

**COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS
FINANCIEROS**

DOBLE GRADO EN ADE Y DERECHO

Trabajo Fin de GRADO



**PATRIA POTESTAD.
GUARDIA Y CUSTODIA**

Custodia, visitas y otras medidas en tiempos de coronavirus

Autor: García Martínez, Paula

Tutor: Velarde D´amil, Yvette

Madrid, septiembre de 2020

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	3
ABREVIATURAS	4
1. INTRODUCCIÓN	5
2. EL DEBER DE PROTECCION SOBRE LOS HIJOS MENORES NO EMANCIPADOS. LA PATRIA POTESTAD	6
2.1. Concepto y evolución histórica	6
2.2. Contenido de la patria potestad	8
2.3. Ejercicio de la patria potestad	13
2.3.1. Ejercicio conjunto. Regla general	13
2.3.2. Ejercicio unipersonal	14
2.4. Extinción y privación de la patria potestad. Recuperación de la patria potestad	15
3. GUARDA Y CUSTODIA	18
3.1. Concepto. Diferencias con la patria potestad	18
3.2. Situación de normalidad familiar	21
3.3. Situación de crisis de convivencia. Tipos de custodia	22
3.3.1. Custodia exclusiva o monoparental	23
3.3.2. Custodia compartida	27
3.3.3. Custodia atribuida a un tercero	33
3.4. Régimen de visitas	34
4. CUSTODIA, VISITAS Y OTRAS MEDIDAS EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS	36
5. CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	42

RESUMEN

El objetivo del presente Trabajo de Fin de Grado es dar una visión extensa de las situaciones a las que puede enfrentarse una familia en los casos de crisis de convivencia. Analizaremos la institución de la guarda y custodia en sus distintas modalidades, pero en concreto nos centramos en la guarda y custodia compartida y los criterios necesarios para su establecimiento. Todo ello lo haremos a partir de un análisis doctrinal y jurisprudencial para entender las ventajas e inconvenientes que reporta dicha modalidad.

Palabras clave: patria potestad, custodia compartida, interés superior del menor.

ABSTRACT

The objective of this research is to give an extensive vision of the situations that a family may face in cases of coexistence crisis. We will analyze the institution of custody and its different modalities, but specifically we focus on joint custody and the criteria necessary for its establishment. We will do all of this based on a doctrinal and jurisprudential analysis to understand the advantages and disadvantages of that modality.

Key words: parental authority, joint custody, best interests of the child

ABREVIATURAS

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CENDOJ: Centro de Documentación Judicial

CP: Código Penal

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

INE: Instituto Nacional de Estadística

JPI: Juzgado de Primera Instancia.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

PEF: Puntos de Encuentro Familiar

RD: Real Decreto

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

Para abordar el trabajo vamos a partir de un apartado general y más conceptual hasta llegar a explicar qué ha ido sucediendo en la práctica.

Por ello, para empezar, arrancamos con un análisis de la patria potestad, institución vinculada al cuidado y representación de los hijos menores de edad. En un primer lugar, se intenta delimitar el concepto y la evolución de este a lo largo de la historia, para más adelante analizar el contenido de este derecho que ostentan los progenitores. Finalmente, se termina exponiendo las situaciones en las que se contempla el ejercicio unipersonal de la patria potestad y el procedimiento específico de privación de la patria potestad cuando se dan una serie de condiciones que ponen en riesgo el interés superior del menor.

Asimismo, hemos querido investigar si la custodia compartida debería equipararse a la custodia exclusiva en aras de proteger el interés superior del menor, uno de los principios rectores del Derecho de Familia. El régimen de guarda y custodia compartida fue introducido expresamente en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, pero hasta entonces solo tenía desarrollo jurisprudencial. Por ello, parece interesante entender qué ventajas e inconvenientes presenta esta modalidad y comparar la situación con los países de nuestro entorno para ver si los Tribunales deberían poder establecer de oficio el régimen de custodia compartida entre ambos progenitores, algo que todavía no se contempla en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, y teniendo en cuenta la crisis sanitaria a la que nos estamos enfrentando en la actualidad como consecuencia del coronavirus, se analizará cómo ha influido la COVID-19 en las distintas instituciones: patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas, así como los problemas que se han ocasionado por este motivo.

Para abordar todos estos objetivos, recurrimos a sentencias que plasman las decisiones de los Jueces en distintos casos para entender mejor y de una forma más práctica lo que está sucediendo en la actualidad.

2. EL DEBER DE PROTECCION SOBRE LOS HIJOS MENORES NO EMANCIPADOS. LA PATRIA POTESTAD

2.1. Concepto y evolución histórica.

La institución de la patria potestad ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, en función de las transformaciones de los pueblos en materia política, económica y social. Tras las numerosas reformas en la materia, se mantiene el vocablo “patria potestad”, lo que hace que no nos olvidemos de su origen romano. Sin embargo, nada tiene que ver esa visión arcaica en la que el *pater familias* tenía poder absoluto sobre la vida y la muerte de su hijo (*just vitae et necis*), mientras el padre viviera. Este poder absoluto se va debilitando progresivamente a lo largo de la historia y los hijos consiguen una mejora de su posición en la familia.¹

Debido a que el término patria potestad puede considerarse primitivo, dentro del propio territorio español se emplean otras expresiones como potestad parental (Cataluña)², responsabilidad parental (Navarra)³, autoridad familiar (Aragón)⁴, y en los Principios europeos de Derecho de Familia, se decantan por responsabilidad parental⁵.

Actualmente, nuestro ordenamiento regula la institución de la patria potestad en el Título VII del Libro I del Código Civil de los artículos 154 al 172, bajo la rúbrica relaciones paterno filiales, que debe completarse con la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor (en adelante LOPJM). Así, el art. 154 del CC establece quiénes están sujetos a la patria potestad y cómo debe ejercerse tal responsabilidad parental.

Mientras los hijos son menores de edad, los progenitores tienen muchos deberes hacia ellos y para protegerlos y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan de unas facultades sobre la persona y bienes de sus hijos. A este conjunto de facultades o

¹ Linacero de la Fuente, M. (2020). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. 2ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid. p. 423.

² Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

³ Ley 1/1973, de 1 de marzo de 1973.

⁴ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo de 2011.

⁵ Reglamento nº2201/2003 del Consejo Europeo, de 27 de noviembre de 2003.

poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos menores no emancipados, se le llama patria potestad.⁶ Por lo tanto, como ya se ha comentado y en base al art. 154 CC “*la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental*”⁷, lo cual incluye velar por ellos, darles alimentos y tenerlos en su compañía, así como procurarles una formación integral. En la esfera patrimonial, los deberes de los progenitores sobre sus hijos pasan por representarlos y administrar sus bienes.

Este artículo configura la patria potestad como responsabilidad parental, de acuerdo con una concepción moderna de las relaciones paterno-filiales, esto es, como una función que debe ejercerse en interés de los hijos. En nuestro ordenamiento el interés superior del menor se consagra como un principio jurídico y así queda plasmado en la Constitución. A tenor del art. 39 CE se establece la protección de la familia y el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio y en los demás casos que proceda, siempre que estos sean menores de edad y no estén emancipados.⁸

LACRUZ afirma: “*la potestad es un poder jurídico de tal naturaleza que la autoridad que comporta se usa no al arbitrio de su titular, sino para cumplir ciertas finalidades en beneficio ajeno y entonces debe ser ejercida cuando el caso lo requiere*”.

Podríamos afirmar que el punto de partida de la patria potestad es la protección de los menores de edad, lo cual queda recogido en el art. 2 de la LOPJM, y se refuerza con textos como la Convención de los derechos del niño de 1989 y demás legislación internacional y comunitaria de atención a la infancia y adolescencia. No se hace distinción entre hijos matrimoniales, no matrimoniales cuya filiación esté determinada legalmente o adoptivos, por lo que siempre que la filiación esté determinada, es decir, que haya padres jurídicamente conocidos, estos ejercerán la patria potestad. Sin embargo, es interesante mencionar la reforma operada por la Ley 11/1981 del 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, porque hasta entonces la patria potestad solo le correspondía

⁶ Albaladejo, M. (1982). *Curso de Derecho Civil. IV Derecho de familia*, p. 275.

⁷ Artículo 154 del Código Civil

⁸ Artículo 39 de la Constitución Española.

al padre de manera general, y en su defecto o de forma subsidiaria, a la madre. Nos llama especialmente la atención que hace tan solo 39 años el padre tuviera un plano de superioridad tal respecto de sus hijos frente a la madre. sin embargo, esto no significa que actualmente no pueda corresponder exclusivamente a uno de ellos, ya que el art. 156 CC recoge los supuestos de ejercicio unipersonal de la patria potestad, sino que en principio la patria potestad corresponderá a ambos progenitores conjuntamente de oficio.

Al ser un deber correspondiente a los progenitores por la relación paterno-filial, ninguna otra persona puede ejercer la misma, es intransferible.

2.2. Contenido de la patria potestad.

Normalmente la patria potestad encierra un doble contenido: personal y patrimonial. De la misma forma, confiere a los padres la representación legal de sus hijos tal y como se establece en el art. 162 CC *“los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”*⁹, pero este mismo artículo recoge ciertos supuestos en los que no les representarán legalmente sus padres.

El primero de ellos se refiere a los actos relativos a la personalidad que el menor puede ejercitar por sí solo por tener la suficiente madurez para ello. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

Igualmente, quedarán excluidos de aquellos actos en que existe conflicto de intereses entre ellos y el hijo, y los relativos a bienes excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158 CC. Y los progenitores son los representantes legales netos de sus hijos, pero necesitan autorización judicial en determinadas circunstancias, para:

⁹ Artículo 162 del Código Civil.

- Renunciar a derechos de los hijos.
- Repudiar herencias o legados.
- Cualquier asunto en que los intereses sean contrapuestos.

En estos casos, se nombrará a un defensor judicial que actúe como representante de los hijos en el juicio.

Atendiendo ya al contenido en sí, en primer lugar, vamos a pasar a analizar el contenido subjetivo de la patria potestad. Ya vimos que el art. 154.1º CC establece que los padres que ostentan la patria potestad tienen una serie de deberes. De esta manera, realizaremos un análisis separado para aportar una visión detallada de qué entiende la jurisprudencia por cada uno de estos deberes:

a) El deber de velar por los hijos.

Es un deber que no se relaciona exclusivamente con la patria potestad, sino que surge directamente de las relaciones paterno-filiales, pues según el art. 110 CC, aunque se pierda la patria potestad queda a salvo la relación de velar por los hijos.

