

La custodia compartida en España. Estudio de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo tras la reforma legislativa y su impacto a nivel práctico

JOINT PHYSICAL CUSTODY IN SPAIN. STUDY OF THE JURISPRUDENCE EMANATING FROM THE SUPREME COURT AFTER THE LEGISLATIVE REFORM AND ITS IMPACT AT THE PRACTICAL LEVEL

MANUELA AVILÉS HERNÁNDEZ*

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto analizar el panorama que existe actualmente en España en relación a la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de pareja. El estudio se hace desde una perspectiva sociojurídica, esto es, desde un enfoque normativo, jurisprudencial y social. Primero, se expone la normativa vigente, señalando los cambios legales que se han producido recientemente. A continuación, se realiza un breve análisis sobre la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de las nuevas leyes. Por último, se lleva a cabo un análisis longitudinal, que ilustra la evolución de las sentencias entre 2007 y 2017. Los resultados evidencian cambios significativos durante el periodo analizado.

PALABRAS CLAVE

Régimen de custodia, corresponsabilidad parental, ordenamiento jurídico español

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyse the current situation in Spain with regard to joint physical custody of children after the conjugal break-up. The analysis is carried out from a socio-legal perspective, that is, from a normative, jurisprudential and social point of view. Firstly, the current legislation is presented, pointing out the legal changes that have taken place recently. Next, a brief analysis is made of the jurisprudence of the Supreme Court after the approval of the new laws. Finally, a longitudinal analysis is carried out, which illustrates the evolution of sentences between 2007 and 2017. The results show significant changes during the period analysed.

KEYWORDS

Custody system, joint parental responsibility, Spanish legal system

1. Introducción

En una relación conyugal, padre y madre asumen el cuidado de sus hijos dependientes según unas normas y criterios familiares que se establecen en el marco de la convivencia. Cuando esa relación conyugal alcanza su fin, los progenitores se enfrentan a la ardua tarea de resolver cómo se va a ejercer la responsabilidad parental en adelante. Los acuerdos a adoptar, con respecto a los hijos, son múltiples: dónde van a vivir, con quién, durante cuánto tiempo, cuándo y dónde se van a relacionar con el otro progenitor, cómo se van a gestionar sus gastos y necesidades económicas, etc. Es entonces cuando entran en escena ciertos términos jurídicos,

* Profesora Contratada Doctora en la Facultad de Trabajo Social de la Universidad de Murcia, Murcia, España. Directora de la Escuela Profesional de Práctica Social de la Universidad de Murcia y Coordinadora del Máster Universitario en Mediación que se imparte en esta misma Universidad. Correo electrónico: manoliaviles@um.es.

que suelen generar múltiples controversias en los procesos de separación y divorcio. Uno de ellos es la *guarda y custodia de los hijos*, conocida en el ámbito anglosajón como custodia física (*physical custody*). La conceptualización de este término varía de un ordenamiento jurídico a otro, pero, en esencia, se entiende como “el cuidado personal, directo, diario y continuo que se entrega al hijo a través de la convivencia”¹. Consiste en vivir con los hijos, cuidarlos y asistirlos de forma directa, asumiendo la responsabilidad de su día a día: alimentación, higiene, cuidados personales, necesidades escolares, vigilancia, auxilio, etc.². No debe confundirse con la *patria potestad*, o custodia legal (en inglés, *legal custody*), que es un derecho parental mucho más amplio, no circunscrito a la esfera de la convivencia, y que comprende todas las decisiones que tienen que ver con el bienestar del hijo en áreas como educación, salud o desarrollo emocional, moral y religioso³.

La custodia física del menor puede adoptar varias modalidades: por una parte, puede ser ejercida por uno solo de los progenitores, dando lugar a una *custodia exclusiva, unilateral o monoparental*. En estos casos, el menor reside con uno solo de sus progenitores, quien es el encargado de otorgarle el cuidado directo e inmediato que la convivencia exige. Este tipo de custodia puede recaer en la madre —*custodia materna*— o en el padre —*custodia paterna*—. Por otra parte, puede ser asumida por ambos progenitores, estableciendo un régimen de *custodia compartida o conjunta*. En base a ella, el derecho al cuidado físico y a la convivencia diaria con los hijos es ejercido de forma conjunta por ambos progenitores, en base a unos parámetros que ellos mismos establecen en el convenio regulador o que, ante una falta de acuerdo, determina el juez en la sentencia. Conforme a este tipo de custodia, cada progenitor vive con el hijo durante períodos de tiempo alternos o sucesivos relativamente similares, a lo largo de los cuales se responsabiliza de su cuidado más directo y personal. Puede que sea el hijo el que vaya a vivir con cada progenitor durante el tiempo estipulado en la sentencia, o que los hijos permanezcan en el hogar familiar y sean los progenitores los que se vayan instalando en él cuando les corresponde el ejercicio de su derecho a la custodia física.

La jurisprudencia evidencia una arraigada tendencia a que sea la madre quien ostente la custodia de los hijos, sobre todo si estos son de corta edad. Sin embargo, durante las últimas décadas, el ordenamiento jurídico de diversos países está experimentando cambios en el tipo de custodia que debe prevalecer tras una ruptura conyugal. El régimen que se está consagrando poco a poco en el derecho internacional de occidente es el de la custodia compartida, fundamentado, entre otros, en los principios de *Corresponsabilidad Parental e Interés Superior del Niño*.

Teniendo en cuenta la proximidad social y cultural que España tiene con respecto al contexto latinoamericano, y tratándose de un país europeo pionero en esta materia, se propone el siguiente estudio monográfico, centrado en el cuidado compartido de los hijos tras la disolución del vínculo conyugal. El objetivo es profundizar, desde una perspectiva sociojurídica, en el panorama normativo, jurisprudencial y social que, con respecto al régimen de custodia, existe actualmente en este país. Para ello, se expone la normativa vigente, indicando las reformas que el legislador ha ido introduciendo durante las últimas décadas. A continuación, se lleva a cabo un breve análisis sobre la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de las nuevas leyes nacionales y autonómicas que regulan la custodia compartida en España. Por último, se realiza un análisis longitudinal, a partir de los datos del Consejo General del Poder Judicial. Este análisis ilustra la evolución de las sentencias de custodia entre los años 2007 y 2017, así como los cambios observados en la sociedad española durante esta década.

¹ LATHROP (2008), p. 276.

² La guarda y custodia de los hijos en España equivaldría al concepto chileno de *cuidado personal*.

³ Como se observa, la patria potestad en España no se circunscribe únicamente a los aspectos patrimoniales de la filiación. Es un concepto mucho más amplio, que incluye derechos y deberes vinculados a la protección integral del menor, su desarrollo y bienestar. En términos generales, equivaldría al concepto de *autoridad parental* que se emplea en Chile.

2. Una mirada sociohistórica al régimen de custodia preferente

La custodia física de los hijos menores de edad es una figura legal que siempre ha estado en el derecho de familia. Dada su presencia continua en la sociedad, ha ido experimentando cambios en el devenir de la historia. Estos han sido lentos y complejos, con adaptaciones y continuidades de diversa naturaleza. En este trabajo se parte de la hipótesis de que el régimen de custodia que prevalece en una determinada sociedad está ligado a los valores y las normas socioculturales que rigen en ese contexto, y a la conceptualización en torno a los roles paternos y maternos. La posición social que ocupan los hombres/padres, las mujeres/madres y los niños/hijos, así como la percepción social que se tiene sobre los roles de cada uno, son los elementos clave que determinan las pautas de conducta que, en materia de custodia, rigen en el derecho de familia tras una ruptura conyugal. En base a esta hipótesis, se pueden identificar tres fases en la historia de las sociedades occidentales, cada una de ellas caracterizada por un régimen jurídico preferente de custodia de los menores.

La primera de estas fases se extiende a lo largo de la sociedad preindustrial, hasta finales del siglo XVIII y principios del XIX. Se encuentra dominada por la *custodia paterna* de los hijos. En este contexto, el hombre ocupaba una posición privilegiada frente a la mujer. Era la cabeza visible de la familia, y todos los miembros le debían respeto y sumisión. Como padre, su rol se centraba en la formación de sus hijos, sobre todo de los varones. Su papel se asemejaba al de un maestro o guía espiritual, quien debía procurar la enseñanza moral y cívica de sus descendientes para que se convirtieran en ciudadanos alfabetizados, creyentes y económicamente productivos⁴. Así lo especificaba formalmente la doctrina eclesiástica, y también la legislación vigente en distintas zonas geográficas. En el caso de Estados Unidos, por ejemplo, el Estatuto de Massachusetts señalaba que los padres y maestros estaban obligados a procurar la enseñanza de todos sus hijos y aprendices⁵. Esta formación debía centrarse en aspectos como la lengua inglesa, las leyes del país, y las bases y los principios de la religión. Dicha obligación era asumida por el padre o, en su defecto, encomendada a un tercero, con riesgo de sanción para aquellos que la incumplieran. En algunas regiones de España, la presencia de aprendices en el hogar familiar se convirtió en algo habitual. La ordenanza regulaba el contrato que debían firmar y las condiciones a las que se comprometían ambas partes. En él se significaba, de forma más o menos expresa, el deber de enseñanza, protección y asistencia por parte del maestro hacia el aprendiz. La autoridad paterna, dentro y fuera de la unidad familiar, era tan indiscutible que el padre asumía de forma ilimitada la custodia y el control de sus hijos legítimos tanto en situaciones de normalidad como de crisis conyugal. En ocasiones, esa autoridad quedaba consagrada en la propia ley, donde se especificaba abiertamente que el padre tenía derecho a la custodia de sus hijos, dejando en un plano periférico a la madre. En este contexto, el divorcio, tal y como lo entendemos en la actualidad, no existía. En el caso de que la ley contemplara alguna posibilidad, las mujeres lo evitaban. Sabían que, de recurrir a él y aunque la ley les amparara, las posibilidades reales de recibir la custodia de sus hijos eran limitadas. Preferían evitar el estigma social que suponía estar separada o divorciada, y las posibles represalias del marido. Ciertamente, este tenía derecho no solo a quedarse con los hijos, sino a disponer de ellos según sus intereses. Podía privar a la madre de cualquier tipo de comunicación o contacto, e incluso separarlos físicamente, enviando, por ejemplo, a los hijos a otra ciudad. Tan solo cuando el padre fallecía o abandonaba de forma voluntaria el hogar familiar, la madre podía asumir legalmente la custodia de sus hijos⁶. La presencia del padre o, en su defecto, de una figura masculina que asumiera los roles paternos era tan importante que, aún entonces, la custodia se podía asignar a otra persona, generalmente a un hombre de la familia. Esto sucedía

⁴ LAMB (1986), pp. 4-6; (2000), pp. 25-27.

⁵ MASON (1994), p. 6.

