

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y GENERALIZACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA¹

Isaac Tena Piazuolo

Profesor Titular Derecho Civil²
Universidad de Zaragoza

TITLE: *Undefined legal concepts and the widespread application of joint custody*

RESUMEN: Parece que en la sociedad española se está produciendo una creciente aceptación de la custodia compartida. Y nuestros tribunales (singularmente el Tribunal Supremo) han generalizado progresivamente la adopción de esta medida, a pesar de que queda limitada por la literalidad del art. 92 CC. Aquel resultado se está logrando mediante una particular técnica de concreción de *conceptos jurídicos indeterminados*, contenidos en las previsiones del Código civil sobre atribución de la guarda. Fundamentalmente se trata de la interpretación del *interés del menor*. También así se palía, en buena medida, la ausencia de una ley que lleve al Código la custodia compartida como regla general.

ABSTRACT: *The acceptance of the joint custody seems to be widespread among the Spanish society. Our courts (in particular, the Supreme Court) have gradually mainstreamed the adoption of this measure, despite being limited by the article 92 of the Spanish civil code (CC). This is accomplished through the specification of undefined legal concepts regarding the child custody assignment contained in the CC, and mainly by ascertaining the interest of the child. Consequently, we can claim that, to a large extent, the absence of a law that inserts the joint custody in the civil code as a general rule, is mitigated.*

PALABRAS CLAVE: Separación, divorcio, interés superior del menor, custodia exclusiva, custodia compartida, conceptos jurídicos indeterminados.

KEY WORDS: *Separation, divorce, best interest of the child, sole legal custody, joint custody, undefined legal concepts.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. 3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DEL DERECHO APLICABLE. 3.1. *Derecho aplicable*. 3.1.1 Derecho común. 3.1.2 Los derechos territoriales o forales. 3.2. *La evolución del Derecho positivo*. 3.3. *Evolución de la interpretación del Derecho aplicado*. 3.3.1 El Tribunal Constitucional. 3.3.2 El Tribunal Supremo. 4. CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

¹ Este trabajo se ha realizado en el ámbito del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiaee» (IP: C. Martínez de Aguirre).

² Acreditado a catedrático.

1. INTRODUCCIÓN

A modo de proemio, he de explicar que la oportunidad de este breve trabajo se debe principalmente a la sorpresa (poco sorprendente, salvo para colectivos especialmente interesados en la cuestión³) que ha podido producir la noticia de que el Gobierno actual no va a impulsar la reforma de la custodia compartida, que lleva tiempo esperando trámite parlamentario expedito⁴. Y, sin embargo (aunque es evidente que

³ Principalmente las asociaciones de progenitores separados y divorciados, pero no solo ellos: para algunos, la custodia compartida es una cuestión de derechos humanos. Afirmación que puede parecer demasiado radical, pero para la que se busca alguna justificación desde puntos de vista bien distintos. Cfr. http://www.sospapa.es/ver_noticia.php?id=528 «La custodia compartida como violación de la Convención Europea de Derechos del Niño» [Consulta: 19 enero 2018]; cfr. <http://observatoriojyg.org/index.php/298-doctrina/2-mujeres-en-las-familias/7-relaciones-paterno/763-derecho-de-custodia-neutralidad-de-genero-derechos-humanos-de-la-mujer-e-interes-superior-del-nino-o-nina> [Consulta: 19 enero 2018] y el planteamiento más extenso, por parte de la misma autora (quien fue Ministra de la Mujer, en Perú) de esa página web: HUAITA ALEGRE, M., «Derecho de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de la mujer e interés superior del niño o niña», *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones, Lom, 1999. Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 11 de octubre de 2016 (23298/12 Iglesias v. España)

⁴ «Este proyecto de ley no vio la luz en la legislatura pasada, en opinión de muchos expertos, por la presión ejercida por determinados grupos sobre el poder legislativo ('La presión social e intereses asociativos impiden la aprobación de una ley de guarda y custodia compartida', entrevista a Juan Pablo González del Pozo y Ángel Luis Campo Izquierdo, magistrados de familia, Diario La Ley, Nº 8701, 12 de febrero de 2016)». Cfr. GÓMEZ MEJÍAS, A.M^a, «La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave», La Ley, Nº 8734/2016.

Al parecer, la reforma proyectada va a quedar en vía muerta. Algunos titulares de prensa son bastante significativos: «El Gobierno frena la ley de custodia compartida ante la falta de apoyos» (http://www.abc.es/sociedad/abci-gobierno-frena-ley-custodia-compartida-ante-falta-apoyos-201711221222_noticia.html) [Consulta: 22 noviembre 2017]; aludiendo a las palabras de la ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en sesión de control al Gobierno por el Congreso, el pasado mes de diciembre.

Con independencia de los avatares políticos, los «Abogados de familia piden una legislación nacional sobre custodia compartida» (<http://www.lavanguardia.com/local/sevilla/20171110/432763473031/abogados-reclaman-una-legislacion-nacional-sobre-custodia-compartida.html>). Noticia publicada el 10/11/2017, en relación con las «VI Jornadas Derecho de Familia ICAC-AEFA» que se estaban celebrando en Cádiz en esas fechas. Las declaraciones de la presidenta de la Asociación Española de Abogados de Familia (recogidas en aquella información) se refieren a la necesidad de una jurisdicción especial de familia, y una legislación nacional sobre custodia compartida «para evitar las diferencias que actualmente existen entre distintas comunidades autónomas e incluso provincias»: «Desde AEFA consideramos que no se respeta el principio de igualdad del ciudadano ante la ley ya que viene determinado por su lugar de residencia, donde no se dan las mismas infraestructuras. Es así porque no todo el territorio español tiene la misma Planta Judicial y esto afecta no solo a la celeridad, sino también a la seguridad jurídica. Por eso es necesario que se aborde, de una vez, la creación e implantación de una jurisdicción de Familia propia, independiente a la jurisdicción Civil». También puede seguirse esta información en otros medios, en la misma fecha: https://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2017-11-10/abogados-de-familia-piden-una-legislacion-nacional-sobre-custodia-compartida_1363346/; <https://www.portaldecadiz.com/provinciacadiz/29416-los-abogados-de-cadiz-ponen-de-manifiesto-la-falta-de-infraestructuras-y-la-desigualdad-territorial-en-el-derecho-de-familia>. No muchos días después,

