

EL PERFIL DE «FAMILIA IDEAL» BAJO EL RÉGIMEN DE GUARDA COMPARTIDA *

THE IDEAL FAMILY PROFILE UNDER THE REGIME OF JOINT GUARDIANSHIP

HÉCTOR FERNÁNDEZ GAONA **

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo dibujar el perfil ideal de aquella familia en la que la guarda compartida puede ser vista como una solución viable a la hora de regular su día a día tras la ruptura de la relación de los progenitores. Para ello, se estudian aspectos tan trascendentes como el interés superior del menor –pieza fundamental del debate– y, además, se analizan exhaustivamente aquellas circunstancias familiares que tanto doctrina como jurisprudencia han valorado como rasgos esenciales para establecer la guarda compartida. Son circunstancias como la relación entre los progenitores, su capacidad para ejercer correctamente el rol parental, su orientación sexual, la edad del menor en cuestión, o las situaciones de violencia de género, entre otras. A partir de dicho análisis, trataremos de extraer esa visión estandarizada de lo que cabría considerar la familia modelo del régimen de guarda compartida, que es el fin de este trabajo.

Palabras clave: Circunstancias familiares, guarda compartida, interés superior del menor, progenitor.

Abstract: This paper aims to draw the ideal family profile in which the joint guardianship can be seen as a viable solution to regulate the day by day after de marital breakdown of the parents. In such order, significant aspects such as the best interest of the child –fundamental piece of the debate– are studied. In addition to this, those family circumstances that both doctrine and case law have valued as essential features to establish joint guardianship are comprehensively analysed. These are circumstances such as the relationship between the parents, their ability to correctly exercise their parental role, their sexual orientation, the age of the minor concerned, or situations of gender-based violence, among others. Based on this analysis, we will try to extract that standardized approach of what could be considered the model family of joint guardianship, which is the purpose of this paper.

Keywords: Best interests of the child, family circumstances, joint guardianship, parent.

* Fecha de recepción: 24 de enero de 2018.

Fecha de aceptación: 20 de marzo de 2018.

** Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado. Correo electrónico: hector.fgaona@gmail.com.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; 1. Planteamiento de la cuestión; 2. Conceptos fundamentales; II. LAS CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES CONDICIONANTES DE LA GUARDA COMPARTIDA; 1. La relación entre los progenitores; A. El mutuo respeto entre los progenitores; B. Las situaciones de violencia de género y doméstica; 2. Las capacidades y aptitudes de los progenitores; A. Las capacidades materiales; B. La compatibilidad de modelos educativos, culturales y morales; C. El padecimiento de enfermedades y adicciones; D. Otras capacidades y aptitudes; 3. La disponibilidad de tiempo de los progenitores; 4. La habitualidad en el cuidado del menor; 5. La orientación sexual y la identidad de género de alguno de los progenitores; 6. La proximidad de domicilios; 7. La edad del menor; III. CONCLUSIONES; IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento de la cuestión

La fijación de la guarda es uno de los principales focos de conflicto cuando una pareja, conyugal o no, decide poner fin a su relación y hay, además, uno o más hijos en común que han de encontrar su lugar en el nuevo escenario de relaciones familiares. Dentro de estas situaciones, la guarda compartida se plantea cada vez más como una de las posibles soluciones a dicho conflicto.

De hecho, según el INE, en la Estadística de nulidades, separaciones y divorcios¹ publicada el 25 de septiembre de 2017, el porcentaje de divorcios y separaciones, en los que hay algún hijo en común, que culminan estableciendo una guarda compartida se ha elevado del 24,7% en 2015 al 28,3% en 2016, último dato conocido, aunque el dato es más relevante si consideramos que en el año 2008 el porcentaje era del 9,7%². Una evolución que bien puede ser explicada por dos factores: un cambio social que avanza en cuestiones como la corresponsabilidad dentro de la pareja y la eliminación de desigualdades de género que atribuían tradicionalmente a la mujer el rol exclusivo del cuidado de los hijos, y una legislación a nivel autonómico cada vez más favorable al establecimiento de la guarda compartida como un modelo deseable. El segundo de estos factores parece ser el más relevante, pues en las regiones de Aragón y Comunidad Valenciana –donde sus reformas legislativas de 2010 y 2011, respectivamente, apostaron de un modo claro por la preeminencia de la guarda compartida– el número de guardas compartidas establecidas se multiplicó prácticamente por dos en los dos años siguientes a la respectiva reforma –pasando del 10,2% al 19,4% en Aragón y del 9,1% al 18,9% en la Comunidad Valenciana–, mientras que en la Comunidad

¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Estadística de nulidades, separaciones y divorcios - Año 2016», 25 de septiembre de 2017. Disponible en <http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206> [Consultado el 27/09/2017].

² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Estadística de nulidades, separaciones y divorcios - Año 2008», 17 de septiembre de 2009. Disponible en <<http://www.ine.es/prensa/np567.pdf>> [Consultado el 18/03/2018].

de Madrid, regida por el Derecho Civil común, de los años 2010 al año 2012 el porcentaje de guardas compartidas establecidas se mantuvo estable en torno al 12%³.

Es por esta razón por la que en este trabajo trataremos de conocer a esas familias –en las cuales la guarda compartida se plantea como una solución óptima, viable y deseable en atención a la mejor defensa del interés superior del menor– viendo cuáles son los rasgos que idealmente ha de tener, si es que ello es posible. Para hallar una respuesta analizaremos las circunstancias familiares más importantes que condicionan el establecimiento de la guarda compartida. Nos circunscribiremos, para ello, al Derecho Civil común español.

2. Conceptos fundamentales

La guarda, o custodia, es un concepto estrechamente unido al de la potestad parental, o patria potestad, aunque no hay que confundirlos. Mientras que el segundo es un concepto global de las relaciones paterno-filiales, el primero apunta a algunos aspectos específicos de estas más dirigidos al cuidado cotidiano del menor. La guarda comprende «el cuidado personal, directo, diario y continuo que se entrega al hijo a través de la convivencia», aunque también comprende las «prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales»⁴. Ambos conceptos son más fácilmente distinguibles con la separación, nulidad o divorcio de los progenitores, momento en el que la potestad parental y la guarda se escinden⁵.

El modelo de guarda compartida, por su parte, hace referencia a las situaciones en las que, tras la ruptura de los padres, la guarda se distribuye entre ambos de manera «alternada o sucesiva», coejerciendo, así, la responsabilidad parental⁶. La nota distintiva respecto a la guarda exclusiva es que, mientras en ésta normalmente el menor convive la mayor parte del tiempo con el progenitor custodio, teniendo el no custodio solo un régimen de visitas donde el hijo convive con él en tiempos cortos y poco frecuentes, en la compartida los periodos de convivencia del menor con ambos progenitores suelen ser más prolongados e igualitarios, como si de dos guardas exclusivas sucesivas se tratase⁷.

³ FERNÁNDEZ KRANZ, D. y NOLLENBERGER CASTRO, N., «La custodia compartida despega en España», 8 de noviembre de 2017. Disponible en <<http://nadaesgratis.es/admin/la-custodia-compartida-despega-en-espana>> [Consultado el 18/03/2018].

⁴ LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, Las Rozas (La Ley), 2008, p. 276.

⁵ CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L., «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. 2, Pamplona (Aranzadi), 2017, pp. 445-446.

⁶ LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, cit., pp. 275, 280 y 283.

⁷ CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L., «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», cit., p. 451.

II. LAS CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES CONDICIONANTES DE LA GUARDA COMPARTIDA

El CC reconoce en su artículo 92 dos posibles vías para establecer la guarda compartida, una vía consensual *ex* apartado 5 del mismo y una vía contenciosa *ex* apartado 8. Tanto en una como en otra el juez deberá estudiar las circunstancias que rodean a la familia en cuestión a fin de valorar si reúne las condiciones necesarias para salvaguardar al máximo el interés superior del menor, si bien en los procesos en los que media consenso entre los progenitores para establecer la guarda compartida no es común que el juez rechace tal propuesta, limitándose, como mucho, a introducir alguna modificación en el régimen de convivencia⁸.

En los siguientes epígrafes vamos a conocer las circunstancias familiares más importantes y recurrentes que tanto doctrina como jurisprudencia han considerado relevantes a la hora de otorgar o denegar la guarda compartida en función de la mejor protección del interés superior del menor, el cual es el elemento central de la cuestión por ser el objeto de protección prioritario en el proceso⁹. Para ello, nos centraremos en aquellos casos en los que se ha de dirimir el régimen de guarda en procesos contenciosos aunque, como ya hemos destacado, el juez también ha de valorar su concurrencia cuando media consenso entre los progenitores. Algunos de esos escenarios son extraídos del pronunciamiento de los tribunales en casos concretos, pero otros se corresponden con los enumerados en la pionera STS núm. 623/2009, de 8 de octubre [RJ 2009/4606], la cual, tras un estudio del derecho comparado, establece los siguientes criterios a tener en cuenta a la hora de valorar la conveniencia de la guarda compartida: «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 y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; 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». Estos criterios pasaron a ser doctrina jurisprudencial en el fallo de la STS núm. 257/2013, de 29 de abril [RJ 2013/3269].

