



DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18123](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18123)

Recibido el 2 de septiembre de 2022

Aprobado el 22 de febrero de 2023

LA ESPECIAL TRANSCENDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO ESPAÑOL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

THE SPECIAL CONSTITUTIONAL TRANSCENDENCE OF SHARED CUSTODY IN SPANISH LAW THROUGH JURISPRUDENCE

Catalina RUIZ-RICO RUIZ*

ORCID: [0000-0002-0966-8686](https://orcid.org/0000-0002-0966-8686)

Resumen:

Los objetivos de este estudio se centran en investigar la dimensión constitucional de la custodia compartida en el derecho español a través del desarrollo jurisprudencial y el recurso al derecho comparado; los efectos discriminatorios en la asunción de obligaciones familiares; la interpretación del interés de los niños desde la perspectiva del derecho de igualdad; el alcance de la corresponsabilidad como derecho fundamental. La metodología se basa en la aplicación de la "perspectiva de géneros" a los estereotipos en el cuidado de los hijos y la contribución de la jurisprudencia ordinaria a la paridad en las responsabilidades familiares. Entre los resultados destacan la constitucionalización del interés del menor, la conveniencia de aproximar las instituciones de patria potestad y

Abstract:

The objectives of this study are focused on investigating the constitutional dimension of shared custody in Spanish Law through jurisprudential development and the use of comparative law; the discriminatory effects in the assumption of family obligations; the interpretation of the interest of the child from the perspective of the right to equality; the scope of co-responsibility as a fundamental right. The methodology is based on the application of the "gender perspective" to stereotypes in child care and the contribution of ordinary jurisprudence to parity in family responsibilities. Among the results, the constitutionalization of the interest of the child stands out, the convenience of approximated the institutions of parental authority and joint custody to

custodia compartida para evitar un trato desigual de niños, niñas, adolescentes y progenitores; el riesgo de discriminación de los padres por circunstancias familiares y personales con base en los criterios judiciales de custodia compartida y la configuración de la corresponsabilidad parental como derecho. Como limitaciones se señalan la excesiva judicialización de la custodia compartida, la supremacía del interés de los niños sobre el derecho fundamental de igualdad, y el carácter no vinculante de la corresponsabilidad en la legislación de igualdad. La originalidad radica en la aplicación de una perspectiva de géneros inclusiva y no excluyente en interés del niño; la inconstitucionalidad de la custodia exclusiva como régimen general; la evolución hacia la corresponsabilidad como derecho fundamental; además de la especial transcendencia constitucional de la custodia compartida por falta de doctrina del Tribunal Constitucional español.

avoid unequal treatment of children, adolescents and parents; the risk of discrimination against parents due to family and personal circumstances based on the judicial criteria of joint custody and the configuration of co-parental responsibility as a right. As limitations, the excessive judicialization of shared custody, the supremacy of the interest of children over the fundamental right to equality, and the non-binding nature of co-responsibility in equality legislation. The originality lies in the application of an inclusive and non-exclusive gender perspective in the interest of the child; the unconstitutionality of exclusive custody as a general regime; the evolution towards co-responsibility as a fundamental right; in addition to the special constitutional importance of shared custody due to the lack of doctrine of the Spanish Constitutional Court.

Palabras clave:

Custodia compartida, Discriminación, Perspectiva de género, Interés del niño, Corresponsabilidad.

Keywords:

Shared custody, Discrimination, Gender perspective, Interest of the children, Corresponsibility.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Deslinde inicial entre patria potestad y custodia compartida*. III. *La custodia compartida como modelo paritario de relaciones familiares*. IV. *El derecho fundamental a corresponsabilidad parental*. V. *La dimensión constitucional de la custodia compartida: criterios de atribución*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La delimitación previa del campo objeto de estudio se extiende al análisis de la problemática constitucional de la custodia compartida en el sistema español desde una perspectiva de “géneros” y en la construcción jurídica del interés de los menores (niños, niñas y adolescentes) como derecho a corresponsabilidad parental.

La hipótesis de partida se centra en las ramificaciones constitucionales de la custodia compartida desde diversas vertientes relativas a su naturaleza como manifestación del derecho

constitucional de igualdad; límites de la autonomía privada en los convenios reguladores y planes parentales; resolución de conflictos entre derechos de hijos y progenitores; y los efectos discriminatorios por razón de estereotipos de género, estado civil y asunción de obligaciones familiares.

Entre los principales objetivos destacan la constitucionalización del interés del menor a través de la jurisprudencia española; la aplicación de la discriminación múltiple a las relaciones familiares; la aproximación de la patria potestad y custodia parental; la inconstitucionalidad del modelo de custodia exclusiva salvo excepciones; la configuración de un derecho fundamental de corresponsabilidad parental; y la especial transcendencia constitucional de la custodia compartida, desactivada actualmente por el excesivo arbitrio judicial.

Como recursos metodológicos se desarrollan la determinación inicial y diferenciación de conceptos clave; el análisis jurisprudencial del interés superior del menor; la ponderación de derechos en conflicto; los efectos discriminatorios derivados de los criterios de atribución de la custodia compartida; y el reconocimiento de la corresponsabilidad como derecho fundamental.¹ La metodología constitucional y comparada configuran la custodia compartida “a espaldas de la literalidad del propio Código Civil español² más allá de la ley vigente... deconstruyendo el esquema legal de la custodia exclusiva” (Cristóbal Pinto Andrade, 2015, p. 158).³

II. DESLINDE INICIAL ENTRE PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA COMPARTIDA

En el derecho español prevalece la diversificación entre patria potestad y custodia compartida, a diferencia de las legislaciones extranjeras proclives al concepto de responsabilidad parental. Como diferencias generales de ambas figuras puede señalarse que mientras la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores salvo excepciones y sin sujeción al vínculo matrimonial, la custodia compartida se circunscribe a la separación y al divorcio y puede atribuirse en exclusiva al padre o a la madre.

Durante la convivencia familiar la guarda sobre los hijos menores se integra en la patria potestad como marco de referencia ejercida conjuntamente por ambos progenitores salvo excepciones, pero tras la separación o divorcio se escinde la custodia parental como subcategoría y figura jurídica autónoma, con diversas modalidades, exclusiva o compartida.

El denominador común a la custodia compartida y la patria potestad se basa en “el ejercicio de funciones parentales, el interés del hijo/a (“favor filii”) y la necesidad de protección de la familia, con independencia del tipo de unión entre progenitores” (STS, 9 de julio de 2002, recurso 2175/2001). Desde una perspectiva jurisprudencial, la patria potestad se considera como el “derecho a relacionarse con los hijos menores y dentro, el específico a su guarda y tutela, viene incluido entre los que la doctrina dominante derechos función (STS, 17 de junio de 1995, recurso 3652/1991).

En realidad no se evidencian diferencias sustanciales entre la patria potestad y la custodia compartida a efectos de naturaleza y contenido que justifiquen un cambio de régimen respecto a los derechos, deberes y responsabilidades familiares. Al margen de las causas de terminación de la convivencia y la aparición de nuevas circunstancias familiares o personales. Por esta razón, la bipolaridad de la patria potestad, antes y después de la ruptura de la convivencia, parece una solución más acorde con la necesaria permanencia de derechos y obligaciones parentales. De esta manera el artículo 92 C. C.⁴ establece que “la separación y divorcio no eximen de las obligaciones con los hijos ni pueden privar de los derechos inherentes a la patria potestad”.

