

Estudio de la custodia compartida en la última década: Una lucha socio-jurídica de ámbito global al borde de una nueva etapa

Sumario

-
La custodia compartida ha experimentado una expansión notable durante la última década en todo el ámbito occidental. De hecho, en muchos territorios ha triplicado su porcentaje entre las custodias otorgadas tras la ruptura de los padres. Esta tendencia ha venido acompañada de un intenso debate social, académico y legislativo de alcance interdisciplinar sobre la conveniencia de otorgar preferencia a este tipo de custodia. Es un viejo debate que ahora parece haber llegado a un punto crítico de bipolarización. En este artículo se estudian los distintos argumentos esgrimidos a favor y en contra de la prevalencia de la custodia compartida desde un doble prisma determinado por el principio del interés del menor y la violencia de género. Además, se analiza un nuevo debate que ha surgido recientemente sobre si la igualdad de género ha de ser el factor decisivo a la hora de tomar una decisión sobre la custodia compartida.

Abstract

-
Shared parenting has undergone a remarkable evolution over the last decade. Its expansion has been remarkable at a global level throughout the West, and in many territories it has tripled its percentage in the total number of cases resolved after the break-up of the parents. This trend has been accompanied by an intense social, academic and legislative debate of interdisciplinary scope on the convenience of giving preference to this type of custody. It is a long-standing debate that now seems to have reached a critical point of bipolarisation. This article studies the different arguments put forward for and against the prevalence of shared custody from a double prism determined by the principle of the interests of the child and gender violence. It also analyses a new debate that has recently arisen as to whether gender equality should be the decisive factor in deciding on shared parenting.

Title: *Study of shared parenting over the last decade: A global social and legal struggle on the brink of a new era*

-
Palabras clave: *custodia compartida, interés del menor, violencia de género, igualdad de género*

Keywords: *shared parenting, joint custody, best interests of the child, gender violence, gender equality*

-
DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.04

4.2021

Recepción
12/08/2021
-
Aceptación
13/09/2021
-

1. **Introducción**
2. **Evolución de la custodia compartida en España**
3. **Evolución de la custodia compartida en el ámbito internacional**
4. **Tratamiento interdisciplinar de la custodia compartida**
5. **Momento actual. Enfrentamiento entre defensores y detractores de una presunción legal a favor de la custodia compartida**
6. **Argumentación en contra de una presunción legal a favor de la custodia compartida**
 - 6.1. Primera cuestión. Colisión entre la presunción legal a favor de la custodia compartida y el interés superior del menor
 - a. Punto de partida. El concepto del interés del menor
 - b. Interpretación del interés del menor conforme al proceso de su fijación por las Naciones Unidas
 - c. Otras posiciones a favor de la aplicación del interés del menor como «una consideración primordial»
 - d. Análisis de la aplicación del interés del menor por las legislaciones estatales
 - e. Conclusión sobre el primer punto ¿Es compatible una presunción legal a favor de la custodia compartida con el interés del menor?
 - 6.2. Segunda cuestión. La custodia compartida es incompatible con la falta de armonía entre los cónyuges
 - 6.3. Tercera cuestión. Otorgar preferencia a la custodia compartida equivale a abrir una vía para que los maltratadores tengan acceso a la guarda de sus hijos poniéndolos en riesgo
7. **Custodia compartida e igualdad de género**
8. **Conclusión**
9. **Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción

Desde hace una década se ha producido una notable expansión de la custodia compartida, tanto en el ámbito nacional como internacional, que ha sido acompañada de un vivo debate social y científico.

En este trabajo se estudia la reciente evolución de la custodia compartida para fijar el estado de la cuestión en el momento actual y vislumbrar su futura evolución. El punto de partida es el análisis de la interrelación existente entre custodia compartida e interés superior del menor. A partir de ahí se sigue un enfoque interdisciplinar, en el que derecho, psicología y sociología van de la mano. De esta forma, podemos entrar con garantías en los dos debates centrales que hoy se dan en la doctrina al tratar esta materia. El primero, sobre si debe legislarse una presunción iuris tantum a favor de la custodia compartida. El segundo, sobre si la igualdad de género debería ser el factor principal a considerar al decidir sobre una custodia compartida.

2. Evolución de la custodia compartida en España

La reciente evolución de la custodia compartida en el ámbito nacional viene marcada por la sentencia de 29 de abril de 2013¹ de la que fue ponente José Antonio Seijas Quintana. Dicha sentencia ha creado una auténtica presunción jurisprudencial a favor de la custodia compartida en caso de falta de acuerdo, presunción que se aparta del espíritu del artículo 92.8 del Código Civil y que aplica el interés del menor como cláusula general, lo cual se corresponde con los planteamientos de una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo iniciada años antes por Encarna Roca. Prácticamente con carácter simultáneo tuvo lugar el malogrado Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, en el que se pretendía introducir una presunción legal a favor de la custodia compartida, aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013. La reforma, planteada por el entonces Ministro de Justicia Alberto Ruíz Gallardón, decía fundarse precisamente en las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009 y 29 de abril de 2013². Este anteproyecto sufrió envites de los sectores más extremos del espectro político que impidieron su aprobación en Cortes³. Por tanto, se da la siguiente paradoja: aunque la presunción judicial a favor de la custodia compartida

¹ STS de 29 de abril de 2013, Ponente José Antonio Seijas Quintana, (RJ 2013\3269), que establece como doctrina jurisprudencial que: “la redacción del artículo 92 CC no permite concluir que se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis...” Como señala ESPÍN ALBA, Isabel, en “Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol.21, Diciembre 2019, (pp.65-86) p.85, la custodia compartida ya no es un régimen excepcional en España. Por el contrario, la jurisprudencia del TS ha superado sobradamente el cánón de la excepcionalidad para “conformar una doctrina sólida que avanza en la superación, cuando las circunstancias lo aconsejen y nunca en situaciones de violencia, de la guarda y custodia compartida como criterio preferente.”

² <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlacetranscripciones/190713-ruiz-gallardon.aspx>

³ El dictamen del Consejo de Estado, emitido el 24 de julio de 2014 se opuso a la preferencia de la custodia compartida, y consideró “razonable que el Anteproyecto no optase de modo apriorístico por uno u otro modelo, de forma que sea el Juez quien adopte la decisión más aconsejable para el interés de los menores”. Podemos consultar un estudio pormenorizado al respecto en PÉREZ CONESA, Carmen, *La Custodia Compartida*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016, p.108.

introducida por el Tribunal Supremo poco a poco ha sido asimilada por las audiencias provinciales y juzgados, quedó descartada a nivel legislativo.

En segundo lugar, destaca la iniciativa legislativa que supone la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴, así como la Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵, que han aportado pautas valiosas al concretar el concepto del interés superior del menor y marcar criterios para su aplicación. Destaca que en la exposición de motivos de la LO 8/2015, al definirse el contenido triple del interés superior del menor, se le considere como derecho sustantivo, principio general de carácter interpretativo y norma de procedimiento. En otras palabras se niega su carácter de cláusula general en el sentido cuasi-normativo del concepto⁶ por considerarlo un principio interpretativo, en respuesta clara a la línea jurisprudencial antes señalada. Igualmente, se concreta el contenido del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor señalando que en última instancia el interés del menor ha de primar, si bien han de ponderarse los otros intereses concurrentes. Es decir, se sigue la misma doctrina que el TEDH recoge en *Mamchur contra Ucrania*⁷. En tanto que el interés del menor es un factor esencial para decidir sobre una custodia compartida, esta reforma afecta directamente a la materia objeto de nuestro estudio.

En tercer lugar, referir que en el ámbito legislativo autonómico se ha producido un auténtico enfrentamiento entre posiciones a favor y en contra de dar preferencia legislativa a la custodia compartida. De hecho, han surgido numerosas propuestas a favor de una presunción que finalmente no han prosperado, o que se han visto altamente atenuadas hasta quedar irreconocibles. Destaca el caso de Aragón, donde si bien en 2011 se introdujo una presunción legal a favor de la custodia compartida⁸, en 2019 fue suprimida⁹.

⁴ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (RCL 2015\1181). BOE 29 julio 2015, núm. 180, [pág. 64544, Núm. Págs. 69]

⁵ Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (RCL 2015\1136). BOE 23 julio 2015, núm. 175, [pág. 61871, Núm. Págs. 18]

⁶ Nos referimos al concepto de cláusula general recogido por MIQUEL GONZÁLEZ, José María, en “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 1997, pp.297-326, pp.306-307, concepto que procede del Derecho alemán. De esta forma señala MIQUEL cuando aplica el concepto de cláusula general al principio de buena fe que “Lo importante es que una cláusula general como las de los arts. 7.1 ó 1258 CC, coloca a la buena fe en la jerarquía de fuentes a la misma altura que la ley y no a la altura que se le atribuye a los principios generales como supletorios”. Puede consultarse también DE TORRES PEREA, José Manuel, “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, n°8737, 2016, pp.1-22.

⁷ *Mamchur contra Ucrania*, sentencia de 16 de julio de 2015 (JUR 2015\185811) que respecto al contacto del menor y el padre no custodio, señala que cualquier contacto de este tipo, así como su naturaleza y alcance, dependerá de las circunstancias de cada caso y, “en última instancia, estará sujeto al interés superior del niño.”

⁸ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes Civiles aragonesas en materia de custodia; analizado por LÓPEZ AZCONA, Aurora, “El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: La novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida”, *Rev. Bol. de derecho*, n° 19, enero 2015, pp.206-235.

⁹ Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes Civiles aragonesas en materia de custodia.

Un estudio pormenorizado de la evolución de la custodia compartida en el ordenamiento jurídico español esta accesible en IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa, *Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 125-175.

3. Evolución de la custodia compartida en el ámbito internacional

El aumento del número de custodias compartidas y de su proporción respecto a las custodias exclusivas es una constante en todo el ámbito occidental¹⁰. Esta progresiva extensión de la custodia compartida ha venido acompañada de una auténtica lucha de trincheras entre los defensores de darle preferencia legal y los detractores de dicha opción¹¹. Fruto de ello son las sucesivas propuestas de reforma en pro y en contra de presunciones a favor de la custodia compartida. Quizá el caso más paradigmático haya sido el de Australia, donde en 2006 fue introducida una presunción de reparto equitativo de la responsabilidad parental en caso de crisis conyugal siempre que no mediase violencia o abuso¹². Reforma que fue duramente criticada por un sector doctrinal. Se llegó a afirmar que dicha presunción disuadiría a las mujeres de presentar denuncias de violencia familiar. Es decir, que tendría por efecto silenciar a las madres que evitarían denunciar la violencia por pensar que se les volvería en su contra¹³. Finalmente esta normativa fue reformada en 2011 por la *Australian Family Violence & Other Measures Act of 2011*, suprimiendo la presunción por considerar que se había aplicado de forma absoluta sin considerar si el menor terminaba viviendo en un entorno familiar seguro o inseguro¹⁴.

Por otro lado, resulta igualmente ilustrativa la batalla legal entre partidarios y detractores de la custodia compartida en los Estados Unidos, la cual se ha extendido durante las tres últimas décadas y cuyos últimos exponentes han sido la aprobación de la revisión del *Child Statute* de Arizona 25-403.02 en enero de 2013 en el que se establece que «en consonancia con el interés superior del niño, el tribunal adoptará un plan de parentalidad que prevea que ambos progenitores compartían la toma de decisiones legales respecto a su hijo y que maximice su respectivo tiempo de parentalidad¹⁵. En la práctica esto se tradujo en el establecimiento de una custodia compartida por cada padre. Igualmente de referirse la aprobación de la *House Bill 528* de Kentucky, incluyendo una presunción a favor de la custodia compartida, firmada por el Gobernador el 26 de abril de 2018¹⁶ y la aprobación del proyecto de ley en Arkansas el 30 de marzo

¹⁰ DE TORRES PEREA, J.M. “Recent development of Shared Parenting in Western Countries”, *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Coord. Torres Perea, J.M.; Kruk, Edward y Ortiz-Tallo Margarita, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp.355-369.

¹¹ PARKINSON, Patrick ha acuñado esta terminología de “lucha de trincheras” en referencia al debate sobre si la custodia compartida ha de ser preferente, “Shared Physical Custody: What Can We Learn From Australian Law Reform?”, *Journal of Divorce and Remarriage*, pp.401-413, published online: 10 Apr 2018. DOI: 10.1080/10502556.2018.1454197

¹² Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006, puede consultarse en: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2006A00046>

¹³ DE SIMONE, Tracey “The friendly parent provisions in Australian family law –How friendly will you need to be?” *Australian Journal of Family Law*, 22, 56-71; y KASPIEW, Rae; GRAY, Matthew; WESTON, Ruth; MOLONEY, Lawrie; HAND, Kelly; QU, Lixia, *Evaluation of the 2006 Family Law Reforms*, Melbourne, Australian Institute of Family Studies, 2009. Summary, p. 12.

¹⁴ Vid. PARKINSON, Patrick “Shared Physical Custody...” pp.401-402.

¹⁵ FABRICIUS William V., AARON Michael, AKINS Faren R., ASSINI John J., MCELROY Tracy, “What happens when there is presumptive 50/50 parenting time? An Evaluation of Arizona’s New Child Custody Statute”, *Journal of Divorce & Remarriage*, n.59,5, April, 2018, (pp. 414-428), p.414.

¹⁶ Ver: <https://apps.legislature.ky.gov/record/18rs/hb528.html>. Amend KRS 403.270 to create a presumption that joint custody and equally shared parenting time is in the best interest of the child, and to require the court to consider the motivation of the adults involved when determining the best interest of the child for custody orders; amend KRS 403.280 to specify that the presumption of joint custody and equal parenting time is in the best

de 2021 (*Senatus Bill 18*) a favor de una presunción de carácter *iuris tantum* de que la custodia compartida es la mejor opción para garantizar el interés superior del menor¹⁷. El 8 de abril de 2021 ha pasado a ser *Act 604*¹⁸. Se puede afirmar que se trata de una lucha a nivel global en todo el ámbito occidental, que deja muchas interrogantes abiertas y supone un verdadero reto jurídico pendiente de una respuesta definitiva.

Por último, el Tribunal Supremo Federal suizo en la sentencia de 19 de octubre y del 13 de noviembre de 2020, ha sentado doctrina convirtiendo la custodia compartida alterna en la norma. En estas sentencias el Alto Tribunal trata de aclarar su jurisprudencia anterior al respecto. Pues bien, el Tribunal establece que la custodia compartida alterna debe ser el punto de partida, a partir del cual se pueda llegar a una decisión. Además, da prioridad al reparto equitativo de los cuidados del menor por parte de ambos padres, frente a los desiguales. Añade que la custodia única procede cuando en un caso particular existan razones concretas en contra de la regla de igualdad¹⁹.

