicen de la siguiente forma:*

II. Seguimiento del rendimiento de los estudios

- a) *Se ha de realizar por el progenitor que ostenta la custodia, con comunicación mensual / trimestral / anual al otro del desarrollo del proceso de formación.*
- b) *Corresponde al padre o madre hacer el seguimiento habitual, pero con participación al otro/a de los problemas. Ambos han de acudir a las visitas de tutorías y reuniones del centro de enseñanza.*
- c) *El seguimiento corresponde al progenitor/a que en cada momento tenga consigo al menor.*
- d) *Por las peculiaridades que concurren, el seguimiento se realizará ...*

III. Otras actividades: extraescolares y/o deportivas. Estudios de música /deportes / idiomas / clases de refuerzo / colonias y campamentos.

IV. Control normal y seguimiento de la salud

- a) *Cada progenitor se deberá de hacer cargo cuando tenga al menor en su compañía.*
- b) *Corresponderá al progenitor que ejerza la guarda y custodia.*

V. Seguimiento de problemas anómalos y no habituales de la salud

- a) *El responsable será el progenitor titular de la custodia, que informará al otro cuando sea necesario.*
- b) *La responsabilidad y el seguimiento se han de realizar por los dos progenitores que se mantendrán informados y adoptarán en común las decisiones necesarias.*

VI. Canales habituales y formas de comunicación entre progenitores

- a) *Para las cuestiones que sean de interés para los hijos nunca se utilizará a éstos de intermediarios, sino que se establecerán formas de comunicación que eviten involucrarlos.*
- b) *Las comunicaciones se realizarán por vía telefónica (llamada, SMS o mensaje de WhatsApp o red social de comunicación equivalente) y, cuando el tema sea relevante, el intercambio de comunicación se hará por...*
- c) *Las comunicaciones se realizarán por correo electrónico, correo postal o telegrama, designando la dirección postal...*
- d) *Todas las comunicaciones se realizarán mediante los abogados de cada una de las partes.*

FESTIVIDADES ESPECIALES Y CELEBRACIONES FAMILIARES

I. Festividades

- a) *El día de Navidad y Año Nuevo: El/ los menores estarán en cada una de estas festividades, a las que se unirá la víspera (Nochebuena y Nochevieja), con uno de los progenitores, de tal forma que se alternarán en los años sucesivos.*
- b) *En día Navidad y la víspera (Nochebuena) el/los hijos estarán siempre con el padre o la madre, y el día de Año Nuevo y la víspera (Nochevieja) hasta el día de reyes con el otro*
- c) *Para la festividad de reyes el menor/los menores estarán con el progenitor que le corresponda la víspera (el 5 de enero), y con el otro el día 6, realizándose el intercambio a las 12:00 horas del día 6 de enero.*

II. Celebraciones

Cumpleaños del menor, celebraciones de hermanos o familiares directos, cumpleaños de los progenitores, acontecimientos especiales de los hijos, acontecimientos especiales de los progenitores y otros.

- a) *Cada año con quién corresponda.*
- b) *Un año con cada uno.*
- c) *El cumpleaños de cada progenitor con el progenitor correspondiente, y el día del cumpleaños del menor se reparte entre los dos progenitores, de modo que pase unas horas con cada uno.*

VIAJES DE LARGA DISTANCIA Y SALIDAS AL EXTRANJERO

- a) *Durante el espacio temporal que corresponda a los hijos estar con uno de los progenitores, éste podrá desplazarse con ellos a dónde tenga por conveniente, debiendo notificarlo al otro progenitor; siempre que sea dentro del territorio nacional y en viaje de duración inferior a una semana.*
- b) *Las salidas al extranjero necesitarán consenso de ambos progenitores.*
- c) *Las salidas al extranjero durante los periodos vacacionales no necesitarán consentimiento del progenitor a quien no le corresponda estar con el menor durante las fechas del desplazamiento.*
- d) *Las salidas al extranjero del menor deberán comunicarse al otro progenitor a los efectos de que pueda comunicarse con él.*
- e) *Otros*

TOMA DE DECISIONES

Las decisiones que afecten a cuestiones educativas, cuestiones de ocio, adquisiciones de bienes y enseres, cuestiones de índole religiosa y/o cuestiones relativas a la salud se adoptarán de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) *Cada progenitor adoptará la decisión que proceda durante los periodos de tiempo que le corresponda tener al menor /los menores.*
- b) *Estas cuestiones las decidirá el padre / la madre en los años pares y el otro en los impares.*
- c) *Siempre se tendrá en cuenta la opinión del menor.*
- d) *Se promoverá una reunión para analizar las opciones para intentar elegir la más conveniente para el menor.*
- e) *Se procurará no influir de forma indirecta en el menor para que opte por una u otra posibilidad, sino que serán los padres los que analicen y tomen la decisión.*
- f) *Se llegará a un acuerdo por parte de ambos progenitores, con ayuda de sus respectivos abogados, si fuere preciso.*

RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

- a) *Se procurará que todas las diferencias sean negociadas con ayuda de los abogados respectivos antes de plantearlas ante el juzgado.*

- b) En el caso de que no se alcanzara un acuerdo, se intentará un proceso de mediación previo.*
- c) Se comunicará a la otra parte por correo ordinario/fax/correo electrónico y transcurrido el plazo de una semana sin contestación, se entenderá que se está conforme.*
- d) El coste económico no podrá repercutirse en el otro progenitor, si no lo ha consentido expresamente.*

ANEXO VII: GUIA ORIENTATIVA PARA LA REALIZACIÓN DEL INTERROGATORIO DE PARTE EN MATERIA DE CUSTODIA

1. PAUTAS GENERALES

Una decisión sobre el régimen de guarda requiere el conocimiento de muchos aspectos personales, organizativos, laborales, relacionales –entre otros– del grupo familiar. A fin de obtener una información adecuada, el interrogatorio a las partes constituye una prueba muy importante; para que pueda ser realmente eficaz ha de hacerse correctamente lo que implica cuidar aspectos tanto formales –como los relativos al modo de declarar o al modo de dirigirse a las partes–, como aspectos de contenido que tienen que ver con las preguntas que han de ser formuladas.

Entendemos importante dar unas pautas orientativas para la práctica del interrogatorio de parte, que puedan ayudar a realizar esta prueba de una manera adecuada, de forma que las partes se sientan bien respondiendo a lo que se les pregunta y puedan trasladarnos la información que precisamos. Es importante también que podamos transmitirles la importancia de que respondan, porque de ello depende que el juez pueda obtener la información relevante para tomar la mejor decisión para sus hijos e hijas y para toda la familia.

Las preguntas que se recogen en esta guía son orientativas y destinadas a que el juez pueda hacerse una idea lo más aproximada posible de cómo, cada uno de los padres pueden ejercer por separado las funciones parentales.

No pretende ser exhaustiva, pudiendo surgir otras dudas y preguntas en cada caso y situación concreta.

Hay que tener en cuenta que el escenario no es «natural» y que en muchas ocasiones es difícil que los padres y las madres se comporten de manera espontánea; es posible que se muestren tal y como son, que se expresen de manera muy coartada, o que sobreactúen y manifiesten capacidades falsas. De todas formas, sí es posible apreciar parte de las características que reúnen como padres y madres.

El juez debe situarse en la posición de mayor neutralidad posible con respecto a las partes, dejando fuera sus prejuicios y opiniones con respecto a la custodia de los hijos. Es conveniente que se sitúe en el caso concreto, teniendo en cuenta que estos padres concretos son los que deben encargarse de estos hijos concretos por separado, con sus capacidades y dificultades. La pregunta que surge sería: «¿De qué forma puedo establecer las medidas más idóneas en este caso, para que estos hijos tengan cubiertas sus necesidades, físicas, afectivas, educativas, sociales, de autoridad, de acceso a los dos padres, etc... en medio del conflicto que presentan estos padres?»

El conflicto entre los padres puede ser pasajero y consecuencia de la crisis de la pareja conyugal y de la decisión de divorcio, o puede ser un conflicto más crónico; asimismo puede afectar en mayor o menor medida al ejercicio de las funciones parentales y a los hijos.

La ventaja principal de realizar un interrogatorio más profundo en la situación de la vista oral es que el Juez se puede hacer una idea más exacta del tipo de padres que tiene delante, cómo están llevando a cabo, o pueden empezar a llevar, el ejercicio de las funciones parentales por separado y con qué grado de cooperación.

Los inconvenientes derivan de la propia controversia «escenificada» en la situación de juicio: cada parte pretenderá ofrecer la imagen más positiva de sí mismo y la más negativa del otro; en su caso, se podrán observar estas actitudes, así como el reconocimiento del otro como padre/madre y respeto de la imagen del otro con respecto a los hijos.

Otro inconveniente es que los datos pueden estar sesgados por el orden temporal de la declaración de las partes; quien declara en segundo lugar oír lo que dice el otro y puede situar al respecto sus contestaciones.

Con la realización de un interrogatorio más profundo y detallado, no se pretende sustituir la realización de prueba pericial psicológica y/o social. Sin embargo, de la información que se obtenga se podrán tener las medidas más claras y también se podrá diferenciar la necesidad de acordar pruebas periciales.

2. PREGUNTAS ORIENTATIVAS.

¿Cómo ha sido la vida familiar hasta la separación? (Para hacerse una idea de cómo era la convivencia cuando estaban juntos):

- Día típico
- Reparto de las tareas de la casa
- Horarios de trabajo
- Tiempo de dedicación a los hijos
- Relación de usted con los hijos. Cosas que hacían juntos.
- Relación del otro/a padre/madre con los hijos. Cosas que hacían juntos.
- Problemas que ha habido. Cómo se resolvieron
- Cómo era la cooperación como padres: acuerdos y desacuerdos.