no se trata de una contraposición en el mismo plano, que por ello viniera a constituir una especie de agravio), «El Congreso apoya que los jueces decidan la custodia compartida de las mascotas»⁵. Resulta difícil sustraerse a una actualidad de la custodia compartida que lleva camino de convertirse en un lugar común entre las cuestiones jurídicas que interesan realmente a la ciudadanía (tanto como a quienes, por dedicación profesional, tenemos una especial sensibilidad hacia los problemas jurídicos)⁶. Con algunos botones de muestra bastará. Nombres (y los dramas personales que con ellos se identifican) como el de Juana Rivas o M^a José Carrascosa (a pesar del inevitable carácter efímero de la información que se consume de manera masiva) han tenido un lugar reservado en los medios de comunicación durante meses, y noticias más puntuales (como algunas alertas cuando un padre o madre, en circunstancias de especial riesgo, haya retrasado la entrega de los hijos al otro progenitor) pueden tener un importante eco en los informativos⁷.

Aquel interés tiene un correlativo desarrollo de la litigiosidad sobre la custodia de los hijos, polarizado de un lado por la influencia constante del fenómeno de la ruptura de pareja en nuestro país (aunque, obviamente, no se trata de algo exclusivo del contexto

en parecido sentido: «Es necesaria una verdadera jurisdicción de Familia porque la materia a tratar es delicada»; «Contar con una jurisdicción propia significaría que existan jueces, fiscales y abogados especializados en derecho de familia» (F. Hernández Espino, vocal de la Asociación Española de Abogados de Familia, presentación de las VI Jornadas sobre Derecho de Familia de Colegio de Abogados de Burgos, cfr. http://www.elcorreodeburgos.com/noticias/burgos/abogados-reclaman-jurisdiccion-propia-familia_165887.html [Consulta: 19 enero 2018]).

⁵ Titular (http://www.abc.es/sociedad/abci-congreso-apoya-jueces-decidan-custodia-compartida-mascotas-201712121604_noticia.html) fechado el 12 de diciembre de 2017. Se refiere a la aprobación por el Congreso de una Proposición de Ley para reformar el Código Civil, la Ley Hipotecaria y la de Enjuiciamiento Civil, en cuanto al régimen jurídico de los animales. Aunque la idea deberá seguir su trámite parlamentario, tiene de entrada un enorme interés. Pues entre las modificaciones que se propone introducir en el Código civil se añadiría, dentro del art. 90 (relativo al convenio regulador de una ruptura de pareja), que al juez le corresponde determinar «el destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute si fuere necesario». También se introduciría un nuevo artículo 94 bis, disponiendo que «la autoridad judicial confiará los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar animal».

⁶ La importancia que le concede la doctrina científica es paralela, alumbrando una sobreabundancia bibliográfica (que en este trabajo tratará de obviarse, limitando en lo posible las referencias a las más actuales).

⁷ La preocupación por la custodia compartida, es evidente, no constituye una cuestión española, ni tan siquiera europea: «2017, año de la promoción de la custodia compartida en los Estados Unidos. Más de 25 estados de la Unión han aprobado leyes que impulsan la crianza compartida tras los fracasos matrimoniales. Muchas de ellas apuestan por el modelo de coparentalidad aun en los casos en los que los progenitores no estén de acuerdo» (cfr. <https://www.actuall.com/familia/2017-ano-de-la-promocion-de-la-custodia-compartida-en-los-estados-unidos/> [Consulta: 17 diciembre 2017]).

En ocasiones se trata de planteamientos que parecen (si adoptamos un poco de perspectiva) sorprendentemente nuevos, una especie de vuelta de tuerca más en la problemática de la custodia compartida, como la cuestión apuntada sobre custodia compartida de las mascotas.

español). Y, de otro lado, por el progresivo cambio de criterio de nuestros tribunales al entender el sentido de las medidas de reparto de la guarda de los hijos. Sin olvidar algunos factores relativos⁸, como una mayor predisposición negociadora que goza del favor de la sensibilidad social. En suma, hemos venido viendo una constante progresión de los porcentajes de custodia compartida: según el INE, durante 2016, la custodia compartida de los hijos fue otorgada en el 28,3 % de los casos de divorcio y separación, frente al 24,7 % del año anterior⁹. El problema –si lo es- es que no resulta fácil explicar tal evolución, como mero resultado del tenor literal de los textos legales que se aplican. La cuestión, a la que dedico estas páginas, es cómo se ha resuelto por el Tribunal Supremo español la interpretación de algunos conceptos jurídicos indeterminados contenidos en el art. 92 CC. Una cuestión en este momento provisional, mientras no se adapte la literalidad de la ley al sentido que parece que debe dársele tal como se aprecia por la realidad social del país (por más difícil que resulte de interpretar de manera inequívoca). Pero que, en último término, resulta muy difícil de resolver de manera definitiva. Ni siquiera creo que conviniera hacerlo, pues la seguridad de los dogmatismos o automatismos legales no se aviene forzosamente con la riqueza de supuestos que proporcionan las relaciones familiares en realidad. Y ahora, como sucederá igualmente tras una eventual reforma de los textos legales, la problemática relativa a la distribución de la custodia de los hijos puede abordarse (cuando tengan que acordarla los jueces) con recursos complementarios (como ciertos estándares jurídicos). La adopción de las medidas oportunas creo que puede ponderarse sacando provecho del significado y función de la técnica de los principios jurídicos indeterminados (pues resultan una ayuda, no un inconveniente). Y mediatamente, tal vez, con una redefinición de la jurisdicción de familia¹⁰.

2. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Resulta costoso¹¹ intentar ofrecer un planteamiento sintético de una noción que precisamente se denomina convirtiendo en nombre una adjetivación (de lo

⁸ Percepción que se adquiere al comprobar la difusión que (por fin, al cabo de tantos años de su introducción en nuestro país) está adquiriendo la mediación en general. La propia dificultad para acotar la avalancha bibliográfica (en su vertiente científica y para la práctica de la mediación), sumamente heterogénea debido a sus diferentes especies (en un catálogo sumamente abierto), da fe de la prosperidad de aquella herramienta de gestión de conflictos.