De acuerdo con RIVERO HERNÁNDEZ, velar por los hijos significa atenderles tanto física como psicológicamente de manera delicada y diligente, así como informarse de sus problemas, educarles y responder a sus necesidades¹⁰. En definitiva, consistirá en preocuparse por proporcionarles los cuidados y atenciones que necesiten para que puedan desarrollar su personalidad. Que el hijo se sienta arropado y apoyado por sus progenitores será muy importante y beneficioso para que alcance la madurez.

En nuestra opinión, esto no significa que todo lo que quiera el hijo sea aprobado por sus padres, sino que estos deberán guiarle y estar a su lado en los momentos complicados, dándole su opinión e intentando que solvete los problemas por sí mismo.

¹⁰ Rivero Hernández, F. (2000). *Comentarios al Código Civil: II, vol. 2*, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 1096.

b) El deber de compañía.

Como señala SANCHO REBULLIDA, *“la compañía es algo más que la inmediatez física y la identidad de techo; entraña una comunicación afectiva, intelectual y respecto a los padres, exige buen ejemplo y cariño ambiental”*.¹¹

c) El deber de alimentos.

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.¹²

Lo mismo que sucedía con el primero de los deberes, se trata de un deber emanado de la relación paterno-filial a tenor del mismo artículo sin importar a quien corresponda la patria potestad *“el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.”*¹³

Además, como se puede observar es una obligación que recae sobre ambos progenitores y en caso de que estos no convivan como consecuencia de separación o divorcio, seguirán obligados a través del pago de una pensión, que se establecerá acorde a las posibilidades económicas de los progenitores.¹⁴

Es importante resaltar que este deber de alimentos trasciende a la vigencia de la patria potestad, que se extingue con la mayoría de edad, pues nuestra legislación no establece una edad a la que se deje de prestar este deber. Por ello, habrá que atender a otras circunstancias y a las particularidades de cada caso. Uno de los elementos esenciales que nuestros tribunales consideran para que el progenitor cese su deber de prestar alimentos es la posibilidad del hijo de alcanzar los medios que le permitan hacer vida independiente y la actitud que este tenga para lograrlo. Así, por ejemplo, una sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona¹⁵ analiza la actitud de un hijo de 24 años que ha abandonado y no se implica en sus estudios o intenta buscar empleo.

¹¹ Sancho Rebullida, F. (1966). *Derecho de Familia*. Ed. Bosch, Barcelona.

¹² Artículo 142 del Código Civil.

¹³ Artículo 110 del Código Civil.

¹⁴ Artículo 146 del Código Civil.

¹⁵ SAP Gerona 249/2015, de 6 de noviembre de 2015.

Finalmente, el juez falló a favor del padre advirtiéndole que este podía negarse a prestar alimentos por entender que el hijo no tenía una vida independiente por causa imputable a él mismo.

De esta forma, como vemos, la norma no se basa en la edad del hijo, sino en la capacidad para mantenerse a sí mismo y la actitud que tenga con respecto al cumplimiento de sus tareas y deberes. Por ello, afirmar que el deber de alimentos concluye cuando cesa la patria potestad es erróneo, tal y como acabamos de ver.

d) El deber de educación y de procurarles una formación integral.

Se trata de un deber para satisfacer unas necesidades más allá de las materiales que cubrían los anteriores deberes porque el objeto de la educación es el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.¹⁶ Para CASTÁN VÁZQUEZ: “*la obligación de los padres de educar a sus hijos conlleva prepararlos para una vida sana, tanto física como moralmente, mediante la proporción de una instrucción intelectual, orientación profesional, educación física y una formación cívica.*”¹⁷

Se da tanta importancia en nuestro sistema a la educación que cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización (art. 13.2 LOPJM).

Por otro lado, vamos a pasar a analizar el contenido patrimonial de la patria potestad. La administración de los bienes de los hijos se establece en los arts. 164-168 CC. El punto de partida de esta obligación está en el art. 154.2º CC “*deben representarlos y administrar sus bienes*” y dicha administración deben llevarla a cabo con la misma diligencia que con sus bienes propios.¹⁸ Pero el alcance de la representación no es

¹⁶ Artículo 27.2 de la Constitución Española.

¹⁷ Castán Vázquez, J.M. (1989). *Comentarios a los artículos 154 a 171 del Código Civil*. Ed. Dykinson, Madrid. pág. 1052.

¹⁸ Artículo 164, párrafo 1º del Código Civil.

absoluto, pues quedan fuera de esta los actos relativos a los derechos de personalidad que el hijo pueda ejercitar por sí mismo atendiendo a su madurez, aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo y los relativos a bienes excluidos de la administración de los padres: los adquiridos a título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa; los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad; así como los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo e industria.¹⁹

Antes de la ya mencionada reforma del 13 de mayo de 1981, era el padre y en su defecto la madre, administrador y usufructuario de los bienes del hijo en potestad. Igual que hemos mencionado anteriormente, nos sorprende el plano de superioridad que se otorgaba al padre frente a la madre. Hoy los padres, es decir, el padre y la madre a la vez, son administradores de tales bienes, pues el usufructo se ha suprimido.²⁰

Lo que sí pueden hacer es destinar los rendimientos de los bienes del hijo al levantamiento de cargas familiares a tenor del art. 165 CC *“pertenecen siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo o industria. No obstante, los padres podrán destinar los del menor que viva con ambos o con uno sólo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones.”* En cuanto al levantamiento de cargas familiares, el hijo quedará obligado a contribuir equitativamente según sus posibilidades, igual que queda obligado a obedecer a sus padres mientras permanece bajo su potestad y a respetarlos siempre.²¹

Consideramos que tras analizar los deberes y facultades que integran la patria potestad debe entenderse que el contenido subjetivo y patrimonial normal de la patria potestad puede resultar modificado cuando los Tribunales, velando por el interés superior del menor, priven al padre o madre de algunas de las facultades total o parcialmente.

¹⁹ Artículo 164 del Código Civil.

²⁰ Albaladejo, M., *op. cit.*, pág. 280.

²¹ Artículo 155 del Código Civil.

2.3. Ejercicio de la patria potestad.

La regla general en esta materia es la de que *“la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad”*²² y, por tanto, si los hijos tuvieran suficiente juicio, los padres deberán oírlos para tomar las decisiones oportunas. A continuación, vamos a distinguir entre el ejercicio conjunto y unipersonal de la patria potestad.

2.3.1. Ejercicio conjunto. Regla general.

El art. 156.1 CC dispone *“la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro...”* consagrando la regla general de ejercicio conjunto o mancomunado de la patria potestad por ambos progenitores.

Como los padres no siempre van a actuar en todo siempre los dos a la vez o en muchas ocasiones puede que tengan distinta opinión, será interesante dilucidar qué es lo que cada padre puede hacer, qué necesita de la actuación de ambos, y cómo llegar a una decisión cuando no estén de acuerdo. Ahora bien, esto no constituye una excepción a la regla general porque la patria potestad sigue ejerciéndose por parte de ambos progenitores, aunque uno lo haga por la vía del consentimiento. Puede entenderse como un apoderamiento.

En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos podrá acudir al Juez, quien después de oírlos y al hijo si tuviera suficiente juicio y siempre que fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. En caso de que los desacuerdos fueran reiterados o concurriera otra causa que entorpeciera gravemente el ejercicio de la patria potestad, el Juez podría atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante un plazo máximo de dos años.²³

²² Artículo 154, párrafo segundo del Código Civil.

²³ Albaladejo, M., *op. cit.*, pág. 285.

2.3.2. Ejercicio unipersonal.

Como excepción a la regla general del ejercicio conjunto, por razones prácticas y de mayor flexibilidad en el ejercicio de la patria potestad, se admite la actuación unilateral de uno de los progenitores cuando sea conforme con el uso social o en situaciones de urgente necesidad (art. 156.1 in fine CC). además, se recoge que “*en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.*”²⁴ Sería una excepción a la norma general y este precepto está inspirado en diversos Códigos europeos como, por ejemplo, el art. 373 del Código Civil francés²⁵ o el art. 317 de Código Civil italiano²⁶, que ofrecen como denominador común una circunstancia que impide a uno de los progenitores el ejercicio de la patria potestad.

Respecto a los supuestos que pueden entenderse como tal en nuestro ordenamiento jurídico son la muerte o declaración de fallecimiento de alguno de los progenitores, la incapacidad o privación de la patria potestad de uno de los progenitores o que solo sea reconocido por uno de los progenitores en el caso de tratarse de un hijo extramatrimonial.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio. Asimismo, el art. 159 agrega “*si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.*”²⁷

De esta forma, podemos ver que el ejercicio unipersonal de la patria potestad se contempla en aquellos casos de ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, y para aquellos otros en que los padres no vivan juntos bien por estar separados de

²⁴ Artículo 154, párrafo cuarto del Código Civil.

²⁵ Artículo 373 Código Civil francés.

²⁶ Artículo 317 Código Civil italiano.

²⁷ Artículo 159 del Código Civil.

hecho o bien en los casos de filiación extramatrimonial en los que esté determinada por ambos progenitores, pero estos no convivan.

Por último, queremos destacar que si los padres fueran también menores de edad no emancipados ejercerán la patria potestad con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez.²⁸

2.4. Extinción y privación de la patria potestad. Recuperación de la patria potestad.

En principio, la patria potestad se extingue o concluye definitivamente por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o el hijo; por emancipación y por la adopción del hijo.²⁹

Cuando la patria potestad se extingue por la muerte de los padres y el hijo sigue siendo menor sin emancipar, se sustituirá por otra institución: la tutela. Esta se atribuye para evitar que el menor quede desprotegido. Sin embargo, para el caso de la emancipación, parece claro que la patria potestad no se sustituye por ninguna otra figura, ya que con ella se habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor. Sin embargo, hasta que llegue a la mayoría de edad no podrá tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor. Para estos casos sí que será necesario el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su curador.³⁰

Y, por último, para el caso de adopción del menor sin emancipar hay que diferenciar entre si la adopción se hace por muerte o declaración de fallecimiento de los padres, o viviendo los padres. Para ALBALADEJO la patria potestad se extingue por muerte de los padres, en principio. *Mutatis mutandis, cesa la extinción* por reaparición de los padres declarados fallecidos.³¹ Si el hijo es adoptado viviendo sus padres, aunque el art. 169.3º

²⁸ Artículo 157 del Código Civil.

²⁹ Artículo 169 del Código Civil.

³⁰ Artículo 323 del Código Civil.

³¹ Albaladejo, M., *op. cit.*, pág. 287.

diga que la patria potestad se acaba, realmente lo que sucede es que se traslada al adoptante.

Por otro lado, hay supuestos en que los padres pueden ser privados, total o parcialmente, de la patria potestad. Así, a tenor del art. 170 CC “*el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.*” La doctrina entiende que la privación de la patria potestad es una medida de carácter excepcional y este artículo ha de interpretarse de una manera restrictiva.³² Cabe destacar, que, aunque se prive a los padres de la patria potestad, estos no quedarán eximidos del deber de velar y prestar alimentos a los hijos según los arts. 110 y 111 *in fine* CC.

El incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad debe ser grave y retirado, siendo así causa insuficiente de privación de la patria potestad los incumplimientos esporádicos que no impliquen peligro grave para los menores.³³ Así, un caso que podríamos traer a colación fue en el año 2014 cuando la Comunidad Foral de Navarra formuló demanda frente a dos padres de un menor al que se le declaró en situación de desamparo. El niño mostraba lesiones relevantes y abandono emocional debido al repetido incumplimiento y pasividad en el ejercicio de la función tuitiva y protectora que tenían atribuida sus progenitores. De esta forma, se estimó la demanda y se retiró la patria potestad a ambos progenitores, pasando el menor al acogimiento.³⁴

En este caso, la cuestión litigiosa relativa a la privación de la patria potestad se dictó en un proceso *ad hoc* iniciado para resolver específicamente sobre ello (Capítulo II del Título I del Libro IV LEC) y se pone de relieve la legitimación activa de la Administración Pública. Según el art. 172.1 CC la entidad pública se encargará de la protección de los menores en determinado territorio y cuando constate que alguno se encuentra en situación de desamparo tendrá obligación de intervenir. Desde ese momento tendrá la tutela del menor y adoptará las medidas que estime oportunas para protegerlo. Siempre habrá de

³² Linacero de la Fuente, M., *op. cit.*, pág. 490.

³³ Rubio San Román, J.I. (2007). *Comentarios al Código civil II, v.2º. Libro Primero (Títulos V a XII). Capítulo IV. IV. De la extinción de la patria potestad.* Ed. Bosch, Barcelona. pág. 1529.

³⁴ STS 315/2014, de 6 de junio de 2014.

ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificárselo a los padres, tutores o guardadores en un plazo que no exceda de 48 horas.³⁵

La privación de la patria potestad también puede acordarse mediante una sentencia dictada en causa criminal. Esto queda recogido en el art. 111 CC diferenciando dos supuestos: cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme; y cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

Asimismo, en los arts. 178 y siguientes del CP, que recogen los delitos de libertad sexual, se establecen causas de privación de la patria potestad. En este sentido, encuadramos un caso de abuso sexual con prevalimiento de un hombre mayor de edad a la hija menor de 11 años de su pareja por el que fue condenado por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5ª que dictó sentencia con fecha de 12 de diciembre de 2013; y que posteriormente la madre solicitó la privación de la patria potestad del hijo que tenían en común.³⁶

El art. 170 CC contempla la posibilidad de que el Juez acuerde la privación de la patria potestad en una sentencia dictada en causa criminal. *“El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia ... dictada en causa criminal”*. Ello implica que, si concurren las circunstancias pertinentes, el juez penal deberá resolver a favor o en contra de la privación de la patria potestad, sin necesidad de remitirse al proceso civil.

Finalmente, podrá acordarse mediante resolución judicial en procesos de separación, nulidad o divorcio, es decir, por causa matrimonial, siempre que uno de los cónyuges lo solicite y acredite el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad. Según el art. 92.3 CC *“en la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.”* Normalmente, por tratarse de divorcios a causa de violencia doméstica, etc. Así pues, parece claro que en los procedimientos matrimoniales contenciosos pueda acordarse esta medida de la privación de la patria potestad. Pero la duda surge en aquellos procedimientos en que la separación, el divorcio o nulidad del matrimonio se inicia de mutuo acuerdo. Basándonos en el art. 90 CC, que regula el contenido del convenio regulador, no se menciona la posibilidad de negociar

³⁵ Saralegui Iglesias abogados (2019). *Patria potestad: supuestos de privación*.

³⁶ STS 14/2017, de 13 de enero de 2017.

acerca de la patria potestad. Esto sumado a su carácter indisponible e irrenunciable parece poner de relieve la intención del legislador acerca de la nulidad de los acuerdos relativos a la privación de la patria potestad.

Resulta preciso destacar que el procedimiento de privación de la patria potestad siempre se iniciará con la demanda de uno de los progenitores y el Juez competente será el del Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado. En todo caso, y siempre que las causas que determinaron la privación cesen, el mismo Tribunal que dictó la exclusión podrá permitirles a los progenitores la recuperación del ejercicio de la patria potestad siempre que a su juicio sea beneficioso para el hijo.³⁷

3. GUARDA Y CUSTODIA

3.1. Concepto. Diferencias con la patria potestad.

Con relación a la patria potestad y, en particular, a la guarda y custodia en el seno de los procedimientos matrimoniales, podemos decir que existe una dualidad normativa. Por un lado, están las “normas especiales,” que regulan los efectos de la nulidad, separación y divorcio respecto a los hijos (artículos. 90, 92, 103.1 CC) y, de otra parte, las “normas generales” referentes al ejercicio de la patria potestad en sede de relaciones paternofiliales, especialmente, para los supuestos de separación de los padres (arts.156.5 y 159 CC).

Antes de analizar la guarda y custodia en nuestro Derecho civil común vamos a intentar aclarar el concepto y a diferenciarlo de la patria potestad. Mientras que la patria potestad es una institución de protección de los padres hacia sus hijos, la guarda y custodia constituye una de las funciones subjetivas que conforman la patria potestad.³⁸ “*El derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor,*

³⁷ Artículo 170, segundo párrafo del Código Civil.

³⁸ Cruz Gallardo, B. (2012). *La Guarda y Custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Ed. La Ley, Madrid, pág. 41.

y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.”³⁹ Sin embargo, parece complicado delimitar las facultades comprendidas en la guarda y custodia y cuáles pertenecen a la patria potestad, ya que el legislador no lo ha hecho.

Según ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA tradicionalmente la custodia queda ligada fundamentalmente a la convivencia, y en consecuencia, a las decisiones diarias o cotidianas sobre salud, educación y disciplina, así como el orden común y diario de vida.⁴⁰ De esta forma, podemos entender que las diferencias entre ambos conceptos son sustantivas puesto que la patria potestad se refiere a la situación de representación de los menores y de su patrimonio, pero la guarda y custodia se relaciona con los cuidados que se le procuran al menor en el ámbito cotidiano.

No obstante, la diferencia fundamental es que la patria potestad corresponde en exclusiva a los progenitores y la guarda y custodia no. Si el juez lo estima conveniente para proteger al menor, podrá nombrar a un tercero para que se encargue de su cuidado a tenor del art. 103.1ª CC y de manera excepcional⁴¹ como, por ejemplo, los abuelos. Este supuesto lo analizaremos más adelante.

Según LATHROP GÓMEZ *“la custodia compartida es aquel 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, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminadas”*.⁴² Para HERNANDO RAMOS *“la asunción compartida de autoridad y responsabilidad, de derechos y obligaciones, entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes”*.⁴³ Y MORÁN GONZÁLEZ señala que *“la*

³⁹ Artículo 5 apartado a) del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

⁴⁰ Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. (2013). *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Ed. Bosch, Barcelona, pág. 531.

⁴¹ *“Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.”*

⁴² Lathrop Gómez, F. (2008). *La custodia compartida de los hijos*. Ed. La ley, Madrid. pág. 315.

⁴³ Hernando Ramos, S. (2014). *Custodia compartida, ventajas y problemas que plantea. Posición del Ministerio Fiscal*. Cuadernos de derecho judicial, nº8. pág. 69.

*custodia compartida nace como expresión de los derechos de los menores a relacionarse por igual con ambos progenitores”.*⁴⁴

Por otra parte, cabe destacar que la guarda y custodia no solamente se limita a que los padres se encarguen del cuidado o protección física de sus hijos, sino que tendrán que encargarse de la educación y formación integral del menor. Mientras que del cuidado físico en sí puede encargarse un vecino, un amigo... la función de educación solo la pueden ejercer los progenitores a cargo de la guarda y custodia a no ser que se nombre a un tercero expresa, especial y legalmente para ello.⁴⁵

En un sentido estricto podemos decir que el contenido de la guarda y custodia engloba el cuidado directo y diario de los hijos, es decir, lo que en el contenido personal de la patria potestad se refería a: tenerlos en compañía, velar por ellos, educarles y procurarles una formación integral. Pero cuando la guarda y custodia no pertenece a los padres, sino a un tercero, ya sea un familiar, el acogedor familiar o el encargado del centro de acogida “*se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar del tutor*”⁴⁶ lo que muestra que su guarda no podrá asemejarse a la de los progenitores.

En último lugar, hay que advertir que solamente quedarán afectados a la guarda y custodia los hijos menores no emancipados o mayores incapacitados comunes. Así se deduce de la interpretación de nuestro Código Civil. Para este segundo caso que se contempla, en el que el hijo mayor de edad es incapacitado, hay que poner de manifiesto la patria potestad prorrogada, recogida en el art. 171 CC, a tenor del cual se confiere a los padres la capacidad de seguir ejerciendo los mismos derechos que se venían ejerciendo antes de la mayoría de edad. Parece coherente que mientras viva el titular de la patria potestad, siga encargándose de las funciones de guarda y custodia, representación legal y administración de los bienes del incapacitado.

De esta manera, los hijos emancipados o mayores de edad no incapacitados no resultarán afectados por las medidas referentes a la guarda y custodia, patria potestad,

⁴⁴ Morán González, I. (2009). *El ministerio fiscal y los sistemas de guarda y custodia*. Cuadernos de derecho judicial, nº2. pág. 81.

⁴⁵ Echevarría Guevara, K.L. (2012). *La guarda y custodia compartida de los hijos*. Ed. Universidad de Granada, pág. 11.

⁴⁶ Artículo 234 *in fine* del Código Civil.

régimen de visitas, comunicación y estancia, sino que decidirán libremente con quién convivirán en el futuro o si realizarán vida independiente.⁴⁷

En cualquier caso, los Jueces serán los únicos competentes para decidir sobre la idoneidad del régimen de guarda y custodia aplicable teniendo en cuenta una serie de criterios que se analizarán más adelante en este trabajo y por supuesto, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor. Y antes de adoptar cualquier régimen será necesario un informe del Ministerio Fiscal, así como oír a los menores porque tuvieran suficiente juicio (según el art. 9.2 LOPJM “*Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos*”) o porque lo hubieran solicitado ellos mismos, el Fiscal o los miembros del Equipo Técnico Judicial, y valorar tanto las alegaciones como la prueba practicada para estar seguro de que el régimen se ajusta a la situación concreta.⁴⁸ A este respecto también podrá recabar dictamen de especialistas donde se indique el mejor modo de ejercicio de la patria potestad y custodia.⁴⁹

3.2. Situación de normalidad familiar.

En situación normal de convivencia de los progenitores, independientemente de que estén casados o no, la guarda y custodia les pertenece a ambos conjuntamente, ya que se engloba dentro de los deberes y facultades de la patria potestad. Según GARCÍA PASTOR “*la causa del nacimiento de la institución de la guarda es la ausencia de convivencia entre los padres*”. Pero la guarda y custodia existe también cuando los padres conviven normalmente. Sin embargo, al encontrarse incluida en la patria potestad carece de sentido plantearse la individualización de la guarda y custodia.⁵⁰

Para terminar de delimitar el concepto hay que resaltar que, en una situación de normalidad familiar, la guarda y custodia se encuentra dentro de la patria potestad dual,

⁴⁷ Ragel Sánchez, L.F., *op. cit.* págs. 290-291.