⁶ También cuando se demostraba que el hijo era fruto de una infidelidad por parte de la madre, y el hombre los repudiaba a ambos. Es interesante señalar que la ley contemplaba duras sanciones para las mujeres acusadas de adulterio, pero, en el caso de los maridos infieles, no reconocía la existencia de delito civil.

cuando existían dudas acerca de la capacidad de la madre para cuidar de sus hijos. También cuando el padre había dejado en una situación económica delicada a la familia o, por el contrario, había dejado un patrimonio importante que gestionar. Es interesante señalar que, en aquellos casos en los que había que decidir legalmente con respecto a la custodia de los hijos, los intereses de estos no se tenían en cuenta. Apenas se hablaba de ellos en los procesos legales y, cuando se hacía, normalmente era de forma circunstancial. Un ejemplo de las condiciones descritas puede encontrarse en el amplio legado literario disponible, que, a su vez, tiene un elevado valor sociológico, ya que, a través de la narración, ilustra la realidad existente en épocas pasadas. En la novela *Anna Karénina* del escritor ruso León Tolstói, ambientada en comienzos del siglo XIX, la protagonista abandona a su marido para emprender una nueva vida junto a su amante. En ese momento, pierde cualquier derecho legal sobre su hijo, quien queda a cargo del padre. Ella, por su parte, queda expuesta a un profundo rechazo y ostracismo social. De regreso a la realidad histórica, en España encontramos el caso de Francisca de Pedraza, considerado de gran excepcionalidad porque representa todo lo contrario a lo que la norma vigente en esta época dictaba. Francisca contrajo matrimonio en el siglo XVII con un hombre que la sometía a malos tratos. Después de años de matrimonio, e incapaz de seguir soportando las circunstancias en las que vivía, acudió a los tribunales tanto ordinarios como eclesiásticos. Demandaba la separación del marido, y protección legal para ella y sus hijos. En ningún caso su petición fue atendida; los tribunales consideraron que el matrimonio era un vínculo inquebrantable, así que desestimaron su petición. Lo único que hicieron, en este caso los tribunales eclesiásticos que eran los que tenían atribuida la principal competencia en asuntos de esta naturaleza, fue recomendar al marido que tratara mejor a su mujer. En última instancia, como prueba de la lucha incesante de Francisca contra el sistema, consiguió una cédula del nuncio del Papa en España, que le permitía llevar su caso a otra jurisdicción. Ella escogió la universitaria, que sí admitió su solicitud y dictó una sentencia de separación matrimonial inédita en la época. En base a esta, podía vivir en una casa diferente a la de su marido, y él tenía que devolverle la dote y no acercarse ni a ella ni a sus parientes. Esto último sentaba las bases de lo que se entendería posteriormente como una orden de alejamiento. El caso de Francisca es de gran valor en España, pues constituye un referente histórico de lucha contra la violencia de género.

Con la llegada de la industrialización, el espacio laboral dejó de estar en la vivienda familiar, como era típico en el régimen anterior, para pasar a las fábricas e industrias situadas en las ciudades. El consumo y mantenimiento de la unidad familiar comenzaron a depender de las rentas salariales que se obtenían fuera del hogar. Esto hizo que sus miembros, además de trasladarse a las zonas urbanas, se vieran en la obligación de asumir otros roles familiares más acordes con las necesidades imperantes en la nueva realidad social y económica⁷. Los hombres vivieron un profundo cambio en su papel como progenitores, pasando a ocuparse del mantenimiento económico de la unidad familiar⁸. Su incorporación al trabajo asalariado en las fábricas y su salida del hogar, impactaron sobre las mujeres. Estas se convirtieron en la única figura parental que quedaba de forma continua en el hogar, por lo que debieron asumir nuevas funciones, centradas en el cuidado directo de sus hijos. Pronto, los roles masculinos y femeninos dentro de la unidad familiar se fueron claramente diferenciando, otorgando a cada progenitor el ejercicio específico de unos en concreto. El padre empezó a asumir un rol de carácter instrumental, que, entre otras cosas, comprendía la salida al exterior del hogar, el sustento económico de la familia y la representación en sociedad de la misma. Las madres, por su parte, permanecían dentro del hogar y eran las que se encontraban más próximas a los hijos en todos los sentidos. Por ello, asumieron un rol expresivo, centrado en el cuidado de la familia y sus miembros. Esta diferenciación de roles, o estructura bipolar, se llegó a considerar normal y positiva para el mantenimiento de la unidad familiar. Estaba basada en la idea de que las tareas de padres y madres, hombres y mujeres, se complementaban mutuamente, por lo que ambas

⁷ REHER (1996), pp. 304-308; PICÓ y SANCHIS (2003), pp. 210-212.

⁸ LAMB (1986), pp. 4-6; (2000), pp. 25-27; FLAQUER (1999), pp. 79-80.

resultaban necesarias para el bienestar de la familia y el equilibrio social⁹. La visión que existía con respecto a los hijos, así como el estatus legal y económico que ocupaban en la sociedad, empezaron también a cambiar. Hasta ese momento, los hijos eran fuerza de trabajo, mano de obra gratuita que, al igual que las propiedades materiales, pertenecían a sus padres. El desarrollo de la industria y el incremento de la productividad permitieron liberar a los niños de esas actividades laborales. La sociedad fue concediendo una importancia superior a la *infancia*, como etapa diferenciada del resto de edades. Se reconoció que este momento de la vida era clave en el desarrollo de los niños, por lo que merecía de un trato especial. Fue así como se inició todo un debate social e institucional acerca de los aspectos que podían resultar más positivos para el desarrollo correcto de los menores. Tras intensos debates, y coincidiendo con un periodo de exaltación general de la maternidad, se concluyó que lo mejor para los niños cuando se producía una ruptura conyugal, era permanecer junto a sus madres, sobre todo durante los primeros años de vida, pues ellas eran las que mejor se identificaban con esas características y necesidades especiales que tenían. Este cambio de mentalidad se consideró un logro del movimiento en pro de los derechos de las mujeres, cuyo desarrollo fue especialmente acelerado durante la segunda mitad del siglo XIX. En ese contexto, las mujeres comenzaron a organizarse para denunciar la situación de sumisión que habían vivido y reivindicar sus derechos como miembros de la sociedad. Entre sus éxitos, consiguieron que el ordenamiento jurídico de diversos países les reconociera el derecho a firmar contratos, gestionar sus propios ingresos y patrimonio, y poner demandas sin la necesidad de asistencia y/o permiso de un hombre. En relación al matrimonio, se reconoció que los bienes generados durante este pertenecían a ambos cónyuges a partes iguales, y que, con respecto a los hijos, ambos debían tener los mismos derechos y obligaciones. Como medida para proteger los derechos de la madre con respecto a sus hijos, entró en vigor la Presunción de los Años Tiernos¹⁰ (*Tender Years Presumption*). Uno de los primeros países en los que se reconoció fue en Inglaterra, con la aprobación de la *Custody of Infants Act* de 1839. Posteriormente, se fue extendiendo al resto de países, donde se aplicó hasta bien entrado el siglo XX. Según esta disposición, cuando se producía una ruptura conyugal, los hijos de menor edad debían quedar bajo el cuidado materno, a menos que los jueces consideraran que la madre era no apta para asumir tal responsabilidad¹¹. En el caso de los hijos mayores, la interpretación de esta presunción atravesó por varias etapas. Primero, se consideró que todos debían quedar bajo el cuidado de los padres. De esta forma, al cumplir el límite de edad que estipulaba la ley, pasaban de convivir con la madre a hacerlo con el padre. Más tarde, se entendió que los hijos mayores debían quedar a cargo del progenitor que fuera de su mismo sexo. Así, aprenderían a comportarse en sociedad, imitando un modelo masculino o femenino según fuera el caso. Esto generaba situaciones dolorosas, al separar a los hermanos que eran de diferente sexo cuando cumplían el límite de edad. El Código Civil Español, aprobado en 1889, aludía en su artículo 70 a la custodia de los hijos. Recogía, al igual que casi todos los códigos civiles que se fueron promulgando a lo largo del siglo XIX, la presunción de los años tiernos. Reconocía que los hijos varones mayores de tres años quedarían bajo el cuidado del padre, y las hijas bajo el cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte solo de uno de ellos, los hijos, independientemente del sexo, quedarían a su cuidado. Los hijos e hijas menores de tres años estarían, en todo caso, y hasta que cumplieran esa edad, bajo el cuidado de la madre, a no ser que, por motivos especiales, se dispusiese otra cosa en la sentencia. Esta misma medida fue recogida unos años antes en la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870, que fue la primera disposición que estableció el

⁹ Uno de los máximos exponentes de esta teoría ha sido el sociólogo Talcott Parsons. Se esforzó por situar el problema del matrimonio y el parentesco dentro del contexto de la sociedad industrial moderna, elaborando, para ello, su conocida Teoría de la Familia (confróntese con PARSONS y BALES (1955), pp. 92-104 y 135-153). Sus planteamientos teóricos son los que terminaron guiando y, asimismo, dominando, gran parte del discurso familiar de principios del siglo XX.

¹⁰ WATSON (1981), pp. 474-475; MELLI (1986), p. 33; MASON (1994), pp. 50-83; BUEHLER y GERARD (1995), p. 441.

¹¹ En el siglo XIX, los *años tiernos* correspondían a la infancia del niño. Durante el siglo XX, el periodo entendido como *tierno* o *sensible* se extendió hasta la adolescencia.

matrimonio civil en España con carácter obligatorio, y sirvió de base para el posterior diseño del Código Civil. Tras la Presunción de los Años Tiernos, el derecho de familia occidental se reforzó con la entrada en vigor de una nueva doctrina conocida como la Norma de los Mejores Intereses (*Best Interests Standard*). Según esta, los jueces debían siempre adoptar las medidas que consideraran más beneficiosas para los infantes, a fin de garantizar su bienestar personal y el respeto a sus derechos fundamentales¹². En base a esta, se fue generalizando la idea de que lo mejor para los niños, independientemente de su edad y/o sexo, era quedar bajo la custodia de la madre. Vemos cómo la realidad social se fue transformando poco a poco; pasó de estar dominada por un régimen jurídico en el que la custodia plena de los hijos correspondía de forma exclusiva al progenitor varón, a considerar la *custodia materna* como el régimen preferente, con independencia de la edad o el sexo de los hijos. El paso de un modelo a otro fue consecuencia del propio cambio que experimentaron todos los actores sociales, fruto, a su vez, del que vivió la sociedad y su sistema económico.

Esta mentalidad, que consideraba a la madre como la mejor garante de los intereses del niño en caso de ruptura conyugal, se mantuvo hasta la segunda mitad del siglo XX. En ese momento, las sociedades occidentales comenzaron a experimentar una profunda e intensa modificación en las bases culturales del sistema, que afectó de lleno a todos los actores sociales. Según Inglehart¹³, se produjo una revolución silenciosa en los valores dominantes, que condujo a las sociedades hacia una nueva fase de su desarrollo conocida como *posmodernización*. En esta, se priorizan aspectos como la autoexpresión, la calidad de vida y la autorrealización, en estrecha conexión con la formación superior y el ejercicio de una carrera profesional. Aunque el cambio afectó a todos, las mujeres fueron las verdaderas protagonistas. Alberdi explica que se convirtieron en “sujetos activos de su propio cambio social”¹⁴; lograron nuevos derechos y accedieron a espacios que antes se reservaban exclusivamente al hombre, como el mercado laboral, las instituciones profesionales, el sistema educativo superior y, en general, todas las actividades públicas. Según esta socióloga, la experiencia del trabajo asalariado y la consecución de unos ingresos propios transformó la mente de muchas mujeres, que entendieron su incorporación al mercado laboral como una expresión de su autonomía y de su responsabilidad económica respecto de la familia. En este cambio, el movimiento feminista contemporáneo desempeñó una labor fundamental¹⁵. Esto es así porque, dejando a un lado la defensa del papel que las mujeres tenían como cuidadoras principales de sus hijos, pasó a reivindicar una igualdad plena entre hombres y mujeres en todos los aspectos de la vida, incluida, especialmente, la esfera económica y laboral. Algunos teóricos sostienen que el cambio social de las mujeres ha supuesto una revolución en el seno de la familia, que ha cuestionado las certidumbres que estaban en la base del concepto de *masculinidad*¹⁶. Ha provocado una crisis de identidad en los hombres, que se traduce en un cambio sustancial en sus comportamientos familiares. Muchos de ellos, especialmente los de las generaciones más jóvenes, se han incorporado al interior de los hogares, esto es, a la esfera privada de la vida, y se orientan hacia posiciones más igualitarias con respecto a la mujer, tal y como le demanda la sociedad actual. En relación a sus hijos, las nuevas circunstancias les han llevado a entablar una relación más estrecha y cercana con ellos, que ha supuesto un cambio en su forma de vivir la paternidad¹⁷. Ahora son hombres más implicados en los aspectos que afectan a su descendencia, hombres que viven su paternidad de una forma más plena y comprometida, y que asumen funciones parentales que se consideraban exclusivas del sexo femenino. En esta línea, se encuentran las aportaciones teóricas de Michael Lamb, quien asume en sus postulados que se está imponiendo la concepción de un nuevo padre,

¹² MASON (1994), pp. 50-83; BUEHLER y GERARD (1995), p. 441; ALASCIO y MARÍN (2007), pp. 8-12.