⁹

Cfr.

http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiD atos&idp=1254735573206 [Consulta: 3 enero 2017].

¹⁰ Vid. lo dicho en nota anterior a propósito de las VI Jornadas Derecho de Familia ICAC-AEFA.

¹¹ Cuando se trata de estudiar los conceptos jurídicos indeterminados, en general y en nuestra literatura científica, resulta sorprendente (sobre todo, porque hablamos de una categoría muy difundida, con especies –vgr. el interés del menor- que han suscitado abundantes publicaciones) la relativa escasez de materiales bibliográficos (fuera de la disciplina de la filosofía del Derecho). También es cierto que se

indeterminado), y que hunde sus raíces en enjundiosas cuestiones sobre teoría de la norma jurídica¹². Bien es cierto que tratar de esta cuestión de manera específica escapa a mi propósito. Aunque sea necesario enunciar brevemente qué son, y algunas de sus características, lo que directamente me interesa es comprobar cómo mediante esta técnica se han podido superar los términos restrictivos de la letra de la norma jurídica. Y, como colofón, si existe una única manera de resolver los conceptos jurídicos indeterminados en su aplicación práctica. Con la vista puesta en cómo se está actuando esta cuestión en lo que respecta a la orientación de las reglas sobre custodia compartida de nuestro Código civil. Sin perjuicio de que en el Código existen numerosos ejemplos de estándares jurídicos indeterminados, en ámbitos distintos al de la guarda de los hijos, algunos muy comunes como la buena fe, la diligencia y negligencia, orden público, abuso del derecho, caso fortuito, fuerza mayor, o el de buen padre de familia¹³; y en otros campos del Derecho privado, como cuando se habla

hicieron en su momento aportaciones realmente determinantes fuera de nuestras fronteras (por algunos de los filósofos del Derecho clásicos, como ENGISCH, JELLINEK, HECK, PERELMAN, o HART). Entre nosotros es obligado recordar (junto a trabajos precedentes de otros autores) la influencia de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (cfr. *La lucha contra las inmunidades del poder*, Tecnos, Madrid, 1995), que ha sido secundada con una notable bibliografía especializada en Derecho administrativo (así FERNÁNDEZ GARCÍA, M^ªY., «El concepto jurídico indeterminado de «servicio esencial» en la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, 170/2006, pp. 325-338; vid. la interesante producción bibliográfica que alude esta autora en nt. 16. También la doctrina constitucional, cfr., vgr., ORTEGA GUTIÉRREZ, D., «La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio», *Teoría y Realidad Constitucional*, 25/2010, pp. 497-513); sin dejar de advertir que, a pesar de la frecuencia con que puede recurrirse a los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito del Derecho público (y del interés concreto que plantea su distinción -en el campo administrativo- de las potestades discrecionales), tal vez no sea en mayor medida que otros sectores del ordenamiento jurídico. Entre los civilistas, resulta importante el trabajo de MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^ª, «Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1/1997 (ejemplar dedicado a «La vinculación del juez a la ley»), pp. 297-326.

También los juristas iberoamericanos se vienen interesando por la temática de los estándares jurídicos, directa o indirectamente, dedicándole meritorios trabajos: vgr., recientemente, NÚÑEZ PACHECO, M., *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería. Controversias y soluciones*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2013.

Con todo, la teoría general de los conceptos jurídicos indeterminados no me interesa ahora sino de manera instrumental, para explicar cómo a través de esa técnica normativa la práctica de los tribunales ha dado un sentido bien diverso del que parecía enunciarse para la custodia compartida, como posibilidad, en el art. 92 CC.

¹² Teoría general que, de nuevo, tiene especies con su propia autonomía conceptual. Así, en relación a los conceptos jurídicos indeterminados, y concretamente en cuanto a su interpretación, habría que abordar los fundamentos de la argumentación jurídica (término y ámbito de estudio al que se presta en la actualidad una atención principal como disciplina de trabajo). La aplicación de conceptos jurídicos indeterminados puede llevarse también al planteamiento de la cuestión clásica del silogismo jurídico, pues la indeterminación relativa de la norma como premisa mayor complicará la tarea de subsumir el supuesto de hecho, la premisa menor, para obtener una cierta consecuencia jurídica.

¹³ Que aparece en diversas ocasiones en el Código, las más de las veces ajenas a las relaciones familiares: cfr. arts. 270 (tutela), 497 (usufructo), 1094 (obligaciones, en general), 1719 (mandato), 1801 (juego y apuesta), 1867 (prenda), 1889 (gestión de negocios), 1902 (responsabilidad extracontractual).

–vgr.– del ordenado comerciante, o del concepto de mercadería. Suele tratarse de nociones que, a pesar de ser de uso muy común, ofrecen una sorprendente resistencia a su plasmación en definiciones precisas, como puede comprobarse con la referencia a la autonomía de la voluntad, tantas veces invocada en el tráfico jurídico de todo tipo.

Lo primero y más elemental (y, a pesar de ello, no carece de importancia) que puede afirmarse de los conceptos jurídicos indeterminados (en ocasiones también denominados¹⁴ estándares jurídicos, o incluso en alguna doctrina extranjera con la

¹⁴ No es raro que en nuestro país se utilicen de manera sinónima expresiones como «conceptos vagos», «conceptos jurídicos indeterminados» y «cláusulas generales». Cfr. GARCÍA SALGADO, M^ºJ., «Determinar lo indeterminado sobre cláusulas generales y los problemas que plantean», *Anuario de filosofía del derecho*, 20/2003, pp. 105-130. Aquella última expresión resulta menos usual en nuestro país. De cualquier modo, en otros como Alemania en que sí se recurre a ella con normalidad, no resulta fácil ni pacífico conceptuar las cláusulas generales, ni diferenciarlas de los conceptos jurídicos indeterminados, de tal manera que algunos juristas ni se proponen tal distinción (cfr. loc. cit., pp. 107 ss.). MIQUEL GONZÁLEZ (cfr. loc. cit., p. 303) explica que no es frecuente el uso de la expresión «cláusula general» en relación con cierto tipo de disposiciones legales, a veces se emplea por nuestros tribunales en el sentido de conceptos jurídicos indeterminados. «Es verdad –dice MIQUEL, cfr. loc. cit., p. 307– que principios generales y cláusulas generales son diversos, pero nada obsta a que un principio se halle formulado a través de una cláusula general como sucede con la buena fe. Pero lo importante es que la cláusula general es una disposición legal que remite a valores y que puede considerarse como auxiliar del legislador. [...] Lo importante es que una cláusula general como las de los arts. 7.1 ó 1258, coloca a la buena fe en la jerarquía de las fuentes a la misma altura que la ley y no a la altura que se atribuye a los principios generales como supletorios».