⁴⁸ Artículo 92.6 del Código civil.

⁴⁹ Artículo 92.9 del Código civil.

⁵⁰ García Pastor, M. (1997). *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*. Ed. McGraw-Hill Interamericana, Madrid, págs. 69-70.

es decir, la guarda y custodia corresponde a ambos progenitores. De esta manera, quien es titular de la patria potestad tiene la obligación de ejercer la guarda y custodia con el objetivo de lograr un adecuado desarrollo de la personalidad del menor. No obstante, a continuación, veremos si esto se mantiene o no cuando los padres no conviven.

Es interesante destacar que la regla general del ejercicio conjunto de la guarda y custodia es un criterio armonizado en los países del entorno. Se encuentra recogido en el Código civil francés⁵¹, en el italiano⁵², en el portugués⁵³, en el alemán⁵⁴ y en el suizo⁵⁵.

3.3. Situación de crisis de convivencia. Tipos de custodia.

Como ya hemos visto, la regla general es que la guarda y custodia de los menores se ejerza de manera dual, es decir, por ambos progenitores, quedando esta incluida en la patria potestad. Pero ante crisis de convivencia entre los progenitores, cabe preguntarse qué ocurre con la patria potestad, ¿a quién corresponde? ¿Y con la guarda y custodia?

Mientras que la patria potestad va a seguir correspondiendo generalmente a ambos progenitores, salvo que se dé alguna de las circunstancias de pérdida de la patria potestad, ya analizadas; la guarda y custodia se va a separar del resto de funciones de la patria potestad, ya que la ejercerá aquel progenitor con el que conviva el menor o progenitor custodio.

Generalmente cuando esto sucede, la guarda y custodia se divide en dos: la guarda y custodia propiamente dicha, adjudicada al progenitor custodio y un régimen de vistas y comunicación con el menor para el progenitor no custodio. Sin embargo, actualmente la jurisprudencia se está mostrando cada vez más tendente hacia un régimen de custodia compartida.

Para RIVERO HERNÁNDEZ, ante situaciones de crisis matrimonial el progenitor custodio es quien ejerce prácticamente la mayoría de los deberes asociados a la patria

⁵¹ Artículo 372 del Código civil francés.

⁵² Artículo 316 del Código civil italiano.

⁵³ Artículo 1.092 del Código civil portugués.

⁵⁴ Artículo 1.627 del Código civil alemán.

⁵⁵ Artículo 297 del Código civil suizo.

potestad, lo que no significa que el otro pierda la patria potestad,⁵⁶ ya que a tenor del art. 92 CC “*La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*”.⁵⁷ Sin embargo, otros autores como CRUZ GALLARDO, defienden el principio de corresponsabilidad y coparentalidad para el ejercicio de estas funciones. Esto se refiere a la necesidad de que ambos progenitores participen en el cumplimiento de los deberes inherentes a la institución de la patria potestad, independientemente de su consideración como custodio o no custodio, así como la involucración de ambos en la educación y formación de los hijos. Así pues, esto solo puede lograrse cuando la relación sea continuada y equitativa entre los padres y sus hijos.⁵⁸

3.3.1. Custodia exclusiva o monoparental.

Es el modelo tradicional en el que la guarda y custodia queda atribuida de forma exclusiva a uno de los progenitores. Bajo este régimen el menor convive con uno de los progenitores (progenitor custodio) y con el otro (progenitor no custodio) se relaciona mediante un régimen de visitas, comunicación, vigilancia y control.

Quien se encarga de establecer con quién convivirá el hijo menor es el Juez y lo hará atendiendo a una serie de criterios que intentaremos recoger a continuación en base a lo que establece la jurisprudencia y la doctrina al respecto. Siempre habrá que tener como principio regulador central el interés superior del menor. Dicho esto, pasamos a analizar los criterios.

En primer lugar, se tendrá en cuenta el deseo del hijo. Cuando el menor puede manifestar su voluntad en la audiencia, el Juez habrá de oírle. Sin embargo, tal y como apuntan los tribunales, que el hijo manifieste su voluntad de vivir con uno u otro progenitor es importante, pero no por ello se dejarán de observar el resto de factores que confluayan. Parte de la doctrina entiende que los menores son las principales víctimas en los procesos de divorcio y que por ello, hay que protegerlos por encima de todo. De hecho,

⁵⁶ Rivero Hernández, F. (2007). *El interés del menor*. Ed. Dykinson, Madrid, pág. 52

⁵⁷ Artículo 92, primer apartado del Código Civil.

⁵⁸ Cruz Gallardo, B. (2012). *La Guarda y Custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Ed. La Ley, Madrid, pág. 42.

actualmente, se cuestiona la idoneidad de involucrar a los hijos en el proceso, puesto que ponerles en la tesitura de elegir entre su madre o su padre no parece lo más indicado.

Juristas como CARBONNIER⁵⁹ o CARRETERO SÁNCHEZ⁶⁰ sugieren que la Ley excluya a los hijos del procedimiento, independientemente de su edad y estamos de acuerdo con esto. Entendemos que nunca se les debería preguntar sobre las preferencias porque dejar esta responsabilidad en manos del menor, puede afectar a su relación en el futuro con el otro progenitor e incluso, es fácil que su decisión esté influenciada por el progenitor con el que convive al momento de exponer sus deseos. La influenciabilidad disminuirá conforme el menor se acerque a la mayoría de edad, pero no significa que no exista. Así pues, no parece que involucrándoles en el procedimiento de separación o divorcio y haciéndoles participar dando su opinión, se salvaguarde su interés superior.

El segundo factor que hay que tener en cuenta, es la capacidad para mantener el entorno y las circunstancias en las que el menor desarrollaba su vida con anterioridad a la crisis matrimonial. Es decir, si denominar a uno de los progenitores custodio alterara significativamente la rutina del menor, es posible que el Juez determinara que no fuera adecuado adjudicarle la guarda y custodia. En definitiva, lo que los jueces buscan es conservar el *status quo* intentando que los menores sufran lo menos posible la discordia entre sus padres.

En tercer lugar, la disponibilidad de tiempo que los progenitores puedan dedicar a sus hijos también es importante. Es evidente, que esto variará en función de la edad del menor y de las características de este, pues no requerirá las mismas atenciones un niño de cuatro años que uno de quince. Del mismo modo que no habrá que atender de la misma forma a un niño con algún tipo de discapacidad. Pero, de cualquier forma, independientemente de lo anterior, deberá garantizarse el pleno desarrollo del menor en cuanto a su formación y cuidado personal por parte del progenitor custodio, lo que implica dedicar tiempo al menor y estar en su compañía. Por eso, si un progenitor tiene jornadas laborales muy extensas o su trabajo le exige realizar viajes durante tiempos determinados, es probable que no sea indicado nombrarle progenitor custodio.

⁵⁹ Carbonnier, J. (1995). *Derecho civil: La familia*. 16ª ed. Ed. Etudes Nouvelles du Monde, París. pág. 230.

⁶⁰ Carretero Sánchez, S. (1994). *El nuevo planteamiento del régimen de visitas*. Ed. La Ley, Madrid. pág. 1020.

Asimismo, la existencia de alteraciones psíquicas, alcoholismo, toxicomanía o conducta delictiva de uno de los padres, hará muy complicado que el juez le confíe el cuidado de los hijos. Puesto que el principio fundamental es garantizar el interés y seguridad del menor, habrán de observarse las conductas de los progenitores para asegurar que quien se encargue del cuidado de los menores sea el más adecuado para su correcto desarrollo. Es lógico, que estar en un ambiente hostil o vivir situaciones difíciles pueden afectar a la personalidad del menor.

Finalmente, la superior posición social y estabilidad económica de uno de los progenitores puede desencadenar que el juez le adjudique la guarda y custodia a él. No obstante, según ZANÓN MASDEU el interés moral del hijo prevalece sobre el interés material.⁶¹ Estamos totalmente de acuerdo con esta afirmación. Tener una mayor capacidad económica no implica de por sí poder cuidar mejor a los hijos, pero en algunos casos en los que el menor necesita de unos cuidados específicos por sufrir una enfermedad o de unas atenciones especiales, este factor puede ser decisivo. En cualquier caso, creemos indispensable que el progenitor custodio sí ofrezca una estabilidad al hijo menor, lo que pasa por tener unos medios económicos recurrentes para prestarle los cuidados básicos.

Para acabar con los factores de adjudicación de la guarda y custodia, podemos destacar que es importante que el menor viva con aquel progenitor con el que esté más a gusto, puesto que forzar a un menor a convivir con alguien que no quiere puede generar graves consecuencias. Tanto el menor como quien se encarga de su cuidado pueden sufrir e incluso se pueden generar problemas para cumplir la resolución judicial. Pero lo más relevante es que este garantice mejor que el otro progenitor el desarrollo físico y mental del hijo, esto es, que se implique totalmente para que su hijo pueda alcanzar la madurez en las mejores condiciones posibles.

A nuestro juicio, es importante entender que no siempre el progenitor con quién se encuentre más a gusto el menor, va a ser el que mejor proteja sus intereses. En muchas ocasiones, el hijo se encuentra más a gusto con el progenitor más permisivo o laxo en cuanto a exigencias, horarios..., pero esto puede llegar a perjudicar al menor. Por ello, antes de adjudicar la custodia a uno de los progenitores en exclusiva, el Juez se asegurará

⁶¹ Zanón Masdeu, L. (1996). *Guarda y custodia de los hijos*. Ed. Bosch. Barcelona, pág. 41

de que es la persona indicada para estar con el menor, ponderando siempre el interés del menor.