¹³ INGLEHART (1998), pp. 40-42.

¹⁴ ALBERDI (1999), p. 267.

¹⁵ MELLI (1986), pp. 31-32; MASON (1994), pp. 121-160; CASTELLS (1999), pp. 160-162 y 202-2017.

¹⁶ BADINTER (1995), pp. 161-166; ALBERDI y ESCARIO (2007), p. 37.

¹⁷ SEGAL (1990), pp. 30-31; KNIJN (1995), p. 7; BECK y BECK-GERNSHEIM (2001), pp. 56, 108 y 109; ALBERDI (2004), p. 258; GIL (2004), pp. 401-407; ALBERDI y ESCARIO (2007), p. 43; IGLESIAS DE USSEL y MARÍ-KLOSE (2011), pp. 1032-1035.

al que él denomina *The New Nurturant Father*¹⁸. Para Lamb, este padre es aquel que participa de forma activa en el cuidado diario y la crianza de sus hijos. Según sus planteamientos, esa *participación paterna* se puede descomponer en tres elementos: el tiempo que el padre pasa interactuando cara a cara con sus hijos (*time of engagement or interaction*); el tiempo que está próximo y accesible pero no interactúa directamente con ellos (*accessibility to the child*); y el tiempo que dedica a realizar actividades que garanticen el bienestar de sus hijos, como pedir cita para llevarlos al pediatra, asegurarse de que su ropa esté limpia, comprar o hacer su comida, etc. (*responsability for the child's welfare and care*). En todos los casos, los niveles han aumentado en las últimas décadas, aunque los cambios más significativos se observan en la cantidad de tiempo que los padres pasan interactuando cara a cara con sus hijos¹⁹. Aspectos como el capital cultural, el nivel de ingresos y el ejercicio de profesiones intelectuales, son variables decisivas en la asunción de esta nueva paternidad. La llegada de los nuevos padres supone una ruptura, sobre todo entre las generaciones más jóvenes, con respecto a la tradicional división de roles que ha dominado el panorama social, cultural e ideológico de gran parte de las sociedades tradicionales. Un estudio realizado en España²⁰, revela que en el año 1994 un 66% de los jóvenes entre 18 y 24 años se mostraban partidarios del modelo igualitario, este es aquel en el que tanto los hombres como las mujeres trabajan fuera del hogar y se reparten las tareas domésticas y el cuidado de los hijos. En 2010 el dato ascendía al 85%. Hombres y mujeres empiezan a asumir de forma indistinta los roles parentales que en siglos anteriores se consideraban exclusivos de uno u otro sexo. Esta convergencia, junto a la idea generalizada de que el ejercicio conjunto y responsable de la parentalidad, especialmente en los casos de ruptura conyugal, es lo mejor para los menores, ha llevado a legisladores y tribunales a plantearse si la preferencia maternal en las decisiones que tienen que ver con la custodia de los hijos, sigue siendo la más positiva para el interés superior de los menores. Tras un profundo debate, todavía en curso en distintos países occidentales, se ha considerado que, ante el nuevo escenario social y familiar, lo más beneficioso para los menores es quedar bajo el cuidado de ambos progenitores. Entre las medidas legales que se han ido introduciendo para garantizar que esto sea así, se encuentra la custodia compartida de los hijos. También han surgido otras de carácter complementario o de refuerzo, como la educación por orden judicial de los progenitores, la creación y expansión de los servicios de mediación y la negociación de los *planes de parentalidad*, también conocidos como de *coparentalidad*, de *corresponsabilidad* o de *responsabilidad parental*. Todas estas medidas son de reconocida actualidad y se erigen sobre el Principio de Corresponsabilidad Parental (*Joint Parental Responsibility*). Este se basa en la idea de que debe existir un ejercicio conjunto y responsable de la parentalidad por parte de ambos progenitores, pues la presencia de los dos en la vida de sus hijos, con igualdad de derechos y obligaciones, es necesario para garantizar su correcto desarrollo. Uno de los tratados internacionales que consagra este principio es el de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobado en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en vigor desde el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. También el de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de las Naciones Unidas, firmado en 1989, con vigencia desde el 2 de septiembre de 1990. Estos cambios, tan inminentes, nos sitúan ante lo que podría entenderse como el inicio de una tercera fase en materia de custodia, dominada, en este caso, por un régimen de *custodia compartida*. Es un modelo que se está consagrando poco a poco en el derecho internacional de occidente. Países como Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Alemania o Italia ejemplifican este cambio, con un sistema jurídico orientado, cada vez más, en esa dirección²¹. El propio Consejo de Europa, a través de su Resolución 2079 de 2015 sobre igualdad y corresponsabilidad, se ha posicionado claramente en favor de la custodia compartida, pidiendo a los estados miembros que

¹⁸ LAMB (1986), pp. 7-9.

¹⁹ LAMB (1986), pp. 10-11; PLECK (1997), pp. 71-74.

²⁰ IGLESIAS DE USSEL y MARÍ-KLOSE (2011), pp. 1032-1033.

²¹ FOLBERG (1991), pp. 6-9; CLAVIJO (2008), pp. 120-128; LATHROP (2008), pp. 313-347.

introduzcan en su legislación el principio de alternancia de la custodia de los hijos después de una ruptura conyugal (artículo 5.5). Los países latinoamericanos, aunque a un ritmo desigual, también caminan hacia una realidad jurídica dominada por el principio de corresponsabilidad parental y un sistema de custodia compartida, reflejo de la situación que rige a nivel cultural, social y familiar. Un ejemplo lo constituyen, entre otras, la Ley chilena N.º 20.680, de 2013, que con su entrada en vigor busca fortalecer la integridad del menor, a través de medidas que favorezcan el ejercicio conjunto de la parentalidad²².

3. Legislación española en materia de custodia: panorama social y jurídico²³

3.1 La institución del divorcio: una mirada al pasado, Ley N.º 30, de 1981

Al analizar las rupturas conyugales en España, se toma como punto de referencia el año 1981, por ser el momento en el que, oficialmente, se introduce la institución del divorcio en el ordenamiento jurídico de este país. Se hace a través de la Ley N.º 30, de 7 de julio de 1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio²⁴. Esta ley, a través de la modificación del Capítulo VIII del Código Civil Español, reconocía legalmente la posibilidad de que el vínculo matrimonial se disolviera, ya no solo por la muerte de uno de los cónyuges, sino también por el divorcio de estos. La nueva redacción del artículo 85 afirmaba que “el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”. Entre las principales causas de divorcio, el nuevo artículo 86 recogía, como norma general, el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación.

Con respecto a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, esta ley establecía, a través de la nueva redacción de los artículos 90 y 103 del Código Civil Español, que cuando el divorcio fuera solicitado por ambos progenitores o por uno solo de ellos, pero con el consentimiento del otro, resultaba necesario acompañar la demanda de divorcio de una propuesta de convenio regulador. En esta propuesta debían recogerse, entre otras, las decisiones relativas a quién iba a ser la persona bajo cuya responsabilidad iban a quedar los hijos, cómo se iba a producir el régimen de visitas, comunicación y estancia entre esos hijos y el progenitor no conviviente, a quién se iba a atribuir el uso de la vivienda y del ajuar familiar, cómo se iba a contribuir a las cargas del matrimonio y a los alimentos de los hijos, cómo se iba a proceder, si fuese necesario, a la liquidación del régimen económico del matrimonio, cuál iba a ser la pensión compensatoria, de qué forma se iba a pagar, etc. En aquellos casos en los que resultara imposible alcanzar un acuerdo entre los cónyuges, el juez sería el encargado, según la ley, artículo 91, de adoptar las medidas que regulasen la situación familiar.

En relación a los hijos, la nueva redacción del artículo 92 del Código Civil Español, planteaba que las medidas judiciales relativas a su cuidado y educación “serán adoptadas siempre en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años”. Asimismo, el juez, en todo caso, según el artículo 93, “determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”. El progenitor que no tuviera consigo a sus hijos menores o incapacitados gozaría, según el artículo 94 del Código Civil Español, del derecho a

²² ACUÑA (2013), pp. 26-37; BARCIA (2018), pp. 495-500.

²³ Por su utilidad, y para un análisis más profundo, se remite al lector a la base de datos www.noticiasjuridicas.com. En ella se recogen las leyes españolas, señalando si están vigentes o, en caso contrario, hasta qué momento lo estuvieron.

²⁴ Antes de esta ley, concretamente durante la II República Española (1931-1939), se publicó la Ley de Divorcio de 1932 que tiene el mérito de ser la primera que introduce en España el *divorcio*, como forma de disolver legalmente el vínculo matrimonial. A pesar de los esfuerzos realizados por distintos grupos sociales de la época, la normativa no tuvo éxito, dadas las condiciones socioculturales del momento. Esta ley se derogó en 1939, con la caída de la República.

visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinaría el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podría limitar o suspender si se diesen graves circunstancias que así lo aconsejasen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Unos meses antes de la entrada en vigor de esta norma, el legislador español incorporó al ordenamiento la Ley N.º 11, de 13 de mayo de 1981, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, refiriéndose, expresamente, a los casos de no convivencia entre los progenitores. Esta norma, aunque anterior, se entendió como un complemento a la Ley N.º 30, de 1981, pues afectó a los aspectos que tenían que ver con el cuidado de los hijos tras la ruptura de pareja. En concreto, reformuló los artículos 154 y 156 del Código Civil Español, estableciendo que tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad de los hijos debían corresponder a ambos progenitores. En materia de custodia, reformuló el artículo 159 del Código Civil Español. La nueva redacción contemplaba una atribución directa del cuidado de los hijos menores de siete años a la madre, salvo que, por motivos especiales, el juez decidiera proceder de otro modo. De esta forma, el legislador español de 1981 atribuye el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores, en base al principio de igualdad parental, pero, en materia de custodia, se basa en la presunción de los años tiernos, entendiendo que la madre es la más idónea para el cuidado diario de los hijos, sobre todo cuando estos se encuentran en una edad temprana.