En este contexto podría plantearse la unificación jurídica de ambas instituciones (patria potestad y custodia compartida) como “una solución adaptada a la responsabilidad parental de los progenitores (C. C., 4/01/2023, artículo 154), la plena igualdad jurídica de las personas (C. E., 4/01/2023, artículo 14), de los cónyuges (C. C., 4/01/2023, artículo 66) y de los hijos ante la ley (C. E., 4/01/2023, artículo 39)” (Cristóbal Pinto Andrade, 2009, p. 148). Su posible convergencia se vertebra en torno a la naturaleza común bifronte como derecho-deber de los progenitores en interés de los hijos y de la corresponsabilidad.⁵

También el derecho comparado contribuye a fundamentar una posición aglutinadora de la patria potestad y custodia compartida a través de una noción amplia de responsabilidad parental. En particular, la legislación francesa (Ley 2002-305 del 4 de marzo de 2002) regula la autoridad parental (artículo 371.1 C. c) “como un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad preservar el interés del menor”. Sin que la ruptura de los padres tenga efectos en las normas de atribución del ejercicio de la responsabilidad parental (artículo 373.2, 10. párrafo C. c), y manteniendo el principio de corresponsabilidad por encima del cese de la convivencia o disolución del matrimonio de los progenitores. También destaca en el ámbito anglosajón la regulación de la “*parental responsibility*” (Children Act. 989) y en Italia la “*potestà genitoriale*” sobre los hijos e hijas correspondiente a ambos progenitores hasta su mayoría de edad o emancipación siempre y cuando sean convivientes y hayan reconocido ambos al hijo o hija común.

III. LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO MODELO PARITARIO DE RELACIONES FAMILIARES

1. Bases en el derecho español y comparado

En cuanto a la regulación nacional destaca la Ley 11/1990, del 15 de octubre, sobre Reforma del Código Civil,⁶ que modificó el artículo 159 C. C. con una clara finalidad antidiscriminatoria por razón de sexo, que derogó el criterio de permanencia de los hijos menores de siete años con la madre. También la Ley 15/2005, del 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio,⁷ introduce la posibilidad de acuerdos para el ejercicio de la patria potestad y su atribución a uno o a ambos progenitores mediante convenio regulador; aunque subsidiariamente correspondía al órgano judicial la decisión sobre custodia compartida (artículo 92). Recientemente la Ley Orgánica 8/2015, del 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,⁸ progresa en el equilibrio

parental intrínseco a la custodia compartida preservando “el mantenimiento de las relaciones familiares siempre que sea posible y positivo” (artículo 2o.).

Desde una perspectiva comparada, el Código Civil italiano (Ley del Parlamento Italiano de 8 de febrero de 2006) establece un derecho de los hijos a una relación equilibrada y continua con cada uno de los progenitores, para recibir atención y educación de ambos y mantener una buena relación con las familias de ambos padres (artículo 155). Se atribuye al juez la adopción de medidas sobre los intereses materiales y morales de los hijos, la forma del tiempo para pasar con los padres y la evaluación para decidir a quién se asignará la custodia sobre los hijos. En Francia, la Ley 2002-305 del 4 de marzo de modificación del Código Civil, resulta especialmente proclive a la custodia compartida por considerarla como norma general, incluso en los casos de desacuerdo de los progenitores, sin que los conflictos de éstos sean un obstáculo, bien alternativamente en el domicilio de cada uno de los progenitores o en el de uno de ellos. *El juez ordena la alternancia de la residencia del hijo provisionalmente durante un plazo determinado o bien definitivamente.*⁹ El derecho civil alemán regula la custodia compartida para los hijos matrimoniales, y para las parejas no casadas el padre solo adquiere el derecho si hay consentimiento de la madre. Esta normativa desactiva el criterio del interés del menor y atribuye a la mujer la titularidad exclusiva del derecho a la custodia sobre los hijos, con efectos que en nuestro país serían probablemente inconstitucionales. También se prevé una declaración conjunta de custodia compartida en la Oficina de Protección de Menores, dejando la decisión a la autonomía privada. La consideración de la custodia compartida como una cuestión privada es la base incluso para posteriores reformas, prevaleciendo la idea de que el Estado alemán no puede imponer una solución vinculante ni imponer un modelo de responsabilidad parental. Como denominador común a las legislaciones europeas, destaca la reticencia de los tribunales a la custodia compartida si falta el acuerdo entre los progenitores; la necesidad de audiencia del menor; con especialidades como el periodo de prueba previo a su adopción definitiva (Francia) y el recurso a la mediación (Reino Unido).¹⁰

2. Régimen jurídico aplicable tras la ruptura de la convivencia familiar

Con carácter general, se define la custodia compartida como “un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos” (Fabiola Lathrop, 2009, p.145).

La extinción de la convivencia tiende a producir efectos disruptivos en el ejercicio de la patria potestad y a la disociación con el régimen de custodia derivado de la separación o divorcio. Sin embargo, “la custodia compartida como prolongación de la patria potestad evita la interrupción o suspensión de la coparentalidad” (José Manuel Torres Perea, 2021, p. 148) y previene un tratamiento desigual de hijos y progenitores sin justificación objetiva y razonable.

Según María Elvira Alfonso Rodríguez (2009) “para que el modelo de convivencia permanezca inalterado y exista custodia compartida, las partes deben ser capaces de reproducir después de la ruptura una situación colaboradora similar a la existente con anterioridad” (p. 87). De modo que, “si la ruptura de la convivencia no interfiere ni modifica el régimen de patria

potestad, habría de favorecerse la continuidad en el ejercicio de derechos y obligaciones familiares mediante la patria potestad conjunta” “(STS, 19 de julio de 2013, recurso 412/2010). Especialmente en un contexto de conflictividad “habitual” entre progenitores provocada por la decisión de ruptura conyugal, “pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia” (STS, 4 de abril de 2018, recurso 2878/2017). Por lo que “no debe ser obstáculo para la custodia compartida la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos” (Manuel Ortiz Fernández, 2020, p. 586).

Desde una perspectiva constitucional, la diversificación de ambos regímenes jurídicos (patria potestad y custodia) fundamentada en la simple ruptura de la convivencia (incluso sin alteración sustancial de las circunstancias familiares), puede derivar en la discriminación y vulneración de derechos fundamentales de hijos y progenitores.

Respecto de los hijos, la privación del derecho a relacionarse con ambos progenitores plantea la discriminación y lesión de sus derechos fundamentales en situación de divorcio y separación. En el derecho comparado, la legislación italiana regula el “*affidamento congiunto*” (Ley 898 del 10. de diciembre de 1970 y sus modificaciones posteriores) como un derecho del menor y de la menor a conservar ese vínculo con ambos progenitores y a establecer una relación equilibrada y continuada con cada uno de sus progenitores. La diferencia de trato antes y después de la ruptura de la convivencia adolece de justificación objetiva y razonable cuando no hay alteración de las circunstancias ni riesgos sobrevenidos en perjuicio de aquéllos. Así, para “asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, la estabilidad emocional y la formación integral del niño, es preciso aproximarlos 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” (STS, 29 de noviembre de 2013, recurso 37/2010).

En cuanto a los progenitores, el tratamiento desigual por razón de género, estado civil o asunción de obligaciones familiares entre convivientes y separados o divorciados puede implicar una discriminación múltiple por la convergencia de causas discriminatorias. Así, resultaría de la exigencia legal o judicial al progenitor masculino de un superior grado de implicación en el cuidado y educación de los hijos, comparada con los deberes asumidos durante la patria potestad; de un plus de requisitos para ejercer los derechos en el contexto de separación o divorcio; o por la penalización en las relaciones familiares como consecuencia de la modificación del estado civil. En particular, si para la concesión de la custodia compartida se exige “una participación mucho más activa que la contemplada hasta la fecha del divorcio” (STS, 16 de febrero de 2015, recurso 890/2014), de igual modo “la imposición al progenitor separado o divorciado de condiciones no previstas para el ejercicio de la patria potestad...agrava su posición en las relaciones familiares por razón de estado civil” (Cristóbal Pinto Andrade, 2015, p. 159). También por el requerimiento judicial generalizado a los padres de un plan coparental y su viabilidad para la obtención de la custodia compartida, sin exigir ningún informe similar para la atribución de la custodia en exclusiva a la madre; la necesidad de rogación¹¹ y de una especial motivación para establecer la custodia compartida.¹²

En definitiva, las múltiples cautelas jurídicas tras la ruptura de la convivencia familiar pese a la ausencia de antecedentes, desavenencias relevantes entre progenitores o riesgo para los hijos menores, contrasta con la práctica inexistencia de controles, de supervisión judicial o de dictámenes de especialistas durante el ejercicio de la patria potestad, salvo excepciones.