¿Cómo es la vida familiar después de la separación? (Entre otras cosas, para hacerse una idea de cómo han llegado a acuerdos – o no):

- Con quién viven los hijos.
- Reparto de tiempo estancias con cada uno de los padres.
- Cómo llegaron a poner esas medidas (si de acuerdo o judicialmente). Hacerse una idea de en qué medida lo hablaron.
- Tiempo de dedicación actual de usted a los hijos.
- Tiempo de dedicación del otro/a a los hijos (la idea que tiene).
- Apoyos familiares con los que cuenta usted.
- Apoyos familiares con los que cree usted que cuenta su expareja.
- Si todavía no están separados: plan de atención a los hijos.
- Relación actual con los hijos: ¿ha cambiado en algo con la separación? ¿Hacen juntos las mismas cosas que antes?
- Relación actual del otro/a con los hijos (qué cree usted): ¿ha cambiado en algo la relación de su expareja con los hijos?
- ¿Cree que su expareja hace las mismas cosas que antes con los hijos?
- Actualmente ¿En qué cosas están de acuerdo con respecto a los hijos? ¿Y en qué cosas están en desacuerdo?
- Cuando se tiene que comunicar con el otro progenitor por temas de los hijos: ¿Por qué vía lo hacen? (directamente, por teléfono, por mensaje, por correo electrónico, diciéndoles a los hijos...)

- Problemas que ha habido. Soluciones.
- Si usted ha pedido algún cambio (por ejemplo, de las estancias con los hijos), ¿qué ha hecho el otro/a?
- Si su expareja le ha pedido algún cambio (por ejemplo, de tiempo de estancia con los hijos), ¿qué ha hecho usted?

Custodia:

- Cómo han explicado a sus hijos que ustedes se iban a divorciar.
- Reacciones de los hijos.
- Qué ha hecho usted ante estas reacciones
- Qué ha hecho el otro progenitor.
- En casos de modificación de medidas: si les han hablado a los hijos de cambios. Quién y qué les han dicho. Qué han dicho o hecho ellos/as.
- Quién ha planteado el cambio: ¿los hijos, usted, el otro progenitor?
- Si los hijos han dicho que quieren pasar más tiempo con usted (o con el otro progenitor): ¿Cómo ha surgido? ¿En qué notan que los hijos/as quieren pasar más tiempo con uno u otro?

Para hacerse una idea del reconocimiento del otro/a como padre/madre y de la imagen de sí mismo/a como padre/madre:

- Qué rasgos son los más positivos de usted como padre/madre
- Qué rasgos son los más positivo de su expareja como padre/madre
- Qué es lo que usted cree que tendría que mejorar como padre/madre.
- Qué es lo que cree que su expareja tendría que mejorar como padre/madre.
- Cómo cree usted que su expareja le ve como padre/madre, qué piensa de usted como padre/madre.
- Qué cree que aporta usted a los hijos que no les aporta el otro progenitor.
- Cuando su hijo le pide algo al otro (padre/madre) y le dice que no, y acude a usted pidiendo lo mismo: ¿qué hace?
- Cuando se lo pide a usted y después acude al otro/a ¿qué cree que hace el otro/a?

Qué necesidades tienen los hijos.

- Percepción de los hijos: ¿Cómo son? ¿En qué necesitan que usted esté presente: tareas escolares, actividades, relaciones con amigos?

- Necesidades de atención
- Necesidades educativas
- Necesidades sociales
- En qué les ha afectado la separación.
- Necesidades especiales.

Cómo cree usted que están cubiertas esas necesidades. Qué les faltaría en estos momentos.

- Plan de parentalidad: disponibilidad de tiempo, acompañamiento, actividades juntos (padre/madre e hijos). Vida diaria.
- Si han cambiado en algo o necesitan algo en especial desde la separación.
- Si se muestran tristes o preocupados, ¿qué hace usted? ¿Qué cree que hace el otro progenitor?
- Si a veces se manifiestan rebeldes o cogen rabietas, ¿qué hace usted? ¿Qué cree que hace el otro padre/madre?

Estilos educativos.

- Cuando su hijo/a hace algo que no le gusta a usted, ¿cómo le corrige?
- ¿Cómo cree que lo hace el otro progenitor?

ANEXO VIII: RECOMENDACIONES PARA LA AUDIENCIA DE MENORES¹²

1. ENCUADRE DE LA AUDIENCIA:

Dentro de la expresión «encuadre de la audiencia» se incluyen aquellos elementos que pueden minimizar las interferencias en el desarrollo de la entrevista que podrían condicionar el desarrollo de la exploración. Asimismo, garantizan unos mínimos contextuales que favorecen el adecuado curso de la entrevista pese a la peculiaridad de la situación.

Es en el encuadre de la entrevista, donde el menor o la menor va a poder apreciar las referencias que precisa para hacerse una idea de lo que va a ser la exploración y de su papel y «responsabilidad» (o no) en el proceso, lo que puede influir de manera muy significativa en la actitud que adopte durante la exploración.