Cabe destacar, asimismo, que algunas legislaciones forales, como la catalana en el artículo 233-11 de su CC, ya recogen una lista de criterios a la hora de valorar la conveniencia de uno u otro modelo de guarda, o lo que es lo mismo, ya establecen lo que para

⁸ CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L., «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», cit., pp. 458-459.

⁹ Vid. en este sentido el artículo 2 de la LO 1/1996, d 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM), y el artículo 92.8 del CC, el cual exige que el establecimiento de la guarda compartida deberá estar motivado en que mediante esta forma se protege «adecuadamente el interés superior del menor».

estas serían los rasgos que ha de tener la “familia ideal” del modelo de guarda compartida. Lo cual evidencia que en términos de derecho positivo deben ser una referencia para el legislador del Derecho Civil común a fin de emprender una reforma contundente en torno a la cuestión que estamos tratando aquí.

En este sentido, merece la pena observar la propuesta de reforma formulada en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio (en adelante, Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental), el cual incluye una lista de criterios muy similar a la recogida en el Derecho civil catalán. Concretamente, se establecería en un nuevo artículo 92 bis, apartado tres, que el Juez, para establecer un modelo u otro de guarda, deberá «prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia». Del mismo modo, cabe tener en cuenta la propuesta de reforma del CC realizada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, la cual, acertadamente, también estima necesario hacer constar en el CC una lista de criterios en términos muy similares a los presentes tanto en la legislación catalana como en el anteproyecto de ley anteriormente citado¹⁰.

1. La relación entre los progenitores

A. *El mutuo respeto entre los progenitores*

Lo habitual en las situaciones de ruptura de una relación, ya sea o no matrimonial, es que se arrastren previos conflictos entre las dos partes que ponen fin a la misma y que, por ese motivo, las relaciones personales entre ambos sean cuanto menos tensas. Dicho escenario no parece ser un buen clima para la implantación de la guarda compartida, habida cuenta de que esta exige la mayor de las cooperaciones y flexibilidad entre las partes. Tanto es así que la jurisprudencia ha determinado en multitud de ocasiones la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales para que quepa establecer la guarda compartida, siendo esta la causa más frecuente de su denegación¹¹. Ahora bien, ¿qué se entiende por una relación de mutuo respeto? La STS núm.

¹⁰ CABEZUELO ARENAS, A.L., «Título I. Capítulos IX y X», *Asociación de Profesores de Derecho Civil*, mayo de 2017, p. 40. Disponible en: <[http://www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20SEGUNDO%20-%20tercer%20borrador%20\(mayo%202017\).pdf](http://www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20SEGUNDO%20-%20tercer%20borrador%20(mayo%202017).pdf)> [Consultado el 17/03/2018].

¹¹ PINTO ANDRADE C., *La custodia compartida*, Barcelona (Bosch), 2009, p. 77.

585/2015, de 21 de octubre [RJ 2015/4784] es una de las sentencias que aclara el concepto, exponiendo lo siguiente:

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

También la STS núm. 36/2016, de 4 de febrero [RJ 2016/260] se sirve de la misma retórica haciendo una distinción importante entre «la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura», la cual no sería una barrera para la adopción de la guarda compartida, y la violencia de género que se daba en ese caso.

La STS núm. 51/2016, de 11 febrero [RJ 2016/248] es bastante contundente en este sentido pues, después de exponer la misma doctrina que en las sentencias anteriormente citadas, recalca que «el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia». Una reflexión que le sirve al TS para, en este caso, establecer la guarda compartida. En iguales términos se expresa la STS núm. 433/2016, de 27 de junio [RJ 2016/3717], que acuerda la guarda compartida argumentando, entre otras cosas, que «la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican *per se* que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia», por lo que «sería preciso que existiese prueba de que los desencuentros afectan de modo relevante a la menor, causándole un perjuicio».

Con más claridad argumenta la STS núm. 96/2015, de 16 de febrero [RJ 2015/564], que resuelve un caso en el que hay una condena de la esposa por coacciones y en el que existen algunas discrepancias entre los progenitores por el colegio del menor. Todas esas circunstancias son minusvaloradas por el TS –a nuestro juicio, erróneamente– afirmando que son «una discrepancia razonable» y concluyendo que «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».

Otro caso en el que se ha delimitado el concepto de respeto mutuo es el resuelto por la SAP de Murcia (Sección 5.ª) núm. 172/2011, de 6 de junio [JUR 2011/246642], en el que se deniega la guarda compartida por la existencia de denuncias cruzadas entre los padres¹². Se argumenta, concretamente, lo siguiente:

«Para fijarse una custodia compartida es preciso que los progenitores tengan una actitud abierta y razonable en sus relaciones personales, alejada de todo tipo

¹² Vid. en el mismo sentido SAP de Cádiz (Sección 5.ª) núm. 521/2013, de 28 de octubre [JUR 2013/374729].

de rencillas o denuncias que tienden necesariamente a enturbiar las relaciones personales que son más intensas como consecuencia de la guarda compartida y que por ello deben ser lo más flexible que sea posible. En el presente caso existe una serie de denuncias cruzadas entre ambas partes [...] que genera una amplia litigiosidad entre las partes y demuestra una situación constante de conflicto incompatible con toda guarda compartida».

Por todo lo dicho, si bien los tribunales exigen como requisito para acordar la guarda compartida que exista una relación de mutuo respeto entre los progenitores, no se exige una relación sin rencillas personales entre ambos, pues comprende que en estas situaciones tales rencillas existan, sino una relación de cordialidad que no perjudique el interés superior del menor. Sirva de conclusión el razonamiento que hace la STS núm. 579/2011, de 22 de julio [RJ 2011/5676]: «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor».

B. *Las situaciones de violencia de género y doméstica*

Se entiende por violencia de género la ejercida sobre la mujer por el hombre y que tiene relación con la asignación de un modelo de identidad femenina subordinada a la masculina, lo cual engloba: la violencia física, sexual, psicológica de control, psicológica emocional y la económica. No hay que confundirla con la violencia doméstica, que es la ejercida en el ámbito doméstico por una figura que ejerce el rol de dominación contra los que se hallen en situación de inferioridad por razón de dependencia u otras. Es posible, y lo más común, que la violencia de género se dé en el contexto doméstico, siendo, por tanto, violencia de género doméstica, pero no es el escenario necesario de la violencia de género¹³.

Debemos tener en cuenta también aquellas situaciones en las que la violencia se da entre los miembros de una pareja homosexual. En este sentido, ha habido autores –como Beatriz Gimeno Reinoso y Violeta Barrientos Silva¹⁴– que han rechazado la idea de considerar dicha violencia como violencia de género, minusvalorándola y marginándola a la consideración de violencia doméstica, y otros autores –como José Luis Rojas-Solís¹⁵, Leonor

¹³ PÉREZ MANZANO, M., «Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: Acción y reacción», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 34, 2016, pp. 19-23.

¹⁴ GIMENO REINOSO, B. y BARRIENTOS SILVA, V., «Violencia de género versus Violencia doméstica: La importancia de la especificidad», *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, núm. 32, julio de 2009, pp. 12-13. Disponible en <http://www.ciudaddemujeres.com/articulos/IMG/pdf_ViolenciaDeGeneroVSviolenciaDomestica.pdf> [Consultado el 13/10/2017].

¹⁵ ROJAS-SOLÍS, J.L., «Transformaciones socioculturales y aspectos de género: Algunas implicaciones para el estudio de violencia en pareja», *Revista Electrónica de Psicología Iztacala (UNAM)*, vol. 14, núm. 3, septiembre de 2011, p. 265. Disponible en <<https://www.academica.org/dr.jose.luis.rojas.solis/9.pdf>> [Consultado el 13/10/2017].

Cantera Espinosa y Teresa Gamero González¹⁶— que han defendido una postura igualitaria de ambas violencias. Entendemos que esta última, por ser más inclusiva, es la más oportuna.

La cuestión es si el hecho de que se acrediten estas situaciones en el seno de la familia condiciona el establecimiento de la guarda compartida.

En lo que respecta al interés superior del menor, el nuevo artículo 2 de la LOPJM, en su apartado 2.c) estipula la conveniencia de que la vida y desarrollo del menor «tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia». El artículo 65 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por su parte, prevé expresamente las consecuencias que tiene esta violencia sobre la guarda. Dicho artículo reconoce el derecho del juez para «suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la [...] guarda y custodia». Cabe destacar de este precepto que no recoge una obligación para el juez, sino una posibilidad, y que cabe llevarla a cabo incluso sin sentencia condenatoria contra el padre por violencia de género, bastando que sea «inculpado». Para los casos de violencia dentro de parejas homosexuales, entendemos que solo cabría incluirlos en este último artículo si se utiliza la interpretación integradora del concepto de violencia de género, la cual sería la acertada a nuestro juicio. La reforma que plantea el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental tiende a acoger dicha interpretación.