4. Tratamiento interdisciplinar de la custodia compartida

Resulta de interés detenernos en las conclusiones del Congreso Internacional sobre custodia compartida e interés superior del menor que se celebró en Málaga los días 2 y 3 de diciembre de 2019²⁰, fruto del cual se ha publicado *The Routledge International Handbook of Shared Parenting and Best Interest of the Child*. Este evento en el que participaron especialistas de 20 nacionalidades, y que ha dado lugar al libro referido, tuvo el acierto de plantearse como un evento interdisciplinar en el que tanto el Derecho, como la Sociología y la Psicología tenían una relevancia compartida. En dicho Congreso, se afirmó que se trataba de los tres vértices de un triángulo equilátero, que son interdependientes y de necesaria aplicación conjunta. De esta forma, la Psicología aporta las pautas para determinar qué situaciones son conforme al interés superior del menor y cuáles deberían ser rechazadas por no acomodarse al mismo. Por otro lado, la Sociología sirve a fin de evaluar las medidas legislativas y mediante análisis estadísticos determinar si son acordes a los fines marcados desde la psicología o por el contrario se apartan de los mismos. Finalmente, en el Derecho debe de partirse de los postulados marcados por la Psicología para determinar la política legislativa necesaria para la mejora del Derecho de familia, posteriormente el análisis sociológico permitirá determinar si la medida legislativa adoptada efectivamente cumple con los fines propuestos o por el contrario debe ser revocada. Se concluyó que en lo sucesivo solo podría avanzarse a partir de este triángulo equilátero, que sirve tanto para fijar objetivos legislativos como para comprobar la adecuación de los resultados obtenidos.

interest of the child. Senate Floor Amendment: Specify that the presumption for joint custody and equally shared parenting time shall not apply when there has been a domestic violence order entered between two or more of the parties; amend KRS 403.740 to specify that the presumption for joint custody and equally shared parenting time shall not apply in cases where a domestic violence order is being entered.

¹⁷ Es un dato relevante que la reforma fue aprobada por una diferencia de votos de 71-16. Vid.: <https://www.ualpublicradio.org/post/legislature-passes-bill-changing-custody-laws-arkansas>

¹⁸ <https://legiscan.com/AR/bill/SB18/2021>

¹⁹ WIDRIG, Martin, "Das Bundesgericht erhebt die aternierende Obhut zur Regel. Besprechung der Urteile des Bundesgerichts 5^a_367/2020 und 5A_629/2019 von 13 November 2020". *Sui Generis*, 2021, (2/6/21) pp.197-207. Posteriormente, el Tribunal Supremo Federal Suizo ha dictado la sentencia de 13 de noviembre de 2020 en el mismo sentido. <https://sui-generis.ch/article/view/sg.183>

²⁰ Vid. <https://www.uma.es/spanish-philippine-law-archive/info/119372/congreso-2019-programa>

5. Momento actual. Enfrentamiento entre defensores y detractores de una presunción legal a favor de la custodia compartida

La realidad hoy vigente se caracteriza principalmente por dos circunstancias. La primera es el progresivo aumento estadístico del porcentaje de custodias compartida tras un divorcio o una separación en los países que comprenden la llamada «cultura occidental». Este es un hecho objetivo e incuestionable que refleja una evolución social marcada por un cambio de mentalidad. Una segunda circunstancia propia del devenir de estos tiempos es el debate social y académico sobre la conveniencia de una presunción legal a favor de la custodia compartida. Aunque esta no es una cuestión nueva, sí lo es el hecho de que, tras la amplia expansión que ha experimentado la custodia compartida en las últimas dos décadas, se ha llegado a un momento en el que desde muchos sectores se afirma que procede implantar dicha presunción, para acomodar el derecho a la realidad social. No obstante, desde otros sectores se afirma que la custodia compartida sería «la opción preferida pero no preferente»²¹. Esta dialéctica es la que mejor resume el estado de la cuestión existente en el momento actual.

De hecho, la materialización legal de esta propuesta se ha visto cuestionada por un movimiento, igualmente muy extendido a nivel global, en contra de su admisión. Lo cierto es que actualmente se están realizando propuestas a favor de una presunción legal de la custodia compartida en todas las latitudes, propuestas que están siendo muy contestadas por un importante sector social y académico. Como consecuencia de ello, muchas de estas propuestas a favor de esta presunción legal se quedan en el camino; otras mutan durante el proceso legislativo y terminan por excluir la referida presunción; otras si bien aprueban una modificación legal a favor de esta presunción, poco después son derogadas, si bien finalmente hay reformas legales a favor de la presunción que prosperan y parecen consolidarse. Por tanto, la situación es variada y depende de la latitud geográfica en la que nos encontremos. No obstante, cualquiera de todas estas alternativas legales ha venido acompañada de una encarnecida lucha social y académica entre sectores antagónicos. Parece como si la realidad política propia de estos tiempos polarizados también se reflejara en este ámbito, pues las presiones y posicionamientos llegan a ser extremos también en materia de custodia.

Paralelamente al debate legal, en ciertos ordenamientos como el español o el suizo se ha creado jurisprudencia declarando preferente la custodia compartida. En el caso español esta presunción jurisprudencial creada por el Tribunal Supremo ha sido generalmente admitida sin especiales resistencias²².

²¹ LAUROBA LACASA, Elena, “Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta del Código Civil Catalán”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2011, Vol.110, nº2, pp.313-344.

²² Como señalan GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith, en *Custodia compartida. Derechos de los hijos y los padres*, Pamplona, Ed. Aranzadi Thomson-Reuters, 2005, p.5, refiriéndose a la custodia compartida «a nadie se le oculta que, pese a que en nuestros ordenamientos la jurisprudencia no es fuente de derecho, sin embargo, ha jugado y continúa ejerciendo un especial rol a la hora de interpretar la norma y de fijar criterios para su atribución; sin olvidar su influencia a la hora de impulsar las modificaciones o adaptaciones oportunas».

6. Argumentación en contra de una presunción legal a favor de la custodia compartida

Los detractores de la admisión de una presunción legal a favor de la custodia compartida alegan tres razones de peso a la hora de defender sus planteamientos. La primera es que dicha presunción colisionaría frontalmente con el principio del interés superior del menor, que por definición implicaría que el juez a la hora de decidir debe hacerlo de forma libre y sin ningún tipo de prejuicio, atendiendo únicamente a las circunstancias concretas del caso específico a resolver, sin estar encorsetado por una presunción legal.

La segunda sería que debe tenerse en cuenta que los casos en los que se aplicaría esta presunción por el juez serían aquellos en los que no existiría previo acuerdo entre los padres sobre la custodia. Cuando la falta de acuerdo es tan elevada que las partes se ven obligadas a resolver su disputa ante los tribunales, es presumible que la relación entre ellos sea tensa y marcada por una falta de entendimiento considerable, cuando no de animadversión. En estas circunstancias, un importante sector afirma que no debería plantearse una custodia compartida, pues esta debería admitirse solo en aquellos supuestos en los que existiese un entendimiento colaborativo entre los padres. Menos aún sería admisible una presunción a favor de este tipo de custodia.

Por último, una tercera razón de peso, alegada con fuerza por quienes niegan la admisión de este tipo de presunción es que la misma disuadiría a las mujeres de presentar denuncias por violencia de género o doméstica. Es decir, que tendría por efecto silenciar a las madres que evitarían denunciar la violencia por pensar que se volvería contra ellas, ya que tendrían que luchar frente a una presunción en su contra.

6.1. Primera cuestión. Colisión entre la presunción legal a favor de la custodia compartida y el interés superior del menor

Procedemos ahora a evaluar cada una de las objeciones planteadas sobre la admisibilidad de una presunción en esta materia. La primera es que su implantación colisionaría frontalmente con el principio del interés del menor que por definición impediría limitar al juez con presunciones legales o puntos de partida a la hora de decidir sobre esta materia. Es decir, que a la hora de decidir cuál es el interés del menor en un determinado supuesto, hay que atender únicamente a las circunstancias del caso concreto a resolver, sin condicionar la decisión por presunciones previas que impongan un determinado punto de partida. De hecho, se afirma que admitir dicho tipo de presunciones equivaldría a negar el carácter de principio general prioritario que le corresponde al interés superior del menor.

a. Punto de partida. El concepto del interés del menor

Ese planteamiento obliga a definir con carácter previo el concepto del interés superior del menor, traducción que se ha hecho en español de la expresión inglesa *best interest of the child*. Es fundamental aclarar cuál es la interpretación que debe darse a este concepto para poder determinar su contenido y alcance, precisamente para poder dar una respuesta fundada a las objeciones referidas. Para ello, debemos partir del proceso de aprobación del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, pues se trató de un proceso difícil, en el que dos visiones contrapuestas colisionaron. Esta colisión condicionó la redacción

final del artículo, e igualmente podría condicionar a su intérprete, pues el punto de partida debería venir determinado por el acuerdo al que se llegó en la Convención de los derechos del niño al aprobarlo.

b. *Interpretación del interés del menor conforme al proceso de su fijación por las Naciones Unidas*

El punto de partida para determinar el concepto del interés del menor viene determinado por la polarización en el proceso de su fijación al aprobarse la Convención en 1989. Ello fue debido al enfrentamiento que se produjo al determinar si el interés del menor debía prevalecer sobre cualquier otro interés o no.

Es relevante el hecho de que originariamente el texto del artículo 3 de la Convención propuesto por el Grupo de Trabajo en el documento E/CN.4/1989/WG.1/WP.2, aprobado en la primera lectura incorporando las revisiones sugeridas por el UNICEF y la revisión técnica llevada a cabo por la Secretaría refería que: «*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be the (a) primary consideration*». No obstante, dicho texto se modificó y finalmente el que se aprobó el 20 de noviembre de 1989 ya no refería la expresión «*the primary consideration*» sino «*a primary consideration*»²⁵, que es el texto aún vigente. Durante las discusiones para la aprobación del texto final de la convención, varias delegaciones se preguntaron si el interés superior del niño debía ser la consideración primordial en todas las acciones (párrafo 117 y ss.). Se señaló que había situaciones en las que los intereses contrapuestos, entre otros, de la justicia y de la sociedad en general, deberían tener una importancia al menos igual, si no mayor, que los intereses del niño. De hecho, en un esfuerzo por disipar estas preocupaciones, el observador de Canadá sugirió que, tal y como se adoptó durante la primera lectura, el párrafo debería hacer de los intereses del niño «una» consideración primordial. Finalmente, en el párrafo 125 del documento se refiere que «a la vista de las fuertes reservas expresadas sobre que el interés del niño sea “la” consideración primordial en todas las situaciones y teniendo en cuenta que las delegaciones que consideraban que debería serlo no insistieron en esta revisión, se llegó al consenso de hacer el interés del niño sólo “una” consideración primordial en todas las acciones, tal como figuraba en el texto adoptado en primera lectura». Finalmente, en el párrafo 126 se refiere que el grupo de trabajo procede a adoptar el texto del párrafo primero del artículo 3 como sigue: «*1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.*»

c. *Otras posiciones a favor de la aplicación del interés del menor como «una consideración primordial»*

Jurisprudencia del TEDH. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en diferentes casos que el art. 8 del Convenio de Derechos Humanos establece que las autoridades nacionales tienen la obligación de realizar los progresos necesarios para facilitar el contacto entre los hijos y los padres en la medida en que sea razonablemente exigible, teniendo en cuenta los hechos del

²⁵ Nos referimos aquí al texto elaborado por la Commission on Human Rights. Forty-fifth session. Report of the Working Group on a draft convention on the rights of the child: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/1989/48, p.22 y ss.

caso concreto. Este planteamiento del Tribunal Europeo se ha interpretado como la existencia de una presunción iuris tantum a favor del contacto entre los hijos y los padres. El TEDH no considera que el interés superior deba aplicarse de forma automática, sino que, por el contrario, debe aplicarse como una herramienta importante que, en casos concretos -dependiendo del contexto, las circunstancias y la importancia- puede prevalecer sobre los intereses de los padres, como se decidió en Johansen contra Noruega²⁴. Por lo tanto, según esta jurisprudencia, el bienestar del niño o el interés superior del niño no es la única consideración a tener en cuenta. De hecho, el tribunal consideró en este caso que la separación de la menor no quedaba justificada a los efectos del art. 8.2 CRDH, pues no se había probado que dicha medida respondiera a una exigencia primordial que neutralizara la aplicación del interés del menor. En otras palabras, se considera que puede haber otros intereses que pueden neutralizarlo. De hecho, en el párrafo 78 se dice que debe mantenerse un equilibrio justo entre los intereses del niño a continuar acogido y los del padre a vivir con él, añadiendo que el Tribunal concederá una importancia particular al interés del menor que, según su naturaleza y su gravedad, podrá superar al del padre: «*In carrying out this balancing exercise, the Court will give particular importance to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent*». Esta doctrina se ha aplicado por el TEDH en repetidas ocasiones, como por ejemplo en el caso Mamchur contra Ucrania²⁵, si bien esta última sentencia plantea dudas interpretativas.

En España, esta posición se vio reflejada en una importante sentencia del Tribunal Supremo que, sin embargo, ha pasado inadvertida. Se trata de la STS de 6 de febrero de 2014, que, al resolver sobre los contratos con madres subrogadas, recogió una importante interpretación del texto de las naciones unidas sobre el interés del menor. En este caso, el Tribunal español obvió la aplicación del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, optando por una aplicación del artículo 3 de la Convención conforme a su sentido literal que niega la prevalencia al interés del menor, alegando que la Convención también es derecho interno español²⁶.

²⁴ Johansen contra Noruega, 1996, Sentencia de 7 de agosto de 1996, TEDH 1996\3 para. 84: “Against this background, the Court does not consider that the decision of 3 May 1990, in so far as it deprived the applicant of her access and parental rights in respect of her daughter, was sufficiently justified for the purposes of Article 8 para. 2 (art. 8-2), it not having been shown that the measure corresponded to any overriding requirement in the child’s best interests (see paragraph 78 above). Therefore the Court reaches the conclusion that the national authorities overstepped their margin of appreciation, thereby violating the applicant’s rights under Article 8 of the Convention (art. 8)”.

²⁵ STEDH Mamchur contra Ucrania. Sentencia de 16 de julio de 2015 (JUR 2015\185811) que con respecto a la aplicación del artículo 8 del CEDH cita la doctrina fijada por la sentencia de Johansen contra Noruega respecto al contacto entre menor y progenitor.