1.1. Tiempo de espera:

En numerosas ocasiones, los/las menores sufren esperas de horas en el pasillo del juzgado (por ejemplo, cuando se celebra el juicio y se acuerda la práctica de la exploración a la finalización de la vista). Estas esperas en dependencias judiciales se producen, además, en un contexto altamente ansióge-

¹² Todo el contenido del presente anexo ha sido extractado del trabajo colectivo «La audiencia del menor en los procesos de familia» coordinado por Xavier Abel Lluch, SEPIN 2019.

no para el menor o la menor, que se encuentra en muchas ocasiones sometido a presiones psicológicas directas o indirectas de sus progenitores, familiares o incluso de los abogados y abogadas.

La entrevista debería llevarse a cabo de la forma más inmediata posible a la llegada del niño o la niña a dependencias judiciales, evitándose esperas innecesarias e indeseables, que pueden condicionar de forma importante tanto el desarrollo como el resultado de la entrevista y, lo que es más importante, que pueden agravar los efectos negativos para el/la menor que puedan derivarse de la experiencia.

1.2. Espacio físico.

Se refiere no solo al lugar físico (habitación o estancia) en que se lleva a cabo la entrevista con el/la menor sino también a los objetos que forman parte de dicho lugar como la decoración, iluminación, ruido, privacidad, etc.

Para realizar una adecuada y provechosa exploración del niño o la niña, se debe hacer todo lo posible para que el entorno resulte lo menos intimidante posible. Resulta muy recomendable que la entrevista tenga lugar en un ambiente en el que se sienta cómodo y seguro.

Con el fin de alcanzar este objetivo se sugiere la posibilidad de llevar a cabo la entrevista en un lugar distinto de la Sala de Vistas, a ser posible en un espacio diseñado y ambientado especialmente para esta clase de diligencias, o, en última instancia, en el despacho del Juez o la Jueza. El propósito de realizar una entrevista en un lugar privado y no excesivamente formal es disminuir el estrés del menor y ayudarle a expresarse mejor y de manera más comprensible.

Convendría que el espacio elegido estuviera bien iluminado y tuviese un tamaño reducido, sin techos altos, y una decoración informal.

Pueden ofrecerse las siguientes pautas orientadoras relativas al espacio:

- Evitar sentarse detrás del escritorio o desde una posición más elevada que el niño o la niña.
- Ubicarse a una distancia no muy lejana del niño o niña (2 mts.).
- Evitar ser interrumpido por terceros o por otros elementos (teléfono, ordenador) durante el transcurso de la entrevista.
- Evitar realizar la entrevista en presencia de terceras personas.

- Reducir el riesgo de distracción durante la entrevista, evitando la presencia de objetos llamativos (p.e.: juguetes) al alcance de la vista del niño/a.
- Utilizar muebles que sean cómodos para el niño o la niña, evitando las sillas con ruedas o los muebles demasiado altos.
- Procurar que la iluminación, la ventilación y la temperatura sean adecuadas y confortables.

Cuando se utilicen equipos de grabación de la imagen y/o el sonido conviene que sean lo más discretos posible, y se debe avisar al/la menor de su existencia y propósito. En caso de que el/la menor pregunte sobre el equipo utilizado, se debe responder a todas sus preguntas con claridad.

1.3. El entrevistador.

El Juez o la Jueza que lleve a cabo una entrevista de esta naturaleza debe procurar facilitar el clima idóneo para que el niño o la niña pueda expresarse libremente, con confianza y seguridad. El uso de la toga u otros elementos representativos de la identidad y autoridad judicial pueden provocar un efecto altamente intimidatorio. La probabilidad de que el discurso del menor se vea negativamente influenciado por este aspecto es muy alta, por lo que se desaconseja el uso de la toga en este tipo de entrevistas y se recomienda el uso de vestimentas menos informales, que contribuyan a crear un clima de mayor cercanía.

Es muy importante también la actitud que adopte el entrevistador o la entrevistadora respecto del niño o la niña, y ello depende en gran medida de la edad del entrevistado/a. Un error muy frecuente en el trato con niños, niñas y adolescentes es la infantilización, utilizando un tono de voz, un discurso o una actitud impostada que detectan enseguida como forzados. Es recomendable utilizar el tono, la forma de hablar y el comportamiento que habitualmente tendríamos en una conversación informal pero importante.

2. INICIO Y FASES DE LA ENTREVISTA.

La entrevista debe estructurarse de forma adecuada en tres partes o fases diferenciadas: inicial, central y cierre.

La fase inicial está integrada por la primera toma de contacto del Juez/a con el/la menor. En esta fase inicial el/la menor recibe sus primeras impresio-

nes de la situación y del interlocutor/a que tiene enfrente. Es aconsejable cuidar adecuadamente esta entrada con el fin de establecer desde el principio una relación (rapport) armoniosa y cómoda para el intercambio que el/la menor se sienta cómodo. En esta fase inicial el Juez/a puede y debe ofrecer al menor información clara acerca de la situación, de la actividad que se va a llevar a cabo, y del papel que está llamado a desempeñar, ayudándole a descargarse de responsabilidad.