El CC también prevé esta cuestión en su artículo 92.7, el cual prohíbe expresamente que pueda establecerse la guarda compartida en los casos en los que los hechos violentos sean cometidos por «cualquiera de los padres» —por lo que también incluiría la violencia que se ejerce en el seno de una pareja homosexual, independientemente de la interpretación que se dé al concepto de violencia de género— y, como en el artículo anterior, solo hace falta que esté «incurso en un proceso penal», sin requerir sentencia condenatoria en firme. Aunque va más lejos, y se dice que ni siquiera es necesario que haya un proceso penal abierto, pues basta con que en el mismo proceso civil el juez advierta que hay indicios fundados de violencia doméstica. Esta cuestión ha sido analizada por Cristóbal Pinto Andrade en lo relativo a qué podemos entender por estar incurso en un proceso penal. Este autor argumenta que el término podría asemejarse al de estar imputado¹⁷ «o incluso por la simple incoación de diligencias previas [...], no bastando el mero hecho de la presentación de una denuncia» aunque, matiza, «en la práctica, probablemente esta última circunstancia sea suficiente» para que el juez considere «inviabile la adopción de la custodia compartida»¹⁸. A nuestro juicio, la mera denuncia no implica que la persona esté incurso en un procedimiento penal, por lo que será necesario que, formalmente, haya un proceso penal abierto para que se prohíba

¹⁶ CANTERA ESPINOSA, L.M. y GAMERO GONZÁLEZ, V., «La violencia en la pareja a la luz de los estereotipos de género», *PSICO*, vol. 38, núm. 3, septiembre-diciembre de 2007, pp. 233 y 236. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5161622.pdf>> [Consultado el 13/10/2017].

¹⁷ Tras la reforma producida por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, el término *imputado* cambia por el de *investigado*.

¹⁸ PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, cit., p. 71.

establecer la guarda compartida. A este respecto, goza de relevancia el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental, el cual propone introducir en el CC el artículo 92 bis, apartado cinco, el cual no solo prohibiría establecer la guarda compartida cuando alguno de los progenitores esté incurso en un procedimiento penal por violencia doméstica o de género, sino que también prohibiría establecer la guarda exclusiva a favor del maltratador, lo cual implicaría un avance necesario a la hora de combatir efectivamente este tipo de violencia, en defensa de la víctima y del interés superior del menor.

En este punto, conviene tener en cuenta el contenido de algunas de las sentencias que han tratado la cuestión. En la STS núm. 36/2016, de 4 de febrero [RJ 2016/260], se sustancia un proceso que en primera instancia estipuló la guarda exclusiva a favor de la madre y en segunda instancia se resolvió favorablemente a la guarda compartida. No obstante, ante el TS se incorporó una sentencia de condena contra el padre como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar. El hecho es tenido en cuenta por el TS por tener una «evidente repercusión sobre los hijos, que viven en un entorno de violencia, [...] y a quienes el sistema de guarda compartida [...] les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada». Así, termina otorgando la guarda exclusiva a la madre.

En el proceso sustanciado en la SAP de Murcia (Sección 5.ª) núm. 172/2011, de 6 de junio [JUR 2011/246642] el padre estaba incurso en un proceso penal por violencia de género y muestra su disconformidad porque no se ha establecido en primera instancia la guarda compartida habida cuenta de que el proceso penal aún no había terminado. La AP no suscribe esta argumentación *ex* artículo 92.7 del CC, pues según este precepto basta con que exista un proceso penal abierto para rechazar la guarda compartida¹⁹.

2. Las capacidades y aptitudes de los progenitores

Cuando está en juego el interés superior del menor, la decisión que conduzca a acordar la guarda compartida debe tener en cuenta las capacidades y aptitudes de los progenitores para desempeñar las labores paterno-filiales de cuidado y atención de sus hijos. Ahora bien, ¿cuáles son esas capacidades y aptitudes?

A. Las capacidades materiales

Las capacidades materiales pueden ser una buena unidad de medida, entendiendo por estas el nivel económico o la situación laboral del progenitor. Puede pensarse que por el hecho de que uno de los padres no tenga un medio de vida o una economía estable y holgada este es menos apto para asegurar el interés del menor. Entendemos que ello es irrelevante a efectos jurídicos, pues si alguien se encuentra en esa realidad tan habitual en nuestros días, dicha situación transitoria «no anula, en absoluto, las demás capacidades de dicho progenitor

¹⁹ Vid. en el mismo sentido SAP de Murcia (Sección 4.ª) núm. 159/2012, de 8 de marzo [JUR 2012/122862].

para el cuidado de sus hijos»²⁰. Asimismo, respecto al nivel económico de las partes, en caso de darse una descompensación el modelo de guarda no produce consecuencias en cuanto a la fijación de una pensión compensatoria o de alimentos, por lo que siempre es posible que se fije una compensación a favor del progenitor con una economía más precaria.

B. *La compatibilidad de modelos educativos, culturales y morales*

Se ha de incluir como una aptitud relevante la capacidad de ambos progenitores de mantener un modelo educativo, religioso, moral y cultural común o, cuanto menos, compatible. En este sentido, entendemos que será positivo a la hora de acordar la guarda compartida que haya una similitud de estilos de vida y una concordancia de opiniones de ambos progenitores en la educación y formación del menor²¹ a fin de que el tránsito de un hogar a otro sea imperceptible para este y de evitar que pierda unos referentes claros²². Cristóbal Pinto Andrade ha señalado que «la diferencia de estilos educativos de ambas partes, si bien no puede considerarse perjudicial para el menor que debe adaptarse a la realidad que le ha tocado vivir, no se considera idóneo para acordar la custodia compartida»²³. Por tanto, en principio no es un escenario contrario al interés superior del menor, pero tampoco es positivo.

Los tribunales también han valorado esta circunstancia. La STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) núm. 37/2015, de 18 de diciembre [RJ 2015/6372] concede la guarda compartida pese a entender que existen marcadas diferencias en los estilos educativos de los progenitores, pues concluye que ello no perjudica al menor en dicho caso concreto. La SAP Alicante (Sección 9.ª) núm. 237/2009, de 24 de abril [AC 2009/1040], por su parte, entiende que la guarda compartida requiere de «unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de vida, personales, sociales, culturales, etcétera, y un proyecto en común en lo tocante a la educación y formación de los hijos». Circunstancias que en aquel caso se daban, acordándose, por tanto, la guarda compartida. En el caso de la SAP de Burgos (Sección 2.ª) núm. 106/2017, de 27 de marzo [JUR 2017/120630] se desestima acordar este modelo de guarda por entender, entre otros aspectos, que «los estilos educativos de ambos progenitores son dispares»²⁴.

²⁰ LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, cit., pp. 185-186.

²¹ PÉREZ CONESA, C. *La custodia compartida*, Pamplona (Aranzadi), 2016, p. 51. En el mismo sentido SIMÓN GIL, M., «Aportaciones del trabajo social a la pericial de Familia», en *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, Madrid (CGPJ), 2009, p. 201.

²² ECHEVARRÍA GUEVARA, K.L., «La guarda y custodia compartida de los hijos», Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2011, p. 124. Disponible en <<https://hera.ugr.es/tesisugr/20702863.pdf>> [Consultado el 23/10/2017].

²³ PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, cit., p. 78.

²⁴ Vid. en el mismo sentido SAP de Pontevedra (Sección 6.ª) núm. 213/2016, de 25 de abril [JUR 2016/114106].

Entendemos, por todo ello, que la forma en la que cada progenitor educa a los hijos comunes o les inculca un estilo de vida determinado son capacidades importantes a la hora de considerar apropiada la guarda compartida, pues cuando hablamos del modelo educativo o del sistema de valores de los progenitores estamos hablando de la sustancia misma del ejercicio de la guarda. Es razonable, por tanto, que si tenemos dos progenitores que educan de maneras opuestas o forman a los menores en costumbres y principios contrarios entre sí tendremos un caldo de cultivo para futuros conflictos entre los padres –que en sí mismos ya desaconsejarían la guarda compartida, tal y como hemos visto– y, además, para crear una gran confusión en los hijos comunes que podría afectarles de un modo negativo. Ahora bien, sentencias como la SAP Alicante (Sección 9.ª) núm. 237/2009, de 24 de abril [AC 2009/1040] han defendido que «la conflictividad que puede comportar la disparidad de criterios educativos y de estilos de vida de los dos progenitores también puede perjudicar» al menor sometido a una guarda exclusiva²⁵. Asimismo, no podemos olvidar que lo que se trata de salvaguardar en todo momento es el interés superior del menor, por lo que si del caso concreto no se desprende un perjuicio para este no cabría rechazar la guarda compartida. También debemos tener en cuenta que el hecho de que haya modelos educativos o culturales distintos puede ser un hecho tan presente tras la ruptura como durante la relación sentimental, por lo que si dentro de esta ello no fue perjudicial para el menor, tampoco debería serlo fuera de ella.

C. El padecimiento de enfermedades y adicciones

Debemos considerar también las situaciones en las que alguno de los progenitores padece algún tipo de enfermedad física o psíquica lo suficientemente grave para impedir «un desenvolvimiento normal y adecuado de las funciones de cuidado personal de los hijos»²⁶. Entre estas situaciones incluimos las adicciones al alcohol o drogas de cualquier tipo.