No puedo dejar de mencionar el interesante trabajo de DE TORRES PEREA, J.M., «Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial», *La Ley*, Nº 8737/2016. Que plantea la influencia, en varios ámbitos, del interés del menor como «cláusula general» («se trataría de aquellos supuestos en que el legislador decide incluir en el derecho positivo, en forma de norma escrita, un principio general del derecho»). Aunque sea desde el sesgo de la categoría cuya existencia defiende (las cláusulas generales, cuya admisión en nuestro Derecho plantea otra suerte de problemas) resulta sumamente útil su planteamiento de cómo algunas (como -en su criterio, aunque él mismo cita opiniones contradictorias- el interés del menor) acaban modificando el Derecho positivo (exponiendo, al efecto, lo que sucede en aquellas «sentencias que prescinden del carácter excepcional que la ley atribuye a la custodia compartida cuando es pedida por uno de los padres», o las «decisiones judiciales que prescinden del informe favorable del Ministerio Fiscal cuando era vinculante», «la vinculación del juez en materia de custodia compartida al requisito de que al menos uno de los padres la solicite», etc.). Se argumenta que, cuando (en tales casos) los tribunales resuelven de manera contraria a la literalidad de la ley, no puede ser en virtud de una mera interpretación (calificable de *contra legem*), sino por virtud del propio concepto de «categoría general». A pesar de lo sugerente de tal planteamiento, que puede asimilarse con más facilidad en otros ordenamientos distintos del nuestro, pienso que la flexibilidad (en tanta medida como hay pronunciamientos judiciales bien distintos, con una variedad que resultaría inaceptable si realmente estuviéramos ante una categoría general) con que se interpreta el interés del menor resulta más afín a la definición de los estándares jurídicos. Además, concretamente, en cuanto al interés del menor (como el propio DE PEREA apunta) habría que desligarse de su calificación por el legislador como tal concepto jurídico indeterminado (así en la LO 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). De cualquier modo, en las categorías que ahora me interesan, me atengo al argumento de autoridad que proporciona RIVERO HERNÁNDEZ (cfr. op. cit., 2007, pp. 67 ss. y 101 ss.) calificando el interés del menor como concepto jurídico indeterminado.

descriptiva expresión de «conceptos válvula») es que pertenecen al ámbito de la imprecisión del Derecho: no son conceptos jurídicos determinados¹⁵. Pero ha de tenerse en cuenta que tal incertidumbre no siempre es un suceso calamitoso (o involuntario como cuando, por inadvertencia, el legislador ocasiona una laguna legal), a veces se utiliza como instrumento de una cierta técnica legislativa (de modo más o menos expreso) para conseguir determinadas finalidades¹⁶. Por otro lado, la noción de concepto jurídico indeterminado no puede establecerse en virtud de aquella nota negativa, de la no determinación, pues afirmarlo así conllevaría el paralogismo de presuponer que (salvas algunas excepciones, como la que aquella categoría comportaría) las normas jurídicas son siempre precisas o determinadas. Por una razón o por otra, no es extraño que la sensación que los conceptos indeterminados

¹⁵ Aunque puestos a cuestionar posibilidades, se ha discutido incluso la propia existencia de tales conceptos jurídicos indeterminados. Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, loc. cit., p. 330.

¹⁶ De una manera indirecta, al menos, la utilización por parte del legislador de conceptos jurídicos indeterminados propicia una legitimación del resto del lenguaje jurídico, «como si éste estuviera en general desprovisto de problemas de determinación conceptual», y aquellos conceptos constituyeran una excepción puntual «a la regla general de la claridad de los textos jurídicos y del significado unívoco de los términos que los integran». Cfr. ARA PINILLA, I., «Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 21/2004, p. 108-111, nt. 1 y 2. Apreciaciones que llevan al autor a coincidir con PRIETO SANCHÍS, L. (cfr. *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 94) en que la expresión «conceptos jurídicos indeterminados» no sea muy afortunada, ya que la nítida separación que parece sugerir entre lo determinado y lo indeterminado no existe, en realidad, en el lenguaje jurídico; ello sin embargo, aunque el criterio de la determinabilidad resulte relativo, tiene a su favor que permite limitar interpretaciones discrecionales. En suma, sugiere ARA PINILLA que los conceptos jurídicos indeterminados pueden contribuir a la «entronización del espejismo de una realidad jurídica que se pretenden armoniosa y perfectamente reconocible por sus diferentes destinatarios», a una simplificación, a una «representación falseada y reductiva de la complejidad semántica de los enunciados normativos». Es cierto que cuanto menor sea la indeterminación del lenguaje normativo, menores dificultades se ofrecen al juez para su aplicación. Pero al mismo tiempo la existencia de conceptos jurídicos indeterminados no desvirtúa la idea general del carácter mecánico del silogismo judicial, siempre que aquellos se entiendan como «una concreta excepción a la regla general de la determinación de las nociones que utiliza el legislador, la excepción que en último término confirma la regla». Al menos así ha podido entenderse en la «doctrina clásica de los conceptos jurídicos indeterminados» aunque hoy en día sea objeto de un replanteamiento, ya que la moderna teoría del derecho tiende a atribuir al intérprete de los textos jurídicos una función creadora, no meramente interpretativa. «Puede así decirse que la alusión a los conceptos jurídicos indeterminados está poniendo de relieve la voluntad del emisor del lenguaje jurídico de mantener indeterminado a priori su contenido semántico».