Esta medida fue criticada por un sector de la sociedad española, al considerar que discriminaba a los hombres, violando el artículo 14 de la Constitución Española de 6 de diciembre de 1978, que consagra la igualdad jurídica entre hombres y mujeres. Como la defensa de esta creencia se fue extendiendo poco a poco entre distintos sectores populares, el gobierno español terminó aprobando, ya en los años noventa, la Ley N.º 11, de 15 de octubre de 1990, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. En materia de custodia, la norma modificó el texto del artículo 159 del Código Civil Español, eliminando la atribución preferente de los hijos menores de siete años a la madre. Según esta ley, ante la falta de acuerdo entre los progenitores, el juez sería el encargado de decidir cuál de ellos asumiría la custodia de sus hijos tras la ruptura matrimonial. En esta decisión no tendrían en cuenta la edad de los hijos, sino únicamente el interés de estos, pudiendo oírlos si tuvieran suficiente juicio y fueran mayores de doce años. Así lo especificaba la nueva redacción del artículo, al afirmar que “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 oírá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”. De poco sirvió a efectos prácticos esta reforma legal, pues la mayoría de los tribunales españoles siguieron decantándose, claramente, por la madre en las decisiones que afectaban a la custodia de los hijos²⁵.

La entrada en vigor de la Ley N.º 30, de 7 de julio de 1981, tuvo consecuencias inmediatas a efectos prácticos. Las memorias anuales del Consejo General del Poder Judicial muestran que, en los últimos cuatro meses de 1981, se solicitaron 9.483 divorcios²⁶. Esta cantidad aumentó hasta los 21.463 del año siguiente. Es un dato elevado, aunque inferior a lo que en un primer momento se esperaba. En su mayoría, se trataba de parejas que estaban separadas de hecho y que, con la implantación de la nueva ley, optaron por regular jurídicamente su situación. En los siguientes años el dato disminuyó: en 1983 se dieron 19.306 divorcios y 17.656 en 1984. En 1985 se advierte un leve repunte, con 18.291 casos. Es entonces cuando aparece un incremento moderado pero sostenido en el tiempo. Este se extiende a lo largo de los años noventa. En 1990 se produjeron 23.191 divorcios y 33.103 en 1995. Aunque el incremento observado desde 1985 se interpretó como un signo de modernidad, los datos revelan que las tasas de divorcio de España se encontraban entre las más bajas de toda Europa, junto con las de Italia y Grecia. Esto

²⁵ ALBERDI (1999), p. 213; DE TORRES (2011), p. 10.

²⁶ La Ley, aunque se aprobó en julio, no permitió el divorcio hasta el mes de septiembre. Es entonces cuando empezó el registro.

es así porque la mentalidad conservadora que había impregnado la realidad social y política durante la época franquista todavía ejercía una influencia notable sobre el conjunto de la sociedad, especialmente en los años ochenta. Los grupos más conservadores de la época criticaron duramente la aprobación del divorcio y reprocharon públicamente el comportamiento de aquellas personas que recurrían a él. La Iglesia, que ejercía una influencia notable sobre el pensamiento colectivo, publicó varias declaraciones a través de la Conferencia Episcopal, donde ponía de manifiesto, de forma contundente, lo perjudicial que la ley era para la estabilidad de la familia. En lo que se refiere al número de separaciones conyugales, requisito previo según la ley para optar al divorcio, los datos oficiales revelan que la tendencia fue ascendente desde 1981. Ese año, en España se produjeron 6.851 separaciones. Para 1987 el dato se había quintuplicado. En 1990 ascendía a 36.272 y a 49.371 en 1995. Tanto en el caso de los divorcios como de las separaciones, la ruptura podía ser de mutuo acuerdo o sin acuerdo. Los datos indican que, en un primer momento, la mayoría se daban sin un acuerdo. De hecho, el 61,5% de los divorcios y el 81,1% de las separaciones de 1981 eran de este tipo. La evolución observada en el curso de los años ochenta y noventa revela que estas proporciones fueron decreciendo. En 1990 se dieron sin acuerdo el 56,8% de los divorcios y el 52,8% de las separaciones. En 1995 el 55% de los divorcios y el 48,5% de las separaciones fueron de este tipo. Esto pone de manifiesto que, con el tiempo, las rupturas conyugales fueron menos contenciosas. Esta variación se puede interpretar como un signo de normalización y aceptación progresiva.

3.2 La custodia compartida: una mirada al presente, Ley N.º 15, de 2005

Quince años después de aquella reforma legal del año 1990 que, sin mucho éxito, pretendía igualar las posibilidades de padres y madres en materia de custodia, el sistema jurídico español se reforzó con la entrada en vigor de la Ley N.º 15, de 8 de julio de 2005, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Esta nueva ley, como explica el propio legislador en su exposición de motivos, nace con la intención de ser una respuesta legal al cambio que se ha producido durante los últimos años en la sociedad española, en lo referente al modo de concebir las relaciones de pareja. En la Ley N.º 30, de 1981, el divorcio se concebía como el último recurso al que podían acogerse los cónyuges, solo cuando era evidente que, tras un dilatado periodo de separación física y efectiva, su reconciliación ya no era factible. Entre los requisitos previos que establecía la legislación para solicitar el divorcio se exigía la demostración, bien del cese efectivo de la convivencia, o bien de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales. Casi un cuarto de siglo de vigencia ha demostrado que estas disposiciones, además de agravar la propia situación de crisis matrimonial, no se ajustan ya a las nuevas necesidades imperantes en la sociedad española del siglo XXI, por lo que requieren de su modificación. Con este objetivo, y buscando ampliar en todos los casos la libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de su derecho a solicitar la disolución de la relación matrimonial, nace esta nueva reforma del Código Civil Español. En base a ella, se considera que el derecho a no continuar casado no puede depender de una previa e ineludible situación de separación, ni de la demostración de la concurrencia de causa alguna. Basta con que uno de los cónyuges no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el otro pueda oponerse a la petición por causas materiales, y sin que el juez pueda rechazarla salvo por motivos personales. Para la interposición de la demanda, la nueva ley contempla la necesidad de que hayan transcurrido tan solo tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo en aquellos casos en los que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación a esos tres meses. Así lo recogen los artículos 81 y 86 del Código Civil Español en su nueva redacción cuando, derogando las causas de separación y divorcio que contemplaba la antigua ley de 1981, establecen que, de ahora en adelante, se podrá decretar judicialmente el divorcio o la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de ambos

cónyuges o de uno solo de ellos, con o sin consentimiento del otro. No obstante, indican que habrá de concurrir una de las siguientes circunstancias:

- a) Si es a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, se podrá solicitar una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio; a la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador, redactada conforme al artículo 90 del Código Civil Español.
- b) Si, por el contrario, la petición de divorcio o separación es realizada por uno solo de los cónyuges, deberán haber transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, a no ser que se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos. Esta demanda se acompañará de una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

En lo relativo a los hijos, la nueva ley de 2005 introduce cambios significativos que no han estado exentos de cierta polémica. El más importante y controvertido es el que afecta al artículo 92 del Código Civil Español, referido a la guarda y custodia de los hijos. Atendiendo a la nueva redacción de este artículo, el juez acordará el ejercicio compartido de la custodia si ambos progenitores así lo hubieran solicitado en la propuesta de convenio regulador o en el acuerdo alcanzado durante el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda y custodia conjunta, y tras fundamentar su resolución, “adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos” (artículo 92.5 del Código Civil Español). De forma excepcional, y de acuerdo con la nueva redacción del artículo 92.8, el juez podrá convenir la custodia compartida de los hijos cuando así lo solicite uno solo de los cónyuges, fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Por tanto, esta nueva ley, a través de la reformulación del artículo 92 del Código Civil Español, permite que los cónyuges recurran, de mutuo acuerdo, a la custodia compartida de sus hijos, y que, en aquellos supuestos en los que no exista tal acuerdo, uno de los cónyuges pueda solicitarla al juez, quien será el encargado de adoptar la decisión que resulte más favorable para el menor.

La nueva ley establece también una serie de reglas que deben observarse en el proceso de asignación de la guarda y custodia de los hijos. En la modificación del apartado 6 del artículo 92, por ejemplo, se plantea que el juez “deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor”. Así mismo, valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los progenitores mantengan entre sí y con sus hijos para determinar la idoneidad del régimen de custodia. El apartado 7 de este mismo artículo establece que no procede la guarda y custodia compartida cuando cualquiera de los progenitores “esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos”. El apartado añade que tampoco procederá cuando el juez advierta, a través de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. Por último, el apartado 9 reitera el principio auxiliar relativo al dictamen de especialistas, estableciendo que el juez, antes de pronunciarse sobre la guarda y custodia, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados, sobre la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Aunque esta es la ley que rige actualmente en toda España, existen comunidades autónomas que poseen un derecho civil propio y que han decidido introducir, también ellas, modificaciones específicas en lo que a la custodia de los hijos respecta. Estas comunidades son Aragón, Cataluña, Navarra, Comunidad Valenciana y País Vasco. En 2010, Aragón publicó su Ley

N.º 2, de 26 de mayo de 2010, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres²⁷. De esta forma, se convertía en la primera comunidad de España que consideraba en su ordenamiento la custodia compartida como la opción preferente en los casos de ruptura conyugal. Ese mismo año, Cataluña promulgó la Ley N.º 25, de 29 de julio de 2010, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, donde reconocía el ejercicio conjunto de la parentalidad tras la ruptura de pareja e incorporaba como instrumento de apoyo el *Plan de Parentalidad*, utilizado en países como Francia, Italia y Bélgica, donde se concreta la forma en la que ambos progenitores van a ejercer las responsabilidades parentales tras la ruptura. Un año más tarde, entró en vigor, en Navarra, la Ley Foral N.º 3, del 17 de marzo de 2011, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Ese mismo año, en la Comunidad Valenciana, se aprobó la Ley N.º 5, de 1 de abril de 2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Esta última es probablemente la más contundente de las normas autonómicas que se han elaborado en España a favor de la custodia compartida. País Vasco ha sido la última comunidad donde se ha promulgado una norma específica a favor de la custodia compartida, se trata de la Ley N.º 7, de 30 de junio de 2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Estas leyes ponen de manifiesto la reforma legislativa que se ha llevado a cabo en España durante los últimos años en materia de custodia compartida. En general, fueron bien recibidas por el conjunto de la sociedad, aunque también soportaron fuertes críticas por parte de algunos sectores sociales. Las más virulentas se dieron entre los grupos conservadores, claros defensores del status quo que existía. Entre los grupos feministas también se produjo un rechazo, al considerarlas una amenaza para las mujeres y los derechos que estas habían conseguido alcanzar en relación al cuidado de sus hijos. Los profesionales que participaban en los procesos de divorcio, como jueces, abogados y procuradores, manifestaron su descontento, señalando que las normas carecían de contenido y criterios prácticos, lo que dificultaba su aplicación. Otras críticas procedieron de los propios sectores que estaban a favor de la custodia compartida. Estos recibieron la promulgación de las leyes con cierta alegría contenida, mostrando prudencia ante lo que pudiera pasar a efectos prácticos. Entre estos grupos se encuentran los movimientos sociales de hombres, que tuvieron un desarrollo acuciante a finales del siglo XX y principios del XXI. Los hombres que formaban parte de estos grupos señalaban que, si habían establecido en su relación conyugal un contrato de igualdad con respecto a su pareja, no era justo que la situación se siguiera inclinando a favor de las madres en las decisiones que afectaban a la custodia de los hijos tras la ruptura conyugal. Pretendían que se reconociera el papel tan importante que ellos desempeñaban en la vida de sus hijos, y el derecho que tenían a poder seguir estando activamente implicados. Las críticas de unos y otros se pueden sintetizar, grosso modo, en tres.