Respecto al padecimiento de alguna enfermedad por parte de alguno de los progenitores debemos atender a la STS núm. 143/2016, de 9 de marzo [RJ 2016/842], la cual concluye que el hecho de que la madre padezca la enfermedad de Parkinson, en estado leve y controlada, no impide que pueda «hacerse cargo del cuidado de sus hijos», eso sí, «sin perjuicio de lo que resulte de su posterior evolución», dejando así la puerta abierta a que este hecho pudiese ser impeditivo del ejercicio de la guarda en tanto en cuanto perjudicase a sus hijos o le impidiese su cuidado. En este caso, además, la madre estaba pasando por manifestaciones ansioso-depresivas, pero ante ello el TS argumenta que es «un cuadro de relativa frecuencia tras las rupturas matrimoniales y no inhabilita para desarrollar la labor como madre».

²⁵ Vid. en el mismo sentido SAP de Barcelona (Sección 18.ª) núm. 102/2007, de 20 de febrero [JUR 2007/101427].

²⁶ LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, cit., p. 193.

Por su parte, en la STS núm. 116/2017, de 22 de febrero [RJ 2017/650] se analiza un caso en el cual el padre sufría un trastorno depresivo, hecho que en segunda instancia llevó a la denegación de la guarda compartida. El TS, en contra de tal criterio, la acuerda argumentando que el trastorno depresivo «no supone un dato relevante» y que no impide al padre «llevar a cabo las tareas de guarda y atención de los mismos de forma adecuada».

Téngase igualmente en cuenta la SAP de Alicante (Sección 9.^a) núm. 310/2014, de 17 de junio [JUR 2014/218566], en la cual nos encontramos con un padre al cual se le concede la guarda compartida de sus hijos, pese a que padece graves dolencias «físicas y psíquicas que suponen limitación de un 65%». Se niega que estas supongan un impedimento para ejercer el rol parental, pese a que por las características de su enfermedad sufriese momentos de crisis cada seis o más meses que duraban entre 24 y 48 horas y que eran «absolutamente inhabilitantes» en ese breve espacio de tiempo.

Tal y como vemos en todos estos casos, el padecimiento de un progenitor de una enfermedad física o psíquica es un hecho que se tiene en cuenta por parte de los tribunales, pero que si no es grave, en tanto que perjudicial para el interés superior del menor, no obsta para acordar la guarda compartida.

Respecto a la adicción de alguno de los progenitores a sustancias alcohólicas o estupefacientes, sirva observar la STS núm. 751/2016, de 22 de diciembre [RJ 2016/5999]. En dicho caso el padre consumió drogas en el pasado, estando plenamente rehabilitado en el momento del proceso de ruptura, tras un tratamiento al efecto. En segunda instancia ya se acordó la guarda compartida en vista a tal rehabilitación y es lo que le sirve al TS para llegar a la misma conclusión. La adicción del padre a las drogas hubiese sido un hecho impeditivo para la guarda compartida por considerar que ello implicaría no tener la capacidad necesaria para el ejercicio de la guardas de su hija, pero como las adicciones pasadas no subsistían en el momento del proceso, no se podía fundamentar de este modo «la inhabilidad del padre para atender a su hija».

D. Otras capacidades y aptitudes

Otra forma de entender las capacidades y aptitudes es la esbozada por la SAP de Valencia (Sección 10.^a) núm. 452/2015, de 8 de julio [AC 2016/1930], la cual acordó la guarda compartida argumentando que ambos progenitores estaban «plenamente capacitados para hacerse cargo del cuidado de sus hijos», justificando tal razonamiento en que «los menores presentan un comportamiento normal y presenta un equilibrio emocional adecuado, tanto cuando ha convivido con su padre como cuando lo ha hecho con su madre». En este sentido, se mide la capacidad de los progenitores en función del bienestar del menor y de cómo se comporta cuando se encuentra con cada uno de ellos.

Asimismo, la aptitud de los padres también comprende su capacidad «para respetar los derechos y obligaciones que corresponden al otro»²⁷, así como su «predisposición para mantener acuerdos»²⁸, lo cual entraría en estrecha relación con lo ya visto acerca de la existencia de respeto mutuo entre los progenitores.

3. La disponibilidad de tiempo de los progenitores

La educación y la crianza de un hijo, sobre todo cuando es menor de edad, es sinónimo de tiempo y dedicación. No obstante, condicionar la atribución de un modelo u otro de guarda a que ambos progenitores o uno solo tengan el tiempo suficiente para la crianza del menor puede llevarnos a conclusiones indeseadas. Es probable, por ejemplo, que consideremos que un progenitor desempleado tiene mejores condiciones para criar al menor cuando el otro sí trabaja y, por tal motivo, tiene objetivamente menos tiempo para dedicar a su familia. ¿Ello nos llevaría a concluir que cuando un progenitor trabaja le ha de ser vedada la guarda de sus hijos? Entendemos que estas reflexiones son contrarias al «principio constitucional de igualdad y derecho al trabajo»²⁹, pues si un progenitor ejerce un derecho admitido constitucionalmente, como es el derecho al trabajo, ello no puede acarrear consecuencias negativas y ser un obstáculo a la hora de atribuírsele la guarda de sus hijos. Las posturas opuestas sostienen que es conveniente que «los progenitores tengan disponibilidad para atender a sus hijos menores, sobre todo si son de corta edad», lo cual sería imposible en casos en los que los horarios o actividades de los padres les impidiesen permanecer con sus hijos menores³⁰. Por tanto, «la indisponibilidad de los padres para mantener el trato directo en el periodo correspondiente y la alta dedicación profesional del progenitor» constituirían un obstáculo a la fijación de la guarda compartida «si el otro tiene una ocupación menos absorbente»³¹. Ante este punto de vista cabe decir que, si bien es cierto que puede haber dificultades para mantener una relación directa con el menor por parte de alguno de los progenitores por el hecho de que su profesión le mantenga alejado de su hijo durante frecuentes periodos de tiempo, ello no deja de ser un hecho que también se podría producir en el seno de una familia que no haya pasado por un proceso de ruptura de los progenitores. Asimismo, el menor que haya quedado al cuidado de aquel progenitor, durante los periodos correspondientes bien podría quedar bajo la atención de terceras personas, tal y como se considera en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) núm. 5/2017, de 6 de febrero [RJ 2017/1597], que entendió que no podía ser un obstáculo para la guarda compartida el hecho de que uno de los progenitores necesitase la ayuda de familiares y allegados. No obstante a todo ello,

²⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Criterios de atribución de la custodia compartida», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, julio de 2010, p. 14. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf> [Consultado el 31/10/2017].

²⁸ PÉREZ CONESA, C., *La custodia compartida*, cit., p. 50.

²⁹ LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, cit., p. 185.

³⁰ PÉREZ CONESA, C., *La custodia compartida*, cit., p. 52.

³¹ PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, cit., p. 78.

habrá que establecer en cada caso concreto lo que mejor convenga al interés superior del menor, lo que nos obliga a ser flexibles en esta cuestión.

El criterio de la disponibilidad de tiempo se pone de manifiesto en la STS núm. 130/2016, de 3 de marzo [RJ 2016/2184], en la cual se deniega la guarda compartida y se mantiene la exclusiva a favor de la madre debido, entre otros motivos, a la mejor disponibilidad de tiempo por parte de ésta «para el cuidado y atención de la menor». Más allá del reconocimiento de tal criterio por parte del TS, dicha circunstancia es ampliamente tratada por las audiencias provinciales. En la SAP de Jaén (Sección 1.^a) núm. 393/2014, de 8 de octubre [JUR 2015/47042] se deniega la guarda compartida por entender que la madre tiene un mejor horario. La jornada laboral del padre, normalmente, era de 9:00h a 17:00h de lunes a viernes, mientras que la madre trabajaba 18 días al mes y podía habituar sus horarios para estar más tiempo con la menor. Por su parte, en la SAP de Barcelona (Sección 12.^a) núm. 312/2016, de 5 de mayo [JUR 2016/197345], teniendo el padre una jornada laboral reducida y flexible, se considera que dicho progenitor sí tiene la disponibilidad de tiempo suficiente y que, por tanto, es oportuno establecer la guarda compartida.

Otra cuestión que nos debemos plantear es si la disponibilidad de tiempo implica que el mismo vaya a ser dedicado por el progenitor al cuidado del menor. Piénsese en casos en los que alguno de los progenitores se desentienda de sus hijos pese a que por horarios pueda atenderlos. Este dilema fue planteado y resuelto en la SAP de Valencia (Sección 10.^a) núm. 723/2004, de 17 diciembre [JUR 2005/66633], la cual concluyó que «la circunstancia de que el padre disponga de más tiempo libre, por sí sola, no es [...] causa bastante para decidir que deban los hijos ser entregados al mismo, y buena prueba de ello lo constituye el dato [...] de que quien realmente atiende a los menores en sus necesidades básicas es la madre, siendo por ello indiferente la cuestión de horarios».