Tareas:

- Saludo
- Presentación y clarificación de «las reglas de la entrevista»
- Inicio de la exploración

Consignas:

- ✓ Es importante conocer el nombre del niño o la niña y los de sus familiares, y, del mismo modo es importante que el entrevistador dé a conocer el suyo. Se trata de establecer una relación personalizada a fin de que la comunicación pueda fluir.
- ✓ Es necesario explicar al menor en términos sencillos en qué consiste esta reunión.
- ✓ Es importante contar un tiempo adecuado para que asimile el contexto y definir la relación. No es conveniente transmitir al menor limitaciones de tiempo. Debe ofrecerse al niño o la niña la impresión de que se le va a escuchar atentamente y de que este intercambio comunicativo resulta grato al entrevistador/a.
- ✓ Es también necesario establecer una buena comunicación con el menor, transmitiéndole confianza y mostrando empatía, de forma que el menor pueda apreciar que va a ser comprendido.
- ✓ Puede ser de gran interés consultar al niño o la niña sobre lo que le han contado respecto de la exploración, para poder corregir, en su caso, las expectativas negativas o inconvenientes que haya podido asumir de forma previa a la exploración.
- ✓ Tras el saludo y el encuadre de la entrevista, debe iniciarse la exploración tratando temas periféricos centrados en las actividades del menor (que cosas le gustan, que asignaturas le gustan, amistades...), para abordar los temas relacionados con la dinámica familiar de una manera progresiva.

- ✓ Siempre es recomendable mantener conciencia acerca de los posibles sesgos del entrevistador/a para tratar de no mediatizar al menor (creencias propias, expectativas, información previa de la que se dispone...).
- ✓ La actitud de escucha del menor debe ser continua e ininterrumpida desde el principio (evitar tomar notas, consultar documentos, aceptar interrupciones, etc.).

En cuanto a la información que debe proporcionarse al menor:

- ✓ En primer término el Juez o la Jueza debe presentarse a sí mismo/a y, en su caso, a las demás personas que estén presentes en la exploración (de forma óptima, no deberían ser más de dos personas)
- ✓ Debe informarse de forma clara y comprensible al menor de que su opinión no es vinculante. Únicamente se quiere conocerle y escucharle.
- ✓ Debe también informarse al menor de que si no lo desea no tiene por qué hablar de los temas que le desagraden o le generen conflicto.
- ✓ Nunca debe mentirse al niño sobre la trascendencia que tendrán sus manifestaciones.

Es el/la Juez/a quien debe dar esta información al principio de la exploración, dejando bien claro que será el propio Juez/a quien tomará la decisión en el procedimiento, y no el menor, al objeto de descargarle de la responsabilidad del conflicto.

3. MOMENTO EN QUE DEBE PRACTICARSE LA EXPLORACIÓN DEL MENOR

La jurisprudencia no ha establecido doctrina acerca de cuál es el momento procesal más adecuado para llevar a cabo la audiencia del menor, por lo que queda a criterio de cada juez o tribunal, y en la práctica forense, hay diversidad sobre el momento de efectuar la exploración del menor, en particular, sobre si debe efectuarse con anterioridad a la vista (unos días antes), el mismo día de la vista, o con posterioridad a la vista (unos días después).

Como regla general, se recomienda la realización de la exploración después de la vista habida cuenta que, por un lado, existe la posibilidad de que en el acto de la vista las partes lleguen a un acuerdo que evite al menor tener que pa-

sar por este trance, y por otro lado, se cuenta con una mayor información acerca de las partes y el conflicto, lo que resulta útil para enfocar las preguntas que se hacen al menor, y detectar eventuales incongruencias de sus progenitores.

Cabe acudir a la práctica de la exploración antes de la vista cuando existan razones de urgencia que así lo aconsejen, como sucede cuando existe el riesgo de «contaminación» de menor derivado de su vivencia prolongada en el conflicto interparental. La audiencia practicada antes de la vista puede constituir también una herramienta eficaz para conseguir que los progenitores lleguen a un acuerdo.

Lo que no es recomendable en ningún caso es llevar a cabo la exploración el mismo día de la vista. En este momento el Juez o Jueza va a carecer del tiempo y la serenidad necesarias para llevar a cabo la exploración de manera adecuada, el menor se va a encontrar en una situación emocional particularmente mala e inestable, dado el sufrimiento que percibe de sus progenitores, y se acrecienta de manera notable en el menor la conciencia de «responsabilidad» sobre el resultado final del proceso.

4. PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA

De entrada, conviene dejar claro que el/la menor adolescente (entre 11 y 18 años) no acude al proceso para tomar ninguna decisión, que a él o ella no le compete, sino tan «sólo» a hacer uso de su derecho a ser escuchado.