- Como crítica fundamental, se reivindicó que la norma, por sí misma, era insuficiente. Su aplicación estaba clara cuando ambos progenitores se mostraban conformes, pero, en el momento en el que se producía una falta de acuerdo, las dudas se acentuaban y no se decretaba. En este sentido, los sectores más profesionales denunciaron la necesidad de acompañarla de un sistema de mediación respaldado legalmente por los jueces, y de una serie de medidas formativas para que los progenitores supieran cómo ser buenos padres y madres divorciados.
- Se consideró que la sociedad todavía no estaba preparada para la implantación de esta forma de custodia. Existían numerosas dudas acerca de los efectos positivos que podía llegar a tener sobre los hijos, y si su aplicación realmente era más beneficiosa que la custodia materna. Además, muchos de los padres continuaban mostrando una actitud

²⁷ Recogida actualmente en el artículo 80 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas.

pasiva en los procesos de divorcio con respecto al cuidado de sus hijos, lo que facilitaba la custodia materna.

- Determinados profesionales, especialmente de la psicología, denunciaron que se estaban cometiendo errores en la aplicación de la norma. Sostenían que, tanto jueces como progenitores priorizaban las circunstancias particulares de padres y madres. Por ejemplo, la relación que había entre ambos, qué preferían, en qué condiciones deseaban que se dieran los acuerdos, etc. De esta manera, se estaba cayendo en el error de olvidar la doctrina de los mejores intereses de los niños en los procesos de asignación de la custodia. Algunos hombres deseaban acogerse a la custodia compartida para evitar el pago de la pensión de alimentos y la cesión de la vivienda familiar al progenitor custodio, es decir, a la madre. Se produce así un engaño no solo al sistema jurídico, sino también a la propia realidad familiar, incluidos los hijos, que termina influyendo negativamente sobre todos y desvirtuando el objetivo fundamental de este tipo de custodia, así como su correcto ejercicio.

A pesar de las críticas, estaba claro que España iniciaba, con esta reforma legislativa, un importante proceso de cambio social y legal. Es normal que se plantearan dudas y debates, sobre todo al principio. Se estaba asistiendo a una especie de experimento social, por lo que la crítica constructiva era necesaria. Es interesante añadir que, durante la siguiente década, prácticamente todas las comunidades autónomas de España firmaron convenios de colaboración con el Ministerio de Justicia para impulsar los servicios de mediación familiar a nivel intrajudicial. Con la ayuda de un mediador, que actúa de forma neutral e imparcial, se busca que los progenitores sean capaces de gestionar el conflicto interpersonal y alcanzar acuerdos que resulten satisfactorios para todas las partes. Estos se refieren a múltiples cuestiones que les afectan directamente: con quién va a vivir el menor, cuántos días va a estar con cada progenitor, cómo se va a desarrollar el régimen de visitas, cómo será el pago de alimentos, de qué manera se llevará a cabo la liquidación del régimen económico, etc. El fin último de estos servicios de mediación es proteger a los miembros más vulnerables de la familia, en este caso los menores, y garantizar su bienestar tras el divorcio. Así mismo, se busca mejorar, o restablecer en el caso de que no exista, la comunicación entre el padre y la madre, reducir el desgaste emocional, económico y social de ambos, y ayudarles a que puedan identificar y clarificar los puntos que originan el conflicto. Todo ello en un espacio de diálogo, donde prevalezca la equidad comunicativa y el respeto mutuo.

4. Breve análisis jurisprudencial tras la entrada en vigor de la Ley N.º 15, de 2005

España es un país que cuenta con un nuevo panorama jurídico, orientado hacia la custodia compartida de los hijos. Tiene una normativa nacional que reconoce y acepta este modelo, y cinco de sus diecisiete comunidades lo consideran de forma expresa en su ordenamiento interno, en ocasiones como la opción preferente. Todo ello bajo el supuesto legal de que el ejercicio conjunto y compartido, entre padres y madres, del cuidado y la atención diaria de los hijos es lo que resulta más beneficioso para su desarrollo, y es una forma de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Sin embargo, las normas nacionales y autonómicas cuentan con numerosas deficiencias y lagunas. Reconocen la custodia compartida, pero tienen un vacío legal en su ejecución, que dificulta la adopción y aplicación de este modelo. La falta de desarrollo normativo ha dado lugar a un intenso debate en la doctrina y jurisprudencia, hasta el punto de convertirse en uno de los problemas más destacados dentro del Derecho de Familia de este país²⁸. Desde el año 2009, se han dictado una gran cantidad de sentencias, que han sido determinantes en el desarrollo de la materia. Las más importantes emanan del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Supremo (TS), grandes aliados del régimen de custodia compartida.

²⁸ DOMÍNGUEZ (2018), pp. 15-20.

En el caso del TC, fue decisiva su sentencia, N.º 185, de 17 de octubre de 2012, en la que declaró nulo el artículo 92.8 del Código Civil Español. Este artículo planteaba, en la redacción dada por la Ley N.º 15, de 2005, como preceptivo el informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez fijara la custodia compartida cuando no existía acuerdo entre los progenitores. En esta sentencia, se declara inconstitucional y nulo el inciso *favorable*, de manera que los jueces pueden acordar la custodia compartida, aunque el fiscal se oponga. Esto se argumenta en base a que, si bien el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores, solo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto, pues solo él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional.

En lo que respecta al TS, se considera clave su sentencia, N.º 257, de 29 de abril de 2013, en la que afirma que la custodia compartida debe ser el sistema normal y deseable. El magistrado señala, en este caso, que la redacción del artículo 92 del Código Civil Español no permite concluir que la custodia compartida sea una medida excepcional, sino que, por el contrario, deberá considerarse “normal e incluso deseable”, porque permite que se haga efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis. En su sentencia N.º 194, de 29 de marzo de 2016, el TS tuvo que pronunciarse de nuevo sobre la deseabilidad de la custodia compartida, pues varias Audiencias Provinciales se estaban separando injustificadamente de la doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo, “poniendo en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares”. Era preciso unificar el criterio interpretativo del artículo 92 del Código Civil Español, sentenciaba el TS.

Parte de la jurisprudencia, especialmente la dictada a partir de 2009, se ha centrado en fijar cuáles son los criterios que deben seguirse para adoptar la custodia compartida. En este sentido, el criterio común siempre ha sido el de garantizar el interés superior del menor, aunque resulta difícil aclarar en qué consiste ese interés ante la falta de pautas claras en la regulación. Así lo señala el TS, al considerar que, “en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, (...) resulta muy difícil concretar en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican”²⁹. Los esfuerzos de los tribunales durante la última década han ido, precisamente, en esa dirección. La de fijar una doctrina sólida que permita al juez determinar qué circunstancias o criterios deben tenerse en cuenta para justificar la custodia compartida como la medida que mejor garantiza el interés del menor en los supuestos donde existen discrepancias entre ambos progenitores. Extraídos del Derecho Comparado, el TS fija los criterios que deben observarse para adoptar este tipo de custodia, señalando³⁰:

- La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales.
- Los deseos manifestados por los menores competentes.
- El número de hijos.
- El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales.
- El resultado de los informes exigidos legalmente.
- Cualquier otro aspecto que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se daba cuando los progenitores convivían.

En su sentencia N.º 515, de 15 de octubre de 2014, el TS señala que será necesario probar y justificar la conveniencia de este modelo de custodia, aportando hechos y pruebas que demuestren el cumplimiento de los criterios establecidos en la doctrina.

²⁹ STS N.º 623, de 8 de octubre de 2009.

³⁰ STS N.º 257, de 29 de abril de 2013 y N.º 194, de 29 de marzo de 2016.

Otra de las cuestiones que más ha preocupado a la jurisprudencia española durante los últimos años en relación a la custodia compartida, ha sido la de resolver ciertos aspectos que resultan problemáticos, como el uso de la vivienda familiar y el pago de la pensión de alimentos de los hijos. El Código Civil Español señala que, cuando se decreta una custodia exclusiva, el progenitor custodio permanece en el hogar familiar (artículo 96) y administra la pensión de alimentos (artículo 93). Sin embargo, adoptar un sistema de custodia compartida implica, necesariamente, cuestionar estos criterios tradicionales³¹. En lo que respecta a la atribución de la vivienda, y siempre que el juez no haya optado por la alternancia de los progenitores en el domicilio familiar, en cuyo caso el uso de la vivienda se atribuye a los hijos, el TS ha ofrecido varias soluciones. Entre ellas, aplicar lo dispuesto en el artículo 96, y atribuir el uso de la vivienda a uno de los progenitores, concretamente a aquel que esté más necesitado de protección³²; o el sometimiento a liquidación del inmueble en un plazo dado, salvo pacto entre las partes³³. Sobre la pensión de alimentos, el TS ha optado por que cada progenitor satisfaga los alimentos del menor en su propio domicilio el tiempo que esté con ellos, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%³⁴. Esto se fija cuando existen unos ingresos similares entre ambos progenitores; en el caso de que haya una desproporción en dichos ingresos, el TS sentencia la necesidad de fijar el pago de una pensión de alimentos para la manutención de los hijos³⁵.

5. Progenitor que ejerce la custodia en España: 2007-2017, una década de cambios

Si se pasa al ámbito práctico, analizando los datos que ofrece el Consejo General del Poder Judicial³⁶, se obtienen unos resultados que contrastan con la realidad legal. Los datos relativos a 2017, revelan que, durante ese año, se registraron un total de 102.341 rupturas conyugales en España, que suponen una tasa de 2,2 rupturas por cada 1.000 habitantes. La normativa vigente contempla tres tipos de ruptura³⁷:

1. Anulación del matrimonio o nulidad; la obtención de una sentencia de nulidad significa declarar el matrimonio inexistente desde el momento de su celebración, restableciendo el estado civil de soltero a quien con anterioridad se había casado. En España, las nulidades suelen involucrar a parejas de avanzada edad, clase social media-alta, y que tienen hijos mayores.
2. Separación legal, que conlleva la declaración judicial del fin de la convivencia de la pareja, pero sin poner fin al matrimonio en el caso de que exista, impidiendo por tanto contraer nuevas nupcias.
3. Divorcio, que consiste en la disolución legal del vínculo matrimonial, persistiendo determinados efectos civiles para los hijos y, en su caso, económicos entre los cónyuges.

De todas las rupturas conyugales que se produjeron en España en 2017, apenas el 0,1% (100) fueron nulidades matrimoniales y el 4,2% (4.280) separaciones legales. La mayoría, el 95,7% (97.960), fueron divorcios. La ruptura de pareja fue de mutuo acuerdo en tres de cada cuatro casos (el 77,5%), mientras que el resto, el 22,5%, fueron de tipo contencioso. La duración media del proceso de disolución del vínculo conyugal se situó próxima a los 3 meses. De hecho, la mitad de procedimientos, el 51,8%, se resolvieron en menos tiempo. El 23,7% de las demandas tardaron entre 3 y 5 meses, el 16,7% entre 6 y 11 meses y el 7,9% tardaron 12 o más

³¹ GUILARTE (2008), p. 24.

³² STS Nº 368, de 2 de julio de 2014.

³³ STS Nº 576, de 22 de octubre de 2014; STS Nº 465, de 9 de septiembre de 2015; STS Nº 658, de 17 de noviembre de 2015.

³⁴ STS Nº 616, de 18 de noviembre de 2014; STS Nº 96, de 16 de febrero 2015; STS Nº 571, de 14 de octubre de 2015.