Resulta interesante para esta discusión la SAP de Murcia (Sección 4.^a) núm. 97/2009, de 10 de febrero [JUR 2009/191429], en la que los dos progenitores tienen un empleo pero que, a pesar de ello, atraviesan una precaria situación económica. Todo ello hace que la disponibilidad de tiempo de ambos sea escasa, lo que les obliga a que sus cuatro hijos tengan que estar al cuidado de terceras personas. La AP concluye que, ante la indisponibilidad de tiempo por parte de ambos padres para atender al cuidado y educación de los menores, es conveniente establecer la guarda compartida «en función de las situaciones que vayan surgiendo y según su disponibilidad de tiempo por razones laborales». Así, se insta a los padres a que actúen de común acuerdo distribuyendo la estancia del menor «con uno y otro en función de su horario laboral y de los apoyos familiares con los que cuentan». Esta sentencia es relevante si nos atenemos al debate con el que iniciamos este epígrafe. Si recordamos, el hecho de que uno de los progenitores tuviese un trabajo que le absorbiese buena parte de su tiempo, dificultando ello tener una relación directa frecuente con el menor, se podría considerar un obstáculo para establecer la guarda compartida. Si admitiésemos esa premisa, ante el caso resuelto por la SAP de Murcia la conclusión sería que ninguno podría asumir la guarda, lo cual es absurdo. Asimismo, en la sentencia analizada se reconoce el

papel que pueden tener los terceros en el cuidado de los menores. Por tanto, en aquellos casos en los que sólo uno de los progenitores dispusiese de menos tiempo que el otro, la familia del primero podría ocuparse del cuidado del menor en los periodos de tiempo en los que el progenitor no pudiese por razones laborales, de modo que las dificultades de horarios causadas por ello no pueden obstar que se establezca una guarda compartida.

4. La habitualidad en el cuidado del menor

Puesto que lo que se trata de conseguir en todo momento es que el menor conserve, dentro de lo posible, el mismo modelo de convivencia que venía teniendo antes de la ruptura de sus progenitores (*ex* STS núm. 368/2014, de 2 de julio [RJ 2014/4250]) a fin de asegurar una cierta estabilidad que no perjudique sus intereses, sería lógico que un elemento tan relevante como quién está al cuidado del menor también se mantenga sin cambios. En cierto modo, ello condicionará la capacidad para el cuidado del hijo de aquel progenitor que se hubiese dedicado, o no, a tales labores, pues «es un factor que determina si, con posterioridad a la crisis matrimonial» será capaz «de continuar implicándose en la vida cotidiana del menor»³².

Es lo que se conoce como la doctrina del cuidador primario, la cual entiende que tras la ruptura de la pareja, las relaciones dentro de la familia han de mantenerse constantes, lo cual se traduce en que si ha habido un progenitor que haya desempeñado la labor de cuidador primario, el hijo común deberá permanecer con este y, por tanto, acordarse una guarda exclusiva a favor de tal progenitor. La guarda compartida solo se establecería, por tanto, cuando ambos progenitores hubiesen realizado las labores del cuidado del menor de un modo igualitario. Sin embargo, los detractores de esta doctrina señalan que el valor que se debe dar al hecho de mantener intactos los esquemas familiares tras la ruptura de la pareja no ha de ser un valor principal a la hora de establecer un modelo u otro de guarda, pues también «debe tenerse en cuenta la variación radical de circunstancias y condiciones que llevaron a la aceptación de tales roles por parte de los miembros de la pareja» que supone la ruptura de la misma³³. De hecho, es posible que aquel progenitor que no desempeñase durante la vigencia de la relación un rol de cuidado principal del menor se implique más en tal labor tras la ruptura, pues hay que entender que las relaciones familiares no son algo estático e inmutable. No obstante a esta reflexión crítica, no podemos perder de vista la importancia de los vínculos familiares forjados a partir de las dinámicas creadas dentro de la misma respecto a las relaciones de cada progenitor con el menor, por lo que entendemos que

³² PÉREZ CONESA, C., *La custodia compartida*, cit., p. 51.

³³ PINTO ANDRADE C., «¿Qué alcance ha de darse a la relación anterior de los progenitores con los hijos en la decisión judicial de la custodia?», 27 de junio de 2009. Disponible en <<https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/06/27/normas-jur%C3%ADdicas-y-sentimientos-cual-es-el-alcance-que-debe-otorgarse-a-la-relaci%C3%B3n-coet%C3%A1nea-y-anterior-de-los-progenitores-con-los-hijos-en-la-decisi%C3%B3n-judicial-de-la-custodia/>> [Consultado el 19/03/2018].

si durante la relación de los progenitores no se creó, sea o no por desidia, una vinculación afectiva con los hijos, esto es, que no se satisficieron las necesidades afectivas de los hijos de un modo igualitario, la separación de los padres no va a solucionar esta previa carencia³⁴.

La relevancia de esta circunstancia la vemos en numerosas sentencias. Una de ellas es la STS núm. 515/2015, de 15 de octubre [RJ 2014/4894], en la cual se rechaza acordar la guarda compartida argumentando que «es la madre quien se dedicó prácticamente en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento [...], quien por tal motivo dejó de trabajar, y sin que se le pueda efectuar reproche de ningún tipo». Se insiste en esta sentencia, además, en que la guarda compartida «está establecida en interés del menor, no de los progenitores»³⁵. De igual forma podemos ver esta circunstancia en la SAP de Madrid (Sección 22.ª) núm. 818/2014, de 30 de septiembre [JUR 2014/289469], la cual negó la guarda compartida argumentando que, mientras que el padre se mantenía al margen del cuidado de sus hijos, la madre «se ha encargado de la organización de la vida familiar y de las actividades cotidianas».

A fin de observar una sentencia que sí consideró apta la guarda compartida en observancia de la circunstancia que estamos tratando, debemos atender a la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) núm. 73/2016, de 28 de septiembre [RJ 2016/5512]. Esta considera que pese a que la madre ha atendido en mayor medida a los menores desde su nacimiento, ha de tenerse en cuenta que «el padre se ha responsabilizado e implicado en la evolución de los menores y existe también un fuerte vínculo paternofamiliar aunque haya sido con posterioridad», desempeñando, también, un rol principal de cuidado.

Tras todo lo dicho, y viendo que en nuestro derecho impera la doctrina del cuidador primario, podemos concluir que para que se conceda la guarda compartida no es necesario que ambos progenitores se ocupen del cuidado del menor de modo igualitario, bastando que uno lo haga de un modo más protagonista que el otro si ese otro no se despreocupa de sus responsabilidades como progenitor. Siempre, evidentemente, observando las circunstancias de cada caso concreto. Por tanto, bien podría decirse que la guarda compartida está pensada para aquellas familias en cuya organización interna prima previamente una cierta igualdad de roles en el cuidado de los hijos, no recayendo tal labor exclusivamente en uno de los progenitores. De esta forma se premiaría, en cierta medida, un cambio social que deja de imponer la responsabilidad del cuidado de los hijos comunes solo a un progenitor, fomentando el principio de coparentalidad tras la ruptura de la pareja, la corresponsabilidad parental y la igualdad de género, en su caso.

5. La orientación sexual y la identidad de género de alguno de los progenitores

Entendemos que la orientación sexual –por ejemplo, la homosexualidad– de uno de los progenitores es irrelevante a la hora de determinar la guarda compartida. Estarían

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Vid.* en el mismo sentido STS núm. 130/2016, de 3 de marzo [RJ 2016/2184].

prohibidas, por tanto, todas las intromisiones en la orientación sexual de los progenitores en lo que respecta a la atribución de la guarda en tanto que ello no sea un hecho que, por la razón que fuere, perjudicase a los hijos³⁶. Por tanto, serían las circunstancias que rodeen al progenitor homosexual perjudiciales para el menor las que impedirían acordar la guarda compartida, no el simple hecho de su orientación sexual.

En este sentido, es importante destacar la STEDH (Sección 4.^a), de 21 de diciembre de 1999 [TEDH 1999/72], Asunto Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal. En este caso, un padre, el señor Da Silva, tras separarse de su esposa comienza a convivir *more uxorio* con otro hombre. Pocos años después se produce el divorcio, concediéndose la potestad parental a la madre y un régimen de visitas a favor del padre. Más adelante Da Silva instó la modificación de medidas a fin de que se le otorgase la guarda de la menor. En la contestación a esta demanda, según la resolución del TEDH, la ex esposa argumentó que «la niña no debía permanecer en compañía de su padre, ya que este era homosexual y vivía con otro hombre». El resultado de este procedimiento fue la concesión al padre de la potestad parental y guarda de la menor. En segunda instancia, sin embargo, se argumentó, entre otras cosas, que la homosexualidad del progenitor y que este conviva con otro hombre son circunstancias que hay que aceptar, pero que dicho entorno no es «el más saludable y adecuado para el desarrollo moral, social y mental de un niño», pues se estaría «en presencia de una anomalía y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales». Ante todo ello, el TEDH considera violado el artículo 8 del Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales, en lo que respecta al derecho a la vida personal y familiar, en relación a su artículo 14. Argumenta, para ello, que «el Tribunal de Apelación hizo una distinción llevado por consideraciones relativas a la orientación sexual del demandante, distinción que no se puede tolerar según el Convenio».

Por tanto, de esta sentencia cabe extraer que no es posible que los tribunales puedan fundamentar la no concesión de la guarda de un menor a un progenitor por el mero hecho de su orientación sexual. Pese a que la sentencia analizada no hace referencia a la guarda compartida, si entendemos que tal orientación no es un obstáculo para acordar la guarda exclusiva entenderemos también que tampoco puede serlo para conceder la compartida.