Aunque en la Ley se emplea la palabra progenitor, la realidad es que normalmente la custodia de los hijos se atribuye en la mayoría de los casos a la madre. En concreto en España para el año 2019 el porcentaje fue de un 93,4% para las madres y de un 6,6% para los padres.⁶² Esto nos hace plantearnos el por qué de esta decisión en los tribunales. A menudo, es posible que se aluda a razones de la corta edad de los menores o por entender que la madre tiene más tiempo disponible. Sin embargo, a nuestro juicio esto último ya no están claro, ya que la mayoría de las mujeres trabajan lo mismo que los hombres. La incorporación de la mujer al mercado laboral y la igualdad en las condiciones de los empleos ha hecho que los horarios sean parecidos entre hombres y mujeres para puestos de trabajo similares. Por ello, afirmar que las madres tienen más tiempo que los padres para dedicar a sus hijos nos resulta bastante arcaico.

Por otro lado, lo de adjudicarle a la madre la custodia cuando los niños son muy pequeños recuerda a la antigua redacción del Código civil en donde se recogía que los menores de siete años siempre se quedarían al cuidado de la madre.⁶³ Entender que la madre es capaz de proporcionarle a su hijo un mejor cuidado o satisfacer su desarrollo solo por su condición de madre, es decir, sin basarse en datos objetivos no parece nada justo. De hecho, en algunos casos se ha aludido a la vulneración de igualdad ante la Ley por parte de la defensa de los padres, ya que en su momento este criterio de atribución se derogó por entender que iba contra ese principio de igualdad. Por eso, causa perplejidad que un juez siga atribuyendo la custodia a las madres por entender que tienen más cualidades que los padres para atender al menor y que a la vez, se concedan al padre temporadas de estancia con esos mismos hijos.⁶⁴

⁶² INE. *Divorcios entre cónyuges de diferente sexo según tipo de divorcio y cónyuge que debe ejercer la custodia.*

⁶³ Artículo 159 Código Civil, previo a su derogación con la Ley 11/1990, de 15 de octubre.

⁶⁴ Ragel Sánchez, L. F., *op. cit.*, pág. 311.

3.3.2. Custodia compartida.

Este régimen se introdujo de manera expresa con la Ley 15/2005, de 8 de julio, sobre reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Con anterioridad a la reforma, no se prohibía la custodia compartida, pero tampoco se promovía especialmente. Sin embargo, la última jurisprudencia refleja una tendencia progresiva en favor de este tipo de custodia en las crisis matrimoniales o de pareja y el Tribunal Supremo no la considera como una medida excepcional, sino como normal y deseable.

Cuando se establece el sistema de guarda y custodia compartida, ambos progenitores pueden y deben encargarse de cuidar a sus hijos de forma activa y equivalente, pudiendo vivir con los menores durante períodos determinados de tiempo. Francia fue el primer país en que se recogió la posibilidad de que los hijos convivieran de forma alterna en casa de su padre y de su madre, aun cuando existiera desacuerdo entre ellos.⁶⁵ Y así, aprovechando este dato vamos a hacer referencia a los países de nuestro entorno que a pesar de las diferentes regulaciones en custodia compartida todos ellos tienen como objetivo común alcanzar la corresponsabilidad parental.

Por ejemplo, en Italia se regula la custodia compartida como regla general a partir de la Ley 54/2006, de 8 de febrero.⁶⁶ Solo en el supuesto de que uno de los progenitores se oponga, el juez podrá analizar y atribuir la custodia en exclusiva a uno de los padres. Antes de que entrase en vigor la reforma el 80% de las custodias eran exclusivas y a partir de 2015 el 89% son compartidas.

Por otro lado, tenemos el caso prácticamente opuesto en Portugal, ya que no cuenta con una regulación expresa sobre custodia compartida.⁶⁷ Sin embargo, no la prohíbe porque siempre que se produzca acuerdo entre los padres y la medida beneficie al menor los jueces podrán apartarse de la custodia exclusiva, estableciendo la custodia compartida. Podemos ver que en este punto sí que se aproxima al sistema español, pero la interpretación para lograr con éxito esa solicitud implica una interpretación mucho más amplia en Portugal que en España.

⁶⁵ Ley 2002-305, de 4 de marzo por la que se modifica el Código civil francés.

⁶⁶ Art. 337 ter y siguientes del Código civil italiano.

⁶⁷ Artículo 1.096 del Código civil portugués. No recoge expresamente la custodia compartida.

En España, después de la reforma comentada, el art. 92 CC dispone la custodia compartida en dos supuestos:

1. Si hay acuerdo de los progenitores.

*“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”.*⁶⁸

Resulta necesario traer a colación la STS 515/2015, de 15 de octubre de 2015, donde se indica que no solo deben mostrar su interés por este tipo de custodia, sino que los progenitores también habrán de concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas. Así pues, deberán poner de manifiesto con hechos y pruebas las ventajas que le reportará al hijo menor, estar bajo el sistema de custodia compartida.⁶⁹

2. Si así lo dicta el Juez a instancia de una de las partes.

*“Excepcionalmente, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.”*⁷⁰

Como podemos observar, en ambos casos las partes lo tienen que solicitar. Es un requisito esencial. En el primer caso, son ambos progenitores los que actúan conjuntamente para que se establezca el régimen de custodia compartida, mientras que en el segundo supuesto es únicamente uno de los progenitores quien actuando *motu proprio* solicita la custodia compartida al entender que es la única manera de que se proteja el interés superior de su hijo. Con lo cual, sin la petición de al menos uno de los progenitores el Juez nunca podría establecer la custodia compartida, pues en nuestro Código Civil no se contempla la posibilidad de acordarla de oficio. Lo que sí podrá hacer tanto de oficio

⁶⁸ Artículo 92.5 del Código Civil.

⁶⁹ Noticias jurídicas (2016). *La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave.*

⁷⁰ Artículo 92.8 del Código Civil.

como a instancia de parte, es recabar un dictamen de especialistas para asegurarse de la idoneidad del modo de ejercicio tanto de la patria potestad como del régimen de custodia al que someterá a los menores, de acuerdo con el art. 92.9 CC.

A nuestro juicio, este sistema debería poder establecerse de oficio por los Jueces. Imitando el modelo italiano, en el que la regla general es la custodia conjunta y solo en el caso de que alguno de los progenitores se oponga, se estudia la posibilidad de la guarda y custodia exclusiva. Y así parece que lo está considerando también la jurisprudencia en contra de lo que dice el legislador. El Tribunal Supremo a través de una sentencia de 6 de abril de 2018 ha reconocido que este sistema debe considerarse como el “*más normal y deseable*” porque permite que el niño se relacione con ambos progenitores y que ellos puedan participar en la educación y cuidado de su hijo como hacían antes de la ruptura matrimonial.⁷¹

No obstante, queremos dejar claro que estamos de acuerdo y creemos necesaria la capacidad que se atribuye a los Jueces para estudiar cada caso de forma aislada, puesto que lo consideramos esencial para el interés superior de los menores. Esto significa, que recurrir a plantillas estándar niega la aplicación del método caso por caso y en términos más generales, la propia esencia del Derecho. La STS 623/2009 establece un precedente acerca de los requisitos necesarios para poder acudir a este tipo de custodia a modo de orientación para los Jueces.⁷²

Ventajas e inconvenientes de la custodia compartida.

Desde nuestro punto de vista, la adopción de este régimen conlleva más ventajas que inconvenientes. La primera ventaja, apoyada en el art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es que con este sistema de guarda y custodia compartida se garantiza el derecho del menor de tener contacto con ambos progenitores. Numerosos estudios psicológicos y parte de la doctrina como, por ejemplo, PINTO ANDRADE⁷³ demuestran que mantener los lazos afectivos con sus padres favorece el desarrollo emocional del menor y que continuar con la relación familiar tal y como se venía haciendo con anterioridad a la ruptura matrimonial, es importante para que la vida del menor quede lo

⁷¹ STS 194/2018, de 6 de abril de 2018.

⁷² STS 623/2009, de 8 de octubre de 2009.

⁷³ Pinto Andrade, C. (2009). *La custodia compartida*. Ed. Bosch, Barcelona. pág. 41.

menos afectada posible. Es importante que asuma que experimentará una serie de emociones difíciles, pero poder apoyarse en ambos progenitores le servirá para superarlo y mejorar la relación con ellos. Esto es, vivir temporadas con cada progenitor puede ayudarles a redescubrirse entre ellos y a forjar una relación que antes no existía. Es posible que, tras la separación o divorcio, el progenitor se muestre más dispuesto a participar en la vida de su hijo e incluso más comprometido con sus obligaciones y responsabilidades para con el menor.

La segunda ventaja es el plano de igualdad que se otorga a ambos progenitores. Cuando el juez asigna a los cónyuges la custodia compartida de su hijo estos tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones. De esta manera, los gastos de manutención quedan repartidos de manera proporcional entre ambos padres y pueden planificar su vida personal. En este sentido, el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, afirmó que este régimen *“evita el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos”*.⁷⁴ Asimismo, no se cuestiona la idoneidad de los progenitores y desaparece la preponderancia de un progenitor sobre el otro.

Otra de las ventajas que podemos observar es que cuando se adopta este sistema de custodia se reduce el síndrome de alienación parental, que es un trastorno infantil que surge en el contexto de las disputas de los padres por la custodia de los hijos cuando uno de los progenitores intenta poner al menor en contra del otro.⁷⁵ Muchas veces, se hace a través de palabras sutiles como podría ser *“tiene dinero para otras cosas, pero no para ti”* cuando se incumple con la pensión de alimentos o cuando no se asiste a una de las visitas con frases como *“no ha venido a verte porque prefiere estar con su nueva pareja”*.⁷⁶ De esta forma, la oportunidad que se da al menor de convivir con ambos padres le permite formarse una opinión propia puesto que es capaz de percibir ambas realidades y oír las dos versiones del problema. Incluso el menor podrá enfrentarse al progenitor que

⁷⁴ SJPI MAD 574/2007, de 19 de julio de 2007.

⁷⁵ Gardner, R.A. (2002). *Basic Facts about The Parental Alienation Syndrome*.

⁷⁶ Aguilar Saldívar, A. (2009). *El síndrome de alienación parental y sus implicancias en el binomio de tenencia-régimen de visitas*. pág. 2.

intente desacreditar al otro, sabiendo que en caso de discusión podrá convivir a temporadas alternas con cada uno de ellos.

Por otro lado, vamos a pasar a analizar los inconvenientes. El primero de ellos es la inestabilidad que se desprende de que el menor se cambie de casa cada vez que le toca cambiar el período de convivencia de un progenitor a otro. Algunos lo denominan “niños lanzadera”. El menor se ve obligado a cambiar periódicamente de domicilio, de costumbres y rutinas, lo que provoca que no tenga un arraigo profundo, y esté siempre en continuo cambio. Las normas, la permisibilidad de conductas e incluso los horarios varían según se encuentre con un progenitor u otro.⁷⁷ Sobre todo, cuando los hijos son pequeños es importante que tengan una rutina y si se cambia de forma semanal, mensual o cada quince días puede provocar que este tenga dificultades para adaptarse.