Ahora bien, si analizamos lo que verdaderamente implica el tener que acudir a un Juzgado a prestar declaración en este contexto, encontramos que el adolescente va a tener que afrontar diferentes decisiones, todas ellas relevantes y ninguna de ellas sencilla:

- a) En primer lugar, ha de decidir si quiere participar en el proceso y expresar su opinión en el contexto judicial. Esta elección tiene que tener lugar en el seno de la familia, y la cuestión tendría que serle formulada de forma neutra y respetuosa. Desgraciadamente, y tal como recoge el Defensor del Pueblo en su estudio sobre la escucha y el interés superior del menor del año 2014, el contexto de conflicto entre los padres suele hacer poco viable esta condición.
- b) Una vez ante el Juez o Jueza, tendrá que decidir si realmente quiere expresarse o prefiere no hacerlo, en el supuesto de que el Juez/a le ofrezca la opción de no expresarse, si así lo desea.

- c) Posteriormente, tendrá que determinar qué aspectos de su cotidianidad e intimidad familiar explica, y esta decisión se va haciendo más compleja, ya que intervienen muchas más variables (confidencialidad, información de que dispone, personas presentes, espacio, variables caracteriales del adolescente...). Además, tenemos que tener en cuenta que su realidad familiar en estos momentos está condicionada por un conflicto intenso entre los progenitores, que son sus referentes adultos.

Como queda ampliamente recogido en la bibliografía especializada sobre los procesos de ruptura conyugal, hay que tener en cuenta que el adolescente se encuentra inmerso en un proceso psicoemocional complejo, que puede incluir desde el propio duelo y temor por los cambios de organización familiar (cuestión que sería natural y adaptativa), hasta hallarse inmerso en otras dinámicas familiares menos funcionales tales como el posicionamiento en favor de uno de los progenitores, la inseguridad por la vulnerabilidad de estos, que no se haya visto preservado del conflicto parental o que no se tengan en cuenta sus sentimientos y opiniones... Estas dinámicas comportan un importante estrés e impacto emocional en el/la adolescente, pueden generar emociones desajustadas tales como desconfianza y rechazo hacia uno o ambos progenitores, y pueden incidir de diferente manera en sus competencias y desarrollo.

¿Cómo podemos valorar el grado de madurez de un/a adolescente para saber si puede decidir y actuar libremente en el contexto judicial?

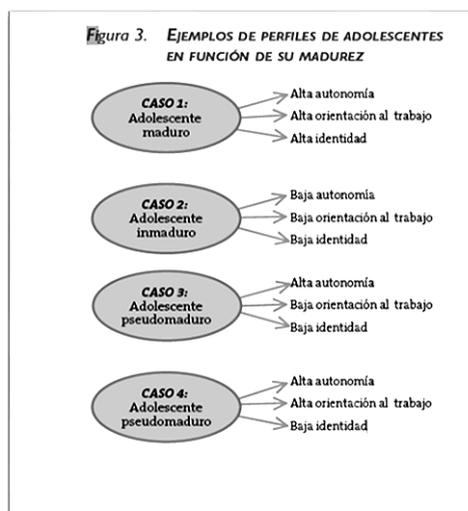
- En primer lugar, hay que contar como punto de partida con un estado cognitivo preservado (es decir, orientación temporoespacial, memoria conservada, capacidad de concentración y habilidad para el cálculo elemental, manejo coherente del lenguaje...).
- Seguidamente, podemos tomar como referencia las tres escalas o facetas propuestas por Morales (2012):
 1. Orientación al trabajo: Predisposición para atender las propias responsabilidades u obligaciones académicas y la vida diaria.
 2. Autonomía: Independencia responsable en relación con sus amistades, familiares u otras personas, tomando la iniciativa sin excesiva influencia externa.
 3. Identidad: Conocimiento sobre sí mismo/a.

Es preciso tener en cuenta que estas tres facetas no siempre se desarrollan en el mismo momento.

Podemos encontrar adolescentes muy maduros, que presentan una elevada orientación al trabajo, una elevada autonomía y una identidad consolidada. Estos/as adolescentes toman decisiones de forma responsable, asumiendo las consecuencias de sus actos y teniendo en cuenta sus necesidades y motivaciones.

También encontramos adolescentes especialmente inmaduros, que se caracterizan por una baja orientación al trabajo, una baja autonomía y una identidad no consolidada. Estos/as adolescentes presentan conductas infantiles, sin asumir obligaciones ni preocuparse por el futuro, y tienen una gran dependencia de los otros.

Algunos adolescentes, sin embargo, maduran antes en algunos aspectos que en otros, lo cual da lugar a otros perfiles de comportamiento, que podríamos denominar «pseudomadurez». Por ejemplo, algunos/as adolescentes presentan una elevada edad subjetiva (se sienten mayores de lo que realmente son), y tienen una alta necesidad de ser independientes y tomar decisiones, pero presentan poca responsabilidad objetiva o interés por sus obligaciones. Serían adolescentes con una elevada autonomía, pero una baja orientación al trabajo, hecho por lo cual relacionarían madurez y edad únicamente con la libertad y la diversión, pero no con las responsabilidades que comporta. Estos/as adolescentes pueden presentar más conductas de tipo antisocial (abuso de alcohol, por ejemplo).