³⁵ STS Nº 55, de 11 de febrero de 2016.

³⁶ El Consejo General del Poder Judicial es un órgano constitucional, colegiado y autónomo, integrado por juristas, que busca garantizar la independencia de los jueces en el ejercicio de su función. Los datos se ofrecen a través del Instituto Nacional de Estadística de España (INE).

³⁷ IGLESIAS DE USSEL (1998), pp. 199-212.

meses. Aquellas que requirieron de un mayor periodo de tiempo fueron, sobre todo, las de tipo contencioso.

Si los datos se toman en su conjunto y se analiza la evolución que las rupturas conyugales han experimentado a lo largo del siglo XXI en la sociedad española (Tabla 1 y Gráfico 1), se observa que, en términos generales, se registró un incremento continuo en el número de rupturas hasta el año 2006, cuando estas alcanzaron su máximo histórico. A partir de 2007 comenzaron a decrecer, coincidiendo con el inicio de la crisis socioeconómica que impactó de lleno sobre todos los países. La relación entre el inicio de la crisis y el descenso en el número de rupturas conyugales no es casual. Por el contrario, existe una relación estrecha entre ambos fenómenos, pues con la situación de crisis económica el número de rupturas conyugales tiende a disminuir ante la imposibilidad, sobre todo material, que tienen los miembros de la pareja para afrontar los gastos derivados de un divorcio o separación conyugal.

Tomados los datos de divorcios y separaciones de forma individual, la tabla y el gráfico ilustran el cambio tan drástico que han experimentado. A comienzos del siglo XXI las separaciones conyugales casi duplicaban el número de divorcios y, en ambos casos, se apreciaba una tendencia ascendente en las cifras. Sin embargo, a partir de 2005 el número de separaciones decreció de forma brusca, mientras que la cantidad de divorcios experimentó la tendencia opuesta, esto es, un incremento repentino y acentuado. Esta inversión en las tendencias encuentra su explicación en el propio cambio que experimentó la legislación española, con la entrada en vigor de la Ley N.º 15, de 2005. El hecho de que para solicitar un divorcio ya no fuera necesaria la separación previa de la pareja, y que para recurrir a él solo fueran necesarios tres meses de espera desde la celebración del matrimonio, hizo que las personas que deseaban ejercer su derecho a no estar casadas solicitaran directamente el divorcio sin recurrir previamente a la separación conyugal. De ahí que el número de separaciones empezara a decrecer, en favor de la institución del divorcio que comenzó a aumentar. De hecho, entre los años 2005 y 2006 las separaciones decrecieron un 70,6%, mientras que los divorcios aumentaron un 74,3%.

TABLA 1

Rupturas Conyugales en España, 2000-2017

	TOTAL DE RUPTURAS CONYUGALES		NULIDADES		SEPARACIONES		DIVORCIOS	
	Valor absoluto	Tasa de variación interanual (%)	Valor absoluto	Tasa de variación interanual (%)	Valor absoluto	Tasa de variación interanual (%)	Valor absoluto	Tasa de variación interanual (%)
2000	99.474	5,4	114	5,6	61.617	6,0	37.743	4,5
2001	105.534	6,1	148	29,8	66.144	7,4	39.242	4,0
2002	115.374	9,3	186	25,7	73.567	11,2	41.621	6,1
2003	122.166	5,9	198	6,5	76.520	4,0	45.448	9,2
2004	132.789	8,7	197	-0,5	81.618	6,7	50.974	12,2
2005	137.044	3,2	168	-14,7	64.028	-21,6	72.848	42,9
2006	145.919	6,5	174	3,6	18.793	-70,6	126.952	74,3
2007	137.510	-5,8	150	-13,8	11.583	-38,4	125.777	-0,9
2008	118.939	-13,5	142	-5,3	8.761	-24,4	110.036	-12,5
2009	106.166	-10,7	127	-10,6	7.680	-12,3	98.359	-10,6
2010	110.321	3,9	140	10,2	7.248	-5,6	102.933	4,6
2011	110.651	0,3	132	-5,7	6.915	-4,6	103.604	0,6
2012	110.764	0,1	133	0,8	6.369	-7,9	104.262	0,6
2013	100.437	-9,3	110	-17,3	4.900	-23,1	95.427	-8,5
2014	105.893	5,4	113	2,7	5.034	2,7	100.746	5,6
2015	101.357	-4,3	144	24,4	4.652	-7,6	96.562	-4,2
2016	101.294	-0,1	117	-18,8	4.353	-6,4	96.824	0,3
2017	102.341	1,0	100	-14,5	4.280	-1,7	97.960	1,2

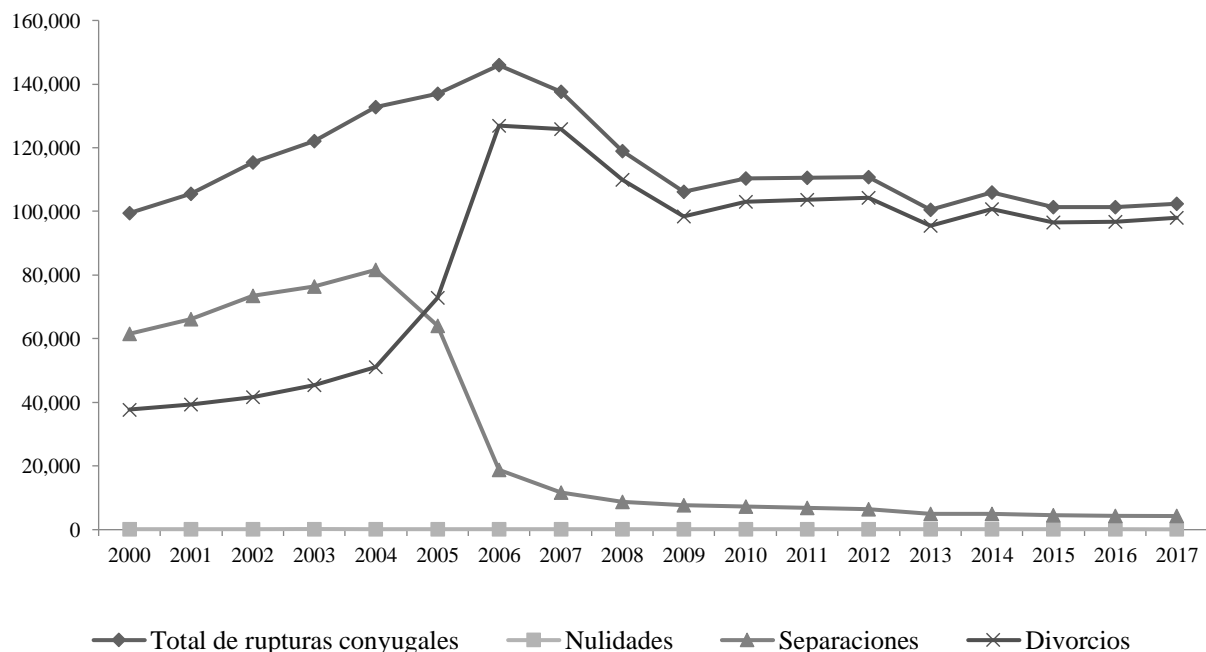
Nota 1: Se incluyen las rupturas entre cónyuges de distinto sexo y del mismo sexo.

Nota 2: Para el año 2015, los juzgados de la ciudad autónoma de Ceuta no proporcionaron datos.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Consejo General del Poder Judicial (INE).

GRÁFICO 1

Evolución de las Rupturas Conyugales en España, 2000-2017



Nota: Para el año 2015, los juzgados de la ciudad autónoma de Ceuta no proporcionaron datos.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Consejo General del Poder Judicial (INE).

De las 102.341 rupturas conyugales que se registraron durante 2017 en España, 1.038 fueron entre personas del mismo sexo, es decir, entre parejas homosexuales. La Ley N.º 13, de 1 de julio de 2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, fue la encargada de incorporar al ordenamiento jurídico español el matrimonio entre personas del mismo sexo, haciendo posible, en consecuencia, la ruptura legal de matrimonios homosexuales. El resto, 101.303 rupturas, correspondieron a parejas heterosexuales. De estas últimas³⁸, los datos indican que precisaron medidas en relación a la custodia de los hijos 52.175, esto es, el 51,6% de las rupturas que se produjeron entre personas de distinto sexo durante ese año en España. El porcentaje restante no precisó medidas en relación a los hijos, bien porque eran parejas que no habían tenido descendencia o bien porque esos hijos eran ya independientes. De las rupturas conyugales en las que sí fue necesario tomar decisiones acerca de la custodia, esta fue concedida a ambos progenitores, custodia compartida, en el 30,2% (15.757) de los casos. La madre fue quien, como es de prever, obtuvo la custodia en la mayoría de las sentencias, 65,0% (33.896), frente al padre, quien la recibió en el 4,5% (2.323). El porcentaje restante, 0,4% (199), corresponde a aquellos casos en los que la custodia fue concedida a otras personas o instituciones (abuelos, tíos, administración pública, etc.).

No se observan diferencias significativas en base al tipo de ruptura (divorcio, separación, nulidad) pero sí en base a la naturaleza de la misma, es decir, si fue de mutuo acuerdo o contenciosa. Los datos revelan que cuando la ruptura fue contenciosa se registró una proporción mayor de custodias exclusivas, tanto maternas como paternas, y una proporción menor, casi la mitad, de custodias compartidas (Tabla 2). Esto quiere decir que las rupturas de mutuo acuerdo favorecen la custodia compartida de los hijos, mientras que los procesos contenciosos se resuelven a favor de custodias unilaterales.

TABLA 2

Régimen de custodia decretado en España tras una ruptura conyugal, Año 2017

	Custodia Paterna	Custodia Materna	Custodia Compartida	Custodia Entregada a Terceros	Total
Rupturas mutuo acuerdo	1.501 (3,8%)	24.954 (62,4%)	13.479 (33,7%)	83 (0,2%)	40.017 (100%)
Rupturas contenciosas	822 (6,8%)	8.941 (73,5%)	2.279 (18,7%)	116 (1,0%)	12.158 (100%)
Total	2.323 (4,5%)	33.896 (65,0%)	15.757 (30,2%)	199 (0,4%)	52.175 (100%)

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Consejo General del Poder Judicial (INE).

En el caso de las comunidades autónomas³⁹, los datos del año 2017 revelan que las zonas en las que más custodias compartidas se decretaron fueron, por este orden, Islas Baleares (46,8%), Cataluña (44,8%), Comunidad Valenciana (41,9%), Aragón (41%) y el País Vasco (36,8%), todas por encima de la media nacional. Estas son precisamente algunas de las comunidades que, al tener un derecho civil propio, han incorporado medidas legales orientadas a promover la custodia compartida de los hijos. Por el contrario, las que en términos relativos registraron la menor proporción de custodias compartidas son Andalucía (19,3%), Región de Murcia (17,0%) y Extremadura (16,2%). El mapa que se ofrece a continuación ilustra esta realidad (Mapa 1). Las comunidades se han organizado en tres grupos: el primero engloba las seis comunidades con mayor proporción de custodias compartidas (porcentaje superior a la media de España); en el segundo se recogen las seis que se sitúan en una posición central, con porcentajes entre el 22,9% y 30,2%; en el tercer grupo se incluyen las siete zonas de España (cinco comunidades y dos

³⁸ Las fuentes oficiales de España no ofrecen todavía datos exactos sobre el número de parejas homosexuales que, tras la ruptura, tuvieron que adoptar medidas en relación a la custodia de su descendencia.