²⁶ STS de 6 de febrero de 2014, (RJ 2014\833), Ponente: Rafael Saraza Jimena. Igualmente nos referimos a la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2018, ponente: Miguel Ángel Navarro Robles, (JUR\201846596) en la que se dio prioridad al interés de la madre a poder conllevar la vida laboral y el cuidado de sus hijos, imponiéndose la custodia compartida al padre, que rechazaba incluso la custodia exclusiva de sus hijos. Por último, también destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 24 de febrero de 2021, ponente: Cristina Mir Ruza (JUR 2021\178370), en la que junto al principio del interés superior del menor aplica el principio del respeto a la dignidad de la persona discapacitada. De hecho, en esta decisión se intenta lograr un equilibrio entre dichos principios al mantener la custodia compartida a favor de una madre que había sufrido un derrame cerebral del cual no se había recuperado, necesitando ayuda de terceras personas. No obstante, la valoración del riesgo que estas situaciones puedan crear deberá ser objeto de un detenido análisis jurisprudencial y doctrinal. La reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se ha reformado la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, exige de un laborioso encaje jurídico para adaptar su texto a la realidad social y fijar la interpretación de su contenido.

Igualmente se ha apuntado el riesgo al que podría derivar el hecho de considerar el interés del menor como la única consideración primordial, pues podría caerse en la tentación de aplicarlo como una cláusula general que está por encima de la ley, tal como ha pasado con el principio de la buena fe en distintos ordenamientos continentales²⁷.

Finalmente, la doctrina ha recogido un argumento filosófico en contra de la conceptualización del interés superior del niño como única consideración primordial²⁸. Este punto de vista puede entrar en conflicto con la ética kantiana que nos ordena no utilizar a un ser humano como una herramienta, sino respetarlo como un fin. Por lo tanto, la protección de un niño no puede implicar el desconocimiento del interés de sus padres, a costa de su propio bienestar. Se afirma que la protección del niño no podría justificarse al precio de actuar en contra del sentido de la justicia e ignorar los intereses de sus padres. No se puede dejar de tener en consideración los derechos fundamentales de todas las personas afectadas. En el informe de *Institut International des Droits de l'enfant* de 2010 se llega a afirmar que ello equivaldría a crear una auténtica «república de niños».²⁹

d. Análisis de la aplicación del interés del menor por las legislaciones estatales

La controversia que surgió a la hora de fijar el concepto del interés del menor en las Naciones Unidas se resolvió conforme a la propuesta de Canadá a favor de negarle carácter prevalente general. Evidentemente, la primera cuestión a dilucidar es saber cómo ha sido interpretado el interés superior del menor por la doctrina y como se ha incorporado en los distintos derechos estatales tras la Convención de 1989 y, en especial, si se ha definido como «una» o «la» consideración primordial.

En 2010 se presentó el informe del *Institut International des Droits de l'enfant* en el que se afirma que el art.3 debe ser interpretado en el sentido de que el interés del menor no tiene por qué usurpar todos los demás intereses del caso (por ejemplo, los de los padres, los de otros niños, los de los adultos, los de los servicios públicos o los del Estado). El informe señala que esta terminología implica que el interés superior del niño no siempre será el único y más importante, y puede haber otros intereses en juego. Respecto a si el artículo «un», utilizado en lugar de «el», debilita el principio, se afirma que no, pues se sitúa el principio del interés superior en el lugar que le corresponde, ya que se establece la obligación de considerar, en todas las decisiones, el interés superior del niño. Es decir, que este criterio entra en competencia con otros criterios de valor. Es la concurrencia de varios intereses lo que hace necesaria la aplicación del principio del

²⁷ DE TORRES PEREA, José Manuel, "Best Interest of the Child: "a" or "the" Primary Consideration?" *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Coord. Torres Perea, J.M.; Kruk, Edward y Ortiz-Tallo Margarita, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, (pp.51-62), p.57 y en "Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial", *Diario La Ley*, nº8737, 2016, pp.1-22. TENA PAZUELO, Isaac, "Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida", *Revista de Derecho Civil*, Vol.5, nº1, (enero-marzo 2018), 2018, (pp.99-131) p.104.

²⁸ ELSTER, Jon "Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child", (1987), 54 (1) *U Chicago L Rev* 1. pp. 1-45.

EEKELAAR, John, "Beyond the Welfare Principle", in *Child and Family Law Quarterly*, pp.237-250, p.243.

²⁹ ZERMATTEN, Jean, "The Best Interests of the Child Literal Analysis, Function and Implementation", 2010 working report. *Institut International des Droits de l'enfant*, pp.1-27, pp.11-12.

interés superior como uno de los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de sopesar los méritos relativos de intereses posiblemente divergentes. Concluye el informe afirmando que: «No sería deseable que el interés del niño fuera superior a todos los demás intereses. Ello supondría la creación de una república de los niños - no en el sentido de Jasnusc Korzack- sino que tendría como resultado colocar al niño en un pedestal simbólico. Esta situación pondría en peligro las protecciones existentes a las que tiene derecho cada niño y podría causar un daño irremediable al disfrute de los derechos del niño». ⁵⁰ Este párrafo sintetiza el estado de la opinión doctrinal en la fecha de su redacción, 2010.

En materia de legislativa, recogemos solo algunos supuestos representativos, en ambos sentidos, según se reconozca o no preeminencia al interés del menor. En el caso español la doctrina ve incardinado el interés del menor en el art. 39 de la Constitución que ordena a los poderes públicos asegurar la protección integral de los hijos⁵¹. A la hora de fijar su contenido el legislador se ha decantado por dar primacía al interés del menor en todo momento y ante cualquier otro interés concurrente. De hecho, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, tras la reforma de 2015, dice: «Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Para añadir en su párrafo cuarto que «En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.»⁵² Es decir, da un papel prioritario al interés del menor como *ultima ratio*, si bien exigiendo un escrupuloso respeto a los intereses legítimos de las personas que pudiesen quedar afectadas. Nos preguntamos si la coletilla final pueda implicar que en el caso de que un interés

⁵⁰ ZERMATTEN, Jean, “The Best Interests of the Child...”, pp.11-12, refiere que en el texto aprobado en 1989 solo se recogió una excepción, el art. 21 de la Convención que dice: “States parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration.” A la cual posteriormente habría que unir el art. 23 (2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre personas con discapacidad que dice: “States parties shall ensure the rights and responsibilities of persons with disabilities, with regard to guardianship, wardship, trusteeship, adoption of children, or similar institutions where these concepts exist in national legislation; in all cases the interests of the children shall be paramount. States parties shall render appropriate assistance to persons with disabilities in the performance of their child-rearing responsibilities”.

Al respecto señala VAN BUEREN, Geraldine, en *Child Rights in Europe, Convergence and divergence in judicial protection*, Ed. Council of Europe 2007, p. 32 que «...en determinadas circunstancias, como la adopción o los niños que viven con discapacidades, puede aplicarse el “higher standard”, es decir, el interés del menor como “la” consideración primordial».

Vid. https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_best-interest-child2009.pdf

⁵¹ DOMÍNGUEZ OLIVEROS, Inmaculada, ¿Custodia compartida preferente o interés del menor?: marco normativo o praxis judicial, Ed. *Tirant lo blanch*, Valencia, 2018, p.386. DE TORRES PEREA, J.M. “Custodia compartida una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *InDret*, 4.2011, p.1 y ss.

⁵² Por su parte, el art.211-6 del Código Civil Catalán, titulado “interés superior del menor”, señala que el interés superior del menor es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte.

concurrente encarne un derecho fundamental, éste pueda llegar a prevalecer sobre el interés superior del menor en caso de colisionar ambos. Lo cierto es que la ley literalmente no dice tanto, pero puede que se interprete que se deja abierta una alternativa.

No obstante el Tribunal Supremo español en ocasiones ha obviado la aplicación del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, optando por una aplicación del artículo 3 de la Convención conforme a su sentido literal que niega la prevalencia al interés del menor, alegando que la Convención también es un derecho interno español³³. Nos referimos a una sentencia bien conocida, la de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad subrogada³⁴, que sin embargo ha pasado inadvertida por la doctrina respecto al enfoque que da al concepto del interés superior del menor. Esta sentencia refleja una línea de jurisprudencia alternativa dentro del Tribunal Supremo³⁵. En el párrafo séptimo del Fundamento de Derecho quinto se refiere al artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño³⁶, artículo que dice que el interés superior del menor supone «una consideración primordial» a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Pues bien, la sentencia afirma que «además de lo expuesto respecto de la pertinencia de concretar tal principio conforme a las pautas de la legislación en la materia, ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración», añadiendo que «pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación». A continuación, cita como esos otros «bienes jurídicos» que hay que tener en cuenta en la ponderación y que pueden estar a la misma altura del interés superior del menor, los siguientes: «el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.» Afirma la sentencia que se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y a las relaciones familiares»³⁷.

³³ STS de 6 de febrero de 2014, (RJ 2014\833), Ponente: Rafael Saraza Jimena

³⁴ STS de 6 de febrero de 2014, (RJ 2014\833), Ponente: Rafael Saraza Jimena. Voto particular suscrito por José Antonio Seijas Quintana, José Ramón Ferrándiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol.

³⁵ Puede decirse que esta sentencia supone la punta del iceberg de una línea jurisprudencial alternativa en el Tribunal Supremo contraria a una aplicación maximalista del interés del menor. Esta línea es clara si tenemos en cuenta que inicialmente fue nombrado como juez ponente para la misma José Antonio Seijas Quintana (a quien podríamos considerar como el representante de la línea oficial del TS en materia de interés del menor), quien terminaría firmando el voto particular apoyado por otros tres magistrados.

Esta línea jurisprudencial, que aparentemente es minoritaria, se vislumbra cuando en el seno del Tribunal Supremo se lleva la aplicación del interés superior del menor a sus últimas consecuencias, como en este supuesto en el que los magistrados que finalmente firmaron el voto particular consideraban procedente la inaplicación de una norma imperativa, como la contenida por el artículo 10 de la Ley de Técnicas de reproducción humana asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo, por exigir el interés superior del menor. Dicho artículo dice: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

³⁶ Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990/2712).

³⁷ Recoge a título de ejemplo el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (RCL 1995/2270).

En el caso del Reino Unido, la sección primera del *Children Act* dice: «*When a court determines any question with respect to – (a) the upbringing of a child; or (b) the administration of a child’s property or the application of any income arising from it, the child’s welfare shall be the court’s paramount consideration*». Por tanto, al definirse el bien del niño como «la» consideración primordial, se opta por reconocerle primacía sobre cualquier otro interés. Un enfoque similar se ha adoptado en Alemania, pues el primer párrafo del artículo 1697b del BGB señala que, «salvo disposición en contrario, en los procedimientos relativos a las materias reguladas en el presente Título, el tribunal adoptará la decisión que más convenga al interés del menor, teniendo en cuenta las circunstancias y posibilidades de hecho y los intereses legítimos de las partes implicadas».³⁸

En Francia, el Código Civil exige a los jueces que basen sus decisiones en el criterio esencial del interés del menor. Antes de la Ley de 4 de marzo de 2002 estaba contenido en el artículo 247 del Código Civil y, por tanto, sólo se refería al divorcio. En la actualidad, se recoge en el artículo 373-2-6 y, por tanto, se ha ampliado la competencia del Tribunal de Familia para salvaguardar el interés superior del niño en todos los casos de intervención en materia de patria potestad³⁹. Este artículo dice que: «*Le juge du tribunal judiciaire délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs*». Por tanto, es una fórmula abierta que no concreta la primacía del interés del menor. El Código Civil italiano se refiere al «*interesse del minore*» en los artículos 317-bis, 336-bis, 337-quarter, de una forma neutra, sin atribuirle prevalencia.

e. *Conclusión sobre el primer punto ¿Es compatible una presunción legal a favor de la custodia compartida con el interés del menor?*

Una vez analizada la aplicación del interés del menor por distintas legislaciones estatales, es el momento de analizar la reciente interpretación que han hecho de este principio las Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

e.1. Reelaboración del concepto de interés del menor por la Observación General 14 (ONU)

Respecto a las Naciones Unidas debe destacarse la publicación por el Comité de los derechos del niño de las Naciones Unidas del Observatorio general n° 14 del año 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, que se corresponde con el artículo 3, párrafo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

Pues bien, el párrafo 67 de la observación general n°14 dice: «El Comité opina que las custodias compartidas son, por lo general, en el interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a las responsabilidades parentales, el único criterio será el interés superior del niño en cuestión. Es contrario a esos intereses que la Ley otorgue automáticamente la responsabilidad

³⁸ Art. 1697b BGB: « (1) Soweit nichts anderes bestimmt ist, trifft das Gericht in Verfahren über die in diesem Titel geregelten Angelegenheiten diejenige Entscheidung, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht.»

³⁹ PASCAL, Julie, *Les perspectives d’évolution du droit de la filiation en considération de l’intérêt supérieur de l’enfant*, Ed. *Le petit juriste*, 2013 p.14-15.

<https://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2013/07/MEMOIRE2.pdf>

parental a uno o a ambos progenitores. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a preservar su relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes al caso». Por tanto, por un lado, parece que el Comité realiza una interpretación correctora del artículo 3 de la Convención en caso de custodia compartida, de forma que se podría considerar que en ese caso el interés del menor es «la» consideración primordial, y no «una» consideración primordial. Por otro lado, es significativo que lo único que prohíbe sería una legislación que de forma automática estableciera un régimen de custodia compartida para el caso de crisis matrimonial/familiar, pero no una presunción a favor de dicho tipo de custodia de carácter *iuris tantum*. En todo caso la Observación General si bien aporta una interpretación cualificada, no puede ser considerada como auténtica.

e.2. Reinterpretación de la doctrina Johansen contra Noruega (TEDH)

Con respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien partimos de la doctrina sentada por Johansen contra Noruega⁴⁰, según la cual el bienestar del niño o el interés superior del niño no es la única consideración a tener en cuenta. Sin embargo, hemos referido que la aplicación de esta doctrina en casos recientes como por ejemplo en Mamchur contra Ucrania⁴¹, recoge una interpretación correctora de la misma. En esta sentencia de 2015 se refiere en el párrafo 79 a la obligación de las autoridades nacionales de tomar medidas para facilitar el contacto entre un padre no custodio y un niño. En concreto refiere que cualquier contacto de este tipo, así como su naturaleza y alcance, dependerá de las circunstancias de cada caso y, «en última instancia, estará sujeto al interés superior del niño». Añade que, aunque las autoridades nacionales deben hacer todo lo posible para facilitar dicha cooperación, cualquier obligación de aplicar la coerción en este ámbito debe ser limitada, ya que deben tenerse en cuenta tanto los intereses como los derechos y las libertades de todos los implicados. Reitera posteriormente que debe concederse una importancia primordial al interés superior del niño y a sus derechos en virtud del artículo 8 del Convenio. En el párrafo 100 vuelve a señalar que la evaluación de la proporcionalidad global de cualquier medida que suponga un riesgo de ruptura de los vínculos familiares exigirá que los tribunales sopesen cuidadosamente una serie de factores en la balanza, y éstos pueden variar en función de las circunstancias del caso en cuestión. Y de seguido vuelve a decir que hay que tener en cuenta que se debe conceder una importancia primordial al interés superior del niño. Finalmente, aunque puede parecer contradictorio que por un lado se afirme que cualquier contacto entre el menor y su progenitor en última instancia estará sujeto al interés superior del niño para, a continuación, referir que hay que conceder una importancia primordial al interés del menor citando la doctrina de Johansen contra Noruega, parece que la evolución interpretativa del interés superior por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiende a elevarlo a la consideración primordial prioritaria a la hora de decidir sobre su custodia.