3. Reciprocidad entre custodia compartida y corresponsabilidad

La correspondencia mutua entre custodia compartida y corresponsabilidad se confirma en los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales. Al respecto, Marcela Acuña San Martín (2013) considera que esta última constituye “junto a otras directrices, como la coparentalidad y la igualdad entre hombre y mujer, un principio que informa aquella...la primera es una modalidad de la corresponsabilidad o un criterio orientador previo y fin al mismo tiempo, o su máxima expresión” (p. 27).¹³ Entre ambas figuras se argumenta una relación de género-especie, pues la corresponsabilidad constituye un término más amplio que incluye no sólo la custodia compartida sino también el ejercicio común de la patria potestad, con derechos y deberes parentales.

En la jurisprudencia, “la generalización de la custodia compartida ha impulsado el desarrollo de la corresponsabilidad” (STS, 17 de julio de 2015, recurso 31/2015). Particularmente el Tribunal Supremo (STS, 29 de abril de 2013, recurso 2525/2011) admite que la custodia compartida no se trata “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, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”. En consecuencia, el derecho a corresponsabilidad en beneficio de los hijos y de ambos progenitores se ha consolidado progresivamente a medida que los jueces y tribunales fundamentaban la normalización de la custodia compartida.

A. Custodia de hecho y derecho

La reciprocidad entre custodia compartida y corresponsabilidad puede fracturarse en supuestos híbridos o de inadecuación de la denominación a la realidad jurídica. La apariencia de custodia compartida sin una auténtica corresponsabilidad parental que plantea la traslación de la teoría contractual del “*nomen iuris*” a las relaciones familiares. Con carácter general, “los Tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado” (STS, 25 de febrero de 2011, recurso 380/2012). En el ámbito de la custodia compartida, el factor determinante del “*nomen*” resulta de “la paridad temporal de ambos progenitores en base a las mutuas aptitudes y circunstancias personales” (C. C., 4/01/2023, artículo 92).

Sobre esta cuestión se pronunció el Tribunal Supremo (STS, 14 de marzo de 2017, recurso núm.1617/2014) admitiendo que “el menor disfrutaba de un sistema amplísimo de relaciones con su padre, constitutivo de custodia compartida encubierta”. Para Francisco Arroyo (2015) “nuestro sistema jurídico y práctica judicial determina la necesidad de poner un nombre a los regímenes de convivencia y, tras ello, anadarles unas constreñidas medidas...” (p. 2). En ocasiones “se dictan sentencias en favor de la custodia compartida cuando no existe una previa igualdad de género y

alega una falsa custodia compartida, pues por mucho que oficialmente aparezca declarada por el juez, no se corresponde con la realidad subyacente” (Manuel Torres Perea, 2021, p. 159 y ss.).

La custodia de hecho y derecho aparece subordinada a la corresponsabilidad parental, que no cabe identificar exclusivamente con el reparto de tiempo con los hijos. Los pactos entre progenitores sobre la opción de custodia compartida pueden resultar lesivos del derecho fundamental de igualdad, si representan una corresponsabilidad aparente o simulada.

B. Custodia compartida forzosa

La correlación entre corresponsabilidad y custodia compartida tiende a quebrarse aparentemente en los supuestos de imposición judicial de esta última, contra o sin la voluntad de los progenitores. Con carácter general, la custodia compartida implica el principio general de acuerdo entre los progenitores en analogía con la corresponsabilidad como asunción recíproca de obligaciones familiares. Sin embargo, la custodia compartida puede derivar en un deber judicial de corresponsabilidad cuando no ha sido objeto de reclamación expresa por los progenitores o por falta de acuerdo en el cuidado de los hijos.

En la jurisprudencia resulta excepcional la custodia compartida forzosa sin solicitud por ninguno de los dos progenitores (STSJ Aragón, 28 de mayo de 2015, recurso 3/2015), y con base en causas justificadas como enfermedad grave de hijos ante la imposibilidad de la madre de cuidarlos en solitario. Así, la SAP, Córdoba del 23 de enero de 2018, recurso 596/2017, afirma que “dada la entidad del problema familiar se exige extremar los deberes de ambos, sin que puedan hacerse recaer exclusivamente en la madre”. En estos supuestos, la custodia compartida como deber judicial que genera obligaciones a los padres contra su voluntad, se asimila a la corresponsabilidad como asunción de cargas familiares.

IV. EL DERECHO FUNDAMENTAL A CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

1. Custodia materna y efectos discriminatorios

El interés del menor constituye “un parámetro jurídico clave en la selección del modelo de custodia mediante ponderación de la voluntad, de las necesidades y circunstancias de los hijos” (Joaquín Rivera Álvarez, 2005, p. 142). En la actualidad, el principio rector del “*bonum filii*” resulta determinante en la adopción de decisiones sobre las relaciones familiares y ha sido clave en la superación de la custodia materna presente en el derecho comparado y español hasta fechas recientes.¹⁴

Desde un punto de vista normativo, la Ley 26/2015, del 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, reconoce la preeminencia del interés superior de los niños como “principio rector de actuación de los poderes públicos” (artículo 11.2).¹⁵ “Se prima el interés del menor que ni el artículo 92 del Código Civil,¹⁶ ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan...” (STS, 19 de julio de 2013, recurso 412/2010).¹⁷

La interpretación jurisprudencial del interés del menor ha evolucionado hacia la paridad en las relaciones familiares, desde una aplicación estereotipada de género basada en los beneficios del cuidado materno. Por “la discriminación estructural de la mujer, se ha visto históricamente obligada a hacerse cargo de la custodia exclusiva del hijo, lo cual encarna en las relaciones familiares la estructura de la desigualdad de género en diversas dimensiones” (Manuel Torres Perea, p. 159 y ss.).¹⁸

Sin embargo, la custodia materna exclusiva ha contribuido a la “rediscriminación” de la mujer por afectar negativamente al derecho de acceso al trabajo, a la promoción profesional y a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal. De este modo se manifiesta la “tendencia discriminatoria de asignar a las madres una custodia con la que se pretende, falsamente, compensar situaciones de desigualdad secular de la mujer” (Constanza Tobio, 2012, p. 404).

Paralelamente la custodia materna implica la discriminación del padre “por negarle la asunción paritaria de obligaciones familiares, verse abocado a un régimen de visitas y al pago de una pensión desproporcionada en relación con el tiempo que podía pasar con sus hijos” (Joaquín Rivera Álvarez, J., 2005, p. 141); y de los hijos por la privación de relaciones familiares con ambos progenitores y “la pérdida de uno de los lazos afectivos con una de las figuras más importantes y necesarias para el menor” (Manuel Torres Perea, 2021, p. 163).¹⁹ En consecuencia, “hoy no puede sostenerse que el sexo de los progenitores sea un criterio en el que sustentar la preferencia por uno u otro”, según la STC del 14 marzo de 2011.²⁰ Como tampoco la edad del menor determina el régimen de atribución de custodia, “pues siempre deben de valorarse otras circunstancias” (SAP de Córdoba del 28 de abril de 2014, recurso 385/2014).

En el contexto actual, la custodia materna se ha reducido a una opción excepcional y residual por la convicción de que es perjudicial al interés del niño y contraria al libre desarrollo de la personalidad (STS, 27 de octubre de 2021, recurso 445/2021).²¹ Al margen de la privación del derecho a relacionarse con ambos progenitores como causa de la posible discriminación de los hijos de padres divorciados y separados. Los efectos discriminatorios e incluso lesivos de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, influye necesariamente en la constitucionalización del interés de los menores a través del reconocimiento del derecho fundamental a corresponsabilidad.²²

2. La constitucionalización del interés del menor

La interpretación del interés superior de los menores como derecho a relacionarse con ambos progenitores y de otro lado, como deber de los progenitores “a mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de este con el otro progenitor” (artículo 373.2 C. C. francés), contribuye a la consolidación de la corresponsabilidad como derecho fundamental.