Desde otro punto de vista, los conceptos indeterminados permiten el «desarrollo judicial del derecho pretendido por el legislador». Cfr. GARCÍA SALGADO, M^ªJ., «Determinar lo indeterminado sobre cláusulas generales y los problemas que plantean», *Anuario de filosofía del derecho*, 20/2003, p. 110. «La imprecisión de los términos jurídicos (apunta la misma autora, cfr. loc. cit., p. 113) ha pasado de ser considerada un defecto del derecho y un mal endémico que no tiene solución, a valorarse como un aspecto esencial del mismo al que el legislador no debe renunciar (Mackaay)».

produzcan al jurista (prudentemente apegado a la seguridad jurídica) sea la de una cierta desazón¹⁷.

En la estructura de la norma jurídica, el supuesto de hecho (sobre el que pende la consecuencia jurídica) está delineado por su emisor (el órgano normativo competente) de un modo apenas general, incompleto, sin una formulación rígida. De tal manera que es el destinatario del precepto quien asume la tarea de precisarlo, a tenor de las circunstancias concretas que pesan sobre él. En suma, «la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados implica la decisión del legislador de realizar una remisión al destinatario del derecho para que sea éste el que en cierto modo complete el mandato normativo, habida cuenta de la imposibilidad de determinar de una vez por todas la solución a problemas afectados por el vaivén de los cambios sociales y de los sentimientos preponderantes en el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico en cuestión»¹⁸. Lo que puede describirse de dos modos diferentes: como una responsabilidad del intérprete de la norma, quien asume¹⁹ una tarea que en realidad no debería corresponderle; o como un ámbito de poder normativo radicado en la libertad para aplicar una disposición legal, o dejar de hacerlo, según la propia certeza

¹⁷ Lo que tampoco es terreno privativo de los conceptos indeterminados pues, qué duda cabe, los que pudieran denominarse determinados no tienen por qué serlo de manera absoluta y terminante.

En las diversas perspectivas en que cabe plantear la cuestión apuntada, puede formularse como una tensión entre la libertad o elasticidad para adaptar las normas a las circunstancias del contexto en que se aplican, y la seguridad o certidumbre con que se hace. Incluso la función con que los conceptos indeterminados se utilicen por un ordenamiento jurídico acaba caracterizando su ideología. Cfr. ARA PINILLA, loc. cit., pp. 113-114.

Tampoco debe perderse de vista que una de las cuestiones más interesantes que se debaten en torno a los conceptos jurídicos indeterminados, especialmente en el ámbito del Derecho administrativo, es si su concreción por parte del intérprete admite una única solución (tesis de la «única solución justa», que permite diferenciar las potestades discrecionales de los conceptos indeterminados pues en estos se aceptan interpretaciones alternativas) o se trata de un planteamiento abierto de posibilidades (cfr. GARCÍA SALGADO, loc. cit., pp. 110 ss.; concluye esta autora: «La teoría de la única respuesta correcta es difícil de conciliar con el juicio de valor que comporta la utilización de todo concepto jurídico indeterminado, salvo que se esté pensando en el planteamiento de las teorías de la argumentación, en cuyo caso puede empezar a discutirse»).

¹⁸ Cfr. ARA PINILLA, loc. cit., p. 112. «los conceptos jurídicos indeterminados no son sino términos jurídicos abiertos que han de ser precisados en los actos de aplicación del derecho que los contiene y, por consiguiente, perfilados por un operador jurídico que es distinto al de su creación». Cfr. NÚÑEZ PACHECO, M., *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería. Controversias y soluciones*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2013, p. 22 y 25.

¹⁹ Cuestión distinta es si está obligado a hacerlo así, no se trata de una libertad de elección suya, «se le exige imperativamente que sea él mismo el que proceda a la referida determinación. Pero esto no redundaría tampoco en su mayor discrecionalidad al efecto, porque como tal destinatario de los enunciados jurídicos viene también obligado a asumir las reglas inherentes a la formulación correcta del contenido semántico de los conceptos jurídicos indeterminados». ARA PINILLA, loc. cit., pp. 115-116.

subjetiva de que concurra o no su presupuesto jurídico²⁰. Una u otra perspectiva suelen concebirse de manera, digámoslo así, optimista: se confía en que el destinatario lo hará bien, prestando su colaboración eficaz (completando el mandato normativo²¹) a quien tiene a título propio la potestad normativa, o decidiendo rectamente si procede o no aplicar una norma que contenga un concepto jurídico indeterminado²². Es la segunda acepción (que no es tampoco antitética con la precedente) la que interesa, cuando hablamos de los parámetros que debe valorar el intérprete (normalmente el juez) para escoger entre atribuir a unos padres (cuando no puedan decidirlo ellos, por no estar de acuerdo, o porque el interés público reserva la decisión última al órgano judicial) la custodia alternada o exclusiva sobre sus hijos. Y desde tal perspectiva, los estándares indeterminados permiten «dotar a los sistemas jurídicos de la suficiente elasticidad para acomodar la regulación jurídica a las diversas circunstancias ambientales que definen el contexto de su aplicación»²³. Pero al tiempo hay que insistir en la necesidad de un presupuesto jurídico (también material y lógico), que quien deba interpretarlo identifique la existencia de un concepto indeterminado propiamente dicho. Y a partir de ahí habrá de saber cómo asignarle un significado, que es la cuestión interpretativa que realmente entrañan los estándares jurídicos indeterminados.

ARA PINILLA (autor tantas veces citado en este trabajo) cifra en tres los modelos interpretativos²⁴. La «respuesta objetivista», es iusnaturalista: el significado de los conceptos indeterminados se obtiene mediante «una interpretación sistemática de las reglas de derecho natural y de derecho positivo» (con la dificultad para su fijación que tradicionalmente se ha reprochado a las primeras). La «respuesta finalista», se identifica con el objeto y finalidad a que se orienta cada concepto indeterminado; aunque esta puede ser una solución provisional o a medias, ya porque no pueda identificarse fácilmente ese propósito, ya porque tal vez no se persiga un fin único y exclusivo. Es decir, el planteamiento finalista descansa en el supuesto de que la norma que contiene el concepto indeterminado tiene –a pesar de ello- una perfección de la que tal vez carece en la realidad. Por último, la «respuesta intersubjetiva» constituye un procedimiento de interpretación de tipo sociológico basado en la opinión

²⁰ Aunque –como ya se ha dicho- hay autores que vienen a sostener que no existe tal libertad por parte del intérprete, que no tiene más remedio de encontrar una única solución correcta, la solución justa. Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, loc. cit., pp. 330 y 333.