Por ello, es interesante que los padres establezcan unas pautas de acción conjunta para evitar al máximo los trastornos en los horarios de sus hijos. Y de aquí extraemos el segundo inconveniente. El sistema de custodia compartida implica que los progenitores mantengan el contacto para tratar los temas referentes a sus hijos y para realizar los cambios de convivencia. Esto puede resultar duro de afrontar e incluso en ocasiones puede dar lugar a continuar con las discusiones o problemas que llevaron a finalizar el matrimonio o la relación en pareja.

A este respecto, podemos destacar la STS 619/2014, de 30 de octubre de 2014, que tras haberse establecido la custodia compartida, la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaba por no existir una relación de mutuo respeto que beneficie al menor y finalmente, se optó por la custodia exclusiva. No obstante, queremos dejar claro que las discrepancias entre ambos padres no impiden que se acuerde la custodia compartida, simplemente es necesario que estas sean razonables y exista una capacidad de diálogo adecuada para que en ningún caso afecten de manera desmesurada al interés del menor (STS 465/2015, de 9 de septiembre de 2015; STS 96/2015, de 16 de febrero de 2015; y STS 143/2016, de 9 de marzo de 2016).⁷⁸

⁷⁷ García Gómez, V. (2018). *Estudio sobre la custodia compartida*. Ed. Universidad de Córdoba, pág. 15.

⁷⁸ Noticias jurídicas., *op. cit.*

Finalmente, los padres incurren en mayores gastos debido a que tienen que mantener sus respectivas viviendas cuidadas para ofrecer a sus hijos un lugar adecuado para vivir. Asimismo, en el supuesto de casa nido, donde los menores se quedan con la vivienda familiar y son los padres los que se tienen que mover al domicilio cuando ostenten la custodia del menor, el incremento de los gastos es aún mayor. Este sistema está desaconsejado por nuestros tribunales, que concluyeron que *“se trata de una modalidad no recomendable”*.⁷⁹

Parte de la doctrina y jurisprudencia contempla con reticencias esta modalidad de guarda y custodia compartida debido a los problemas que arroja en la práctica. El primero es de tipo económico puesto que deben existir tres viviendas: una para los menores y otra para cada uno de los padres en la que vivirán aquellos períodos en los que no estén con sus hijos. Pero también hay problemas de tipo emocional, ya que los progenitores comparten un espacio que pertenece a la esfera de la intimidad y se pueden sentir incómodos por exigir un nivel de entendimiento y organización muy elevado para la intendencia doméstica.⁸⁰

A partir de 2014, empezó a plantearse esta cuestión en los juzgados y son varias las sentencias que desestiman esta modalidad por las razones ya apuntadas.⁸¹ Por ejemplo, STS 215/2019⁸², de 5 de abril, declaró *“que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (art. 96 del C. Civil)”*. Del mismo modo que se desestimó en la STS 343/2018⁸³ *“A la vista de esta doctrina, la discordancia entre las partes y el informe del Ministerio Fiscal, debemos declarar que la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores.”* Por lo tanto, se desaconseja esta modalidad.

⁷⁹ Encuentro de jueces y abogados de familia, celebrado en Madrid del 5 al 7 de octubre de 2015 (EDO 2015/1000509).

⁸⁰ Cuevas, M.A. (2018). *Guarda y custodia en la modalidad de casa-nido*.

⁸² STS 215/2019, de 5 de abril de 2019.

⁸³ STS 343/2018, de 7 de junio de 2018.

3.3.3. Custodia atribuida a un tercero.

Se trata de un supuesto excepcional decidido por los jueces en circunstancias especiales. A tenor del art. 103.1ª segundo párrafo, el juez puede nombrar a un tercero para que ejerza la custodia del menor. Normalmente, se acordará en interés del menor cuando se produzcan situaciones de desamparo o maltrato por parte de los padres hacia el hijo o incluso entre ellos por entender que vivir bajo esa situación afecta al desarrollo deseado para el hijo.

Las personas a las que se puede nombrar serán los abuelos, parientes, personas allegadas o una institución pública. La doctrina ha reconocido la importancia de la figura de los abuelos y por eso, la Ley 42/2003 de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, recoge en su Exposición de Motivos que el ámbito familiar va más allá de las relaciones paterno filiales. Aunque la relación paterno filial es prioritaria, el menor no puede estar al margen del resto de las relaciones familiares, por lo que siempre que sea posible se intentarán salvaguardar.⁸⁴

Así, cuando las circunstancias lo aconsejen, es posible que la custodia la ejerzan por ejemplo los abuelos. Mediante sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, se atribuye la custodia a la abuela materna de un menor. Este vivía con su madre (custodia exclusiva) y su abuela. Después de que su madre sufriera un derrame cerebral que le causó un 90% de incapacidad, el padre solicitó la custodia en exclusiva de su hijo. Pero la AP no se la concedió, alegando que el padre no mostró ningún interés en atender a su hijo hasta que la abuela materna planteó la demanda de guarda y custodia. Así, atendiendo al interés del menor, se le concedió a ella y el menor continuó viviendo en la casa.

También podemos mencionar el caso recogido en la STS 253/2015⁸⁵, en el que una madre asesinó a su marido y la tía paterna y los abuelos maternos se disputan la custodia del menor. Finalmente, se atribuyó la custodia en favor de su tía D^a Casilda, por entenderse que se trataba de un entorno estable y en el que ya había convivido previamente el menor, así como la posible incidencia de reintegrar al menor en la familia materna después de haber presenciado los sucesos.

⁸⁴ Rosales Leal, M.A. (2014). *La custodia de los hijos atribuida a los abuelos*.

⁸⁵ STS 253/2015, de 13 de febrero de 2015.

3.4. Régimen de visitas.

Cuando no se den los requisitos para establecer el régimen de custodia compartida y por tanto, se establezca la custodia exclusiva, el progenitor no custodio se relacionará con el menor a través de un régimen de visitas. A modo de definición, podríamos decir que el régimen de visitas es el derecho que tiene la madre o padre que no ostenta la custodia de sus hijos para visitarlo, comunicarse con él y estar en su compañía. Sin embargo, como contrapartida de todo derecho hay una obligación, que no es otra que proporcionarle al menor las atenciones que requiere (alimentos, educación...).⁸⁶

Este régimen de visitas podrá determinarse bien por los padres de mutuo acuerdo en el convenio regulador o bien por el juez en la propia sentencia de divorcio, separación o nulidad del matrimonio, de forma subsidiaria. Es decir, siempre se atenderá a la voluntad de las partes en primer lugar, siendo ellas las que establezcan los períodos de visitas, atendiendo a sus posibilidades y siempre teniendo en cuenta el interés superior del hijo menor de edad. Y cuando estas no hayan llegado a un acuerdo, el juez intervendrá decidiendo él mismo tras valorar una serie de circunstancias como las condiciones personales y económicas de ambos padres, la edad de los hijos o la distancia entre los domicilios de los progenitores. Cuando el progenitor no custodio viva en otro país u otra Comunidad Autónoma, es evidente que el régimen de visitas reviste una mayor complejidad y lo que suele suceder es que se suprimen las visitas semanales y estancias de fin de semana, compensándolas con unos períodos más largos de estancia durante las vacaciones escolares, por ejemplo.

En este sentido, el TS se pronunció en la sentencia 301/2017, de 16 de mayo de 2017. Tras la separación de D. Alexander y D^a Benita, la patria potestad la siguen ostentando ambos progenitores, pero se estableció la modalidad de custodia exclusiva en favor de la madre. Para el régimen de visitas, al residir D. Alexander en Estados Unidos y la menor en España, se estableció por parte del juez de primera instancia, y siempre en caso de desacuerdo entre las partes, que el padre estuviera con su hija dos meses de las vacaciones de verano y las vacaciones de Navidad, comunicación diaria a través de vía telefónica o de videoconferencia y en caso de que este volviera a residir en España: fines de semana alternos, viernes desde la salida del colegio hasta las 21:00 horas del domingo y la mitad

⁸⁶ *¿Qué es el régimen de visitas?*

de vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad, eligiendo el padre los años impares y la madre los pares. Sin embargo, las partes no llegaron a un acuerdo y tras recurrir D. Benita en la AP de Oviedo, el caso llegó al TS que resolvió acerca de los asuntos de desacuerdo valorando las circunstancias del caso concreto. Por ello, a raíz de esta sentencia y de lo que dijo el Alto Tribunal cuando los progenitores residen en lugares alejados, no existe una previsión legal acerca de cómo debe organizarse el sistema de visitas. De forma que cuando no exista acuerdo entre las partes, *“se ponderarán las circunstancias concurrentes con el fin de adoptar las medidas singulares más adecuadas para el menor.”*⁸⁷

Siempre que el progenitor no custodio incumpla grave y reiteradamente los deberes impuestos en la sentencia de separación, el juez podrá limitar o suspender el régimen de visitas. Así se recoge en la LEC civil *“el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visita.”*⁸⁸ y en el art. 94 del CC *“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”*. En este sentido, podemos destacar la SAP de Barcelona 641/2019.⁸⁹

A continuación, vamos a analizar algunos ejemplos de suspensión del régimen de visitas por la concurrencia de circunstancias graves. El primero de ellos, tiene base jurisprudencial en la SAP de Madrid 825/2019, de 7 de octubre de 2019⁹⁰ y se produce la suspensión por transcurrir un largo período de tiempo sin que el padre tuviera contacto con su hija menor, ya que en ocho años solo ha acudido a verla cuatro veces cuando a él le ha convenido sin cumplir lo acordado, causándole a la menor una sintomatología de ansiedad y gran confusión en los momentos de encuentro con su padre.

Otra de las causas graves es que el progenitor no custodio tenga alguna adicción. Como se puede entender, que el menor tenga contacto con un progenitor adicto al alcohol

⁸⁷ STS 301/2017, de 16 de mayo de 2017.

⁸⁸ Artículo 776.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁸⁹ SAP de Barcelona 641/2019, de 30 de octubre de 2019.

⁹⁰ SAP de Madrid 825/2019, de 7 de octubre de 2019.

o a otras drogas, no parece lo mejor para garantizar su protección. Por eso, para estos casos suele establecerse un régimen de visitas limitado o en puntos de encuentro familiar (PEF), que se trata de centros destinados a favorecer el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores.⁹¹ No obstante, hay situaciones en las que resulta inviable establecer cualquier régimen de visitas. La SAP de Valencia 567/2019, de 18 de septiembre de 2019,⁹² recoge una de estas situaciones. El padre es alcohólico y tras superar su adicción tuvo una recaída. Sus hijos rechazan cualquier contacto con el padre por tener recuerdos muy negativos derivados de su adicción, así como por la falta de empatía y conexión emocional con ellos. Después de la valoración pericial, se recomendó la suspensión del régimen de visitas por ir en contra del interés superior de los menores, supeditándose por parte del Ministerio Fiscal la recuperación del progenitor para el ejercicio de la relación parental.