En la jurisprudencia se reconoce “la efectividad del derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que sea posible y en tanto lo sea” (SAP de Cádiz del 16 de septiembre de 2016, recurso 406/2015). Y también “los

derechos derivados de la relación paterno filial exigen que ambos progenitores... adquieran un mayor compromiso para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de sus funciones después del divorcio” (STS, 24 de abril de 2018, recurso 3845/2017).

La interpretación judicial influye en la superación de la naturaleza jurídica de la corresponsabilidad prevista en el artículo 44 de la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, como “fomento” de la asunción equilibrada de las obligaciones familiares y en la transfiguración de la corresponsabilidad en derecho vinculante y exigible, en favor de los hijos y de los progenitores.²³

3. Perspectiva de género y corresponsabilidad

Con base en esta doctrina judicial se fundamenta la corresponsabilidad como *derecho fundamental derivado de igualdad* en términos paritarios entre progenitores. La equiparación jurídica de los padres en las responsabilidades familiares implica un salto cualitativo hacia la corresponsabilidad como derecho fundamental.

La actual evolución hacia una perspectiva de “género” en las relaciones familiares aparece avalada no solo en la Jurisprudencia, sino en la esfera internacional y nacional. En particular, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del 11 de mayo de 2011, tiene por objeto asegurar la igualdad de resultados entre hombres y mujeres²⁴. De igual modo, la STJUE del 12 de diciembre de 2021 (C-450/18) se opone al derecho de complemento de maternidad en España por negarse al hombre en idéntica situación. En la legislación nacional también se ha progresado desde la monopolización femenina de los derechos laborales biológicos por embarazo o maternidad, hacia la cotitularidad indistinta por ambos progenitores de derechos de conciliación y corresponsabilidad, como el permiso de lactancia.²⁵ Sin perjuicio de la equiparación entre los permisos de maternidad y paternidad unificados en la actualidad por nacimiento de hijos, en contra de la argumentación de la STC 138/2018, del 17 de diciembre.²⁶

Respecto de los padres, la STS del 10 marzo 2020 (recurso 4521/2017), argumenta que “para cumplir con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, la utilización de las medidas de corresponsabilidad debe hacerse facilitando que los hombres hagan uso de los derechos de conciliación de la vida familiar”. También la STS del 10 enero 2017, recurso 10/2017, admite que “la consecución de la igualdad efectiva, tal y como persigue la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pasa, no solo por el reconocimiento de derechos de maternidad en sentido estricto, sino por la eficaz implantación de instrumentos de equiparación en el ámbito de la vida familiar, como reequilibrio de la desigualdad histórica. De ahí que la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres alcance también a los hombres que ejercitan derechos de conciliación o parentalidad, puesto que éstos actúan como instrumentos de corresponsabilidad familiar garantes de aquella igualdad”.

4. Conflicto entre el interés del menor y el derecho de igualdad de los padres

Como punto de partida, el artículo 20. de la Ley Orgánica 8/2015, del 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,²⁷ establece 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” (STS, 18 de noviembre de 2014, recurso 908/2011).²⁸ El conflicto de intereses entre hijos y padres sobre el sistema de custodia se resuelve por la jurisprudencia, primando “aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 C. C. como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven” (STS, 21 de septiembre de 2011, recurso 1491/2008).

Desde esta perspectiva, el interés del menor puede revertir la interpretación “*pro libertate*” de los derechos fundamentales (de los padres), basándose 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 éste” (STS, 27 de abril de 2012, recurso 6769/2010). En esa línea, Marcela Acuña San Martín (2013) admite que “la finalidad del principio no es primordialmente satisfacer los deseos e intereses de los progenitores, sino proteger los derechos e intereses de los hijos, pues este es su fundamento” (p. 27). Por esta razón, la custodia compartida y la corresponsabilidad “se excluyen cuando sean incompatibles con el prevalente interés del menor” (STS, 29 de noviembre de 2013, recurso 37/2010).

El automatismo en la interpretación y aplicación del interés del niño tiende a prescindir de la ponderación con los derechos fundamentales y de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Pese al conflicto constitucional y a la imposibilidad de que el interés del menor “restrinja o limite más derechos que los que ampara” (STS, 14 de septiembre de 2018, recurso 34/2018).²⁹ La identificación del interés del menor con las simples molestias o las incomodidades derivadas del ejercicio de la custodia compartida, puede prevalecer incluso sobre derechos fundamentales de los padres. Si bien parece “irreal recomendar la situación óptima, por lo que en muchas ocasiones el evaluador lo que debe hacer es intentar encontrar la alternativa menos perjudicial al menor y la menos gravosa para él” (Manuel Torres Perea, 2021, p. 162). Así, el Tribunal Supremo admite que se tendrán en cuenta criterios que permitan “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” (STS, 29 de noviembre de 2013, recurso 37/2010).

V. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA: CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN

En la actualidad, la generalización del modelo de custodia compartida no exime del recurso a criterios casuísticos, con objeto de determinar la “mejor solución” en casos de separaciones con hijos menores, siempre y cuando no existieran circunstancias que lo hicieran inviable. De ahí que se recurra a una relación de factores, indicadores, circunstancias y elementos fácticos, que deben ser valorados y ponderados por el juez para llegar a su convicción.

El régimen de custodia compartida se subordina en la práctica a medidas que presentan una dimensión constitucional por afectar a derechos fundamentales.

1. La implicación de derechos fundamentales

En particular, “el mantenimiento del entorno y espacios físicos del menor para la concesión de la custodia compartida restringe el derecho de los progenitores a la libre residencia o domicilio” (Cristóbal Pinto Andrade, 2015, p. 38). La ruptura de la convivencia conlleva el cambio de domicilio y la obligación de residir en la localidad donde convivan los hijos, por la necesidad de arraigo familiar y evitar perjuicios psicológicos. En el derecho comparado, cuando no existe acuerdo entre los progenitores, el artículo 373.2.9 C. C. francés concede facultades al Tribunal de Familia para establecer, si lo considera conveniente al interés del y de la menor, un sistema de “*résidence alternée*”, con los condicionantes de protección de los intereses de los hijos e hijas menores, y mantenimiento de los vínculos de los y las menores con cada uno de sus progenitores.

No obstante, resulta discutible el sacrificio del derecho fundamental a la libre residencia únicamente “por alterar el régimen de vida de los niños, niñas y adolescentes sin causación de un perjuicio demostrable basado en daños psicológicos”. Desde una perspectiva constitucional, cabe plantear la imposición judicial a uno de los progenitores de un domicilio próximo para ejercer los deberes de cuidado de los hijos. El interés de los hijos menores en relacionarse con ambos progenitores justifica restricciones del derecho fundamental a fijar libremente la residencia para obtener la custodia compartida.³⁰

Sin embargo, paradójicamente, el desarraigo de los niños por cambios de domicilio y sistema sanitario únicamente se cuestiona tras la ruptura de la convivencia y no por razones de movilidad geográfica habitual en algunas profesiones de padres (STS, 28 de enero de 2020, recurso 5135/2018). Con base en esta diferencia de trato, la proximidad o lejanía de los domicilios constituye un factor ponderable aun sin ser “determinante ni excluyente, puesto que lo esencial es que tal diferencia sea compatible con el ejercicio conjunto de la custodia” (SAP de Barcelona del 9 de abril de 2014, recurso 417/2012).

En segundo lugar, las discrepancias de los padres en la educación de los hijos tras la ruptura de la convivencia pueden influir en la privación de la custodia compartida, “si llegan a entorpecer un desarrollo psicosocial adecuado por parte de los menores”. Este criterio jurisprudencial basado en la disparidad de criterios educativos puede repercutir negativamente en el derecho fundamental de educación de los padres a que se refiere el artículo 27.2 de la Constitución española (SAP de Pontevedra del 28 de mayo de 2020, recurso 443/2018).³¹

Desde una perspectiva constitucional, tanto el equilibrio y solidaridad en la contribución a los alimentos de los hijos como el reparto equitativo de tiempos, plantea dudas sobre el cumplimiento de la igualdad en las relaciones familiares. La custodia compartida se basa en un reparto equitativo de tiempos, considerando que “el contenido semántico del verbo “repartir” es muy distinto del de “compartir” (SAP de Barcelona del 20 de diciembre de 2006, recurso

259/2006). Si bien la interpretación de la igualdad como equidad en las relaciones familiares no garantiza plenamente la corresponsabilidad.