²¹ Cfr. ARA PINILLA, loc. cit., p. 112.

²² En uno u otro cometido, quien aplica la norma indeterminada debe ser consciente de que precisamente su actividad se legitima por la propia existencia de un concepto jurídico indeterminado, lo que presupone que tiene que identificarse así: «El destinatario del derecho ha de tener muy presente que el legislador ha dejado voluntariamente indeterminado el concepto en cuestión, en definitiva, que ha realizado una remisión al propio receptor del enunciado jurídico para que sea él mismo el que determine su concepto semántico». Cfr. ARA PINILLA, loc. cit., p. 113.

²³ Cfr. ARA PINILLA, loc. cit., pp. 113-114.

²⁴ Cfr. loc. cit., pp. 117 ss.

mayoritaria: en un contexto espacio temporal determinado, es preciso averiguar cuál es la convicción preponderante²⁵ a propósito del significado de la norma imprecisa. Esta técnica tiene en su virtud el motivo de su propia debilidad pues cómo se cifra lo mayoritario y lo que no lo es, puede intentarse mediante recursos diferentes, con resultados que tal vez no resultan concluyentes²⁶.

En último término cabría concluir que los intentos para establecer un único modelo de solución o de interpretación para los conceptos jurídicos indeterminados son relativamente útiles por sí solos. Por lo que parece plausible la idea de que se trata de conseguir, en el caso concreto, una combinación de todos ellos²⁷. Aunque así el

²⁵ Lo que valoramos como «realidad social». La realidad social (como canon de interpretación de las normas) puede cumplir una función como medio de integración, o técnica de concreción, de ciertos conceptos jurídicos indeterminados, tal como explica PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., (cfr. *Realidad social y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2005, pp. 164 ss.) aunque matiza ese autor (cfr. op., cit., p. 169) que ello no sucede «ni por una supuesta entidad normativa de la realidad social, ni por aplicación de lo dispuesto en el art. 3.1 CC en orden a la interpretación de las normas, ni por una hipotética consideración de la realidad social como fuente del Derecho, ni en virtud de una interpretación correctora de las normas [...] Antes bien, ello sucede por voluntad del legislador cuando, de forma indirecta y a través de un concepto jurídico indeterminado, ha condicionado la consecuencia jurídica de una norma al juego de aspectos que conforman la realidad social. De ahí la innecesariedad de fundamentar en el artículo 3.1 CC la aplicación de la realidad social a los efectos de integrar el concepto jurídico de que se trata».

²⁶ Puede llevarse esta crítica a la cuestión concreta del mayor o menor automatismo en la concesión de la custodia compartida. Aun aplicando el criterio sociológico, seguiría constituyendo un problema intentar una regla sobre la opinión común: dónde se supone que está consignada (¿en las encuestas indiscriminadas, en las reivindicaciones de las asociaciones de padres y madres separados y divorciados, en las de abuelos, etc? ¿O acaso ha de ser el criterio de la propia jurisprudencia, a su vez en estado de evolución?). Hay una característica propia en la problemática que comporta la pérdida de la normalidad familiar, y que trata de resolverse distribuyendo la custodia de los hijos: el propio interés de los hijos, debería evaluarse junto (¿o separadamente? ¿o preferentemente?) al de sus progenitores. Incluso hay una cuestión de fondo a resolver que tiene múltiples connotaciones: un criterio extendido sobre la custodia de los hijos por más que resulte refrendado democráticamente, por mayorías de mayor o menor importancia, ¿debe anteponerse a las convicciones del juez sobre lo que conviene al interés de los menores? El dilema no es puramente teórico. En lo que puede servir de escaparate sociológico, es fácil las noticias de los medios de comunicación que conformen una opinión ambigua, según se hagan eco de manifestaciones o concentraciones de progenitores más o menos numerosas, más o menos frecuentes, más o menos pacíficas, etc. Al final puede quedar la idea (sin necesidad de confundirla más con otros ismos, que suelen acompañar en las redes sociales a la noticia propiamente dicha), tan inexacta como cualquier generalización, de que el asociacionismo de varones reclama la custodia compartida, mientras que el de mujeres reivindica en mayor medida la custodia exclusiva.

²⁷ Esa es la conclusión de ARA PINILLA (cfr. loc. cit., p. 122), la clave va a radicar en «los principios del sistema». Aunque reconoce que no está exenta de críticas (como la que formula PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pp. 122-127), «por resultar también recursiva al no poder precisar un criterio fijo que permita conocer cuáles son los principios del sistema y cuál es, en los supuestos de colisión de principios, el peso específico que corresponde a cada uno de ellos». Aun añadiría por mi parte que la solución teórica al problema de llenar de sentido los estándares jurídicos indeterminados, puede encontrar una dificultad adicional en la aplicación del Derecho privado. O dicho al contrario, acaso los principios del sistema se apresten más inmediatamente cuando se identifican en los documentos constitucionales, pero pierden

problema quede simplemente pospuesto, pues el intérprete se encuentra en la situación de partida: ¿cómo atribuir, en un caso concreto, significado semántico a un concepto jurídico indeterminado? ¿Cómo la concesión de custodia alternada entre unos padres, o la atribución en exclusiva a uno de ellos se coherente con la protección más acabada del interés del hijo o hijos? Y cuando (haciendo uso del margen de libertad que ofrecen los estándares jurídicos indeterminados) se trata de poner en práctica una solución, surge otra duda: ¿pueden utilizarse las cláusulas generales para derogar, o cuando menos modificar sustancialmente, normas vigentes²⁸? Es esta una cuestión decisiva cuando se valora el extraño fenómeno acontecido con la regulación legal de los presupuestos de la custodia compartida, que ha experimentado justamente una evolución pareja con la manera en que se han interpretado o concretado (por la jurisprudencia) algunos conceptos indeterminados. Por encima de todos, el de interés superior del (hijo) menor²⁹. Pero también otros de trascendencia para producir una revolución en la aplicación jurídica de la custodia compartida: no es exageración, pues no se trata de un mero cambio, en la propia medida en que han contribuido a convertir en regla general lo que era en su inicio un fenómeno o medida excepcional de reparto de los hijos tras la ruptura de la comunidad de vida entre los progenitores. Se trata de principios como el de respeto mutuo entre los progenitores (cfr. STS 30 octubre 2014 - RJ 2014\5268-), o de la (normal) conflictividad entre los progenitores (cfr. STS 16 febrero 2015 -RJ 2015\564-).