En supuestos de violencia de género también es posible suspender el régimen de visitas. La STS 680/2015, de 26 de noviembre de 2015,⁹³ fija la doctrina respecto a este tema. El TS falló a favor de la madre quien solicitaba que, al padre, condenado por malos tratos hacia ella y una de sus hijas, se le impidiera tener contacto con su otra hija de tres años por no ser capaz de garantizar que no se le ocasione ningún daño. Traemos a colación el art. 66 de la LO 1/2004⁹⁴ que recoge que *“el juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.”*

4. CUSTODIA, VISITAS Y OTRAS MEDIDAS EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS.

La pandemia ocasionada por la COVID-19 ha llevado a los gobiernos de la mayoría de los países del mundo, entre ellos España, a decretar el confinamiento. España reguló el confinamiento de sus ciudadanos mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de

⁹¹ Ayuntamiento de Madrid. *Infancia y familia*.

⁹² SAP de Valencia 567/2019, de 18 de septiembre de 2019.

⁹³ STS 680/2015, de 26 de noviembre de 2015.

⁹⁴ LO 1/2004, de 28 de diciembre de 2004.

marzo de 2020, que posteriormente se prorrogó. Con esta norma se establecía la imposibilidad de transitar libremente por la vía pública y, por tanto, esto generó un impacto también en la esfera jurídica.

Las familias con progenitores separados han sido testigos de cómo los regímenes de visitas e intercambios de los menores, establecidas con anterioridad a esta crisis sanitaria, se han visto afectados, no solo porque afectaba al funcionamiento de los PEF, sino por la preocupación de que al cambiar de domicilio los niños estuvieran expuestos a un mayor riesgo de contagio.⁹⁵ Por eso, en muchos casos se suspendieron o modificaron las visitas, dando la posibilidad de que las partes mediante un consenso llegasen a un acuerdo y en caso de que esto no fuera posible, decidiría el Juez. La base de cualquier decisión fue la preservación del bienestar de los hijos, así como la salud de los padres y en general la de los ciudadanos.

Sin embargo, por regla general se estableció que debería seguirse cumpliendo lo establecido en las medidas cautelares o sentencia firme que se pronunciara sobre las visitas y comunicaciones de los progenitores con sus hijos menores. En cuanto a las funciones respectivas a la patria potestad, destacar que durante el Estado de Alarma decretado por el Gobierno no hubo ninguna alteración, manteniéndose plenamente vigentes. Así, los progenitores han tenido que seguir prestando la asistencia en el cuidado de los menores y en caso de que algún menor requiriese ingreso hospitalario por contagiarse del virus, ambos se tendrían que encargar sin importar que uno de ellos fuese el progenitor custodio. Como ya comentamos en el apartado referente a la patria potestad, uno de los deberes de los padres es el de educación y de procurarles una formación integral. Por ello, tras la suspensión de clases en los colegios tuvieron que encargarse de facilitar los medios para que pudieran seguir las clases de manera online y preocuparse de que los menores realizasen las tareas necesarias para poder superar el curso.

Más complejo ha sido establecer medidas en relación a la guarda y custodia de los menores porque había que atender a varios factores. En primer lugar, si la custodia es compartida habrá que ver si los progenitores residen en la misma ciudad. En caso afirmativo, y tras las Juntas de Jueces de Familia celebradas para adoptar acuerdos, el 76,74% de ellos se mostraron favorables al mantenimiento de la custodia compartida y

⁹⁵ Dialnet (2020). *Gestión del régimen de visitas, intercambios y comunicación con los hijos e hijas durante la pandemia de la COVID-19.*

los que se mostraron más reticentes fue debido a que entendían que existía riesgo de contagio en los traslados.⁹⁶ El soporte jurídico de esta decisión lo tenemos en el propio RD 463/2020 que recoge que “*durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades: e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.*”⁹⁷ No obstante, habrán de tomarse las medidas oportunas para proteger al menor y evitar el contagio.

Si el régimen de custodia compartida se desarrollara mediante el sistema de casanido, tampoco habría ningún inconveniente para que continuara, siempre que el progenitor que accede al domicilio se encargue de tomar las precauciones y medidas sanitarias adecuadas para no poner en riesgo la salud del menor. En caso de que los progenitores residieran en provincias distintas (cuando el menor no esté escolarizado todavía, por ejemplo), seguiría aplicándose el mismo criterio y se mantendría la custodia compartida a no ser que estuviese prohibida la salida de la ciudad por encontrarse esta en una situación de riesgo de contagio más elevado, que quedaría en suspenso el régimen de custodia compartida hasta que se levantasen las medidas.

Por otro lado, para el régimen de custodia individual el problema se plantea cuando el progenitor encargado de ella diera positivo en coronavirus, ya que la modificación de la custodia exige que el cambio de circunstancias sea permanente y el virus no parece que lo sea. Sin embargo, si los progenitores lo acordaran o por vía del art. 158 CC cabría la posibilidad de una modificación provisional.

Por su parte, el régimen de visitas sí que se vio afectado en aquellos casos en los que se llevaba a cabo a través de PEF o cuando los padres residieran en ciudades distintas, por ejemplo. Así, en la práctica, durante el mencionado Estado de Alarma, una gran mayoría de progenitores no custodios no han podido disfrutar de los períodos que tenían reconocidos en sentencia judicial y ante esto surge la siguiente pregunta, ¿se pueden reclamar los períodos no disfrutados?

A raíz de esto, se aprueba el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que recoge en su artículo 3 un procedimiento especial y

⁹⁶ Pérez Martín, A. J. (2020). *Custodia, visitas y otras medidas en tiempos de coronavirus*

⁹⁷ Artículo 7.1.e) RD 463/2020, de 14 de marzo de 2020.

sumario de compensación de vacaciones no disfrutadas. Pero este Real Decreto-ley no establecía qué criterios se debían seguir y posteriormente fue derogado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, debido a que establecía procedimientos *ad hoc* ya recogidos en la Ley. Por ello, fue considerado de poco acierto al judicializar innecesariamente la situación. Los Jueces de Derecho de Familia, han establecido unas pautas unificadoras a nivel provincial. Así, por ejemplo, los Juzgados de Familia de Madrid han establecido lo siguiente:

Las visitas intersemanales, ya sean con o sin pernocta, no se recuperarían. Por su parte, las visitas de fin de semana podrían recuperarse por cada dos no disfrutadas, añadiendo un fin de semana adicional cada mes o añadiendo tres días a un período vacacional (Navidad, Semana Santa, verano...), siempre y cuando no se llevaran a efecto a través de PEF. En caso contrario, no podrían compensarse debido a la imposibilidad a causa de la sobrecarga de dichos centros. Las vacaciones de Semana Santa también se podrían compensar añadiendo los días establecidos a otros períodos vacacionales y en caso de que fuera completa, se compensaría con cinco días. Para el caso de que los progenitores ejerzan la custodia en la modalidad de custodia compartida por períodos semanales alternos, se fijaría una compensación máxima de tres días por cada semana no disfrutada. Para evitar que el menor no conviva con uno de los progenitores durante semanas seguidas y se garantice la alternancia en la convivencia, el padre afectado podría convivir 10 días con el menor y el otro, 4 días. De esta forma, el menor no pierde el contacto con el progenitor no afectado por el Estado de Alarma.

Pero Jueces como los de Barcelona o los de Alicante han sido mucho más estrictos con los criterios de recuperación de este tiempo perdido por parte de los progenitores no custodios. Tras esto, han tenido lugar las primeras resoluciones judiciales en materia de Derecho de Familia y una de ellas ha sido la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sueca por la que se decide que un padre recupere las visitas y las vacaciones de Semana Santa no disfrutadas como consecuencia del Estado de Alarma.⁹⁸

⁹⁸ SJPI de Sueca, de 13 de mayo de 2020.

5. CONCLUSIONES

La elaboración de este Trabajo de Fin de Grado, nos ha permitido profundizar en las diferentes situaciones que puede encontrarse una familia. A raíz de este estudio, hemos sacado las siguientes conclusiones:

- I. La primera conclusión a la que llegamos es que el pilar fundamental del Derecho de Familia es el interés superior del menor. Tanto el ejercicio de la patria potestad como de la guarda y custodia por parte de los progenitores, han de ser los más adecuados para proteger a los hijos.
- II. La patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones que ostentan los padres respecto de sus hijos menores, de forma inexcusable e intransferible y que finaliza con la emancipación o mayoría de edad de los hijos. Asimismo, cuando los Tribunales lo consideren oportuno para proteger al menor, podrán privar temporal o definitivamente a uno de los progenitores o a ambos del ejercicio de dichas facultades. Nuestro ordenamiento jurídico contempla un procedimiento específico en la LEC para la privación de la patria potestad. Como hemos visto, solo se podrá iniciar con la demanda del otro progenitor debido a causas graves y persistentes en el tiempo es posible privar de la patria potestad al progenitor. Esto hace que en la práctica sea difícil y solo se consiga en casos extremos.
- III. Los únicos competentes para decidir sobre la idoneidad del régimen de guarda y custodia serán los Jueces, quienes deberán basar su decisión en el informe emitido por el Ministerio Fiscal y las pruebas y alegaciones practicadas durante el procedimiento de separación, divorcio o nulidad del matrimonio.
- IV. Actualmente, la mayoría de las atribuciones de los hijos en la modalidad de custodia exclusiva o monoparental es para las madres.
- V. El sistema de guarda y custodia compartida está adquiriendo importancia en nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina del TS apuesta por este sistema siempre que se den una serie de requisitos específicos para garantizar que se trata

del sistema más beneficioso para el menor. No obstante, creemos que aún queda camino por recorrer puesto que actualmente, el Juez no puede considerarlo de oficio, sino que solo podrá hacerlo si las partes conjuntamente o una de ellas de *motu proprio* lo solicita. Por eso, sería interesante reformar la Ley y conceder a los Jueces la facultad de decidir de oficio si conviene e incluso establecer la custodia compartida como método más adecuado preservar el interés superior del menor. Esto supondría partir de la custodia compartida y en caso de que fuera en contra del bienestar de los hijos menores, decantarse por la custodia exclusiva.

- VI. En los supuestos de guarda y custodia compartida, se desaconseja por parte del TS la rotación en el uso de vivienda familiar (casa nido) por entender que no vela por el interés del menor y a la vez, resultar antieconómico para ambos progenitores, puesto que han de mantener tres casas, la suya propia y la común.