2. La prohibición de discriminación por circunstancias familiares y personales

De igual modo, el recurso judicial a criterios como “la profesión, jornada laboral, dedicación anterior al cuidado de los hijos para la atribución de la custodia compartida”, puede derivar en consecuencias inconstitucionales (Jésica Delgado Sáez, 2020, p. 11).³²

En particular, los órganos judiciales evalúan “las prácticas y/o actividades familiares anteriores de los progenitores en sus relaciones con los hijos; los deseos manifestados por los menores, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes familiares; el respeto mutuo en sus relaciones personales; y cualquier otra fundada en el interés de los hijos menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar”.

Sin embargo, pese a la presunción legal de custodia compartida como sistema general, la exigibilidad judicial a los progenitores de un deber probatorio de sus circunstancias familiares o personales tras la ruptura de la convivencia puede implicar un trato peyorativo, e incluso discriminatorio. A pesar de que la presunción legal está en favor de custodia compartida y quien alegue la incompetencia del padre debe demostrarlo, no al revés.... pueden producirse cambios en la vida habitual de los menores para adaptarse a la nueva situación, pero ello resulta de la aplicación de la ley y deberá llevarse a cabo, con las medidas de prudencia y apoyos que en cada caso resulten necesarios, para la plena efectividad de la custodia compartida, que se constituye como una forma de ejercicio de la autoridad familiar y de los deberes de crianza y adecuación, en interés de los menores, pero valorando el derecho a la igualdad y no discriminación entre los progenitores que la Constitución reconoce y ampara (STSJ Aragón del 17 de julio de 2013, recurso 11/2013). De modo que “los beneficios del sistema de custodia compartida se presumen y son los perjuicios los que deben ser probados” (STS, 25 de octubre de 2017, recurso 427/2007).

En consecuencia, las referidas circunstancias familiares y profesionales como la dedicación anterior al cuidado de los hijos, la jornada laboral, los desplazamientos propios de actividades laborales, entre otras, implican la exigibilidad judicial a los progenitores de un nivel superior de colaboración en las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia, y una penalización discriminatoria por razón de estado civil y conciliación de la vida familiar y laboral. El riesgo de un trato desigual en caso de separación o divorcio está presente en la posición del Tribunal Supremo, favorable a “la aproximación del régimen de custodia compartida al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, para garantizar 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” (STS, 2 de julio de 2014, recurso 531/2012).

A. En un contexto familiar conflictivo

Ante esta problemática jurídica creciente, el recurso a criterios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad aplicables al conflicto, contribuye a la decisión judicial sobre el régimen de custodia compartida. En este sentido, el Tribunal Supremo considera “razonables las divergencias entre los padres, lo cual no imposibilita el régimen de guarda y custodia compartida” que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el “sentimiento de pérdida” (STS, 16 de febrero de 2015, recurso 55/2012).

Por consiguiente, la denegación de la custodia compartida sería una solución desproporcionada cuando la conflictividad fuese la habitual en una situación de crisis conyugal, o hubiese existido durante la convivencia familiar sin que se hayan adoptado medidas en interés del menor. A *contrario sensu*, la práctica jurisprudencial suele desestimar la custodia compartida “cuando la tensa situación aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida” (STS, 27 de junio de 2016, recurso 3698/2015); “en los supuestos de conflictividad extrema” (STSJ Cataluña del 25 de junio de 2009, recurso 14/2009); y de “excesiva judicialización de las relaciones entre los progenitores”. Se considera “la necesidad de valorar la aptitud de los padres para respetar los derechos-obligaciones que corresponden al otro, de suerte que una actitud negativa, no conciliadora y obstaculizadora, puede servir de base a un cambio en la fijación del régimen de guarda” (Cristina Guilarte Martín-Calero, 2010, p. 14).

Sin embargo, “no puede denegarse la custodia compartida solo en base a la mala relación de los cónyuges..., porque no se deduce de los hechos probados que la mala relación entre los progenitores perjudique el interés de los menores. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor». Esta es la situación que ha sido valorada en el caso (STS, 7 de junio de 2013, recurso 1128/2012).

La búsqueda del enfrentamiento personal entre ambos cónyuges no puede ser en si misma causa de denegación del sistema de guarda compartida, en cuanto perjudica el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores ...Es por tanto al juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño (STS, 29 de abril de 2013, recurso 2525/2011).

A diferencia de la patria potestad, la jurisprudencia rechaza la custodia compartida si “no hay un mínimo de comunicación y cooperación entre los progenitores, requiriendo muy bajo nivel de conflicto o que no haya excesiva judicialización de la separación; requiriendo una relación razonable que permita el intercambio de información; y un razonable consenso en beneficio de los menores” (STS, 29 de marzo de 2021, recurso 3110/2019). No obstante, resulta discutible la exigencia de un mínimo nivel de entendimiento entre los progenitores para la atribución de la custodia compartida sin requerirse en el ejercicio de la patria potestad, pese a ser particularmente lesivos al interés del niño los conflictos durante la convivencia de los progenitores. Por esta razón, algunos pronunciamientos judiciales excluyen la custodia compartida únicamente en los casos “de pésimas relaciones personales, denuncias cruzadas en el ámbito penal (ninguna condena) y nula comunicación; de conflictividad extrema de los progenitores; o cuando el nivel de controversia entre los mismos haga inviable dicho sistema” (STS, 24 de octubre de 2014, recurso 187/2012). Si se considera que “las malas relaciones entre los padres, no son determinantes de la denegación de

la guarda y custodia compartida, 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” (STS, 26 de mayo de 2016, recurso 46/2015). Además,

la eventual actitud conflictiva entre los progenitores no desaparecerá por el hecho de establecer el sistema tradicional de custodia individual con un régimen de visitas para el cónyuge no custodio; por el contrario la experiencia demuestra que en muchos de estos casos el sistema de custodia exclusiva sólo contribuye a empeorar la relación entre los padres y de éstos con los hijos debido al grado de desigualdad fáctica y sobre todo económica que se produce con la nueva situación que se va a establecer entre ambos (vivienda, pensiones de alimentos y en su caso compensatoria), suponiendo una auténtica fuente de conflicto (Manuel Torres Perea, 2021, p. 141).

En suma, los órganos judiciales consideran proporcionada la privación de la custodia compartida en relaciones parentales de extrema conflictividad “desde el prisma del interés del menor”. Ahora bien, el problema se plantea en los supuestos de violencia doméstica o de género por la posible vulneración de los derechos fundamentales de los progenitores y de los hijos. Conforme a la reciente Ley 8/2021, del 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, “no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal”.³³

En el derecho foral, la privación de la custodia compartida a un progenitor se produce “por estar incurso en 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” (artículos 92.7 C. C. 3.8 de la ley 3/2011, del 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra,³⁴ artículo 80.6 del Decreto Legislativo 1/2011, del 22 de marzo, del Gobierno de Aragón);³⁵ “por sentencia firme en actos de violencia familiar de la que los hijos hayan sido víctimas directas o indirectas; o bien por indicios de actos de violencia familiar” (mediante resolución judicial en las citadas leyes de Navarra y Aragón) o “machista con igual repercusión sobre los hijos” (artículo 233.11.3 de la Ley 25/2010, del 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.³⁶

Desde una perspectiva jurisprudencial, se deniega la custodia compartida a los condenados penalmente por violencia de género con prohibición de comunicación, amenazas y agresiones a la pareja o familia, pues “la existencia de una condena por la vía penal al padre hace inviable esa medida”; con base en indicios fundados de violencia sobre la mujer sin condena y sólo por imputación de un delito de coacciones a la madre; “por trato vejatorio y humillante con desprecio a la madre probado en sentencia penal” (STS, 27 de octubre de 2021, recurso 183/2018). Sin embargo, para que la violencia sea causa de privación de la custodia compartida suele exigirse judicialmente el perjuicio al interés del niño. Por lo que no todo maltrato a un progenitor justifica el rechazo de la custodia compartida, sino aquel en que los hijos hayan sido víctimas directas o indirectas de esos actos de violencia.