⁴⁰ Johansen contra Noruega, 1996, Sentencia de 7 de agosto de 1996, TEDH 1996\3 para. 84: “Against this background, the Court does not consider that the decision of 3 May 1990, in so far as it deprived the applicant of her access and parental rights in respect of her daughter, was sufficiently justified for the purposes of Article 8 para. 2 (art. 8-2), it not having been shown that the measure corresponded to any overriding requirement in the child’s best interests (see paragraph 78 above). Therefore, the Court reaches the conclusion that the national authorities overstepped their margin of appreciation, thereby violating the applicant’s rights under Article 8 of the Convention (art. 8)”.

⁴¹ STEDH Mamchur contra Ucrania. Sentencia de 16 de julio de 2015 (JUR 2015\185811) que con respecto a la aplicación del artículo 8 del CEDH cita la doctrina fijada por la sentencia de Johansen contra Noruega respecto al contacto entre menor y progenitor.

Puede concluirse que se ha producido una evolución sobre el concepto del interés del menor en los 30 últimos años y hoy en día parece afianzarse la interpretación que lo eleva a la «única» consideración prioritaria a aplicar cuando se decide sobre la custodia del menor, apartándose de la postura interpretativa inicial tras su aprobación en las Naciones Unidas en 1989.

No obstante, en la parte final de este artículo nos referimos a una nueva línea científica que desde la teoría sociológica cuestiona la primacía del interés del menor, considerando que el fundamento para decidir ha de recaer en la igualdad de género, especialmente al fijar la custodia del menor tras una ruptura de los padres. De esta forma, la custodia compartida dependería de si efectivamente existe una situación de igualdad de género que ha hecho posible el pacto de los padres, pues de lo contrario, afirman, no sería posible. Desde estas posiciones se deja el interés del menor en un segundo plano a la hora de decidir.

e.3. Compatibilidad del interés del menor y la presunción legal a favor de la custodia compartida

Ahora bien, esta primera conclusión sobre la evolución del concepto del interés del menor en las últimas décadas no debe llevarnos a excluir la posibilidad de admitir una presunción a favor de la custodia compartida⁴². Procede una interpretación conforme a la Observación General 14 de las Naciones Unidas, que si bien niega poder imponer directamente por mandato de ley un tipo de custodia determinado, por atender ello contra el principio del interés superior del menor, sin embargo no impide que se tenga como punto de partida una determinada presunción a favor de un tipo de custodia, que por ser la generalmente adoptada en un determinado tipo de supuestos, pueda facilitar al juez su labor al decidir sobre el bien del niño.

De hecho, de entenderse que el interés del menor es «la» consideración primordial, resulta razonable aplicar el párrafo 67 de la observación general nº14 que dice que «El Comité opina que las custodias compartidas son, por lo general, en el interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a las responsabilidades parentales, el único criterio será el interés superior del niño en cuestión. Es contrario a esos intereses que la ley otorgue automáticamente la responsabilidad parental a uno o a ambos progenitores». Es decir, aunque se prohíbe un automatismo legal a favor de la custodia compartida, sin embargo, no se prohíbe la existencia de una presunción legal que pueda servir de punto de partida y que coincida con la medida que se considere más favorable para el menor. Recordemos que el párrafo 67 dice claramente que «el Comité opina que las custodias compartidas son, por lo general, en el interés superior del niño». En la misma línea está la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que de forma reiterada ha señalado que las autoridades nacionales deben tomar medidas para facilitar el contacto entre un padre no custodio y un niño. En la misma línea, las resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1921 (2013) sobre «La igualdad de género, la conciliación del trabajo y la vida privada y la corresponsabilidad» y 2079 (2015) sobre igualdad y

⁴² Parte de la doctrina afirma la incompatibilidad entre el interés del menor y todo tipo de presunciones. MUNBY James, Presidente de la División de Familia en Inglaterra, ha declarado que no puede haber presunciones en un caso regido por el artículo 1 de la Ley de Menores de 1989. Munby LJ in Re F, Relocation, 2012, EWCA Civ 1364, 2013, 1 FLR 645, 2013 1 FLR 645, at para. 37. Además, Andrew Bainham y Stephen Gilmore consideran que el principio de interés del menor requiere “a court to consider all circumstances bearing on welfare, rather than the basic facts of a presumption simply prevailing in the absence of evidence to the contrary”. Considera que el problema de fondo es que la presunción puede correr el riesgo de subordinar el bienestar del niño a los intereses de los padres. BAINHAM, Andrew y GILMORE, Stephen, “The English Children and Families Act 2014”, 2015, 46 VUWLR, pp.627-648, p.633.

corresponsabilidad». En esta última se solicitó a las autoridades públicas de los Estados miembros respetar el derecho de los padres a una responsabilidad compartida como medida garantista en caso de separación o divorcio. De hecho, en el punto 5.5 se solicita a los Estados miembros: «Introducir en su legislación el principio de alternancia de custodia de los hijos después de una separación, al tiempo que se limiten las excepciones a los casos de abuso o negligencia hacia un niño, o la violencia doméstica y ajustar el tiempo de residencia de acuerdo a las necesidades e intereses de los niños».⁴³ Igualmente, sigue esta línea la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo de España desde 2013, y las recientes sentencias del Tribunal Supremo de Suiza.

Igualmente, en Inglaterra se introdujo una presunción en 2014 en la subsección 2 de la sección 1 del *Children Act* de 1989, que recoge una presunción según la cual «el tribunal... debe presumir respecto a cada progenitor del apartado (6a), a menos que se demuestre lo contrario, que la participación de ese progenitor en la vida del niño en cuestión favorecerá el bienestar del niño». La introducción de esta presunción originó un intenso debate, al respecto del cual ha dicho Kanagas que el «juez sigue teniendo discreción a pesar de la presunción». Señala que ello significa que el juez podría negar el contacto, aunque no se hubiera rebatido la presunción. Considera que la presunción es sólo «uno de los factores que el tribunal debe tener en cuenta al aplicar el principio de que el bienestar del niño es primordial».⁴⁴

Por todo ello puede concluirse que el principio del interés superior del menor es compatible con la aplicación de una presunción y que una posibilidad sería la presunción a favor de la custodia compartida. Otra cuestión será si dicha presunción «gusta» o «disgusta» a las distintas sensibilidades en juego. Por tanto, podemos considerar superada la primera objeción planteada.

6.2. Segunda cuestión. La custodia compartida es incompatible con la falta de armonía entre los cónyuges

Según la sistemática propuesta, pasamos ahora a estudiar la segunda objeción que suele esgrimirse para negar la procedencia de una presunción a favor de la custodia compartida, y la propia viabilidad de la custodia compartida. Se afirma que la tensión que provoca la falta de acuerdo entre los padres y que les lleva a resolver su disputa ante el juez implica una relación difícil, marcada por una falta de entendimiento considerable, cuando no de animadversión. Por

⁴³ Vid. Resolución oficial en <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=22220&lang=fr> y <https://es.slideshare.net/kidetza1/resolucin-del-consejo-de-europa-2079>. La resolución 2079 (2015) señala que el respeto de la vida familiar es un derecho fundamental consagrado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siendo un elemento esencial para garantizar la vida familiar el hecho de que uno de los padres y el niño estén juntos, añadiendo que una separación entre padres e hijos tiene efectos irreversibles en sus relaciones, por lo que sólo circunstancias excepcionales y, especialmente graves, teniendo en cuenta el interés superior del niño, pueden justificar la separación (padre-hijo), ordenada por el Juez.

⁴⁴ KAGANAS, Felicity “Parental involvement: a discretionary presumption”, *Legal Studies*, 2018, 38, pp.549-570, p.557. En este trabajo se han publicado las conclusiones de su investigación sobre la aplicación de la reforma de la Ley de la Infancia y la Familia a partir de un estudio de casos. Considera que la presunción de participación de los padres no ha cambiado la forma en que los tribunales deciden los casos. Su opinión es que la presunción no buscaba restringir la discrecionalidad judicial, sino estructurar la toma de decisiones de la mejor manera para «promover la claridad y la transparencia», educando a los padres para que se involucren en la vida del niño y acepten la participación del otro progenitor. Sin embargo, igualmente concluye que la aplicación de esta presunción no ha reducido el número de casos que llegan a los tribunales, ni la percepción de parcialidad e injusticia en los tribunales, ni ha restaurado la confianza pública en el sistema de justicia familiar. P.569.

ello se dice que en estas circunstancias no debería plantearse una custodia compartida, pues está debería admitirse solo en aquellos supuestos en los que existiese un entendimiento colaborativo entre los padres⁴⁵. Por tanto, con más razón debería rechazarse una presunción a favor de este tipo de custodia.

En España, el Tribunal Supremo ha ido hilvanando una jurisprudencia que se aleja de estos postulados. De hecho, ni el Tribunal Supremo exige acuerdo para conceder la custodia compartida, ni tampoco requiere una relación armónica entre los cónyuges. Por el contrario afirma en las sentencias de 11 de febrero de 2016 y 16 de septiembre de 2016 que para la adopción del sistema de custodia compartida, no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como unas habilidades para el diálogo que se deben suponer existentes⁴⁶. Más aún, se afirma que la existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia tampoco justifican *per se*, que se desautorice la custodia compartida, sino que sería preciso que existiese prueba de que dichas diferencias o enfrentamientos afectarán de modo relevante a sus hijos menores, causándoles un perjuicio, tal como refiere la STS de 27 de junio de 2016⁴⁷.

En resumen y conforme a la STS de 17 de junio de 2020, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que si bien la custodia compartida exige de una relación de respeto entre los padres⁴⁸, ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen *per se* este régimen de guarda y custodia, a no ser que perjudiquen de modo relevante a los menores⁴⁹. La STS de 16 de octubre de 2014 trató de acotar el supuesto afirmando que: «para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial⁵⁰. Resume esta jurisprudencia Martínez Salchiz señalando que «solo por las malas

⁴⁵ Al respecto resulta interesante la conclusión a la que llega BOLAÑOS CARTUJO, Iñaki, en “Custodia compartida y coparentalidad: una visión relacional”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol.15, 2015 (pp.57-72) p.71 al afirmar que: “es posible identificar y promover coparentalidad incluso cuando aparentemente esta es inexistente, se encuentra bloqueada o está deteriorada”.

⁴⁶ SSTS de 11 de febrero de 2016, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas (RJ 2016\249), 16 de septiembre de 2016, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, (RJ 2016\4449), y de 17 de enero de 2017, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, (RJ 2017\352). Como señala Marta MORILLAS FERNÁNDEZ, el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, en “Régimen jurídico de la custodia compartida: El interés del menor”, en *La custodia compartida en España*, coord. Diego Becerril y Mar Venegas, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp.93-108, p.104.

⁴⁷ STS de 27 de junio de 2016, ponente Eduardo Baena Ruiz (RJ 2016\3717).

⁴⁸ Como señala ROMERO COLOMA, Aurelia María, en *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*, Ed. Reus, Madrid, 2011, p. 186, la custodia compartida exige, al menos, de un cierto entendimiento entre los progenitores, en aquellas materias o asuntos directamente relacionados con su prole. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, en “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, *InDret* 3/2010, pp.1-21, p.19, afirma que si concurren los presupuestos legales y los criterios o circunstancias fácticas deberá acordarse la custodia compartida porque “el interés del menor se concretará en el mantenimiento de las relaciones personales y cuidado directo de modo regular con su padre y su madre”.

⁴⁹ STS de 17 de junio de 2020, ponente Eduardo Baena Ruiz, (RJ 2020\2187).

⁵⁰ STS de 16 de octubre de 2014, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, (RJ 2014\5165). En el caso de la STS de 28 de enero de 2016, ponente José Antonio Seijas Quintana, (RJ 2016\370) se afirma que el hecho de que el menor pueda gozar de una determinada estabilidad estando en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida.

relaciones, o inexistencia de las mismas entre ambos progenitores, no puede ser motivo bastante para denegar la modalidad compartida».⁵¹

La cuestión es analizar si esta doctrina jurisprudencial tiene un sustento científico. Para ello debemos estudiar las aportaciones que otras disciplinas, no jurídicas, han realizado al intentar aportar criterios objetivos para decidir. Nos referimos principalmente a los estudios realizados en el ámbito de la psicología.

Afirma la prestigiosa profesora de psicología Linda Nielsen que deberíamos centrarnos menos en la cuestión de los conflictos de los padres y más en cómo fortalecer las relaciones de los niños con ambos padres. De hecho, señala que la existencia de parejas excepcionales es un puro mito y que por regla general el nivel de conflicto entre los padres es similar en los casos de custodia compartida y de custodia exclusiva de un solo progenitor. Considera que la excepción, por supuesto, sería cuando los niños necesitasen ser protegidos de presenciar conflictos físicos intensos o continuos o violencia entre sus padres. De hecho, ha analizado 60 estudios publicados con anterioridad a 2019 en los que mediante un meta-análisis se han evaluado los resultados obtenidos en niños en familias con y sin custodia compartida. Su análisis concluye que los niños que viven con cada uno de los padres al menos el 35% del tiempo suelen tener mejores resultados que los niños que viven principal o exclusivamente con un solo padre⁵². Concluye su artículo afirmando que los 60 estudios no están diciendo que estar inmerso en continuos conflictos entre los padres no tenga un impacto negativo en los niños. Lo que dicen los estudios es que, incluso cuando el conflicto es elevado -con la excepción de los conflictos con maltrato físico- la mayoría de los niños se benefician más de la custodia compartida que de la exclusiva por un solo progenitor. A la misma conclusión llega Edward Kruk en su trabajo «Arguments Against a Presumption of Shared Physical Custody in Family Law».⁵³ Por tanto, los estudios realizados hasta la fecha parecen indicar que un cierto nivel de tensión es compatible con la custodia compartida y que el límite estaría en los supuestos en los que mediase violencia doméstica o de

⁵¹ MARTINEZ SANCHIS, Nuria, “La incidencia de las malas relaciones entre los progenitores a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo”. *Actualidad jurídica iberoamericana*, n^o9, 2018, (pp.402-417), p.415.