Con las limitaciones propias de cada tipo de concreción, cuando la jurisprudencia se apoya en el interés del menor para justificar la aceptación de un determinado modelo de guarda, las más de las veces que escoge la custodia compartida parece buscar «respuesta finalista» y también una «respuesta intersubjetiva». Mientras que cuando rechaza aquella para optar por la custodia exclusiva, implícitamente al menos, utiliza un criterio finalista justificado por el propio interés del menor (lo que tiene algo de tautológico: se asimila un determinado modelo de guarda al interés del menor, en un caso concreto, porque eso es precisamente lo que corresponde al interés de ese menor).

nitidez cuando descienden a las relaciones entre particulares, que resultan mucho más dinámicas en lo que permite el reconocimiento de la ampliación de la autonomía privada (de una importancia característica del moderno Derecho de familia).

²⁸ La pregunta, así formulada, la plantea en un terreno muy general GARCÍA SALGADO (cfr. loc. cit., pp. 118 ss.). Sin embargo, no la resuelve, sino que queda planteada en un contexto que explica, a la luz de acontecimientos puntuales, en la Alemania de entreguerras.

²⁹ Téngase en cuenta la importancia que merece la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, que persigue una fijación de aquel concepto y de sus diversas concreciones. Para un estudio de esta cuestión, además de otras referencias que se irán aportando, vid. NÚÑEZ ZORRILLA, M^a C., «El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 73/2015, pp. 117-160.

Como quiera que resulta inasequible averiguar el contenido del interés del menor en abstracto, la jurisprudencia que trata de apreciarlo suele inferir por vía negativa o de exclusión que no se salvaguarda en ciertos casos concretos. Cuando la valoración de un conjunto amplio de circunstancias (personales de los progenitores y del menor, y de su entorno afectivo y material) permite concluir que no se aviene con las medidas de guarda que se solicitan. Esta libertad de criterio, amparada por la norma que recurre al concepto jurídico indeterminado de interés del menor, sería más difícil de explicar si se acogiera una tesis rígida de la solución interpretativa única³⁰. Esta puede resumirse en los siguientes términos: lo esencial de concepto indeterminado es que «la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una «unidad de solución justa» en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición»³¹. Sin embargo, esa unidad de solución justa «no significa que haya una sola y única conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación a la que el concepto apunta»; lo que significa, más bien, es que en un caso dado no pueden darse simultáneamente varias respuestas que sean contradictorias, «lo que remite a una «apreciación por juicios disyuntivos», en la expresiva fórmula alemana»³².

3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DEL DERECHO APLICABLE

La jurisprudencia evoluciona o cambia, necesariamente, para adaptarse a las propias modificaciones del Derecho positivo que aplica. Y también es natural que lo haga cuando lo que evoluciona es la interpretación que, de aquel Derecho, van haciendo los tribunales. Como veremos, ambos fenómenos concurren en la custodia compartida, aunque es la segunda posibilidad apuntada la que tiene más que ver con el objeto del presente trabajo.

3.1. *Derecho aplicable*

Para empezar, en el ámbito de la guarda de los hijos se han producido cambios normativos, tanto en el Derecho común, como en los derechos territoriales.

3.1.1 Derecho común

³⁰ Cuestión, aunque ya reseñada anteriormente (cfr. lo dicho en nt. 16), de la que hay que hacer un último apunte.

³¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo*, I, 17ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 495-496.

³² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., op. cit., ibídem. En la estructura de los conceptos indeterminados se identifica un núcleo fijo («zona de certeza») configurado por datos previos y seguros; una zona intermedia o de incertidumbre («halo del concepto»), más o menos precisa; y una zona de certeza negativa, también segura en cuanto a la exclusión del concepto (cfr. loc. cit., p. 498).

En el trascurso de las normas aplicables a la guarda de los hijos, tras la ruptura de la convivencia entre los progenitores, hay un punto de inflexión en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Antes de esa importante modificación legal, el Código no se refería expresamente a la custodia compartida, pero no es menos cierto que tampoco la prohibía³³. De hecho, tanto la doctrina, como algunos tribunales la contemplaban como posibilidad (factible como derecho de visita amplio o con amplios períodos de convivencia del hijo con alguno de los progenitores cuya comunidad de vida se había roto). Se introdujo en el Código civil, como modalidad de guarda, con la Ley de 2005 que reformó en consecuencia el art. 92 CC. Para entender la trascendencia de las novedades que se acomodaron en aquel precepto, basta contrastar la nueva custodia alternada con el modelo precedente basado de manera casi única en la opción de custodia exclusiva. De tal modo que se contemplaba legalmente una antítesis entre normalidad familiar (o mantenimiento de la convivencia de los progenitores, que conllevaba el ejercicio conjunto de las funciones de guarda) y ruptura (o crisis de convivencia) con la atribución exclusiva de la guarda en favor de cualquiera de los padres (la madre, de modo general). En suma, la guarda podía considerarse sinónimo de cuidado directo del hijo, que correspondía al progenitor que convivía con él (mientras, conservaba el otro la titularidad formal de la patria potestad y una mera responsabilidad global respecto del hijo).