Desde este punto de vista, también la denominada violencia económica basada en el incumplimiento del deber de corresponsabilidad mediante el impago reiterado de pensiones y alimentos en perjuicio de los niños debería configurarse como causa legal de privación de custodia. Sin abordar expresamente esta modalidad de maltrato, la jurisprudencia rechaza el sistema de guarda conjunta “cuando se esconden intereses espurios de carácter económico-patrimonial, como la evitación del pago de pensiones, la recuperación del uso de la vivienda conyugal, o la solicitud fraudulenta en beneficio económico del progenitor” (STS, 27 de octubre de 2021, recurso 445/2021). Según el Tribunal Constitucional “por imperativo constitucional, los padres tienen la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos al estar basada en el principio de solidaridad familiar, con fundamento legal en el artículo 39.3 CE.” (Amparo Constitucional 3966/97. Pleno del Tribunal Constitucional. España, 15/01/2001). https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2001-3228).

Ahora bien, el riesgo de vulneración de derechos fundamentales por las modalidades de violencia o maltrato, sin condena penal ni demostración de un perjuicio grave al interés del niño y a su seguridad, revela la posible inconstitucionalidad de la regulación civil sobre custodia, visitas o alimentos. Los derechos de igualdad, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, libre desarrollo de la personalidad aparecen involucrados en las restricciones y privación de la corresponsabilidad familiar. Por esta razón, se ha planteado recientemente ante el Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad del artículo 94 C. C. (2022) desde el Juzgado de Primera Instancia de Móstoles. Se argumenta para ello que

la protección de la familia y el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres y al libre desarrollo de la personalidad, resultan desprotegidos por el automatismo en la decisión judicial sobre retirada de visitas, objetivamente contrario al superior interés del menor. Como también el derecho a la presunción de inocencia puede infringirse al establecerse una sanción civil a la investigación de un delito que, con independencia de lo que se haya actuado en la investigación penal, obliga al juez civil a adoptar una consecuencia jurídica de índole sancionadora.

B. Conciliación y custodia compartida

Las relaciones parentales con los hijos pueden depender de su voluntad, pero también de criterios que reflejan desigualdades reales, como la profesión, jornada laboral, desplazamientos, distancia con el domicilio familiar, entre otros. Desde esta perspectiva “la igualdad de género es muy difícil de alcanzar, y si fuera un elemento condicionante de la custodia compartida, quedaría preterido el interés del menor a poder disfrutar del tiempo de sus padres por partes iguales” (Manuel Torres Perea, 2021, p. 153).

No obstante, las circunstancias familiares y personales de los padres influyen en la decisión judicial sobre el régimen de custodia compartida como “el ejercicio de profesiones que exigen desplazamientos continuos y de cierta permanencia”, o “la incompatibilidad de los horarios laborales del padre; o la distancia entre los domicilios de los progenitores... y lo más beneficioso para el menor no es implantar una cuasi custodia compartida, sino atribuir la custodia a la madre, y establecer un régimen de estancias paterno-filiales de fines de semana alternos...” (STS, 30 de octubre de 2018, recurso 1383/2018).

También “la práctica anterior de los progenitores respecto de los hijos compartiendo las obligaciones y cuidados de los menores constante matrimonio”, constituye un factor condicionante para la concesión de la guarda conjunta (STS, 8 de octubre de 2009, recurso 105/2006). Esta circunstancia determina “la idoneidad de los progenitores para la custodia de los hijos, si bien puede beneficiar al cuidador principal antes de la ruptura de la convivencia, reproduciendo los roles y estereotipos habituales por razón de género tras la separación o divorcio. Por esta razón, existe el riesgo de que los desequilibrios y desigualdades reales entre los padres antes de la crisis en la convivencia se interpreten judicialmente como un impedimento para el ejercicio de la corresponsabilidad. Sin embargo, “nada impide a quien, hasta ese momento, había dedicado menos tiempo al menor, equipararse al progenitor quien, hasta la ruptura, se había ocupado de él en mayor medida” (SAP de Barcelona del 1 de octubre de 2013, recurso 182/2013).

Desde un prisma constitucional, la denegación de custodia compartida por la imposibilidad o dificultad para compatibilizar la vida laboral, familiar y personal, penaliza al progenitor titular del derecho de conciliación. Al margen de su revictimización por los órganos judiciales con base en la discriminación laboral derivada de la inviabilidad de la conciliación de la vida laboral y familiar. Por este motivo, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias se refiere al “menoscabo para la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral, concluyendo que no había sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (artículo 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad” (STSJ Canarias del 9 de diciembre de 2019, recurso 531/2019).

La custodia compartida no puede depender de un criterio potencialmente discriminatorio por razón de género y circunstancias familiares o personales, como la dedicación al cuidado de los hijos durante la vida en común. Como consecuencia de ello, la jurisprudencia ha relajado la valoración de la práctica anterior de los progenitores al considerar suficiente que “la participación en el cuidado de los hijos haya sido activa durante la convivencia” (STSJ Aragón del 6 de abril de 2015, recurso 55/2013).

C. Planes coparentales

A nivel judicial destaca la planificación coparental como presupuesto determinante de la custodia compartida, considerando que

...la obligación de los padres es... 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 (STS, 3 de marzo de 2016, recurso 523/2015).

“El principio de autonomía de la voluntad...se ha visto impulsado en los últimos tiempos...demostrando que lo más efectivo es la elaboración de un plan de parentalidad para que se organicen las responsabilidades parentales una vez producida la ruptura” (Carmen Iglesias Martín, 2019, p. 35).

Con carácter general los planes coparentales deben generar la convicción judicial de viabilidad, aportando indicios de compromiso con los deberes de la patria potestad, si no constan al juez antecedentes del progenitor/es solicitante/es. También desempeñan el rol jurídico de contribuir a la certeza judicial del interés superior de los niños en supuestos de duda razonable sobre la capacidad de los progenitores, la distancia del domicilio de los hijos, el ejercicio de profesión, la previsión de una red familiar de apoyo, una vivienda acondicionada, la comunicación entre padres y con el centro escolar, entre otros.

En suma, constituyen una fuente informativa del juez para motivar la decisión judicial sobre custodia compartida, como resulta de la jurisprudencia: “tampoco se ofrece por el padre un programa de guarda y custodia compartida que se patentice viable y beneficioso, y que permita deducir, razonablemente, un serio compromiso actual de asunción de aquellos deberes parentales” (STS, 16 de enero de 2020, recurso 816/2019); denegando la custodia compartida “por haber desatendido el padre a los hijos durante la convivencia y no aportar un plan de ejercicio de la custodia”; con la atribución de la custodia a la madre, porque “el padre, que residía en localidad distinta, no había aportado un plan de parentalidad contradictorio” (STS, 6 de octubre de 2016, recurso 535/2012).³⁷

No obstante, los planes coparentales solo representan expectativas, estimaciones o previsiones sin carácter vinculante, aunque en la práctica su omisión actúa como condición denegatoria de la custodia compartida (STS, 30 de octubre de 2018, recurso 1383/2018). La judicialización de la guarda conjunta sobre los hijos ha influido en la asunción de un deber relativo a la planificación por los padres solicitantes, para evitar el rechazo de sus pretensiones. La trascendencia judicial de los pactos coparentales responde a la obligación de concretar la forma y ejercicio de la custodia compartida y acreditar las ventajas para los hijos. Si se considera que la falta de aportación del plan de parentalidad por el propio padre demandante de custodia compartida, es causa de nulidad de actuaciones, pues “no puede prescindir de su aportación, debiendo ser apreciado de oficio o por la contraparte, para someterlo a debate contradictorio” (STSJ Cataluña del 29 de marzo de 2017, recurso 201/2016). Al margen del control de legalidad sobre sus elementos esenciales como consentimiento, capacidad de las partes y adecuación al ordenamiento jurídico (artículo 1255 C. C.).³⁸

La traslación de los límites del derecho contractual a la custodia compartida plantea la determinación de la parte débil del “contrato” familiar para la eficacia de los acuerdos alcanzados entre los progenitores. El equilibrio y la igualdad entre las partes intervinientes constituye una premisa no sólo como garantía negocial sino a efectos constitucionales.