³⁹ Se incluyen las 17 comunidades que hay en España y las ciudades de Ceuta y Melilla.

ciudades autonómicas) con menor proporción de custodias compartidas, con un porcentaje igual o inferior al 22,8%. La representación gráfica revela que son las comunidades del sur y oeste las que menor disposición muestran hacia un sistema de custodia compartida, mientras que las del noreste son las más partidarias. El resto se ubican en una posición intermedia, con valores, en general, por debajo de la media del conjunto de la nación.

MAPA 1

La custodia compartida en España, Año 2017 (%)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Consejo General del Poder Judicial (INE).

Los porcentajes del año 2017 contrastan con los de 2007, momento en el que, por primera vez, el Instituto Nacional de Estadística de España (INE) ofrece información pública relativa a quién es la persona que ejerce la custodia de sus hijos tras la ruptura. La incorporación de este dato a las estadísticas en ese año precisamente, puede ser tomado como un indicador de que la ley aprobada en 2005, así como sus consecuencias en materia de custodia, comenzaban a ser objeto de interés para la sociedad española, por lo que se hacía necesaria su difusión. De acuerdo con los datos disponibles, en 2007 se registraron 137.510 rupturas. Esta cantidad supuso una tasa superior a la de 2017, en concreto 3 disoluciones por cada 1.000 habitantes. Fue necesario adoptar medidas con respecto al régimen de custodia en el 52% de los casos, esto es, en 71.472 sentencias. La mayoría, el 85,5%, consideraron la custodia materna de los hijos. La custodia paterna se decretó en el 4,6% de los casos, mientras que la compartida alcanzó el 9,7%.

Los datos reflejan un cambio en materia de custodia entre los años 2007 y 2017, con un incremento relativo medio del 211,3% en la proporción de custodias compartidas decretadas en el país. Durante esta década, la proporción de custodias compartidas se ha triplicado, pasando de representar el 9,7% sobre el total al 30,2%. Tanto en la Tabla 3 como en el Gráfico 2 se recoge con detalle este cambio que, como se aprecia, ha sido lento pero firme. Se inicia sobre todo a partir de 2012, cuando las leyes autonómicas de Aragón, Navarra, Cataluña y Comunidad

Valenciana, partidarias de este régimen, comienzan a tener un impacto real sobre las sentencias de divorcio y separación.

TABLA 3*Evolución de las Custodias en España, 2007-2017*

	CUSTODIA PATERNA	CUSTODIA MATERNA	CUSTODIA COMPARTIDA	CUSTODIA ENTREGADA A TERCEROS	TOTAL
2007	3.401 (4,8%)	61.113 (85,5%)	6.958 (9,7%)	--- ¹	71.472 (100%)
2008	2.610 (4,1%)	55.107 (85,9%)	6.206 (9,7%)	189 (0,3%)	64.112 (100%)
2009	3.173 (5,6%)	47.774 (84,0%)	5.515 (9,7%)	395 (0,7%)	56.857 (100%)
2010	3.327 (5,7%)	48.853 (83,2%)	6.138 (10,5%)	373 (0,6%)	58.691 (100%)
2011	3.133 (5,3%)	48.008 (81,7%)	7.225 (12,3%)	413 (0,7%)	58.779 (100%)
2012	3.114 (5,3%)	46.817 (79,5%)	8.598 (14,6%)	334 (0,6%)	58.863 (100%)
2013	2.942 (5,5%)	40.422 (76,2%)	9.497 (17,9%)	170 (0,3%)	53.030 (100%)
2014	2.960 (5,3%)	41.031 (73,1%)	11.929 (21,2%)	232 (0,4%)	56.152 (100%)
2015	2.710 (5,1%)	37.042 (69,9%)	13.074 (24,7%)	191 (0,4%)	53.017 (100%)
2016	2.654 (5,0%)	35.022 (66,2%)	14.954 (28,3%)	242 (0,5%)	52.872 (100%)
2017	2.323 (4,5%)	33.896 (65,0%)	15.757 (30,2%)	199 (0,4%)	52.175 (100%)

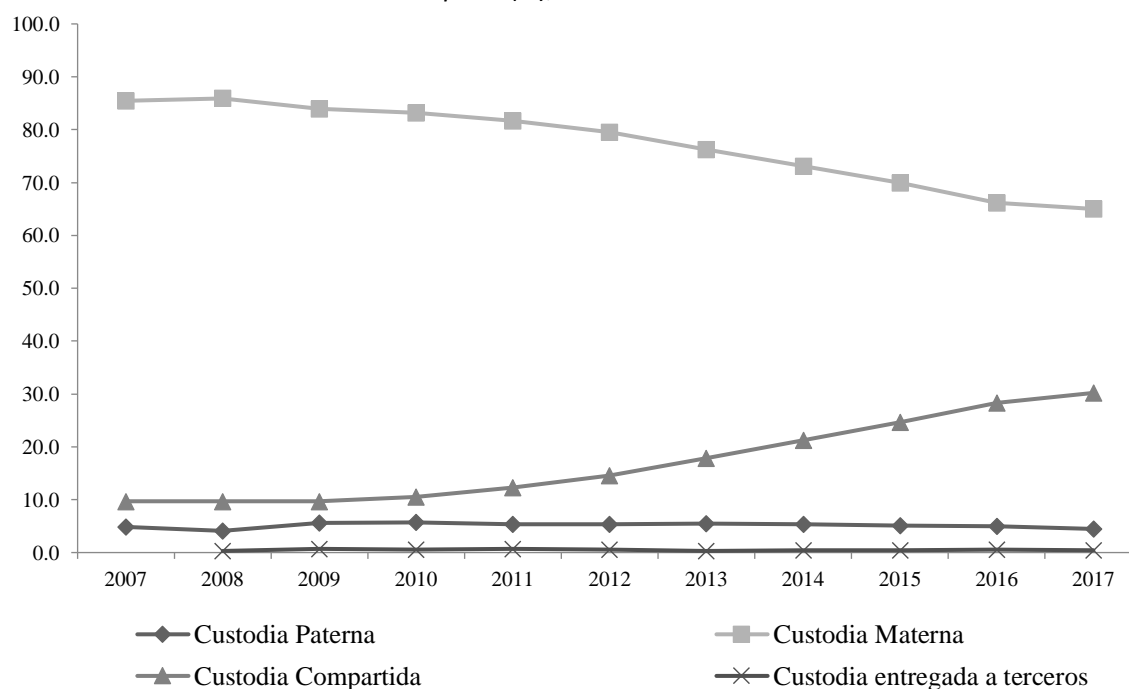
Nota 1: El Instituto Nacional de Estadística no incluye entre sus opciones la "Custodia entregada a terceros".

Nota 2: Para el año 2015, los juzgados de la ciudad autónoma de Ceuta no proporcionaron datos.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Consejo General del Poder Judicial (INE).

GRÁFICO 2

Evolución de las Custodias en España (%), 2007-2017



Nota 1: Año 2007, el Instituto Nacional de Estadística no incluye entre sus opciones la "Custodia entregada a terceros".

Nota 2: Para el año 2015, los juzgados de la ciudad autónoma de Ceuta no proporcionaron datos.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Consejo General del Poder Judicial (INE).

Las fuentes oficiales del poder judicial español también ofrecen información sobre la persona que, tras la ruptura de pareja, debe asumir el pago de la pensión alimenticia. Este pago, recordemos, puede ser fijado por los propios progenitores de mutuo acuerdo o por el juez. El artículo 93 del Código Civil Español es el que regula este aspecto, estableciendo que el juez "determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento". Este mismo artículo añade que, aunque la pensión de alimentos se fija cuando los hijos son menores de edad, también los mayores de edad o emancipados que convivan en el domicilio familiar y no hayan alcanzado una independencia económica tendrán derecho a ser mantenidos por sus progenitores. En estos casos, el juez fijará en la sentencia una pensión a favor de ellos. Según las estadísticas oficiales, en el año 2007 el padre fue el responsable de pagar la pensión alimenticia en el 89,2% de los casos, la madre en el 4,9%, y ambos, de forma conjunta, en el 5,9%. En el año 2017, el padre continuaba asumiendo esta responsabilidad en la mayoría de los casos, en el 71,0% de las rupturas, pero el ejercicio conjunto de esta obligación aumentó con respecto a 2007, hasta alcanzar el porcentaje de 24,5%. Las madres asumieron esta obligación de manera exclusiva en el 4,5% de las sentencias, manteniendo una proporción similar a la de 2007.

6. Principales conclusiones

El marco legal e institucional de un país suele ser reflejo de la situación social y cultural que tiene su estructura y dinámica interna. En este sentido, el sistema jurídico de custodia que prevalece en un determinado contexto sociohistórico se encuentra vinculado a la conceptualización que existe en torno a los roles familiares que padres y madres asumen.

Cuando en el siglo XIX, y principios del XX, la sociedad se encontraba caracterizada por una tradicional división de roles en base al sexo del progenitor, las normas vigentes en materia de ruptura priorizaban el sistema de custodia materna. Esto se debía a que las madres eran las encargadas, socialmente, de asumir los roles de tipo expresivo, centrados en el cuidado directo y la atención emocional de sus hijos. Este hecho las convertía, a efectos jurídicos, en el progenitor más idóneo para el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental. Con el inicio de la posmodernización y el acceso a la igualdad entre hombres y mujeres, se produce una redefinición en los roles parentales, que se traduce en un ejercicio conjunto e indistinto de los mismos. De acuerdo con esa convergencia de roles, dentro del ámbito jurídico internacional empieza a extenderse, entre otros, el *Principio de Corresponsabilidad Parental*. Este se basa en la idea de que, tanto en situaciones de crisis como de normalidad conyugal, debe existir un ejercicio conjunto de las funciones parentales, pues ambos progenitores están capacitados para asumir las responsabilidades que implica la descendencia. Además de que la presencia de los dos en la vida de sus hijos, con igualdad de derechos y obligaciones, resulta positiva para el desarrollo correcto de estos.

En base a este principio, se han ido adoptando diversas medidas jurídicas entre las que destacan, por ejemplo, la educación por orden judicial de los progenitores, la creación y expansión de los servicios de mediación, la negociación de los *Planes de Parentalidad* y la aprobación de la custodia compartida. En definitiva, un amplio conjunto de medidas que pretenden ayudar a los miembros de la familia a crear nuevos patrones que faciliten la relación posconyugal y sirvan, a su vez, para que ambos progenitores se impliquen por igual en el cuidado de los hijos, sobre todo a largo plazo⁴⁰. La custodia compartida, como medida legal que busca garantizar el bienestar del menor y favorecer la implicación de padres y madres en su cuidado, debe ser entendida como resultado de la evolución natural de la sociedad.

En el caso de España, la Ley N.º 15, de 2005, fue la encargada de incorporar al ordenamiento jurídico el sistema de custodia compartida. La nueva norma fue bien recibida, pero durante los primeros años de vigencia no se apreciaron cambios significativos a efectos prácticos. Esto se debe, entre otras cosas, a que una parte de la sociedad, incluidos jueces de familia, no se encontraban culturalmente preparados para asumir este cambio normativo. Además, la ley nació con una escasa calidad técnica e importantes lagunas, que generaron problemas interpretativos y de aplicación. En ese sentido, las sentencias, especialmente del Tribunal Supremo, terminaron convirtiéndose en un referente imprescindible para conocer y abordar la temática de la custodia compartida en este país. El breve análisis que se ha realizado, con base en las sentencias de este órgano, así lo demuestra. La jurisprudencia sobre el tema se ha centrado, principalmente, en dar respuesta a los problemas jurídicos que plantea la custodia compartida y que carecen de regulación en la Ley N.º 15, de 2005. Es el caso, por ejemplo, del carácter preferente o subsidiario de la custodia compartida, los criterios que ha de emplear el juez a la hora de concederla, los problemas que se suscitan a raíz de su aplicación como pueden ser los relacionados con el uso de la vivienda familiar y la pensión de alimentos, etc.