La cuestión ahora se centra en saber si ocurre lo mismo en los casos en los que uno de los progenitores es transexual. Para ello nos serviremos de la STEDH (Sección 3.^a), de 30 de noviembre de 2010 [TEDH 2010/112], Asunto P.V. contra España. En ella se resuelve el caso de una transexual, P.V., que pasó del sexo masculino al femenino. Antes de cambiar su sexo, P.V. contrajo matrimonio con una mujer, de la cual se divorció en 2002, teniendo un hijo en común. En ese momento, mediante acuerdo entre las partes, se fijó una guarda exclusiva a favor de la madre y un régimen de visitas a favor de P.V. En 2004 la ex esposa impulsó un procedimiento de modificación de medidas porque su ex esposo se vestía de mujer y había iniciado un procedimiento de cambio de sexo. Ante ello, el órgano resolutor

³⁶ LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, cit., p. 191.

redujo los periodos del régimen de visitas hasta que P. V. se sometiese a la operación y se encontrase «en plenas facultades físicas y psicológicas con la disponibilidad y estabilidad que requiere el menor». En segunda instancia se resolvió de igual modo. Posteriormente, la STC (Sala Primera) núm. 176/2008, de 22 de diciembre [RTC 2008/176] argumentó que no era «la transexualidad del recurrente la causa de la restricción del régimen de visitas acordada en las Sentencias impugnadas, sino la situación de inestabilidad emocional por la que aquél atraviesa [...] y que supone la existencia de un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor». En este punto el TEDH entra a conocer el asunto. P.V. apoya su postura en que la defensa del interés superior del menor se ha utilizado por los tribunales españoles como un «subterfugio jurídico para imponer un régimen de visitas restrictivo debido a su transexualidad». Además, acusa a los tribunales nacionales de basarse «en un prejuicio social que asociaba a la transexualidad una inestabilidad emocional». Ante ello, el TEDH decidió desestimar la demanda al coincidir con los razonamientos ya expuestos por los tribunales nacionales, entendiéndolo que «la restricción del régimen de visitas no fue el resultado de una discriminación basada en la transexualidad de la demandante».

Por tanto, pese a que el caso no dirima una cuestión de guarda compartida, sí que podemos extraer que el elemento de la transexualidad de uno de los progenitores no es contrario al interés superior del menor, por lo que cabría establecerla. Lo que sí es relevante son los desequilibrios emocionales derivados del proceso hormonal que el transexual vive durante el transcurso de cambio de sexo, que sí podrían ser perjudiciales para el menor. La solución más propicia pasaría, por tanto, por establecer una guarda compartida, pero suspenderla durante el inicio del tratamiento de cambio de sexo para, progresivamente, caminar hacia ella. Este razonamiento ha sido cuestionado por autores como María Martín Sánchez, que entiende que el interés superior del menor no está en apartarle de sus progenitores, «sino en disfrutar de ambos, aun cuando para ello tuvieran que enfrentarse a situaciones difíciles»³⁷. La salida a este dilema pasa por observar las circunstancias de cada caso concreto y determinar si realmente se está produciendo un perjuicio real hacia el menor.

6. La proximidad de domicilios

Cuando la guarda compartida se plantea como posibilidad para regular las relaciones familiares tras la ruptura sentimental y de la convivencia de los progenitores hay que valorar las posibilidades reales para llevarla a cabo. No debe escapársenos que estamos hablando de regular la vida diaria de varias personas, lo cual requiere de una infraestructura favorable. La guarda compartida normalmente exige que el menor se desplace para desarrollar los

³⁷ MARTÍN SÁNCHEZ, M., «Conflictos paterno-filiales y condición sexual en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. Patria potestad y custodia», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, segundo semestre de 2014, p. 216. Disponible en <<http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/viewFile/72/67>> [Consultado el 15/10/2017].

periodos de convivencia con sus progenitores. Por lo tanto, cuando hablamos de una infraestructura favorable, nos referimos a que los domicilios a los que se tenga que desplazar el menor, y donde residan sus padres, estén próximos entre sí para que las transiciones de uno a otro provoquen la menor alteración posible en el ritmo de vida del hijo. En este sentido, es importante para el desarrollo integral del menor que conserve una esfera vital estable en la que pueda tener un vínculo afectivo, un entorno de amistades claro y una vida académica plena. Esto es, que el menor conserve su arraigo familiar, escolar y social³⁸.

Los tribunales también han reparado en esta cuestión. La STS núm. 368/2014, de 2 de julio [RJ 2014/4250] se pronuncia favorablemente hacia la guarda compartida apoyándose, entre otros aspectos, en la proximidad de los domicilios de los progenitores «en una pequeña localidad». Más recientemente, la STS núm. 110/2017, de 17 de febrero [RJ 2017/483] estimó la procedencia de la guarda compartida en un caso en el que los progenitores vivían en localidades distintas pero cercanas: Madrid y Coslada. Asimismo, la STS núm. 4/2018, de 10 de enero [JUR 2018/15948] considera expresamente que «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 [...], razones todas ellas que motivan» su denegación.

Cuando este requisito está presente es tenido en cuenta por los tribunales para favorecer el establecimiento de la guarda compartida. Ahora bien, en las sentencias señaladas hasta el momento la concurrencia de esta circunstancia es tomada en cuenta junto con otros factores favorables a este modelo de guarda. Es un elemento más de juicio para el juez. Ello no siempre es así cuando no se cumple el requisito. Cuando no hay cercanía de domicilios, el mero hecho de que esto concurra ha permitido en algunos casos rechazar la guarda compartida –no así en la STS núm. 130/2016, de 3 de marzo [RJ 2016/2184], que para negar la guarda compartida tiene en cuenta no sólo la distancia de domicilios, sino otras circunstancias como la disponibilidad de tiempo del padre–. Esto se ve de un modo claro en la SAP de Jaén (Sección 1.^a) núm. 542/2016, de 27 de julio [JUR 2016/223939] que deniega la guarda compartida argumentando que el hecho de que los domicilios estén en Málaga y Jaén es «trascendental», pues «no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida»³⁹.

Estamos hablando, por tanto, de una circunstancia que tiene un peso muy relevante a la hora de que los tribunales acuerden o no la conveniencia de la guarda compartida. Es importante que los domicilios estén cerca, entendiendo por cerca no sólo aquellos situados

³⁸ Vid. en este sentido PÉREZ CONESA, C., *La custodia compartida*, cit., pp. 52-53.

³⁹ Vid. en el mismo sentido SAP de Asturias (Sección 5.^a) núm. 192/2017, de 22 de mayo [JUR 2017/178036], que argumenta que la distancia geográfica entre los domicilios de los padres es un «obstáculo» y «puede resultar decisiva, pues en la práctica puede llegar a impedir un desarrollo normal del niño tanto en su entorno social, de amistades o convivencia como en el educativo». Se perjudicaría, así, el arraigo familiar, escolar y social del menor. Destaca, además, que tal circunstancia es «el obstáculo principal para la concesión de guarda y custodia compartida».

en el mismo municipio, sino también en los que, estando en distintos municipios, los medios de transporte permitan una fácil y rápida comunicación y en los que el menor pueda tener una cierta estabilidad. Por ejemplo, si los progenitores tienen viviendas en diferentes municipios pero el centro escolar está a una distancia similar de uno y otro domicilio, el obstáculo para acordar la guarda compartida desaparecería⁴⁰.

Una posible solución a toda esta cuestión podría pasar por establecer un modelo de guarda compartida de *casa nido*, por el cual es el menor el que permanece en un domicilio y los padres los que alternan su estancia en el mismo. El problema es que ello requeriría de una situación económica holgada por parte de ambos progenitores, pues deben costear la casa en la que el menor reside y, además, una para cada uno de ellos. Asimismo, si la distancia entre la casa de un progenitor y la del menor es amplia, la dificultad para implementar la guarda compartida se mantiene y nos volveremos a encontrar con el mismo problema de base que hemos tratado en este epígrafe.

7. La edad del menor

Las circunstancias que rodean al menor y los aspectos que condicionan las necesidades del mismo tienen un peso esencial a la hora de determinar el modelo de guarda. Una de esas circunstancias es su edad. Por tanto, la pregunta que nos hacemos en este epígrafe es la siguiente: ¿es la edad del menor óbice para el establecimiento de la guarda compartida?

Los tribunales, históricamente, sí lo han considerado un factor determinante, rechazando la guarda compartida cuando los menores tienen una corta edad. La SAP de Salamanca (Sección 1.ª) núm. 17/2005, de 24 de enero [JUR 2005/63508] es un buen ejemplo de ello, pues consideró que «la corta edad de la niña, 7 años, aconseja que se atribuya la custodia a la madre, la que, ya lo venía haciendo, al desarrollarse el matrimonio en base al trabajo del padre y ser ella [...] la que se dedicaba a la atención de la niña». Esta tendencia social, afortunadamente, se ha roto a favor de la «igualdad de roles», por lo que el factor determinante que el juez deberá tener en cuenta es «la aptitud de cada progenitor para desenvolver las funciones inherentes al cuidado del hijo, independientemente de su sexo», siendo «ambos padres igualmente capaces para involucrarse en las funciones parentales»⁴¹.