⁵² NIELSEN, Linda, “Joint versus Sole Physical Custody: Which is best for children?” *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Coord. Torres Perea, J.M.; Kruk, Edward y Ortiz-Tallo Margarita, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp. (40-50). p.42,48. También, NIELSEN Linda “Joint versus Sole Physical Custody: Outcomes for children in 60 studies independent of income and conflict”. *Journal of Child Custody*, 2018, 15, pp.35-54. Se trata de 60 estudios publicados en revistas académicas o en informes gubernamentales. 34 estudios encontraron que los niños bajo custodia compartida tenían mejores resultados en todas las medidas de bienestar conductual, emocional, físico y académico y en las relaciones con los padres y abuelos. En 14 estudios, los niños en custodia compartida tuvieron los mismos resultados en algunas medidas y mejores resultados en otras en comparación con los niños bajo la sola custodia de un padre. En 6 estudios, los niños en custodia compartida y en custodia exclusiva de un progenitor eran iguales en todas las medidas. En 6 estudios, los niños bajo custodia compartida fueron peores en una de las medidas que los niños con custodia exclusiva, pero iguales o mejores en todas las demás medidas. Dentro de los 19 estudios que incluyeron el conflicto de los padres, los niños que estaban en una custodia compartida tuvieron mejores resultados en todas las medidas en 9 estudios, resultados iguales o mejores en 5 estudios, resultados iguales en 2 estudios, y peores resultados en una medida pero resultados iguales o mejores en otras medidas en 3 estudios. Concluye que independientemente del conflicto con los padres, la custodia compartida está generalmente relacionada con mejores resultados para los niños.

⁵³ KRUK, Edward, “Arguments Against a Presumption of Shared Physical Custody in Family Law”, *Journal of Divorce & Remarriage*, April 2018, pp. 1-12, p.10. Published online: 3 April 2018.

género, si bien estos estudios deberán completarse con los resultados de los que se realicen en el futuro⁵⁴.

6.3. Tercera cuestión. Otorgar preferencia a la custodia compartida equivale a abrir una vía para que los maltratadores tengan acceso a la guarda de sus hijos poniéndolos en riesgo

Otro argumento que se ha esgrimido para negar la posibilidad de una presunción legal a favor de la custodia compartida es que dicha presunción disuadiría a las mujeres de presentar denuncias en caso de violencia de género⁵⁵. Es decir, que aplicar dicha presunción puede implicar un grave riesgo para el menor por verse constreñido a vivir en un entorno familiar inseguro⁵⁶.

Desde posiciones que defienden la igualdad de género, se afirma que se parte de una situación en la que existen desigualdades sistemáticas que exigen la toma de medidas por distintas instituciones sociales para contribuir a la mayor igualdad en el reparto del tiempo de cuidado de los niños. Se trata de posiciones feministas que afirman que debe rechazarse la custodia compartida cuando no medie acuerdo entre las partes, excluyendo por tanto cualquier iniciativa legislativa tendente a expandir la custodia compartida con independencia del grado de conflicto entre los padres. Estas posiciones afirman que otorgar preferencia a la custodia compartida equivale a abrir una vía para que los maltratadores tengan acceso a la guarda de sus hijos poniéndolos en riesgo⁵⁷.

En referencia a la violencia de género BODELÓN señala por un lado, que la víctima frecuentemente se ve obligada a llegar a acuerdos por creerlo necesario para el cese de la violencia, y por otro, que muchos maltratadores que no se habían hecho cargo de sus hijos anteriormente, procuran mostrarse como «los mejores padres» para obtener la custodia compartida, sin mediar interés real por cuidar a los hijos; sino por continuar ejerciendo el poder en la pareja utilizando la custodia compartida como medida de presión. Añade que en muchas ocasiones el divorcio no implica el fin de la violencia y que la custodia compartida refuerza los mecanismos básicos del

⁵⁴ Como señala MARÍN RULLÁN, Marta, “La influencia de las actitudes parentales sobre el bienestar del menor y la elección preferente de la custodia compartida: una disertación”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol.15, 2015, pp.73-89, p.87, es necesario seguir profundizando sobre cuáles son realmente los factores que favorecen el bienestar del menor, qué ayuda a un mejor entendimiento de la pareja a la hora de distribuir responsabilidades sobre la crianza y, principalmente, qué factores son determinantes para que se mantenga en el tiempo de forma satisfactoria para cada uno de ellos.

⁵⁵ DE SIMONE, Tracey, “The friendly parent provisions in Australian family law –How friendly will you need to be?” *Australian Journal of Family Law*, 22, 56-71; y KASPIEW, Rae; GRAY, Matthew; WESTON, Ruth; MOLONEY, Lawrie; HAND, Kelly; QU, Lixia, *Evaluation of the 2006 Family Law Reforms*, Melbourne, Australian Institute of Family Studies, 2009. Summary, p.12.

⁵⁶ Vease PARKINSON, Patrick “Shared Physical Custody: What Can We Learn From Australian Law Reform?”, *Journal of Divorce and Remarriage*, pp.401-413, pp.401-402, published online: 10 Apr. 2018. DOI: 10.1080/10502556.2018.1454197

⁵⁷ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina, y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales ¿Pacto de pareja? ¿Equidad de género?* Ed. Icaria Antrazyt, Ulzama 2020, p.43. Afirman que determinadas sentencias judiciales que han establecido un régimen de custodia compartida han sido muy perjudiciales, pues por dicho medio se ha permitido mantener el maltrato familiar a la ex pareja y a los hijos.

patriarcado permitiendo continuar ese control incluso en un escenario posdivorcio, por lo que la custodia compartida por defecto o impuesta (preferente) debería ser descartada.⁵⁸

Igualmente, se señala el riesgo de caer en subestimar las repercusiones de los menores a la exposición de la violencia paterna sobre la madre, aplicando la llamada «justicia patriarcal».⁵⁹ Se afirma que la violencia puede existir en la relación impulsando procesos de coerción enmascarados como pactos, así como que la custodia compartida impuesta no reconoce las fuertes desigualdades que se dan en las relaciones de pareja respecto al cuidado de los hijos, por lo que se construye un discurso falsamente igualitario, que entiende la igualdad como una igualdad normativa, desentendiendo la desigualdad de las relaciones de género y reproduciendo, por tanto, la desigualdad en un nuevo escenario⁶⁰.

Se trata esta de una cuestión sensible que se ha polarizado y politizado. De esta forma, tanto en el parlamento español, con ocasión del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013; como en los parlamentos autonómicos al debatirse las distintas propuestas para regular esta materia, se ha producido una confrontación entre posiciones antagónicas. Por un lado, los partidos de izquierda cercanos al feminismo, que defienden que la decisión sobre la custodia debe fundarse en la experiencia anterior de cuidado y ser evaluado caso por caso; y las posiciones de los partidos de derecha a favor de la custodia compartida igualitaria, medie o no acuerdo entre los progenitores. En resumen este debate parlamentario polarizado se centra en si debe darse un rol preferente o no a la custodia compartida⁶¹. El resultado final del mismo ha sido contrario a dar preferencia a la custodia compartida. Por un lado, el Anteproyecto de Ley de 2013 que quería trasladar al texto legal la presunción que el Tribunal Supremo había realizado a favor de la custodia compartida no prosperó. Por otro, si bien con distinto recorrido, tres de los cinco parlamentos autonómicos que han legislado en esta materia han llegado a posiciones neutras, pues si bien no consideran la custodia compartida como un supuesto excepcional en caso de falta de acuerdo, tal como hace el artículo 92.8 del Código Civil, tampoco le otorgan preferencia (Cataluña, País Vasco y Aragón). En el caso de Navarra se ha mantenido la excepcionalidad de la custodia compartida a falta de acuerdo. En Valencia, si bien en 2011 se aprobó una regulación que otorgaba preferencia a la custodia compartida, cuatro años después fue declarada inconstitucional. Finalmente, en el caso de Aragón, si bien la ley de 2010 otorgó preferencia a la custodia compartida, en 2019 se cambió de criterio en aras de una postura neutra, basada en la experiencia de cuidado previa a la ruptura y la evaluación del caso concreto.

⁵⁸ BODELÓN, Encarna, “La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares”, en Pícolt Novales, María Teresa; Almeda i Samaranch, Elisabet (coords.) *La custodia compartida a debate*. Ed. Dykinson, Madrid, 2010, 131-154, p.133.

⁵⁹ BAREA PAYUETA, Consuelo, *Los inconvenientes de la custodia compartida*, Ediciones CBP, Madrid, 2012, pp. 5 y ss.

⁶⁰ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia...* p.184.

⁶¹ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia...* p.47.

Esta evolución legal manifiesta una paradoja, pues en el ámbito judicial se sigue aplicando la doctrina que el Tribunal Supremo sentó en 2013 a favor de la custodia compartida⁶². Por tanto, si bien la vigente legislación española viene marcada por criterios que asumen posicionamientos feministas, defendidos principalmente por partidos de izquierdas; su aplicación por los tribunales se acerca a los criterios cercanos a determinadas asociaciones de padres, defendidos por los partidos de derechas. Este fenómeno es fiel reflejo de la situación que se está produciendo a nivel global, pues en otras zonas geográficas se están aprobando leyes a favor y en contra de otorgar preferencia a la custodia compartida y se están aplicando presunciones jurisprudenciales en el mismo sentido, tal como hemos señalado al inicio de este trabajo.

La violencia de género no puede ser estudiada solo con pautas jurídicas, pues puede quedar desenfocado el análisis. Por el contrario, se trata de una materia que exige de un estudio interdisciplinar en el que la psicología tiene un papel importante, precisamente desde la psicología se nos informa de que no se puede reducir todo a la igualdad de género, y que el interés del menor debe ser un elemento decisorio primordial. Lo cual obliga a buscar un punto de intersección entre ambos criterios, sin que uno pueda solapar o neutralizar al otro. Este ámbito de intersección debería venir marcado por unas garantías mínimas en uno y otro sentido. Negar la custodia compartida cuando no exista acuerdo entre los padres porque puede entrañar el riesgo de que el hijo acabe conviviendo con un maltratador, es tanto como negarle al menor el derecho a relacionarse de forma plena con sus dos progenitores tras la ruptura cuando uno de ellos se oponga a ello.

Se trata por tanto de la adopción de una medida de política legislativa que decida si la existencia de un solo caso de riesgo ha de impedir la posibilidad de legislar a favor de esta medida en general, en caso de desacuerdo entre los progenitores. Si este fuera el único criterio decisorio - igualdad de género- la respuesta sería contundente y unívocamente favorable a excluir la custodia compartida. Sin embargo, no debe preterirse el otro criterio decisorio concurrente, el interés del menor. Este otro criterio tiene tal fuerza y relevancia que no puede quedar anulado por una mera posibilidad de riesgo de violencia. Por el contrario, exige que el riesgo alcance una cierta relevancia.

Para encontrar un punto de encuentro entre estos dos criterios podemos considerar dos opciones. La primera, negar toda preferencia a la custodia compartida en aquellos casos acreditados en los que haya mediado violencia de género⁶³; la segunda, negarla tras la mera interposición de una

⁶² STS de 29 de abril de 2013, ponente José Antonio Seijas Quintana, (RJ 2013\3269).

⁶³ En esta línea la STS 29 de marzo de 2021. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Seoane Spigelberg. (RJ 2021\1427) que casó las sentencias que había dictado la Audiencia Provincial de Cáceres otorgando la custodia compartida. Dice esta sentencia que en este caso “no nos encontramos ante un supuesto de meras desavenencias entre los progenitores con típicos desencuentros propios de su crisis matrimonial. Tampoco ante excesos verbales, en incidentes puntuales y aislados, que no afectan al interés superior de la menor de disfrutar de una custodia como la debatida en este proceso, sino ante un patrón de conducta prolongado en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que trasciende al demérito de la misma delante de la hija común, con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior desarrollo de la personalidad de la pequeña. El padre proyecta sobre la menor su problemática de pareja y un comportamiento constitutivo de violencia doméstica elevado a la condición de delito. Así resulta claramente de la declaración de hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que impone además al demandado una orden de alejamiento con respecto a la recurrente”. En la misma línea, la STS de 26 de mayo de 2016, ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas (RJ 2016\2292), que señala que «Partiendo de delito sometido a enjuiciamiento y de las

denuncia contra el progenitor por dicho motivo. Esta es la opción, si bien aplicada a la custodia por un progenitor, por la que optó el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en abril de 2014, al sentenciar que la mera denuncia de violencia de género fundamentada impide otorgar la custodia de los hijos al maltratador⁶⁴. Esta parece ser la línea que sigue el legislador español tras la reforma del artículo 94 CC por la ley 8/2021 que niega el derecho de visita tras la denuncia por violencia doméstica o de género⁶⁵.

Quizá sea éste un límite a considerar por el legislador a la hora de ponderar el interés del menor a tener una relación plena con sus dos progenitores tras la ruptura, si dicho legislador se planteara en lo sucesivo establecer una preferencia por la custodia compartida.

En palabras de Parkinson el matrimonio es disoluble, pero la paternidad no lo es, y en la mayoría de los casos, el interés superior del niño es que ambos padres participen en su vida⁶⁶. De esta forma, explicaba este autor la reforma de 2006 que introdujo en Australia una presunción de reparto equitativo de la responsabilidad parental en los casos que no impliquen violencia o abusos⁶⁷. Esta normativa establecía dos factores rectores principales: el «beneficio para el niño de tener una relación significativa con ambos padres “y” la necesidad de proteger al niño de daños físicos o psicológicos, de ser sometido o expuesto a abusos, negligencia o violencia familiar». En 2011 esta presunción fue superada y se estableció que, en caso de conflicto entre estos dos factores primarios rectores, la protección del niño contra los daños físicos o psicológicos debía tener un mayor peso que la relación significativa del niño con ambos padres.

Nos quedamos con el comentario de Parkinson quien considera que la reforma de 2006 y la modificación de 2011 enviaron mensajes de alto nivel al público en general en el sentido de que la responsabilidad parental debía ser compartida, a menos que hubiera mediado una historia de violencia familiar o abuso infantil. Considera que «la legislación contribuyó a una mayor conciencia y aceptación de los acuerdos de cuidado compartido como una opción viable y ‘normal’ para el cuidado de los hijos después de la separación». También considera que envió un mensaje para garantizar la implicación sustancial de ambos progenitores y, por último, que los tribunales deben actuar de forma protectora en casos de violencia familiar o de maltrato infantil,

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

⁶⁴ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia...* p.44.

⁶⁵ Dice el art. 94 CC tras la reforma que «no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal 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 sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar. »

⁶⁶ PARKINSON, Patrick, *Family Law and the indissolubility of parenthood*. New York, NY: Cambridge University Press, 2011.

⁶⁷ Australian Family Law Amendment, *-Shared Parental Responsibility-* Act (2006).

casos en los que las partes no pueden actuar por sí mismas. Su opinión es que el sistema australiano de derecho de familia ha encontrado un equilibrio razonable, teniendo en cuenta los diferentes mensajes que la ley debía enviar a una «diversa gama de audiencias»⁶⁸. Como vemos, encontrar el punto de convergencia entre igualdad de género, riesgo de violencia e interés del menor puede ser extremadamente difícil.