Extracto de Morales (2014)

La faceta «identidad» resulta también relevante. Es más, se considera uno de los mayores retos de la adolescencia. El hecho de que no esté todavía suficientemente consolidada favorece la confusión de roles, que hace que el/la adolescente se identifique con figuras ideales o con su grupo de iguales. La identidad está relacionada también con la autoestima, la autoconfianza y la estabilidad emocional.

Por lo tanto, podemos encontrar adolescentes que presentan pseudomadurez, pero de diferente manera. Un/a adolescente puede ser independiente, pero poco responsable, de manera que busca libertad sin asumir las consecuencias de sus actos (alta autonomía, baja orientación al trabajo). Otro/a puede ser responsable y asumir sus obligaciones, pero no se conoce bien a sí mismo/a, lo que puede provocar inseguridad y dificultades para tomar decisiones sobre su futuro (alta orientación al trabajo y baja identidad). Y también podemos encontrar a un/a adolescente con una elevada autonomía, pero puntuaciones bajas en las otras dos facetas, es decir, un/a adolescente independiente, al que le gusta tomar sus propias decisiones, pero sin una identidad consolidada, y que no atiende sus obligaciones ni asume las consecuencias derivadas de su conducta.

Los/as adolescentes que presenten un perfil pseudomaduro pueden tener más dificultades para encarar su participación en un proceso judicial y pueden generar igualmente confusión en el Juez/a, ya que no cuentan todavía con las capacidades desarrolladas para poder expresarse de forma responsable, autónoma y con conocimiento de sí mismos. De esta manera, un/a adolescente con un discurso bien estructurado pero con baja autonomía puede aportar reflexiones poco propias, derivadas de su influenciabilidad, o puede ser aquiescente, y por tanto fácilmente sugestionable ante la autoridad judicial.

De acuerdo con todos los elementos descritos, atendiendo la complejidad del término «madurez» y las variables propias del contexto judicial de familia, se considera que para una valoración esmerada de la madurez del menor, ésta debería ser encomendada a profesionales especializados.

No obstante, algunas orientaciones que pueden ayudar a la práctica judicial serían:

1º) Es conveniente tomar conocimiento de algunas variables o circunstancias que ayudan a saber en qué grado están desarrollados los componentes de la madurez antes reseñados:

- a. Desarrollo en el ámbito académico (rendimiento, adaptación, ritmo de aprendizaje, dificultades...).

- b. Desarrollo social (relaciones que establece con el grupo de iguales, capacidad de liderazgo o sumisión a los otros, desinhibición-inhibición, dependencia-independencia, participación-actitud reservada, conductas disruptivas-normatividad, señales identitarias en la indumentaria...).
- c. Desarrollo personal (si toma decisiones de forma cotidiana, responsabilidades que asume, actitud conformista-inconformista, aficiones, capacidad de argumentar, habilidades comunicativas, regulación emocional, autoconfianza...).

Este conocimiento puede obtenerse con carácter previo a la entrevista a través del interrogatorio de los progenitores, de los informes aportados con la documental, etc... Estos mismos indicadores pueden ayudar al Juez/a a preparar y encarar la entrevista con el/la adolescente.

2º) Es del todo primordial dotar de autonomía al/la adolescente, es decir:

- a. Garantizar que dispone de toda la información en torno a la exploración judicial (personas, objetivo, uso que se va a hacer de la información que proporcione, carácter no vinculante de sus manifestaciones) y que la comprende adecuadamente.
- b. Garantizar que puede decidir libremente si quiere ejercer su derecho a ser escuchado, o no.
- c. Garantizar que cuenta con libertad para decidir qué información quiere compartir, o no.

5. EL JUICIO DE ADMISIÓN DE LA AUDIENCIA DEL MENOR DE 12 AÑOS

Se plantea cada vez con más frecuencia la petición de «exploraciones» de menores de 12 años, incluso ya a partir de los 8 años, bajo la alegación de que el/la menor tiene madurez suficiente, por emplear la dicción legal, o que tiene un posicionamiento ante el conflicto interparental, dado que no ha sido preservado del mismo y ello le ha obligado a una «toma de posición», sea una posición de equidistancia entre los progenitores, sea la preferencia por la convivencia con uno u otro progenitor.

El legislador español ha optado por un criterio cronológico –preceptividad de la audiencia del menor mayor de 12 años–, flexibilizado por un criterio

psicológico –posibilidad de la audiencia del menor maduro, aun cuando tenga menos de 12 años–, lo cual traslada la respuesta al ámbito de la madurez del menor o, más precisamente, a qué criterios debemos adoptar para ponderar que un/a menor de menos de 12 años es ya maduro y, por ende, resulta admisible su exploración.