Los datos expuestos en este análisis evidencian que los cambios a nivel social son recientes y se han hecho presentes, de forma moderada, con el paso del tiempo, sobre todo cuando las comunidades autónomas con derecho civil propio han incorporado medidas orientadas en esa dirección. Se entiende así que el cambio en el sistema de custodia está impulsado no tanto por el gobierno nacional de España, sino por determinados gobiernos autonómicos, lo que provoca una situación de desigualdad territorial entre comunidades autónomas. Los órganos judiciales también han favorecido este cambio, puesto que han ido trazando, poco a poco, el camino para lograr que esta opción avance en la sociedad. De hecho, el Tribunal Supremo de España, en su sentencia N.º 257, de 29 de abril de 2013, dio un paso claro, al superar el carácter secundario que se daba a este modelo de custodia, afirmar que debía ser el sistema normal, incluso deseable, y fijar criterios prácticos que guiaran su aplicación.

⁴⁰ LATHROP (2008), pp. 359-362.

Con estos matices, se concluye que España se orienta en la misma dirección que otros países occidentales, al mostrar un interés real por la custodia compartida como opción preferente en los casos de ruptura conyugal. Una de cada tres custodias decretadas responde ya a la modalidad de “compartida”, un dato bastante lejano al que se registraba en este mismo país hace apenas una década. La transición de un régimen de custodia a otro es lenta y suele enfrentarse a numerosas barreras institucionales y personales⁴¹. Recordemos que el paso de una sociedad, la preindustrial, caracterizada por un régimen de custodia paterna, a otra, la industrial, dominada por la custodia materna, necesitó de casi un siglo para llegar a ser del todo efectiva. Es normal que, también en este caso, sea necesario un periodo de debate, análisis, normalización y generalización social. Aún con las dudas e inseguridades que se puedan plantear, y los ritmos específicos de cada país, lo que sí parece estar claro es que el derecho de familia occidental camina hacia un sistema de custodia compartida, como garante del bienestar de los niños y del respeto al principio de igualdad entre hombres y mujeres. El reto que tiene por delante España está en lograr una normativa favorable a la custodia compartida, que sea homogénea a todo el país y participada por los distintos actores sociales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACUÑA, MARCELA (2013): “El Principio de Corresponsabilidad Parental”, en: Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte (Vol. 20, Nº 2), pp. 21-59.
- ALASCIO, LAURA Y MARÍN, IGNACIO (2007): “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC”, en: Revista para el Análisis del Derecho (Nº 3), pp. 1-23.
- ALBERDI, INÉS (1999): La nueva familia española (Madrid, Taurus).
- _____ (2004): “Cambios en los roles familiares y domésticos”, en: Arbor (Vol. 178, N.º 702), pp. 231-261.
- ALBERDI, INÉS Y ESCARIO, PILAR (2007): Los hombres jóvenes y la paternidad (Bilbao, Fundación BBVA).
- BADINTER, ELISABETH (1995): XY, On Masculine Identity (Nueva York, Columbia University Press).
- BARCIA, RODRIGO (2018): “La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres”, en: Revista Ius Et Praxis (Vol. 24 Nº 2), pp. 469-512.
- BECK, ULRICH Y BECK-GERNSHEIM, ELISABETH (2001): El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa (Barcelona, El Roure Editorial).
- BUEHLER, CHERYL Y GERARD, JEAN M. (1995): “Divorce Law in the United States: A Focus on Child Custody”, en: Family Relations (Vol. 44, Nº 4), pp. 439-458.
- CASTELLS, MANUEL (1999): La era de la información: Economía, Sociedad y Cultura. El poder de la identidad (Madrid, Alianza Editorial), volumen 2.
- CLAVIJO, JOEL HARRY (2008): El Interés del Menor en la Custodia Compartida (Salamanca, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca).
- CONSEJO DE EUROPA (2015): Resolución 2079/2015 sobre igualdad y corresponsabilidad parental (Estrasburgo, Consejo de Europa).
- DE TORRES, JOSÉ MANUEL (2011): “Custodia Compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, en: Revista para el Análisis del Derecho (Nº 4), pp. 1-61.

⁴¹ GIL (2004), pp. 401-407; IGLESIAS DE USSEL y MARÍ-KLOSE (2011), pp. 1034-1035.

- DOMÍNGUEZ, INMACULADA (2018): *¿Custodia compartida preferente o interés del menor?* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- FLAQUER, LLUÍS (1999): *La estrella menguante del padre* (Barcelona, Editorial Ariel).
- FOLBERG, JAY (ED.) (1991): *Joint Custody & Shared Parenting* (New York, The Guilford Press).
- GIL, ENRIQUE (2004): "Hacia una nueva concepción de la paternidad y la maternidad", en: *Arbor* (Vol. 178, N.º 702), pp. 401-419.
- GUILARTE, CRISTINA (2008): "La custodia compartida alternativa", en: *Revista para el análisis del Derecho, InDret* (Nº 2).
- IGLESIAS DE USSEL, JULIO (1998): *La familia y el cambio político en España* (Madrid, Editorial Tecnos).
- IGLESIAS DE USSEL, JULIO Y MARÍ-KLOSE, PAU (2011): "La familia española en el siglo XXI: los retos del cambio social", en: Chacón, Francisco y Bestard, Joan (Dirs.), *Familias: Historia de la sociedad española (del final de la Edad Media a nuestros días)* (Madrid, Ediciones Cátedra), pp. 1001-1123.
- INGLEHART, RONALD (1998): *Modernización y posmodernización: el cambio cultural, económico y político en 43 sociedades* (Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas).
- KNIJN, TRUDIE (1995): "Towards post-paternalism? Social and theoretical changes in fatherhood", en: Van Dongen, Mirjam; Frinking, Gerard y Jacobs, Menno (Eds.), *Changing Fatherhood: An Interdisciplinary Perspective* (Amsterdam, Thesis Publishers), pp. 1-20.
- LAMB, MICHAEL E. (1986): "The Changing Roles of Fathers", en: Lamb, Michael E. (Ed.), *The Father's Role: applied perspectives* (New York, John Wiley & Sons), pp. 3-27.
- _____ (2000): "The History of Research on Father Involvement: An Overview", en: *Marriage & Family Review* (Vol. 29, Nº 2), pp. 23-42.
- LATHROP, FABIOLA (2008): *Custodia Compartida de los hijos* (Madrid, La Ley).
- MASON, MARY ANN (1994): *From Father's Property to Children's Rights (The History of Child Custody in the United States)* (New York, Columbia University Press).
- MELLI, MARYGOLD S. (1986): "The Changing Legal Status of the Single Parent", en: *Family Relations* (Vol. 35, Nº 1), pp. 31-35.
- PARSONS, TALCOTT Y BALES, ROBERT F. (1955): *Family, Socialization and Interaction Process* (New York, The Free Press of Glencoe).
- PICÓ, JOSEP Y SANCHIS, ENRIC (2003): *Sociología y Sociedad* (Madrid, Editorial Tecnos).
- PLECK, JOSEPH H. (1997): "Paternal Involvement: Levels, Sources, and Consequences", en: Lamb, Michael E. (Ed.), *The Role of the Father in child development* (New Jersey, John Wiley & Sons), pp. 66-103.
- REHER, DAVID S. (1996): *La familia en España, pasado y presente* (Madrid, Alianza Editorial).
- SEGAL, LYNNE (1990): *Slow Motion: Changing Masculinities, Changing Men* (Londres, Virago Press).
- WATSON, MARY ANN (1981): "Custody Alternatives: Defining the Best Interests of the Children", en: *Family Relations* (Vol. 30, Nº 3), pp. 474-479.

JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (ESPAÑA):

STC Nº 185/2012, de 17 de octubre de 2012.

TRIBUNAL SUPREMO (ESPAÑA):

STS Nº 623/2009, de 8 de octubre de 2009.

STS Nº 257/2013, de 29 de abril de 2013.

STS Nº 368/2014, de 2 de julio de 2014.

STS Nº 515/2014, de 15 de octubre de 2014.

STS Nº 576/2014, de 22 de octubre de 2014.

STS Nº 616/2014, de 18 de noviembre de 2014.

STS Nº 96/2015, de 16 de febrero 2015.

STS Nº 465/2015, de 9 de septiembre de 2015.

STS Nº 571/2015, de 14 de octubre de 2015.

STS Nº 658/2015, de 17 de noviembre de 2015.

STS Nº 55/2016, de 11 de febrero de 2016.

STS Nº 194/2016, de 29 de marzo de 2016.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

NACIONAL:

LEY PROVISIONAL DE MATRIMONIO CIVIL, de 18 de junio de 1870. Gaceta de Madrid, 21 de junio de 1870.

REAL DECRETO, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado (BOE), 25 de julio de 1889.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 6 de diciembre de 1978. Boletín Oficial del Estado (BOE), 29 de diciembre de 1978.

LEY Nº 11, DE 13 DE MAYO DE 1981, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Boletín Oficial del Estado (BOE), 19 de mayo de 1981.

LEY Nº 30, de 7 de julio de 1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado (BOE), 20 de julio de 1981.

LEY Nº 11, de 15 de octubre de 1990, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Boletín Oficial del Estado (BOE), 18 de octubre de 1990.

LEY Nº 13, de 1 de julio de 2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Boletín Oficial del Estado (BOE), 2 de julio de 2005.

LEY Nº 15, de 8 de julio de 2005, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado (BOE), 9 de julio de 2005.

AUTONÓMICO:

LEY Nº 2, de 26 de mayo de 2010, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Boletín Oficial de Aragón (BOA), 8 de junio de 2010. Boletín Oficial de Estado (BOE), 22 de junio de 2010.

LEY Nº 25, de 29 de julio de 2010, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña (DOGC), 5 de agosto de 2010. Boletín Oficial de Estado (BOE), 21 de agosto de 2010.

LEY FORAL N.º 3, de 17 de marzo de 2011, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Boletín Oficial de Navarra (BON), 28 de marzo de 2011. Boletín Oficial de Estado (BOE), 12 de abril de 2011.

LEY N.º 5, de 1 de abril de 2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Diario Oficial de la Comunitat Valenciana (DOCV), 5 de abril de 2011. Boletín Oficial de Estado (BOE), 25 de abril de 2011.

DECRETO LEGISLATIVO N.º 1, de 22 de marzo de 2011, 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. Boletín Oficial de Aragón (BOA), 29 de marzo de 2011.

LEY N.º 7, de 30 de junio de 2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Boletín Oficial del País Vasco (BOPV), 10 de julio de 2015. Boletín Oficial de Estado (BOE), 24 de julio de 2015.

ORDENAMIENTO JURÍDICO EXTRANJERO:

LEY N.º 20.680, de 16 de junio de 2013, que introduce modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales con el objetivo de proteger la integridad del menor en el caso de que sus padres vivan separados. Diario Oficial (Chile), 21 de junio de 2013.