7. Custodia compartida e igualdad de género

Una vez estudiadas las tres objeciones que tradicionalmente se esgrimen en contra de la admisibilidad de una presunción legal *iuris tantum* en favor de la custodia compartida, es el momento de reflexionar sobre un planteamiento distinto que se nos propone desde la teoría sociológica a la hora de estudiar este fenómeno. Se afirma que el interés superior del menor no puede ser el criterio decisorio a la hora de decidir sobre una custodia compartida por su indefinición. Por el contrario, se afirma que hay que construir una fórmula a partir de una piedra angular sólida que de forma objetiva nos permita evaluar si se cumplen o no los requisitos necesarios para la custodia compartida. Este punto de equilibrio sería la igualdad de género. Por tanto, la custodia compartida vendría condicionada por el hecho de mediar o no igualdad de género. Solo de esta forma se garantizaría que al sustanciarse la sentencia que establece una custodia compartida en un procedimiento, ésta diera lugar a un reparto equitativo de tareas⁶⁹. Lo contrario, es decir, el hecho de decidir a favor de una custodia compartida cuando no exista una real igualdad de género y no medie acuerdo entre las partes, daría lugar a un desequilibrio en el reparto de tareas y por tanto se trataría de una falsa situación de custodia compartida. En todo caso se afirma que esta igualdad exigiría de un previo pacto entre los progenitores: «...nuestra hipótesis principal es que únicamente cuando hay pacto entre los miembros de la expareja se puede garantizar un acuerdo de guarda compartida en condiciones de equidad».⁷⁰

Sin embargo, en el estudio de investigación empírica, el primero en España, realizado en 2014 sobre las sentencias dictadas en materia de custodia compartida por los tribunales de Barcelona por el equipo de los profesores SOLSONA, AJENJO, BRULLET y GÓMEZ-CASILLAS⁷¹, se comprobó que la prevalencia de la custodia compartida venía dada más que por la constancia de una determinada situación objetiva, por los criterios de los jueces respecto a la conveniencia de este tipo de custodia, criterios que resultaron ser muy dispares. Una de las conclusiones de este estudio fue que en los juzgados especializados, sitos en la ciudad de Barcelona (juzgados de familia), se obtenía una menor prevalencia de la custodia compartida que en los juzgados no especializados, sitos en otras áreas de la provincia de Barcelona⁷². Los autores citados concluyen que esta

⁶⁸ PARKINSON, Patrick, in “Shared Physical...” p. 412.

⁶⁹ SOLSONA PAIRÓ, Montse, Ponencia en la “Jornada sobre la Custodia Compartida y la implicación paterna en el cuidado de los hijos”, que se celebró en el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga el 21 de junio de 2021.

⁷⁰ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* p.85. En el estudio realizado constataron que la distribución de las pernoctas en la custodia compartida acordada era casi del 50/50, p. 125.

⁷¹ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* pp. 75 y ss., en especial p.104.

⁷² SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* pp. 75 y ss., en especial pp.107-118. Otros datos del estudio fueron que la franja de edad en la que la custodia compartida es más frecuente gira en torno a los 6-12 años del menor; que la guarda compartida es más frecuente cuando son dos niños, quizá, dicen, porque implica una trayectoria parental más

diversidad de criterios judiciales es determinante al evaluar la adecuación y pertinencia de las custodias compartidas. Consideran en primer lugar, que la custodia compartida pactada con igualdad de tiempo entre los padres, en términos de tiempo y responsabilidades financieras es un paradigma emergente, que, si bien no supone una garantía de equidad por la situación desigual de hombres y mujeres en el mercado laboral, sin embargo, es un progreso para la igualdad de género en relación a la custodia exclusiva de la madre. En las conclusiones llegan más lejos y hacen equivaler la custodia compartida pactada a una equidad entre padre y madre. Sin embargo, en segundo lugar, afirman que no puede considerarse como progreso la custodia compartida decidida por el juez en un procedimiento contencioso, debido a las desigualdades de género en tiempo de cuidado de los hijos y en el importe de las pensiones⁷³. Por tanto, evalúan negativamente esta opción judicial que consideran que responde a otras necesidades como la salud del hijo o de uno de los progenitores, precariedad, etcétera, y no a razones de equidad que no sería posible alcanzar por vía contenciosa⁷⁴.

Para evaluar el alcance de esta desigualdad de género basta con observar el último informe mundial de salarios (2020/21) de la OIT, según el cual el impacto de la Covid ha supuesto una pérdida salarial porcentual para las mujeres en España del 14,9, mientras que para los hombres lo ha sido del 11,3.⁷⁵ Según el informe el impacto de la crisis ha golpeado desproporcionadamente a las mujeres: «lo que podría aumentar las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado laboral y, posiblemente, acabar con los progresos realizados en los últimos años». De hecho, afirma que «las mujeres están sobrerrepresentadas entre los asalariados mínimos y submínimos». Téngase en cuenta que se partía de una brecha salarial de género que en el informe anterior (2018/2019) se había evaluado en el caso de España para el salario por horas en un 14,9%, que por regla general ganan menos las mujeres que los hombres⁷⁶; que alcanza el 23,2% si se atiende a los ingresos mensuales. No sin razón se ha afirmado que la lucha de géneros es el drama central de nuestro tiempo⁷⁷.

dilatada que cuando media un solo menor; que la situación económica es determinante pues la custodia compartida alcanza una prevalencia del 42% en rentas altas y se reduce al 24% en rentas bajas; que, sorprendentemente, tanto en el supuesto de las custodias compartidas pactadas como contenciosas es bastante más alto el porcentaje en las parejas casadas que en las parejas de hecho, quizá sea – afirman – porque se da un mayor porcentaje de estas últimas en las clases sociales más bajas, y porque puedan resolver sus controversias al margen de los tribunales.

⁷³ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* p. 146. Sin embargo, también afirman que si dejamos a un lado los casos en que el padre es declarado en rebeldía judicial, el estudio realizado refleja que las diferencias de género en tiempos de cuidado y pensiones de alimentos entre los procedimientos de mutuo acuerdo y los contenciosos se desvanecen (pp.168 y 172).

En el mismo sentido, LATHROP GÓMEZ, Fabiola, en *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, p.566, pues llega a la conclusión de que debe rechazarse la custodia compartida como régimen supletorio, exigiendo el acuerdo de los padres como requisito indispensable para que pueda darse la custodia compartida.

⁷⁴ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* pp. 172 y 187.

⁷⁵ Vid. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_762534.pdf, pp. 27, 46, 69.

⁷⁶ Vid. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_712957.pdf p.51

⁷⁷ BECK, Ulrich y BECK-GERNSHEIM, Elizabeth, *El normal caos del amor. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001, p.91.

Desde estos planteamientos se afirma que el hecho de la desigualdad del porcentaje de custodia compartidas entre distintas regiones españolas no es una consecuencia de las políticas legislativas desarrolladas en uno y otro territorio, sino un reflejo del nivel de la desigualdad de género existente en ese territorio. Es decir, si se parte de una situación en la que de forma mayoritaria solo uno de los cónyuges accede al mercado laboral, esta marcada desigualdad de género determinará un bajo porcentaje de custodias compartidas. A mayor abundamiento se señala que, por ejemplo, se podría afirmar que la legislación catalana a favor de la coparentalidad antes y después del divorcio es decisiva... «pero la estructura social obliga».⁷⁸ Por tanto, la igualdad de género determinaría el acuerdo de mantener un reparto de tiempos en el cuidado de los hijos que ya existiría antes de la ruptura.

Si bien este nuevo planteamiento enriquece el debate, creemos que podría fallar en una de sus premisas. Nos referimos al hecho de negar valor al interés superior del menor como criterio determinante a la hora de decidir sobre la custodia del niño. La igualdad de género no debería ser un criterio sustitutivo, sino más bien un criterio coadyuvante que ayudara a entender los resultados que las estadísticas aportan. Además, es un criterio de difícil aplicación en el caso de parejas del mismo sexo. Ahora bien, esta realidad no creemos que esté reñida con la aplicación del principio del interés del menor. Una cuestión es explicar por qué el porcentaje de custodias compartidas es mayor o menor, y otra distinta es determinar el criterio decisorio a la hora de fijar qué tipo de custodia debe aplicarse en un caso concreto. Además, si bien la igualdad de género es un elemento importante que influye directamente en la adopción de la custodia compartida, el interés superior del menor también lo es. Por tanto, no procede ni excluir, ni sustituir, sino sumar.

En esta línea, puede considerarse que es cierto que en ocasiones se dictan sentencias a favor de la custodia compartida cuando no existe una previa igualdad de género. Podría esgrimirse que en tal supuesto se da una falsa custodia compartida, pues por mucho que oficialmente aparezca declarada por el juez, no se corresponde con la realidad subyacente. Sin embargo, hay dos cuestiones que no debemos obviar. La primera es que la aplicación del interés superior del menor no puede quedar excluida por el hecho de que no medie una efectiva igualdad de género entre los padres. De hecho, dicha igualdad de género es muy difícil de alcanzar, y si fuera un elemento condicionante, en la mayoría de los casos quedaría preterido el interés del menor a poder disfrutar del tiempo de sus padres por partes iguales. Por el contrario, pensamos que es factible que, aunque no medie una igualdad de género, el interés del menor sea mantener una relación lo más extensa posible con sus dos progenitores, y es obligación de los progenitores supeditar sus propios intereses a los del menor.

La segunda cuestión es que partimos de una situación de discriminación estructural de la mujer, que se ha visto históricamente obligada a hacerse cargo de la custodia exclusiva del hijo, lo cual encarna en las relaciones familiares la estructura de la desigualdad de género en diversas dimensiones. Esta situación le implica a la madre la necesidad de hacer auténticos equilibrios para compaginar su vida laboral con el cuidado de sus hijos y su desarrollo personal⁷⁹. Debe

⁷⁸ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* p. 180.

⁷⁹ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* p. 177.

tenerse en consideración que en muchas ocasiones esta custodia exclusiva no es fruto de una decisión voluntaria, sino de un padre ausente, que puede haber sido declarado en rebeldía en el juicio. Pero, por otro lado, esta discriminación estructural de la mujer en el ámbito de la custodia del menor viene pareja a una discriminación estructural del padre, que de forma tradicional se ha visto excluido, por parte de la sociedad, a la hora de intervenir en la educación de sus hijos, o en su caso de limitar dicha intervención considerablemente. Por tanto, es razonable que a la hora de diseñar la política legislativa se opte por medidas que traten de paliar esta realidad⁸⁰. Es cierto que la Ley, por sí sola, resulta ineficaz para modificar situaciones estructurales, salvo que se opte por medidas drásticas, por ejemplo, la discriminación positiva. Por otro lado, desde la propia sociología se afirma que una perspectiva de género obliga a superar los patrones sexistas en todos los órdenes y evitar que se premie a un progenitor sobre otro con el cuidado de los hijos comunes por el mero hecho de tener un determinado género⁸¹. De hecho, se afirma que «cuando las mujeres salen de la esfera privada del hogar a la esfera pública del mercado laboral, la familia experimenta profundas transformaciones, no sólo en su estructura material, también a nivel económico, afectivo, emocional, sexual... haciendo emerger la reivindicación de la corresponsabilidad»⁸².

Pues bien, en el punto de partida que observamos en nuestra sociedad en la que tradicionalmente los padres han sido socialmente excluidos de intervenir en la educación de sus hijos y las madres han sido obligadas a hacerlo en exclusiva, quizá pueda ser razonable actuar legislativamente para revertir esta situación. Una forma efectiva de hacerlo es con medidas de discriminación positiva, y una de ellas podría ser establecer como punto de partida una presunción iuris tantum a favor de la custodia compartida, pues la misma cultiva el principio de igualdad entre los cónyuges⁸³. Es decir, no se trata tanto de que la realidad condicione la aplicación de la ley, sino de encontrar la medida legislativa adecuada para que la sociedad avance en la dirección que nos marque la medida que debería ser más acorde con el interés del menor conforme a los estudios psicológicos. Y una medida factible en esta línea sería esta presunción.

La situación actual es en muchas ocasiones injusta, es por ello que las medidas legislativas neutras puedan no ser suficientes para reconducirla. Partimos de una realidad social que históricamente ha discriminado al padre del cuidado de los hijos, si bien en realidad se ha tratado de una discriminación de la madre, que se ha visto obligada a cargar con el cuidado de la prole de forma exclusiva⁸⁴. Por tanto, cuando luchamos contra una discriminación (la paterna) también

⁸⁰ ORTIZ-TALLO ALARCÓN, Margarita, en la “Jornada sobre la Custodia Compartida y la implicación paterna en el cuidado de los hijos”, que se celebró en el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga el 21 de junio de 2021.

⁸¹ ALTAVA LAVALL, Manuel-Guillermo, prólogo a *La custodia compartida en España*, coord. Diego Becerril y Mar Venegas, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp.25-43, p.16.

⁸² VENEGAS, Mar y LOZANO MARTÍN, Antonio, “Cambio social y cambio en los modelos de familia: Trabajar por la igualdad”, en *La custodia compartida en España*, Coord. Diego Becerril y Mar Venegas, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, p.42

⁸³ IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa, *La custodia...* p.119. También ALBA FERRÉ, Esther, “Los problemas de la conciliación de la vida familiar y laboral en la concesión de la custodia compartida”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, n°12, pp.220-245.

⁸⁴ La conciliación real para favorecer la vida familiar y laboral de las mujeres trabajadoras exige de este tipo de medidas. De hecho, durante la pandemia en España muchas mujeres se han visto obligadas a renunciar a la actividad laboral, ya sea total o parcialmente, para dedicarse al cuidado de los hijos. Esta falta de conciliación real, implica penalizaciones en salarios y puede repercutir en la disminución de la natalidad. En todo caso resulta por

luchamos contra la otra (la materna). Puede ilustrarnos la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2018, referida anteriormente, en la cual se impuso una custodia compartida en unas circunstancias totalmente adversas para la madre⁸⁵. No obstante, mi opinión en este caso es contraria a dicha decisión judicial pues ordenar que el menor conviva con una persona que no le tiene afecto ni quiere relacionarse con él no le puede ser beneficioso y además puede resultar ser una orden infructuosa si existe una verdadera animadversión a su cumplimiento por parte del progenitor.

En esta línea, la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2079 (2015) sobre igualdad y corresponsabilidad pide a los Estados miembros (5.5) introducir en su legislación el principio de alternancia de custodia de los hijos después de una separación, y limitar las excepciones a los casos de abuso o negligencia de un niño, o la violencia doméstica y ajustar el tiempo de residencia de acuerdo a las necesidades e intereses de los niños. Esta posición a favor de la custodia compartida la estima necesaria por considerar que: «el desarrollo de la corresponsabilidad de los padres ayuda a superar los estereotipos de género sobre presuntos roles asignados a la mujer y al hombre en la familia y, simplemente refleja el desarrollo sociológico producido a lo largo del último medio siglo, en la organización de la esfera privada y familiar». Por lo que considera la custodia compartida como una herramienta útil para luchar contra la desigualdad de género⁸⁶.

todo ello justificado adoptar medidas legislativas que intenten paliar esta discriminación estructural tan extendida en nuestra sociedad.