Al respecto podemos señalar los siguientes criterios:

- a) Criterio de las etapas cronológicas. En algunas resoluciones judiciales se parte de unos «marcos cronológicos», excluyendo *ab initio* a los/as más pequeños/as (hasta cuatro años de edad) y ponderando la viabilidad de una audiencia a través de una entrevista previa a partir de una edad razonable (a partir de los ocho años). De este modo, existirá una «conversación» previa entre el/la Juez/a y el/la menor para efectuar un juicio favorable de madurez, a la que seguirá la audiencia estrictamente considerada (SAP Badajoz, Mérida, secc.3ª, de 2 de octubre de 2014¹³).
- b) Criterio estrictamente psicológico. También se ha propuesto que ese juicio sobre la suficiencia de madurez se efectúe por el Equipo Técnico Judicial adscrito a los juzgados de familia o a través de los interrogatorios de los progenitores en la vista, sobre la base que los padres pueden ofrecer datos sobre la soltura, capacidad de expresión, timidez u otras circunstancias importantes del menor para la decisión de que ser oído¹⁴.
- c) Criterio de discrecionalidad judicial. A nivel doctrinal se ha afirmado que es una decisión discrecional del Juez/a que deberá motivarse atendiendo a los tres factores siguientes: 1º. Que se esté juzgando un asunto en el que se adoptará una decisión que afecta a la espera personal, familiar o social del menor; 2º. Que el menor implicado esté en condiciones de formarse un juicio propio; y 3º. Que sea necesario y conveniente a su interés, esto es, que tenga incidencia su opinión

¹³ SAP Badajoz, Mérida, secc. 3ª, de 2 de octubre de 2014 (Roj: SAP BA 887/2014 - ECLI: ES:AP-BA:2014:887)

¹⁴ PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., *Con la actual normativa vigente, nacional e internacional ¿se ha de respetar el derecho de confidencialidad del menor en las audiencias? ¿se deberían distinguir los supuestos?*, Encuesta Jurídica, Sepin, enero 2017, pp.11.

y que el hecho de expresarla en un entorno judicial no le provoque perjuicio¹⁵.

- d) Criterio de la «apostilla». No deja de ser una concreción o variante del anterior. Puede resultar útil la «apostilla» del derecho de audiencia por parte de letrado interesado en su práctica, esto es, la mínima justificación de las razones que, en el caso concreto, justifican la audiencia del menor a pesar de no tener la edad de los doce años¹⁶. Esta «apostilla» deberá incidir en el hecho que el menor tiene un juicio propio, que está en condiciones de expresarla sin menoscabo para su estabilidad emocional y que su voluntad puede ser relevante para la decisión del caso enjuiciado.

A partir de nuestra experiencia forense, podemos citar los siguientes supuestos de «apostilla»:

- ✓ El menor tendrá cumplidos los doce años en la fecha previsible de la celebración de la vista o del dictado de la sentencia;
- ✓ El menor ha manifestado a ambos progenitores su deseo serio, firme y reiterado de ser oído en audiencia por el juzgador/a;
- ✓ El menor tiene otros dos hermanos –de quince y trece años de edad, por ejemplo– respecto de los cuales es preceptiva la audiencia y manifiesta su deseo serio, firme y reiterado de ser también oído;
- ✓ El menor está siguiendo un tratamiento psicológico y se aporta informe del psicólogo que constata que cuenta con madurez suficiente para ejercer su derecho a ser oído;
- ✓ El menor ha tenido unas experiencias vitales –de padecimiento de una enfermedad grave o de fallecimiento reciente de un hermano o sobrino, por citar unos ejemplos– que le ha permitido madurar más rápidamente que otro menor de su misma edad, además de resultar conveniente que tales experiencias vitales y su incidencia en el desarrollo evolutivo del menor puedan ser oídas directamente por el juzgador/a;

¹⁵ CASO, M. et al., *Cuestiones procesales derivadas de la exploración de un menor en los procesos de familia*, ed. Sepin, Junio 2011, p.10.

¹⁶ Con referencia a los medios de prueba –no al derecho de audiencia– «apostillar la prueba» se define como el «razonamiento que a veces se hace al proponer una prueba al objeto de convencer sobre su necesidad y evitar así una posible declaración de inadmisibilidad» (MUÑOZ SABATÉ, LL., *Cuadernos de Probática I y II*, edita Banco Santander Central Hispano, 1999, pp.49).

- ✓ El menor transmite a ambos progenitores una idea de cómo desea que sean sus relaciones con ellos tras la ruptura de la convivencia familiar;
- ✓ El menor no ha sido preservado del conflicto interparental y ha optado por una toma de posición a favor de uno u otra progenitora (o de ambos), y se interesa por alguna de las partes, por el Ministerio Fiscal, por miembros del Equipo Técnico Judicial o por el propio menor que sea oído en audiencia;
- ✓ El menor se halla en una situación especial (por ejemplo, maltrato infantil, trastorno de conducta o desamparo), cuya realidad, alcance y pronóstico de futuro deben ser conocidas por el Juez/a que va a tomar la decisión.

La audiencia del menor no será necesaria cuando haya sido ya explorado por los Equipos Técnicos adscritos al Juzgado de Familia (Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional de 29/06/2009).