Conviene tener en cuenta las conclusiones vertidas a este respecto por Marta Marín Rullán, Víctor Dujo López y Pedro José Horcajo Gil, los cuales destacan que «en niños pequeños en situación de residencia alterna aparecen trastornos de ansiedad por separación»,

⁴⁰ PÉREZ MARTÍN, A.J., *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, Valladolid (Lex Nova), 2007, p. 269. Disponible en: <https://books.google.es/books?id=3YxVzm_D5S0C&printsec=frontcover&dq=procedimiento+contencioso+antonio+javier+perez+martin&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiz-5za77PXAhWHPxQKHXMDBnYQ6AEIJzAA#v=onepage&q&f=false> [Consultado el 10/11/2017].

⁴¹ LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, cit., pp. 201-202.

mientras que en menores de 5 a 12 años el contacto con ambos progenitores implica «una mejor salud mental del niño»⁴². No obstante, no habría un consenso en este punto entre las investigaciones psicológicas realizadas al efecto, pues también se afirma desde otras posturas que no hay evidencias de que sea un problema que ambos progenitores se impliquen en la crianza de menores lactantes, incluso pernoctando estos con sus padres, achacando los posibles problemas del menor a otras circunstancias que no tienen nada que ver con que ambos padres compartan la guarda⁴³.

En este punto es importante destacar la STS núm. 585/2015, de 21 octubre [RJ 2015/4784]. En instancias anteriores se había concluido que la corta edad de los menores justificaba que no se acordase la guarda compartida, estableciendo una guarda exclusiva a favor de la madre y un régimen de visitas a favor del padre tan amplio que en la práctica equivalía a una guarda compartida. Ante ello el TS concluye que «si la edad de los menores no desincentiva tan amplio régimen de visitas tampoco debe ser la causa de excluir el sistema de custodia compartida». Añade, además, que no puede aceptarse como válido el argumento de que en las medidas provisionales, durante la separación de hecho, se adoptase una guarda exclusiva a favor de la madre, pues ello no sería óbice para acordar posteriormente la compartida.

En el caso resuelto por la SAP de Albacete (Sección 1.ª) núm. 376/2015, de 23 de diciembre [JUR 2016/30309] los hijos tenían las edades de tres y siete años. A pesar de ello, la AP acuerda la guarda compartida argumentando que «ambos padres tienen suficiente capacidad y voluntad de ejercer la maternidad y paternidad responsable». Asimismo, la AP admite que el amplio régimen de visitas que se fija en la sentencia de primera instancia «es un reconocimiento a la procedencia de la custodia común».

Por lo que se refiere a menores en edad lactante, la SAP de Córdoba (Sección 1.ª) núm. 248/2016, de 16 de mayo [JUR 2016/179080] acuerda la guarda compartida para un menor de dos años, pues, según la sentencia, dicha edad sería un momento normal para abandonar la lactancia materna. La AP entiende que el hecho de que el menor se encontrase en periodo de lactancia justificaría la guarda exclusiva, pero que al no estarlo, no habría ninguna razón para no establecer la compartida. Como complemento de esta sentencia encontramos la SAP de Valencia (Sección 10.ª) núm. 821/2015, de 14 de diciembre [JUR 2016/127395], en la cual el menor, aún lactante, sufría además otras circunstancias de mala salud que hicieron valorar al tribunal como más oportuno el establecimiento de la guarda exclusiva a favor de la madre. No obstante, la AP no acuerda este régimen definitivamente y deja la puerta

⁴² MARÍN RULLÁN, M., DUJO LÓPEZ, V. y HORCAJO GIL, P.J., «Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida», *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 27, núm. 1, 2017, p. 121.

⁴³ MARÍN RULLÁN, M., DUJO LÓPEZ, V. y HORCAJO GIL, P.J., «Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida», cit.

abierta a la guarda compartida para «otro momento», en el que estas circunstancias que la desaconsejaban desapareciesen. Se establecería, pues, una guarda compartida aplazada. De modo similar resolvió la SAP de Asturias (Sección 7.^a) núm. 414/2016, de 31 de octubre [JUR 2016/266840], en la cual para una de las menores, no lactante, se acuerda la guarda compartida y para la otra, lactante, la exclusiva a favor de la madre hasta que el bebé cumpla 18 meses, momento en el cual regirá la guarda compartida.

No obstante a la tendencia que se acaba de exponer, continúa habiendo algunas sentencias que siguen aplicando la errónea doctrina de los años tiernos y, por tanto, entendiendo que en los primeros años de vida del menor este ha de estar bajo la guarda exclusiva de su madre, no siendo conveniente la guarda compartida⁴⁴.

Pese a esto último, podemos concluir que, en términos generales, la corta edad del menor, *per se*, no impide que pueda considerarse oportuna la determinación de la guarda compartida, salvo que el menor en cuestión sea aún lactante, en cuyo caso sería entendible el establecimiento de la guarda exclusiva a favor de la madre, pero solo hasta el momento en el que esta circunstancia desaparezca, aplicándose entonces la guarda compartida.

III. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos observado las diferentes circunstancias de las que depende que la guarda compartida sea considerada un buen modelo para las relaciones familiares tras la ruptura de la pareja. Unas circunstancias que, incomprensiblemente, han tenido que ser introducidas por la jurisprudencia y los estudios doctrinales a falta de una legislación que los aúne y concrete en pos de la seguridad jurídica. En este sentido, consideramos que el legislador del Derecho Civil común debería adaptar la legislación a las necesidades de los nuevos ritmos sociales y tomar ejemplo de legislaciones como la catalana que sí recogen –artículo 233-11 del CC catalán– una concreción de las circunstancias que debe reunir una familia para considerar que es positivo establecer la guarda compartida. Consideramos igualmente positiva la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil a este respecto, tal y como hemos visto, así como la reforma que anuncia el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental, el cual sería la respuesta más apropiada a la impostergable necesidad de cambio legislativo.

A la vista de todo ello, podemos hacer un esbozo de lo que cabría considerar un modelo de “familia ideal” para el cual la guarda compartida se plantearía como una solución deseable. Dicha familia debería reunir las siguientes características:

⁴⁴ Vid. en este sentido SAP de Asturias (Sección 5.^a) núm. 192/2017, de 22 de mayo [JUR 2017/178036] que, ante un caso en el que el menor tenía tres años denegó la custodia compartida y concluyó que «en edades tan tempranas los niños necesitan de una mayor estabilidad y orden en sus horarios y rutinas diarias, más difíciles de lograr cuando se interrumpen y alternan constantemente en breves períodos».

- a) Los progenitores han de tener una relación de mutuo respeto entre sí. Pueden mantener rencillas, pero ello no puede derivar en un conflicto en el que el perjudicado sea el hijo común. En este mismo sentido, los padres han de tener capacidad de entendimiento, diálogo y capacidad para mantener acuerdos. Igualmente, no han de existir episodios de violencia de género o doméstica dentro de la familia.
- b) La familia ha de tener un modelo educativo, cultural, religioso y de valores similar o, al menos compatible y coherente.
- c) Los padres no han de padecer enfermedades físicas o psicológicas que les impidan ejercer las obligaciones inherentes a la guarda, entre las que cabe incluir el alcoholismo y la drogodependencia.
- d) Ambos progenitores han de poder conciliar su vida personal y laboral a fin de poder repartirse los tiempos de estancia con el menor coordinada y efectivamente. La ayuda de la familia extensa de cada progenitor es positiva, pero no puede sustituir las obligaciones de un padre al que le es imposible hacerse cargo de sus hijos.
- e) Es importante que ambos progenitores se hayan implicado en el cuidado del menor antes de la ruptura de acuerdo a los criterios de corresponsabilidad parental, siempre y cuando el niño hubiese nacido y hubiese transcurrido el tiempo suficiente como para observar tal dinámica familiar.
- f) La orientación sexual de los progenitores es indiferente, así como la identidad de género. No obstante, en este último caso es posible que el Juez entienda que durante las primeras fases del cambio de sexo existen alteraciones en la personalidad del progenitor en cuestión, debido al fuerte tratamiento hormonal, que sean perjudiciales para el interés superior del menor. Aunque no necesariamente tiene que ser así.
- g) Los domicilios de los progenitores y el del menor han de estar próximos entre sí, así como de los lugares donde el hijo tenga su arraigo social y educativo.
- h) La edad del menor es irrelevante si ambos padres están lo suficientemente capacitados para atender a las necesidades propias de cada una de sus etapas de crecimiento, salvo que sea un lactante, en cuyo caso la guarda compartida deberá suspenderse hasta que tal circunstancia desaparezca.

¿Esto quiere decir que si en una familia no se dan todos estos rasgos no cabe acordar la guarda compartida? Sería lo deseable, pero no lo más realista, por lo que la respuesta ha de ser negativa. Es posible prescindir o ser flexibles en algunos de estos rasgos, pues siempre deberemos atender a las circunstancias concretas del caso y, sobre todo, al interés del menor que esté en juego. Lo que sí debemos tener claro es que, si bien construir un modelo

ideal de familia cuando la casuística juega un papel tan importante es una tarea quimérica, el perfil que hemos dibujado es lo más cerca que podemos estar de alcanzar tal objetivo.