No debemos olvidar que el artículo 18 de la Convención de los derechos del niño dice que: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por crear instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”. Finalmente, igualmente debemos tener presente que el artículo 24 de la Declaración de los Derechos Humanos recoge el derecho de toda persona al tiempo libre y descanso, lo cual es incompatible con situaciones en las que la madre se ve obligada a conllevar el trabajo fuera de casa con el cuidado exclusivo de sus hijos, mientras que el padre pretende desvincularse de ellos.

Ver: <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/doc564f3cef97f57-ConvencionDerechosNinos.pdf>; <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2018, ponente: Miguel Ángel Navarro Robles, (JUR\201846596). En este caso, el padre era funcionario público y sólo trabajaba por las mañanas, y la madre era enfermera, que trabajaba en el servicio de ambulancias de emergencias sanitarias públicas, en régimen de turnos. Tenían dos hijos, uno de ellos autista. Durante el procedimiento de divorcio se produjeron distintas circunstancias que determinaron el cambio de las peticiones de las partes. La petición final que se hizo ante la Audiencia por la madre fue que se impusiera la custodia compartida al padre, pues a ella le era imposible compaginar su vida familiar y laboral al encontrarse sola y sin ninguna ayuda disponible. Por su parte, el padre se negaba tanto a la custodia compartida como a la exclusiva de los niños, especialmente tras una trifulca que tuvo con su hijo autista. Finalmente, la sentencia fue en el sentido de imponer la custodia compartida a pesar de la negativa del padre a toda pernocta del menor en su casa. Esta sentencia ha alcanzado repercusión mediática y ha sido muy debatida. Lo cierto es que el seguimiento que se ha hecho de los niños por el tribunal ha sido muy positivo, y de hecho finalmente el padre se ha involucrado plenamente en el cuidado de sus hijos.

Caso parecido fue el resuelto por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Leganés, sentencia 55/2019, de 11 de julio de 2019, proc. 497/2018, ponente Ignacio Santiago Candal Jarrín, (nº sentencia 55/2019). Publicada en *Diario La Ley*, nº9489, Sección de Jurisprudencia, 2 de octubre de 2019, Wolters Kluwer.

⁸⁶ Vid. Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2079 (2015) sobre igualdad y corresponsabilidad en <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=22220&lang=fr> y <https://es.slideshare.net/kidetz1/resolucin-del-consejo-de-europa-2079>.

No obstante, en el momento actual se echa de menos más información sociológica y demográfica sobre los efectos de las leyes y las decisiones judiciales lo cual provoca que en muchas ocasiones «se vaya a ciegas» como ha denunciado parte de la doctrina⁸⁷. Estos estudios nos serían de gran valor para poder evaluar el impacto social real de las medidas legislativas y judiciales que se están adoptando.

Se debe buscar el equilibrio y ponderación entre los distintos factores que confluyen al decidir sobre la custodia de los menores, de esta forma consideramos que interés del menor e igualdad de género son dos factores que deben sumar y complementarse, y que defender uno de ellos no puede implicar excluir el otro. El juez debe lograr este equilibrio tomando en consideración cuál ha sido la distribución de las tareas de cuidado del menor antes de la ruptura, si ambos progenitores han colaborado de forma razonablemente equilibrada en la crianza de su hijo, esa distribución de tareas deber ser un indicador de que se está actuando con criterios de igualdad de género. Por tanto, aunque la ruptura posterior no fuera consensuada, el interés superior del menor exige aceptar dicha práctica previa como un indicio a favor de la custodia compartida del menor. Además, podría darse otra hipótesis a considerar, se trata del caso en el que no se hubiese alcanzado previamente dicho nivel de equilibrio en la distribución de las tareas, pero el padre hubiera estado presente y hubiera quedado acreditada su actitud colaborativa a la distribución equitativa del cuidado del menor, por ejemplo, mediante el informe del especialista (psicólogo forense, preferiblemente). En tal caso, el juez puede considerar que la custodia compartida es lo mejor para el menor al garantizar su máximo acceso a sus dos padres. En este supuesto no creemos que la falta de acuerdo en la ruptura sea suficiente para neutralizar la aplicación del interés superior del menor observado por el juez y negar la custodia compartida. En todo caso, si en la práctica estas medidas no prosperan, pueden ser modificadas. En realidad la custodia compartida no se puede configurar como cuestión de ideología, sino como cuestión de cariño hacia los hijos⁸⁸.

De esta forma, la igualdad de género debe funcionar como un límite a la hora de ponderar el interés del menor, pues si resulta evidente que uno de los progenitores ni presenta una trayectoria previa de colaboración equitativa en las tareas de cuidado de sus hijos, ni queda acreditado por informes de especialistas que su actitud es favorable a asumir dicha distribución tras la ruptura, no debería imponerse una custodia compartida.

Por otro lado, este debate hace revivir una larga polémica que nunca ha dejado de estar presente. Nos referimos a la interpretación que puede hacerse del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas como «la» única consideración primordial, o «una» consideración primordial que coexistiría con «otras» consideraciones primordiales, en concreto en este caso, la igualdad de género⁸⁹.

⁸⁷ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* Esta ceguera no es solo respecto a la evolución posterior a la decisión sobre la custodia, sino también sobre las circunstancias en la que esta es decidida: “De modo que no es posible – a día de hoy – hacer un análisis exhaustivo de la custodia compartida, teniendo en cuenta las características económicas, laborales o educativas de los progenitores por inexistencia de datos.” pp.77 y 94.

⁸⁸ ALTAVA LAVALL, Manuel-Guillermo, ob. cit. p.18.

⁸⁹ Nos hemos referido a esta cuestión en la primera parte de este artículo, también puede consultarse: DE TORRES PEREA, José Manuel, “Best Interest of the Child: “a” or “the” Primary Consideration?” *The Routledge International*

Nos referimos ahora a la otra cuestión planteada desde la teoría sociológica, según la cual la ley no es una herramienta útil para modificar la realidad social, y que la alteración del porcentaje de la custodia compartida no se debería a la actuación legislativa sino a la realidad social. En concreto afirman: «Hasta donde llega nuestro conocimiento, ninguna comunidad autónoma ni ningún país que ha legislado a favor de la custodia compartida en equidad por defecto ha conseguido que dicha modalidad fuera la mayoritaria en las sentencias, ni en las prácticas judiciales, ni en las prácticas reales de coparentabilidad en la ruptura»⁹⁰. Creemos que dichas afirmaciones deben ser matizadas. De nuevo, no creemos que estemos ante factores excluyentes, sino concurrentes, el impulso legislativo y la realidad social coexisten e influyen en el devenir de los comportamientos sociales. Otros sociólogos como Becerril y Jiménez Cabello llegan justo a la conclusión contraria. De hecho, en su estudio concluyen que la existencia de un sistema jurídico que favorezca de alguna manera la concesión de la custodia compartida aumenta su presencia⁹¹. Además, esta conclusión afirman que coincide con varias investigaciones internacionales⁹².

Nos queda por analizar un punto central del planteamiento sociológico que estamos comentando, pues como ya hemos visto se llega a cuestionar que el interés del menor sea el factor decisorio en materia de custodia. Se afirma que la falta de precisión e indeterminación propias del interés del menor impiden que se pueda considerar como criterio decisorio fiable por la discrecionalidad e incluso arbitrariedad a la que podría dar lugar⁹³. A partir de aquí se afirma que la igualdad de género sí es un factor objetivo que permite evaluar cuando se dan las circunstancias para que una custodia compartida sea viable.

Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child, Coord. Torres Perea, J.M.; Kruk, Edward y Ortiz-Tallo, Margarita, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp. 51-62.

⁹⁰ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* p.180.

⁹¹ BECERRIL RUÍZ, Diego y JIMÉNEZ-CABELLO, José “Legislation and Family: Divorce and Granting of Custody”, *The Routledge International Handbook on shared parenting and best interest of the child*, Coord. Torres Perea, José Manuel; Kruk, Edward y Ortiz-Tallo, Margarita, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, (pp.157-169), p.167. También JIMÉNEZ-CABELLO, José Manuel, BECERRIL RUIZ, Diego y GARCÍA-MORENO, José M., “La relación entre reformas legales y la asignación de custodia compartida en España (2007-2017)”, *Revista española de ciencia política*, nº 53, 2002, (pp.119-142), pp.137-139.

⁹² ALLEN Douglas W. y BRINIG, Margaret, “Do joint parenting laws make any difference?” *Journal of empirical legal studies* 2011; 8: 304-324; ATTENEDER, Christine, HALLA, Martin, “Bargaining at divorce: The allocation of custody”. *IZA Discussion Paper* 2007; 2544, pp.1-31; y BÖHEIM, René, FRANCESCONI, Marco, HALLA, Martin, “Does custody law affect family behavior in and out of marriage?”, *IZA Discussion Paper* 2002; 7064, pp.1-37.

⁹³ De hecho, en el estudio sobre las sentencias dictadas en materia de custodia compartida realizado por SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia...* p.104, se afirma que la prevalencia de la custodia compartida venía dada más que por la constancia de una determinada situación objetiva, por los criterios de los jueces respecto a la conveniencia de este tipo de custodia, criterios que resultaron ser muy dispares. De hecho, se recogieron dichos criterios en las conversaciones que se tuvieron con los jueces en el trabajo de campo realizado, y al respecto afirman los autores del estudio: «En unos casos se consideraba poco indicada para los menores de seis años la custodia compartida. En otros, al contrario, el principio imperativo de repartir la responsabilidad de cuidado entre ambos progenitores aconsejaba otorgar la custodia compartida a cualquier edad. En otros, el juez/a opinaba que en general el cuidado de menores no era el motivo de la discusión entre los miembros de la pareja, sino que las dificultades para el consenso provenían de cuestiones económicas... Un último ejemplo que corrobora la gran disparidad de criterios entre los jueces y juezas de Barcelona es la consideración por parte de un juez de que la propia ley española de 2005, también conocida como “divorcio exprés” es poco menos que una barbaridad...»

Esta crítica debe matizarse, si bien el interés del menor presenta una formulación abierta, su aplicación al caso concreto debe ser precisa. De hecho la reforma de 2015 ha aportado una pautas claras y útiles al determinar el interés del menor, se trata de criterios que vienen a coincidir con los que ya en su día señaló el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de octubre de 2009⁹⁴. Estos criterios han de ser aplicados por el juez en cada caso, de forma que debe justificar su valoración del interés del menor en los mismos de forma detallada⁹⁵. Además, dicha valoración del juez deberá estar fundada en el informe de los expertos que hayan evaluado al menor y sus padres, ya sea psicólogo forense, de parte u otro especialista. Esta aplicación de la ley debe realizarse teniendo en cuenta que en última instancia el interés del menor viene dado por su integridad moral y las medidas que beneficien su estabilidad emocional. En el caso de que el juez no hubiera tomado su decisión siguiendo estas pautas, probablemente no habría fundado su decisión en el interés del menor, sino que simplemente se hubiera limitado a mencionarlo y podría recurrirse la decisión. En todo caso el hecho de que medie una situación de igualdad de género tampoco es una garantía de que la custodia compartida sea deseable, pues el menor podría caer en manos de personas que ni lo quieren cuidar, ni tienen ningún afecto por él.

8. Conclusión

La situación actual de la custodia compartida se caracteriza por una bipolarización a nivel global causada por dos posiciones enfrentadas que están condicionando la actividad jurídica y política. Las dos cuestiones que se discuten son: por un lado, si la custodia compartida debe ser consecuencia de una previa situación de igualdad de género, siendo este el verdadero factor a considerar, o si por el contrario el factor prioritario debe ser el interés superior del menor, por lo que podría darse la custodia compartida aun no mediando dicha situación de igualdad de género. Por otro lado, se discute si el legislador debería establecer una presunción iuris tantum a favor de la custodia compartida como punto de partida siempre que no mediase violencia; o si dicha opción debería ser absolutamente proscrita por el riesgo que genera.

Empezando por la segunda cuestión, en este artículo se han tratado las tres objeciones que generalmente se esgrimen para negar preferencia a la custodia compartida. Respecto a las dos primeras creemos que no son obstáculos insuperables. Por un lado, el hecho de que el interés del menor sea la consideración primordial a considerar no es incompatible con una presunción iuris tantum a favor de la custodia compartida, pues dicha presunción se limita a aportar un punto de partida. Aquí nos parece acertada la posición del TEDH al señalar que lo que no permite el interés del menor es que legalmente se establezca de forma automática un determinado régimen de custodia, sin ir más allá. Respecto a la segunda objeción, según la cual la custodia compartida es incompatible con aquella situación en la que no medie armonía entre los cónyuges, consideramos que ya se ha realizado un suficiente número de estudios para sacar conclusiones.

⁹⁴ STS de 8 de octubre de 2009, Ponente Encarna Roca i Trias, (RJ 2009\4606).

⁹⁵ Se trata de los criterios generales recogidos en el artículo 2.2 y los elementos generales de ponderación del artículo 2.3 de la Ley 1/1996 Orgánica de Protección Jurídica del menor de 15 de enero de 1996, introducidos por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. La aplicación de estos criterios al caso específico permite concretar el interés del menor. El juez en su sentencia debería motivar su valoración del interés del menor en el análisis detallado y pormenorizado de estos criterios, conforme a los informes realizados por los especialistas. El problema que aún hoy nos encontramos es que en muchas ocasiones, este escrutinio detallado no se realiza en sede judicial.

En este punto nos remitimos a dichos estudios y al criterio de los especialistas, pues se trata de una materia que excede el ámbito jurídico. Tal como se ha reflejado, dichos estudios afirman que el hecho de que existan tensiones entre los padres tras su separación no debe ser óbice para rechazar la custodia compartida, pues el interés del menor es compatible con cierto grado de tensión, cuando se considera que el bien del niño es mantener el más amplio contacto posible con sus dos progenitores en todo momento, antes y después de la ruptura. Además, exigir armonía para permitir la custodia compartida puede implicar desconocer la realidad, pues toda ruptura causa presiones que condicionan la vida de los excónyuges.