La aprobación judicial de los planes coparentales habría de someterse a un juicio previo de “constitucionalidad” para la detección de estipulaciones abusivas con desequilibrio entre los progenitores, de las cláusulas restrictivas de las relaciones familiares y lesivas de derechos fundamentales. La supervisión negocial de los acuerdos sobre custodia compartida exige la adecuación a los principios de corresponsabilidad e igualdad y a los criterios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad.

La dimensión constitucional de estos pactos deriva de la discriminación de hijos o progenitores y de la irrenunciabilidad a derechos fundamentales. Los acuerdos celebrados entre padres en una relación familiar desigualitaria con indicios o pruebas de dominación, de poder o control ejercido sobre una de las partes, o antecedentes de maltrato, abuso o sumisión, plantean efectos inconstitucionales. La vulneración de los derechos fundamentales de igualdad, al libre desarrollo de la personalidad o la dignidad, constituyen límites a los planes coparentales. La inconstitucionalidad de cláusulas también puede derivar de la renuncia a derechos fundamentales, no sólo en dichos planes, sino también en las transacciones “negociales” sobre su aplicación, ejecución y cumplimiento, a través del recurso a la mediación (Francisca Fariña Rivera *et al.* 2017, p. 108).

Por último, el principio y derecho de igualdad obliga a la presunción de la custodia compartida, debiendo recaer en el progenitor que reclame la custodia exclusiva la prueba del interés de los niños con la aportación de un plan monoparental.

VI. CONCLUSIONES

La custodia compartida presenta una dimensión constitucional que contextualiza su problemática en un plano superior a la legalidad, obligando a la consideración de los derechos fundamentales en juego. La perspectiva de género debe aplicarse a legalidad vigente, autonomía privada (planes coparentales), y a la jurisprudencia para la corrección de asimetrías entre progenitores y prevenir discriminaciones entre hijos tras la ruptura de la convivencia.

El proceso de constitucionalización del interés del niño y de las relaciones familiares desarrollado por la jurisprudencia ordinaria, ha derivado en la implantación de la custodia compartida como régimen general. En el conflicto de intereses entre hijos y progenitores no puede prevalecer la supremacía del interés de los niños sobre el derecho fundamental de igualdad, sin una ponderación conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. La custodia exclusiva puede vulnerar los derechos fundamentales de los progenitores y por esta razón, debe ser excepcional y reforzarse judicialmente su motivación.

La aproximación de las instituciones de patria potestad y custodia compartida con base en el concepto de responsabilidad parental extraído del derecho comparado, previene la inconstitucionalidad derivada de la diferencia de trato de niños y niñas antes y después de la ruptura de la convivencia, por las dificultades para relacionarse con ambos progenitores. La exigencia de superiores requisitos al padre para la obtención de la custodia compartida genera el riesgo de discriminación de los hijos de padres divorciados y separados, así como de estos últimos

por razones de género estereotipados, estado civil y asunción de obligaciones familiares (múltiple).

La excesiva judicialización de la custodia puede provocar efectos discriminatorios derivados de los estereotipos sociales y criterios de atribución (domicilio, jornada laboral de los padres...). La exigencia de un plus de requisitos a los padres para asumir las obligaciones familiares y la penalización en el cuidado de los hijos, debe someterse a un control de constitucionalidad. El recurso judicial a criterios como la profesión, jornada laboral, dedicación anterior al cuidado de los hijos para la atribución de la custodia compartida, puede derivar en consecuencias inconstitucionales (Jésica Delgado Sáez, 2020, p. 11).

La jurisprudencia ha contribuido a la evolución de la corresponsabilidad desde un criterio a fomentar en los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar (artículo 44, LOIEMH), hasta su posible configuración como derecho fundamental. La especial transcendencia de la custodia compartida y la corresponsabilidad se fundamenta en la ausencia de doctrina del Tribunal Constitucional, por el predominio de un excesivo arbitrio judicial desincentivador del recurso de amparo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA SAN MARTÍN, M. (2013), El principio de corresponsabilidad parental, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2, 21-59.
- ALASCIO CARRASCO, L. (2011). La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (artículo 92.8 C. C.). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010, *Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 1-25.
- ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E. (2006). Ley 15/2005, del 8 de julio de modificación del Código Civil y la LEC. Guardia y custodia compartida, *Anales de la Facultad de Derecho*, 23, 83-97.
- CASTRO MEDINA, R. (2021). Avances legislativos hacia la corresponsabilidad, *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, 2021, 2, 296-308.
- DELGADO SÁEZ, J. (2020). *Guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Reus.
- FARIÑA RIVERA, et al. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*, 107-113.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2010). “Criterios de atribución de la custodia compartida”, *Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 1-21.
- IGLESIAS MARTÍN, C. (2019). *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- IVARS RUIZ, J. (2017). “La custodia compartida tras la reforma del Código civil”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 19, 1-2.
- LATHROP, F. (2009). “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas”, *Diario La Ley*, 7206, 143-175.

- ORTIZ FERNÁNDEZ, M. (2020). Régimen aplicable en materia de guardia y custodia de los hijos en la Comunidad Valenciana: la Ley 5/2011, del 1 de abril y los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, *Revista Boliviana de Derecho*, 30, 578-603.
- PÉREZ UREÑA, A. (2005). El interés del menor y la custodia compartida, *Revista de Derecho de Familia*, 2005, 26, 275-278.
- PINTO ANDRADE, C. (2015). La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución. *Revista Misión Jurídica*, 9, 153-175.
- RIVERA ÁLVAREZ, J. (2005). La custodia compartida: génesis del nuevo artículo 92 del Código Civil. *Cuadernos de Trabajo Social*, 137, 137-162.
- SERRANO CASTRO, F. (2010). Hacia un nuevo modelo de corresponsabilidad parental, *Revista Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, 24-26.
- SOLSONA Y AJENJO (2021). La custodia compartida: ¿un paso más hacia la igualdad de género? *Centre d'Estudis Demogràfics*, 8, 1-4.
- TOBIO, C. (2012). Cuidado e identidad de género. De las madres que trabajan a los hombres que cuidan, *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, 70, 2, 399-422.
- TORRES PEREA, JM. (2021). Estudio de la custodia compartida en la última década: Una lucha socio-jurídica de ámbito global al borde de una nueva etapa. *Indret*, 4, 136-172.

* Doctora en Derecho con sobresaliente cum laudem, profesora titular de derecho constitucional, pertenece al Departamento de Derecho Público y área de derecho constitucional de la Universidad de Jaén. Correo electrónico: crriico@ujaen.es.

¹ “Entre bienes constitucionalmente protegibles o derechos fundamentales de hijos y progenitores, necesariamente ponderables a través de los principios de proporcionalidad y razonabilidad en las relaciones familiares” (Fariña Rivera *et al.*, 2017, p. 110).

² Real Decreto del 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil [C.C.], 04/01/2023). [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

³ Constitución española, [C.E], 4/01/2023). [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

⁴ C. C., 4/01/2023, artículo 92.

⁵ Según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), “en 2020 las sentencias de custodias compartidas que se establecen tras una separación ya suponen el 41,4% del total. Ha sido, pues, un crecimiento exponencial si se tiene en cuenta que hace 10 años, en 2010, apenas suponían el 10,5%”.