Sea como fuere, el modelo sugerido no pretende ser solamente una referencia para detectar cuándo un esquema familiar es óptimo para regirse bajo una guarda compartida, sino también el modelo de convivencia ideal al cual entendemos que todas las familias deberían aspirar en pos de una mayor salud de las relaciones personales de estas, una mayor igualdad entre los progenitores en los roles de cuidado de los menores y, por encima de todo, un mayor bienestar para los hijos comunes.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- STEDH (Sección 4.^a), de 21 de diciembre de 1999 [TEDH 1999/72].
- STEDH (Sección 3.^a), de 30 de noviembre de 2010 [TEDH 2010/112].
- STC (Sala Primera), de 22 de diciembre de 2008 [RTC 2008/176].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 8 de octubre de 2009 [RJ 2009/4606].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 22 de julio de 2011 [RJ 2011/5676].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 29 de abril de 2013 [RJ 2013/3269].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 2 de julio de 2014 [RJ 2014/4250].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 15 de octubre de 2014 [RJ 2014/4894].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 16 de febrero de 2015 [RJ 2015/564].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 21 de octubre de 2015 [RJ 2015/4784].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 4 de febrero de 2016 [RJ 2016/260].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 11 de febrero de 2016 [RJ 2016/248].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 3 de marzo de 2016 [RJ 2016/2184].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 9 de marzo de 2016 [RJ 2016/842].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 27 de junio de 2016 [RJ 2016/3717].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 22 de diciembre de 2016 [RJ 2016/5999].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 17 de febrero de 2017 [RJ 2017/483].
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 22 de febrero de 2017 [RJ 2017/650].

- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 10 de enero de 2018 [JUR 2018/15948].
- STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a), de 18 de diciembre de 2015 [RJ 2015/6372].
- STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a), de 28 de septiembre de 2016 [RJ 2016/5512].
- STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a), de 6 de febrero de 2017 [RJ 2017/1597].
- SAP de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 10.^a), de 17 de diciembre de 2004 [JUR 2005/66633].
- SAP de Salamanca (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 24 de enero de 2005 [JUR 2005/63508].
- SAP de Barcelona (Sala de lo Civil, Sección 18.^a), de 20 de febrero de 2007 [JUR 2007/101427].
- SAP de Murcia (Sala de lo Civil, Sección 4.^a), de 10 de febrero de 2009 [JUR 2009/191429].
- SAP de Alicante (Sala de lo Civil, Sección 9.^a), de 24 de abril de 2009 [AC 2009/1040].
- SAP de Murcia (Sala de lo Civil, Sección 5.^a), de 6 de junio de 2011 [JUR 2011/246642].
- SAP de Murcia (Sala de lo Civil, Sección 4.^a), de 8 de marzo de 2012 [JUR 2012/122862].
- SAP de Cádiz (Sala de lo Civil, Sección 5.^a), de 28 de octubre de 2013 [JUR 2013/374729].
- SAP de Alicante (Sala de lo Civil, Sección 9.^a), de 17 de junio de 2014 [JUR 2014/218566].
- SAP de Madrid (Sala de lo Civil, Sección 22.^a), de 30 de septiembre de 2014 [JUR 2014/289469].
- SAP de Jaén (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 8 de octubre de 2014 [JUR 2015/47042].
- SAP de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 10.^a), de 8 de julio de 2015 [AC 2016/1930].
- SAP de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 10.^a), de 14 de diciembre de 2015 [JUR 2016/127395].
- SAP de Albacete (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 23 de diciembre de 2015 [JUR 2016/30309].

- SAP de Pontevedra (Sala de lo Civil, Sección 6.^a), de 25 de abril de 2016 [JUR 2016/114106].
- SAP de Barcelona (Sala de lo Civil, Sección 12.^a), de 5 de mayo de 2016 [JUR 2016/197345].
- SAP de Córdoba (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 16 de mayo de 2016 [JUR 2016/179080].
- SAP de Jaén (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 27 de julio de 2016 [JUR 2016/223939].
- SAP de Asturias (Sala de lo Civil, Sección 7.^a), de 31 de octubre de 2016 [JUR 2016/266840].
- SAP de Burgos (Sala de lo Civil, Sección 2.^a), de 27 de marzo de 2017 [JUR 2017/120630].
- SAP de Asturias (Sala de lo Civil, Sección 5.^a), de 22 de mayo de 2017 [JUR 2017/178036].

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CABEZUELO ARENAS, A.L., «Título I. Capítulos IX y X», *Asociación de Profesores de Derecho Civil*, mayo de 2017, pp. 36-48. Disponible en: <[http://www.derehocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20SEGUNDO%20-%20tercer%20borrador%20\(mayo%202017\).pdf](http://www.derehocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20SEGUNDO%20-%20tercer%20borrador%20(mayo%202017).pdf)> [Consultado el 17/03/2018].
- CANTERA ESPINOSA, L.M. y GAMERO GONZÁLVEZ, V., «La violencia en la pareja a la luz de los estereotipos de género», *PSICO*, vol. 38, núm. 3, septiembre-diciembre de 2007, pp. 233-237. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5161622.pdf>> [Consultado el 13/10/2017].
- CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L., «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. 2, Pamplona (Aranzadi), 2017, pp. 411-641.
- ECHEVARRÍA GUEVARA, K.L., «La guarda y custodia compartida de los hijos», Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2011. Disponible en <<https://hera.ugr.es/tesisugr/20702863.pdf>> [Consultado el 23/10/2017].
- FERNÁNDEZ KRANZ, D. y NOLLENBERGER CASTRO, N., «La custodia compartida despega en España», 8 de noviembre de 2017. Disponible en <<http://nadaesgratis.es/admin/la-custodia-compartida-despega-en-espana>> [Consultado el 18/03/2018].

- GIMENO REINOSO, B. y BARRIENTOS SILVA, V., «Violencia de género versus Violencia doméstica: La importancia de la especificidad», *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, núm. 32, julio de 2009, pp. 27-42. Disponible en <http://www.ciudademujeres.com/articulos/IMG/pdf_ViolenciaDeGeneroVSViolenciaDomestica.pdf> [Consultado el 13/10/2017].
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Criterios de atribución de la custodia compartida», *InDret*, núm. 3, julio de 2010, pp. 1-21. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf> [Consultado el 31/10/2017].
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Estadística de nulidades, separaciones y divorcios - Año 2008», 17 de septiembre de 2009. Disponible en <<http://www.ine.es/prensa/np567.pdf>> [Consultado el 18/03/2018].
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Estadística de nulidades, separaciones y divorcios - Año 2016», 25 de septiembre de 2017. Disponible en <http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206> [Consultado el 27/09/2017].
- LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, Las Rozas (La Ley), 2008.
- MARÍN RULLÁN, M., DUJO LÓPEZ, V. y HORCAJO GIL, P.J., «Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida», *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 27, núm. 1, 2017, pp. 115-125.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M., «Conflictos paterno-filiales y condición sexual en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. Patria potestad y custodia», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, segundo semestre de 2014, pp. 195-219. Disponible en <<http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/viewFile/72/67>> [Consultado el 15/10/2017].
- PÉREZ MARTÍN, A.J., *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, Valladolid (Lex Nova), 2007. Disponible en: <https://books.google.es/books?id=3YxVzm_D5S0C&printsec=frontcover&dq=procedimiento+contencioso+antonio+javier+perez+martin&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiz-5za77PXAhWHPxQKHXMDBnYQ6AEIJzAA#v=onepage&q&f=false> [Consultado el: 10/11/2017].
- PÉREZ CONESA, C. *La custodia compartida*, Pamplona (Aranzadi), 2016.
- PÉREZ MANZANO, M., «Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: Acción y reacción», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 34, 2016, pp. 17-65.

PINTO ANDRADE C., *La custodia compartida*, Barcelona (Bosch), 2009.

PINTO ANDRADE C., «¿Qué alcance ha de darse a la relación anterior de los progenitores con los hijos en la decisión judicial de la custodia?», 27 de junio de 2009. Disponible en <<https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/06/27/normas-jur%C3%ADdicas-y-sentimientos-cual-es-el-alcance-que-debe-otorgarse-a-laa-relaci%C3%B3n-coet%C3%A1nea-y-anterior-de-los-progenitores-con-los-hijos-en-la-decisi%C3%B3n-judicial-de-la-custodia/>> [Consultado el 19/03/2018].

ROJAS-SOLÍS, J.L., «Transformaciones socioculturales y aspectos de género: Algunas implicaciones para el estudio de violencia en pareja», *Revista Electrónica de Psicología Iztacala (UNAM)*, vol. 14, núm. 3, septiembre de 2011, pp. 252-272. Disponible en <<https://www.aacademica.org/dr.jose.luis.rojas.solis/9.pdf>> [Consultado el 13/10/2017].

SIMÓN GIL, M., «Aportaciones del trabajo social a la pericial de Familia», en *Custodia compartida y protección de menores*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 2, Madrid (CGPJ), 2009, pp. 175-210.