Sin embargo, no hemos llegado a una conclusión con respecto a la tercera objeción por carecerse de datos contrastados suficientes para evaluar el alcance del supuesto. Se afirma que otorgar preferencia a la custodia compartida equivale a abrir una vía para que los maltratadores tengan acceso a la guarda de sus hijos poniéndolos en riesgo. Evidentemente, no se trata de una cuestión jurídica, por lo que no puede ser evaluada con criterios jurídicos. En este punto se trata de establecer cuál es el margen de riesgo que el sistema puede soportar a la hora de encontrar un equilibrio entre el interés del menor y la posibilidad de violencia. Podría plantearse que el hecho de existir un único caso de violencia de género entre cientos de miles debería ser suficiente para negar toda posible prioridad a la custodia compartida. Si bien aplicando el criterio hermenéutico de ponderación de la equidad (art.3 CC) parece que esta no sería una opción muy equilibrada teniendo en cuenta el contrapeso de la balanza, es decir, el interés superior del menor. Igualmente podría afirmarse que la mera interposición de una denuncia debería ser suficiente para negar este tipo de custodia, lo cual podría también ser poco equilibrado. Ahora bien, para determinar cuál sería el porcentaje de riesgo que se debería admitir, el legislador debería de disponer de estudios sociológicos y demográficos de los que carecemos. Se debe profundizar en una línea de investigación que hasta la fecha ha estado preterida, esto es en el seguimiento de la situación de los niños tras la decisión judicial sobre su custodia. Solo de esta forma podríamos tener cifras certeras y podríamos evaluar el nivel del riesgo real que tratamos. Intentar establecer un criterio sin disponer de esta información equivale a verter una mera opinión sin trascendencia científica. Lo cierto es que tanto el interés superior del menor, como la protección de la mujer de todo tipo de violencia son dos principios básicos de nuestro ordenamiento que no debemos enfrentar, sino coordinar. Por todo ello, consideramos que a día de hoy esta objeción se mantiene, pero ante la pregunta de si esto implica que la presunción debe limitar su ámbito de aplicación a los supuestos en los que no haya mediado violencia ni denuncia de violencia, o si directamente debería suprimirse, tampoco encontramos respuestas certeras. Simplemente es una cuestión que queda abierta, pendiente de investigaciones futuras. Actualmente podemos argumentar válidamente tanto en el sentido de considerar que, sin mediar violencia acreditada o violencia denunciada, debería aplicarse la presunción, como en sentido contrario.

En todo caso, concluimos que el artículo 92.8 del Código Civil debe ser modificado para erradicar la expresión «excepcionalmente» de su texto, ya que la custodia compartida no puede considerarse legalmente como una medida excepcional a falta de acuerdo entre los padres. Si bien puede discutirse su carácter preferente, lo que no se puede negar es que, de no preverse una presunción en la Ley, la única alternativa legal viable es tratar en pie de igualdad la custodia compartida y la custodia exclusiva. No obstante, mi opinión es que se debería introducir una presunción legal *iuris tantum* a favor del interés del menor exceptuando el supuesto de violencia. Se trataría de un simple punto de partida que no impediría el análisis detallado del caso y la aplicación de los criterios legales previstos para valorar el interés del menor. No obstante este punto de partida sería necesario para ser coherentes y adecuar la ley a la Convención de los

derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 que en su artículo 9 de forma clara dice que el menor debe vivir con sus padres de los que solo puede ser separado excepcionalmente y que en caso de separación los Estados parte deben respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular; añadiendo en el artículo 18 que incumbe a ambos padres la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño y que su preocupación fundamental será el interés superior del niño⁹⁶.

Entrando ya en el segundo tema objeto de estudio, si la custodia compartida debe ser consecuencia de una situación previa de igualdad de género, siendo este el verdadero factor a considerar, o si por el contrario el factor prioritario debe ser el interés superior del menor, por lo que podría darse la custodia compartida aun no mediando dicha situación de igualdad de género, cabe decir que de nuevo nos vemos faltos de datos que permitan sacar conclusiones claras y esta falta de datos nos puede obligar a ir a ciegas. Si tuviéramos datos suficientes, aportados por estudios sociológicos y demográficos, sobre la evolución de las custodias tras la decisión judicial, podríamos comprobar si los resultados alcanzados se corresponden con los augurados en los textos doctrinales sociológicos que hemos analizado. Pero sin dichos estudios puede resultar arriesgado afirmar que la custodia compartida solo puede darse cuando medie una igualdad de género manifestada por el acuerdo entre los padres. En estas circunstancias parece más sensato seguir los criterios que centran esta materia en el interés del menor y no en la igualdad de género. Por tanto, a día de hoy parece más razonable mantener las posiciones ya consolidadas. El interés del menor, tanto desde el punto de vista del Derecho como de la Psicología, ha sido, es y seguirá siendo un factor esencial y clave para decidir sobre la custodia del menor. La alegada falta de concreción y precisión del interés del menor no es argumento para negar su impacto, de hecho, la reforma de 2015 ha aportado unos criterios muy útiles para su determinación, el problema es que los jueces en muchas ocasiones no los aplican. La igualdad de género aporta un enfoque alternativo sobre la custodia compartida que ha llegado para quedarse, enfoque que obliga a realizar un trabajo de estudio sociológico y demográfico ingente, pues está casi todo por hacer. Encontrar un equilibrio entre estos dos factores, que ayude a sumar y no sea excluyente, es la

⁹⁶ De hecho, en el artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas se refiere la obligación de los Estados Partes a poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Reiterando que “Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

Por su parte el artículo 11.2.b de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/96 prevé para el caso de separación del menor de sus padres, que deberá vivir preferencialmente con una familia, lo cual implicará normalmente vivir con dos referentes paternos. Esta preferencia legal por la familia, viene a funcionar como una segunda presunción a favor de la convivencia del menor con sus dos referentes paternos.

tarea pendiente⁹⁷. En todo caso, un cauce para navegar hacia dicho objetivo debe ser el fomento del llamado derecho colaborativo, basado en los principios de la mediación⁹⁸.

9. Bibliografía

ALBA FERRÉ, Esther, “Los problemas de la conciliación de la vida familiar y laboral en la concesión de la custodia compartida”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, nº12, 2020, pp. 220-245.

W. ALLEN, Douglas/BRINIG, Margaret, “Do joint parenting laws make any difference?” *Journal of empirical legal studies*; n.8, 2011, 304-324.

ALTAVA LAVALL, Manuel-Guillermo, prólogo a *La custodia compartida en España*, coord. BECERRIL, Diego/VENEGAS, Mar, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp.13-18.

ATTENEDER, Christine/HALLA, Martin, “Bargaining at divorce: The allocation of custody”. *IZA Discussion Paper*; 2544, 2007, pp. 1-31.

BAINHAM, Andrew/GILMORE, Stephen, “The English children and families Act 2014”, 46 *VUWLR*, pp. 627-648, 2015, p.633.

BAREA PAYUETA, Consuelo, *Los inconvenientes de la custodia compartida*, Ediciones CBP, Madrid, 2012.

BECERRIL RUÍZ, Diego/JIMÉNEZ-CABELLO, José, “Legislation and Family: divorce and granting of custody”, en TORRES PEREA, José Manuel/KRUK, Edward/ORTIZ-TALLO, Margarita (coords.), *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp.157-169.

BECK, Ulrich/BECK-GERNSHEIM, Elizabeth, *El normal caos del amor. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001.

BEYERLEIN, Peter, “Informational physiology of individual development”, *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, en TORRES PEREA, José Manuel/KRUK, Edward/ORTIZ-TALLO, Margarita (coords.), *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp.129-141.

Encarna BODELÓN, “La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares”, en PICONTO NOVALES, María

⁹⁷ Igualmente, en el futuro deberá atenderse a nuevas disciplinas científicas que se abren paso y aportan enfoques insospechados hasta fechas recientes. Nos referimos a los campos de la bioquímica, la psicobiología, la epigenética y la biología del desarrollo que se propone aplicar a la hora de evaluar el interés del menor en relación con su custodia. A esta materia se dedican el capítulo 10, por BEYERLEIN, Peter, “Informational physiology of individual development”, y el capítulo 11, por VEZZETTI, Vittorio Carlo, “Shared parenting as a protective factor in children’s and adults’ health”, en *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Coord. Torres Perea, José Manuel; Kruk, Edward y Ortiz-Tallo, Margarita, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, (respectivamente, pp.129-141 y pp.142-154).

⁹⁸ Desarrolla la propuesta ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, en *Nadie pierde: guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales*. Ed. Dykinson, Madrid, 2018, p.241. Respecto a la mediación como técnica alternativa, véase ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual, *La justicia sin jueces*, Ed. Ariel, 2018.

Teresa/ALMEDA i SAMARANCH, Elisabet (coords.) *La custodia compartida a debate*. Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pp.131-154.

BÖHEIM, René/FRANCESCONI Marco/HALLA, Martin, “Does custody law affect family behavior in and out of marriage?”, *IZA Discussion Paper*; no. 7064, 2002, pp.1-37.

DE SIMONE, Tracey, “The friendly parent provisions in Australian family law –How friendly will you need to be?”, *Australian Journal of Family Law*, 22, 2008, pp. 56-71.

DE TORRES PEREA, José Manuel, “Best Interest of the Child: “a” or “the” Primary Consideration?” en TORRES PEREA, José Manuel/KRUK, Edward/ORTIZ-TALLO, Margarita (coords.), *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp. 51-62.

DE TORRES PEREA, José Manuel, “Recent development of Shared Parenting in Western Countries”, *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*. en TORRES PEREA, José Manuel/KRUK, Edward/ORTIZ-TALLO, Margarita (coords.), *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp. 355-369.

DE TORRES PEREA, José Manuel, *Diario La Ley*, nº8737, 2016, pp.1-22.

DE TORRES PEREA, José Manuel, “Custodia compartida una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *InDret*, 4.2011, 2011.

DOMÍNGUEZ OLIVEROS, Inmaculada, ¿Custodia compartida preferente o interés del menor?: marco normativo o praxis judicial, Ed. *Tirant lo blanch*, Valencia, 2018.

EKELAAR, John, “Beyond the Welfare Principle”, in *Child and Family Law Quarterly*, 2002, pp.237-250.

ELSTER, Jon, “Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child”, 54 (1) *U Chicago L Rev* 1, 1987, pp.1-45.

ESPÍN ALBA, Isabel, “Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol.21, diciembre, 2019, pp.65-86.

ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *Nadie pierde: guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.

FABRICIUS, William V./AARON, Michael/AKINS, Faren R./ASSINI, John J./MCELROY, Tracy, “What Happens When There Is Presumptive 50/50 Parenting Time? An Evaluation of Arizona’s New Child Custody Statute”, *Journal of Divorce & Remarriage*, n.59, 5, April, 2018, pp.414-428.

GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen/SOLÉ RESINA, Judith, *Custodia compartida. Derechos de los hijos y los padres*, Pamplona, Ed. Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2005.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, (2010), “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, *InDret* 3/2010, pp.1-21.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa, *Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 125-175, 2019.

JIMÉNEZ-CABELLO, José Manuel/BECERRIL RUIZ, Diego/GARCÍA-MORENO, José M., “La relación entre reformas legales y la asignación de custodia compartida en España (2007-2017)”, *Revista española de ciencia política*, nº 53, 2020, pp.119-142.

KAGANAS, Felicity, “Parental involvement: a discretionary presumption”, *Legal Studies*, 38, 2018, pp.549-570.

KASPIEW, Rae/GRAY, Matthew/WESTON, Ruth/MOLONEY, Lawrie/HAND, Kelly/QU, Lixia, *Evaluation of the 2006 Family Law Reforms*, Melbourne, Australian Institute of Family Studies, 2009, pp. 12-20.

KRUK, Edward, “Arguments against a Presumption of Shared Physical Custody in Family Law”, *Journal of Divorce & Remarriage*, April 2018, pp. 1-12.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.

LAUROBA LACASA, Elena, “Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta del Código Civil Catalán”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol.110, nº2, 201, pp.313-344.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, “El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: La novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida”, *Rev. Bol. de derecho*, nº 19, enero, 2015, pp.206-235.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, 2017.

MARÍN RULLÁN, Marta, “La influencia de las actitudes parentales sobre el bienestar del menor y la elección preferente de la custodia compartida: una disertación”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol.15, 2015, pp.73-89.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, *La guarda y custodia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ SANCHÍS, Nuria, “La incidencia de las malas relaciones entre los progenitores a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº9, 2018, pp.402-417

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 1997, pp.297-326.

MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, “Régimen jurídico de la custodia compartida: El interés del menor”, en *La custodia compartida en España*, coord. Diego Becerril y Mar Venegas, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp.93-108.

NIELSEN, Linda, “Joint versus Sole Physical Custody: Outcomes for children in 60 studies independent of income and conflict”, *Journal of Child Custody*, 15, 2018, pp.35-54.

NIELSEN, Linda, “Joint versus Sole Physical Custody: Which is best for children?” *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, en TORRES PEREA, José Manuel/KRUK, Edward/ORTIZ-TALLO, Margarita (coords.), *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp. 40-50.

ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual, *La justicia sin jueces*, Ed. Ariel, Barcelona, 2018.

PARKINSON, Patrick, “Shared Physical Custody: What Can We Learn From Australian Law Reform?”, *Journal of Divorce and Remarriage*, published online: 10 Apr 2018, DOI: 10.1080/10502556.2018.1454197, pp.401-413.

PARKINSON, Patrick, *Family Law and the indissolubility of parenthood*, Cambridge University Press, New York, 2011.

PASCAL, Julie, *Les perspectives d'évolution du droit de la filiation en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant*, Ed. *Le petit Juriste*, 2013, p.14-15.

PÉREZ CONESA, Carmen, *La Custodia Compartida*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*, Ed. Reus, Madrid, 2011.

SOLSONA PAIRÓ, Montse/AJENJO COSP, Marc/BRULLET TENAS, Cristina/GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales ¿Pacto de pareja? ¿Equidad de género?*, Ed. Icaria Antrazyt, Ulzama, Navarra, 2020.

TENA PAZUELO, Isaac, “Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida”, *Revista de Derecho Civil*, Vol.5, nº1, enero-marzo, 2018, pp.99-131.

VAN BUEREN, Geraldine, *Child Rights in Europe, Convergence and divergence in judicial protection*, Ed. Council of Europe, 2007, p.32.

VENEGAS, Mar/LOZANO MARTÍN, Antonio, “Cambio social y cambio en los modelos de familia: Trabajar por la igualdad”, en BECERRIL, DIEGO/ VENEGAS, Mar (coords.), *La custodia compartida en España*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp.25-43.

VEZZETTI, Vittorio Carlo, “Shared parenting as a protective factor in children’s and adults’ health”, en TORRES PEREA, José Manuel/KRUK, Edward/ORTIZ-TALLO, Margarita (coords.), *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp.142-154.

WIDRIG, Martin, “Das Bundesgericht erhebt die aternierende Obhut zur Regel. Besprechung der Urteile des Bundesgerichts 5^a_367/2020 und 5A_629/2019 von 13 November 2020”, *Sui Generis*, 2021, (2/6/21), pp.197-207.

ZERMATTEN, Jean, “The Best Interests of the Child Literal Analysis, Function and Implementation”, working report, *Institut International des Droits de l'enfant*, 2010, pp.1-27.