⁶ Ley 11/1990, del 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, 04/01/2023, artículo 159. <https://www.boe.es/eli/es/l/1990/10/15/11>

⁷ Ley 15/2005, del 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, 04/01/2023, artículo 92. <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/08/15>

⁸ Ley Orgánica 8/2015, del 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 04/01/2023, artículo 2o. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8>

⁹ Véase Catalán Frías, La custodia compartida, *Revista Derecho y Criminología*, 2011, p. 67.

¹⁰ Los sistemas legales europeos no son homogéneos, ni siquiera reconocen el término de custodia compartida a excepción de Bélgica, España, Francia, Inglaterra, Italia, entre otros. Respecto de la custodia compartida hay coincidencias en el convenio de los padres, homologado judicialmente, si no vulnera el principio del “bonum filii”, puede decretarse judicialmente (España y Francia), por periodos alternos (Bélgica); imponer la carga de la prueba del perjuicio al hijo a aquel cónyuge que se opone; la audiencia del menor o la mediación.

¹¹ Conforme a la [STS 20/06/2017](#), [recurso 2332/2016](#), se ha venido exigiendo que al menos uno de los dos progenitores lo haya solicitado expresamente, siquiera como medida subsidiaria. Si bien esta tesis es criticada por la doctrina y no seguida por varias audiencias provinciales por ser la custodia una materia de ius cogens, donde el tribunal puede decidir al margen de las peticiones de las partes y del fiscal.

¹² En la [TS 30/11/2020](#), [recurso 5518/2019](#), se decreta nulidad de actuaciones con devolución de los autos a la AP en un caso de cambio de custodia paterna a compartida revocando la instancia, por haberse omitido la audiencia de los hijos.

¹³ Por lo que “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... o la mejor realización de su beneficio e interés” (Marcela Acuña San Martín, 2013, p. 30).

¹⁴ La sección 2 del Children Act 1989 y la regulación contenida en la Adoption and Children Act 2002, disponen que la madre siempre ostenta la responsabilidad parental, atribuyendo la responsabilidad parental al padre si está casado o registrado con ciertas condiciones. La reforma del artículo 155 del Código Civil italiano atribuía el ejercicio exclusivo de la “potestà” al/a progenitor/a a quien se confiaba el cuidado del o de la menor. Sin embargo, el artículo 6.1 de la Ley 898, de 1 de diciembre de 1970, reguladora del divorcio en Italia, tras sucesivas reformas legales, concedía al Tribunal, cuando lo considerase conveniente para el interés de los y las menores, la posibilidad de disponer del “affidamento congiunto” o “alternato”. En el derecho alemán la responsabilidad parental sobre los hijos e hijas comunes es conjunta y en los supuestos no matrimoniales, corresponde a la madre con carácter general.

¹⁵ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 4/01/2023, artículo 11. boe.es: <https://www.boe.es>

¹⁶ C. C., 4/01/2023, artículo 92.

¹⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor [LPM], 4/01/23, artículo 9). <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>

¹⁸ “El incremento de la custodia compartida entre 2011 y 2016 en España, se ha producido exclusivamente en detrimento de la custodia exclusiva de madre, dado que la exclusiva de padre se ha mantenido en torno al 5%. Aunque la custodia compartida ha crecido en todas las comunidades autónomas, un ritmo muy desigual ha acentuado las diferencias iniciales. Las comunidades con porcentajes más elevados de custodia compartida y claramente por encima del promedio español son Islas Baleares, Cataluña, Valencia, Aragón, País Vasco, Navarra y la Rioja” (Solsona y Ajenjo, 2021, p. 1).

¹⁹ El Tribunal Constitucional reconoce sin diferenciación entre sexos “el derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias familiares y personales, relacionándolo con la responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a los hijos menores de edad y afirmando que si el padre no puede ejercer la corresponsabilidad, todo el peso recae sobre la madre que vería mermadas sus oportunidades laborales” (Amparo Constitucional 9145/2009. Pleno del Tribunal Constitucional, España, 14/03/2011). <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6808>

²⁰ Amparo Constitucional 9145/2009. Pleno del Tribunal Constitucional, España, 14/03/ 2011. <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6808>

²¹ En esta línea, “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, según la cual la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público...” (STS, 28 de septiembre de 2009, recurso 167/2005).

²² La SAP de Sevilla del 26 de enero de 2022, recurso 2082/2020, estima que el régimen de corresponsabilidad parental establecido por el juzgado de Familia es “la opción más favorable para los menores desde la óptica de su interés preferente y superior, permitiendo que ambos progenitores participen de manera activa en el cuidado y atención de los menores mediante una distribución de tiempos, tareas y responsabilidades”.

²³ Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres [LOIEMH], 4/01/2023, artículo 44). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/03/22/3/con>

²⁴ BOE 137, del 6 de junio de 2014. [https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/(1))

²⁵ La STS, 12 de julio de 2022 declara que los hombres tienen derecho al permiso de lactancia, aunque la madre del menor desempeñe trabajo retribuido, porque está desconectado por ley de la maternidad y “la corresponsabilidad en las tareas familiares aconseja una interpretación favorable al ejercicio indistinto del derecho”.

²⁶ Sala Primera. Sentencia 138/2018, del 17 de diciembre de 2018. Recurso de amparo 275-2018. BOE-A-2019-955 Esta sentencia diferenciaba entre el permiso de maternidad basado en razones biológicas con superior duración y el de paternidad sustentado en la corresponsabilidad que no constituía un derecho por ser únicamente objeto de fomento según el artículo 44 LOIEMH.

²⁷ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 4/01/2023, artículo 2o.

²⁸ Idem.

²⁹ La STS, 14 de septiembre de 2018, recurso 34/2018, admite que “el interés de los menores no crea ni extingue por sí solo las relaciones de la patria potestad”.

³⁰ Así conforme “tiene preferencia la estabilidad emocional y relacional del menor con sus dos progenitores de forma paritaria, antes que separarlo de uno de ellos por razón de mantener una “estabilidad geográfica” (STS, 10 de marzo de 2010, recurso 319/2008). De otra parte, incurre en falta de motivación la sentencia de apelación que denegó la custodia compartida, únicamente sobre la base de la no permanencia de los menores en un domicilio estable, cuando es consustancial a la guarda y custodia compartida que los hijos vivan con sus padres en domicilios cambiantes” (STS, 8 de octubre de 2010, recurso 585/2005).

³¹ Según el artículo 27.2 CE la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

³² Con base en el derecho comparado, la normativa Parental Responsibility Regulations 1991 regula el bienestar del y de la menor como de suma importancia y consideración y, por tanto, al adoptar una decisión judicial, el Juzgado debe ponderar que ésta sea mejor para el o la menor que el hecho de no dictar resolución alguna y tomará en cuenta determinados factores: grado de compromiso mostrado hacia el o la menor, el grado de apego que exista entre el/la progenitor/a y el o la menor, las razones por las cuales solicita la responsabilidad parental. De conformidad con la sección 12, punto 1 del “Children Act 1989”, si el Juzgado dicta una “orden de residencia” a favor del padre, en el supuesto de que éste no tuviera la autoridad parental sobre el o la menor, el Tribunal, además del contenido propio de la “orden de residencia” le está, igualmente, atribuyendo la responsabilidad parental.

³³ C. C., 4/01/2023, artículos 3 y 92.

³⁴ Ley 3/2011, del 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra, 4/01/2023, artículo 92. <https://www.boe.es/eli/es-nc/lf/2011/03/17/3/con>.

³⁵ Decreto Legislativo 1/2011, del 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, 4/03/2023, artículo 80. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOA-d-2011-90007>.

³⁶ Ley 25/2010, del 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, 4/01/2023, artículo 233. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>.

³⁷ “No procede custodia compartida, al terminar el periodo de lactancia por la ausencia de un plan contradictorio de parentalidad” (STS, 9 de mayo de 2017, recurso 1432/2016).

³⁸ C. C., 4/03/2023, artículo 1255.