- VII. Las resoluciones que se pronuncian acerca de la problemática del régimen de custodia y visitas por el Estado de Alarma a causa del coronavirus son todavía escasas. Y como hemos visto, hay algunos Juzgados que se inclinan por reequilibrar las visitas o custodias no efectuadas, mientras que otros entienden que al tratarse de una situación excepcional no sería necesario, a no ser que la negativa estuviese únicamente basada en impedir las visitas al otro progenitor, aprovechando la crisis del COVID. Por eso, es aún pronto para saber cuál de las dos tendencias se convertirá en doctrina y tendremos que esperar a que se pronuncien los Tribunales al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina.

Albaladejo, M. (1982). *Curso de Derecho Civil. IV Derecho de familia*. Ed. Cometa, S.A., Zaragoza. págs. 275 - 289.

Carbonnier, J. (1995). *Derecho civil: La familia*. 16ª ed. Ed. Etudes Nouvelles du Monde, París. pág. 230.

Carretero Sánchez, S. (1994). *El nuevo planteamiento del régimen de visitas*. Ed. La Ley, Madrid. pág. 1020.

Castán Vázquez, J.M. (1989). *Comentarios a los artículos 154 a 171 del Código Civil*. Ed. Dykinson, Madrid. pág. 1052.

Cruz Gallardo, B. (2012). *La Guarda y Custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Ed. La Ley, Madrid, pág. 42.

Encuentro de jueces y abogados de familia, celebrado en Madrid del 5 al 7 de octubre de 2015 (EDO 2015/1000509).

García Pastor, M. (1997). *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*. Ed. McGraw-Hill Interamericana, Madrid, págs. 69-70.

Hernando Ramos, S. (2014). *Custodia compartida, ventajas y problemas que plantea. Posición del Ministerio Fiscal*. Cuadernos de derecho judicial, nº8.

Morán González, I. (2009). *El ministerio fiscal y los sistemas de guarda y custodia*. Cuadernos de derecho judicial, nº2. págs. 76-111.

Rams Albesa, J.J. (2000). *Comentarios al Código civil II, v.2º. Libro Primero (Títulos V a XII). Capítulo III. De los bienes de los hijos y de su administración*. Ed. Bosch, Barcelona. págs. 1507-1523.

Rivero Hernández, F. (2000). *Comentarios al Código Civil: II, vol. 2*, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 1096.

Rivero Hernández, F. (2007). *El interés del menor*. Ed. Dykinson, Madrid, pág. 52.

Rubio San Román, J.I. (2007). *Comentarios al Código civil II, v.2º. Libro Primero (Títulos V a XII). Capítulo IV. IV. De la extinción de la patria potestad*. Ed. Bosch, Barcelona. págs. 1525-1539.

Zanón Masdeu, L. (1996). *Guarda y custodia de los hijos*. Ed. Bosch. Barcelona, pág. 41-51.

Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. (2013). *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Ed. Bosch, Barcelona, pág. 531-533.

Legislación.

1. Internacional

Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. *BOE*, de 24 de agosto de 1987, núm. 202, págs. 26099 a 26105.

Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. UNICEF-Comité español.

2. Unión Europea

Reglamento (UE) 2201/2003 del Consejo Europeo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental. *DOUE*, núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.

Francia. Code Civil, de 5 de marzo de 1803.

Italia. Real Decreto, de 16 de marzo de 1942, núm. 262, por el que se publica el Código Civil italiano (Codice civile)

Portugal. Decreto-Ley 47/344, de 25 de noviembre de 1966, por el que se publica el Código Civil portugués.

3. Estado

España. Constitución Española. *BOE*, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE*, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

España. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *BOE*, de 17 de enero de 2015, núm. 15.

España. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *BOE*, de 29 de diciembre de 2004, núm. 313.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *BOE*, de 8 de enero de 2000, núm. 7.

España. Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. *BOE*, de 25 de julio de 1889, núm. 206.

España. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. *BOE*, de 14 de marzo de 2020, núm. 67.

4. Comunidades Autónomas

Comunidad Autónoma de Cataluña. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. *BOE*, de 21 de agosto de 2010, núm. 203.

Comunidad Foral de Navarra. Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. *BOE*, de 3 de abril de 1973, núm. 57.

Comunidad Autónoma de Aragón. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. *BOE*, de 29 de marzo de 2011, núm. 67.

Jurisprudencia

Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 623/2009, de 8 de octubre de 2009.

Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 315/2014, de 6 de junio de 2014.

Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 619/2014, de 30 de octubre de 2014.

Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 253/2015, de 13 de febrero de 2015.

Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 96/2015, de 16 de febrero de 2015.

Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 465/2015, de 9 de septiembre de 2015.

Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 680/2015, de 26 de noviembre de 2015.

Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 143/2016, de 9 de marzo de 2016.

Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 14/2017, de 13 de enero de 2017.

Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 301/2017, de 16 de mayo de 2017.

Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 194/2018, de 6 de abril de 2018.

Audiencia Provincial de Gerona (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 249/2015, de 6 de noviembre de 2015.

Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil, Sección 12ª). Sentencia núm. 641/2019, de 30 de octubre de 2019.

Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil, Sección 22ª). Sentencia núm. 825/2019, de 7 de octubre de 2019.

Audiencia Provincial de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 10ª). Sentencia núm. 567/2019, de 18 de septiembre de 2019.

Juzgado de Primera Instancia de Madrid (núm. 28). Sentencia núm. 574/2007, de 19 de julio de 2007.

Juzgado de Primera Instancia de Sueca (núm. 4). Sentencia núm., de 13 de mayo de 2020.

Recursos electrónicos.

Aguilar Saldívar, A. (2009). *El síndrome de alienación parental y sus implicancias en el binomio de tenencia-régimen de visitas*. pág. 2. Disponible en: <http://www.derechocambiosocial.com/revista019/sindrome%20de%20alienacion%20parental.htm> [última consulta: 20 de noviembre de 2020]

Alcázar Jiménez, M.N. (2018). *La custodia compartida en el supuesto de modificación de medidas definitivas en un procedimiento de divorcio*. Universidad de Jaén. págs. 7-11. Disponible en: <http://tauja.ujaen.es/jspui/bitstream/10953.1/8020/1/Alcazar%20Jimenez%20Maria%20de%20Nazareth.pdf> [última consulta: 24 de noviembre de 2020]

Ayuntamiento de Madrid. *Infancia y familia*. Disponible en: <https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Infancia-y-familia/Puntos-de-Encuentro-Familiar-PEF-/?vgnextfmt=default&vgnextoid=9ad740bca9e45210VgnVCM2000000c205a0aRCRD&vgnnextchannel=2fbfb7dd3f7fe410VgnVCM1000000b205a0aRCRD> [última consulta: 22 de noviembre de 2020]

Barón de Toro, A. (2019). *El régimen de guarda y custodia compartida en el Derecho civil común*. Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Facultad de Derecho, Madrid. págs. 18-57. Disponible en:

<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/30613/TFG%20-%20BARON%20DE%20TORO%20ALMUDENA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
[última consulta: 22 de octubre de 2020]

CENDOJ. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> [última consulta: 22 de noviembre]

Cuevas, M. A. (2018). *Guarda y custodia en la modalidad de casa-nido*. Disponible en: <https://elderecho.com/guarda-custodia-compartida-la-modalidad-casa-nido>
[última consulta: 5 de noviembre]

Debelare abogados (2020). *Regulación en los países de la Unión Europea de la custodia compartida*. Disponible en: <https://www.debelareabogados.es/regulacion-europa-custodia-compartida/> [última consulta: 5 de noviembre]

Dialnet (2020). *Gestión del régimen de visitas, intercambios y comunicación con los hijos e hijas durante la pandemia de la COVID-19*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7590970> [última consulta: 24 de noviembre de 2020]

Echevarría Guevara, K.L. (2012). *La guarda y custodia compartida de los hijos*. Ed. Universidad de Granada, pág. 11. Disponible en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/20323/20702863.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [última consulta: 23 de noviembre de 2020]

Gardner, R.A. (2002). *Basic Facts about The Parental Alienation Syndrome*. Disponible en: <http://richardagardner.com/ar22> [última consulta: 9 de noviembre de 2020]

Gómez García, A. (2018). *Las posibilidades de patria potestad y guarda y custodia en situaciones de crisis de la convivencia con especial mención a la violencia de género*. Universidad de Valladolid, págs. 15-25. Disponible en: <http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/30697/TFG-N.917.pdf;sequence=1>
[última consulta: 13 de noviembre de 2020]

Gómez Megías, A. M. (2016). *La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave*. Redacción Wolters Kluwer. Disponible en:

<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/> [última consulta: 23 de noviembre de 2020]

Iberley. *Incumplimiento del régimen de custodia exclusiva o monoparental*. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/incumplimientos-regimen-custodia-exclusiva-monoparental-64544> [última consulta: 21 de noviembre de 2020]

Iberley. *Suspensión del régimen de visitas del padre no custodio*. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/suspension-regimen-visitas-padre-no-custodio-64560> [última consulta: 22 de noviembre de 2020]

Instituto Nacional de Estadística (2019). *Divorcios entre cónyuges de diferente sexo según tipo de divorcio y cónyuge que debe ejercer la custodia*. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=20692> [última consulta: 9 de noviembre de 2020]

Linacero de la Fuente, M. (2020). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. 2ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid. pág. 423 - 492. Disponible en: <http://biblioteca.nubedelectura.com.bucm.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788413360355#ulNotainformativaTitle> [última consulta: 16 de octubre de 2020]

Pérez Martín, A. J. (2020). *Custodia, visitas y otras medidas en tiempos de coronavirus*. Disponible en: <https://elderecho.com/custodia-visitas-y-otras-medidas-en-tiempos-de-coronavirus> [última consulta: 12 de octubre de 2020]

¿Qué es el régimen de visitas? (2020). Disponible en: <https://www.divorcios.me/regimen-de-visitas-divorcio/> [última consulta: 22 de noviembre de 2020]

Ragel Sánchez, L.F. (2001). *La guarda y custodia de los hijos*. Derecho Privado y Constitución, núm. 15. págs. 281 - 329. Disponible en: <http://Dialnet-LaGuardiaYCustodiaDeLosHijos-229886.pdf> [última consulta: 21 de noviembre de 2020]

Rosales Leal, M.A. (2014). *La custodia de los hijos atribuida a los abuelos*. Disponible en: <https://www.centroesperi.com/la-custodia-de-los-hijos-atribuida-los-abuelos/> [última consulta: 28 de octubre de 2020]

Saralegui Iglesias abogados (2019). *Patria potestad: supuestos de privación*.
Disponible en: <https://saraleguiiglesiasabogados.es/patria-potestad-supuestos-de-privacion/> [última consulta: 14 de octubre de 2020]