La reforma del artículo 92 CC (consecuencia de la Ley 15/2005 y también de una realidad social en que las rupturas familiares tienen una presencia significativa) ha obligado a matizar mejor las distintas situaciones en que se produce una disociación entre la patria potestad, como titularidad que corresponde a los padres por el hecho de serlo (salvo que hubiera una privación o suspensión judicial ex art. 170 CC), y su

³³ He dedicado a la custodia compartida en Derecho común algunos trabajos previos (vgr., «La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia», *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 18/2006, pp. 26-41; «Las rupturas de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida», en *Simposio de Derecho de Familia*, Montevideo (Uruguay), 2008, pp. 45-65), y también en el ámbito de los derechos territoriales («Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños “de primera”?», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 1/2011, pp. 79-98), a los que debo remitirme ahora para no enmascarar la tesis que sustento en este: la instrumentación, por parte de los tribunales, de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados para conformar (forzando la literalidad de algunas normas legales) un nuevo concepto generalizable de guarda alterna. Tal vez pueda afirmarse sin exageración que las reformas producidas en 2005 en nuestro país (como el matrimonio de pareja homosexual, o el divorcio exprés) revolucionaron el Derecho de familia español. Las referencias bibliográficas que estudiaron inmediatamente tales acontecimientos son, en justa medida, muy importantes (y no se limitan a los aspectos jurídicos). Atendiendo a su carácter más reciente, para el estudio la custodia compartida desde el Derecho civil ténganse en cuenta algunas obras generales como: GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C. Y SOLÉ RESINA, J., *Custodia compartida. Derecho de los hijos menores y de los padres*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015; PÉREZ CONESA, C., *La custodia compartida*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

ejercicio concretado en la guarda de los hijos³⁴. La noción general sobre la que descansa la custodia compartida (también denominada en ocasiones, de manera descriptiva, guarda alterna o alternada) es que en la familia (con hijos en potestad, en que la convivencia se haya roto) la guarda (entendida como cuidado directo que se materializa en la convivencia) no se ejerce simultánea o conjuntamente por ambos progenitores. Ni tampoco en exclusiva por uno solo, sino de manera alternada, distribuyendo en el tiempo su ejercicio, es decir repartiendo los períodos de convivencia con el hijo o hijos. Dicho llanamente, los padres se alternan o sustituyen en el ejercicio de la guarda según períodos (iguales o no) previamente establecidos³⁵.

3.1.2 Los derechos territoriales o forales

Resulta difícil definir un modelo único a partir de la legislación sobre custodia compartida de ciertas comunidades autónomas (CCAA), cuyos ordenamientos la prevén de manera propia: se trata de regulaciones *sui generis*, en la misma medida en que las modalidades de guarda deben entenderse en un contexto normativo más amplio, que también resulta peculiar de cada una de aquellas. Al tiempo habría que intentar explicar por qué en alguna de las CCAA con especialidades se logra -tal vez- de manera más eficaz la generalización del modelo de custodia compartida o alterna, que resulta ser más regla general que en otras. Se trata de las siguientes novedades -lo fueron en su momento- legislativas, que se incorporaron a los cuerpos normativos correspondientes, o quedaron como leyes extracodiciales³⁶.

³⁴ Suelen utilizarse en sinonimia las expresiones «guarda» y «custodia», y ambas en relación equivalente con la patria potestad, lo que no es inconveniente en situaciones de «normalidad» familiar, cuando se mantiene la convivencia entre padres e hijos. Es, en cambio, cuando se pierde la estabilidad de aquel modelo familiar cuando guarda y patria potestad adquieren su propia autonomía. En cualquier caso, el término «guarda» de los hijos tiene una manifiesta plurivocidad. Su precisión cobra especial sentido cuando presupone que se ha roto la convivencia familiar, y consiguientemente ya no es posible que ambos padres convivan con los hijos, y a resultas no cabe que los dos realicen materialmente las funciones encomendadas a la patria potestad. En el plano teórico, la guarda puede admitir dos distintos conceptos: ya se entienda en el sentido antes apuntado de cuidado directo del hijo, a través de la convivencia, o bien se la conciba como una responsabilidad global sobre el hijo (el «poder» de decidir sobre él). Aunque esto último más bien parece que caracteriza la titularidad nominal de las funciones que integran la patria potestad; mientras que la guarda en sentido ordinario las presupone y además comporta una relación más inmediata con los hijos a los que atiende.

³⁵ En el lenguaje común, y también en el jurídico, se ha impuesto claramente custodia compartida, sobre guarda alterna o alternada (a pesar de que este resulta más evocador).

³⁶ Y cuyo estudio específico no es objeto del presente trabajo. Sin embargo, es importante consignar que el legislador autonómico ha logrado (aunque no es mérito exclusivamente suyo) que la literalidad de sus normas, cuando generalizan la previsión de la custodia compartida, se corresponda de manera bastante exacta con la aplicación práctica. En cambio, en el ámbito del Derecho común, la literalidad de la ley (el Código civil) y su aplicación por parte de los tribunales siguen caminos distintos.

En cualquier caso las CCAA que han legislado sobre modalidades de guarda no lo han hecho siempre en el mismo sentido, pues la generalización de la compartida admite matices: Aragón y Valencia

- Ley de las Cortes de Aragón 2/2010, de 26 mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.
- Ley del Parlamento de Cataluña 25/2010 de 29 julio del Libro 2ª del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia.
- Ley Foral del Parlamento de Navarra 3/2011, de 17 marzo sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.
- Ley 5/2011, de 1 abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.
- País Vasco Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores³⁷.

La CA aragonesa fue la primera en acoger legislativamente³⁸ la opción preferente por la custodia compartida, de tal modo que ha quedado convertida en regla general frente a la modalidad de guarda exclusiva o individual³⁹. También Cataluña (cfr. art. 233-8 a 233-11 CCCat., aplicables igualmente a los hijos de pareja estable por disposición del art. 234-7) adoptó un criterio favorable a la custodia compartida, que se procura que parta del plan de parentalidad)⁴⁰. La Ley Foral del Parlamento de Navarra 3/2011, de 17

contemplaron la custodia compartida como institución prioritaria en defecto de pacto entre las partes; Cataluña y Navarra «se sitúan en una posición intermedia, facilitando el otorgamiento de la custodia compartida a solicitud de uno solo de los progenitores pero sin elevarla a la categoría de medida preferente en ausencia de consenso». Cfr. SALINAS DOMINGO, M^ªJ., loc. cit.

³⁷ El Pleno del TC, admitió a trámite (providencia de 18 de julio de 2017) la cuestión de inconstitucionalidad nº 2764-2017, en relación con el artículo 11.3, 4 y 5 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio.

³⁸ Mediante la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, luego refundida en el Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo). En este cuerpo legal, vid. el extenso art. 80.

³⁹ Comporta algún peligro intentar comparaciones entre CCAA, en cuanto al mayor o menor automatismo por el que han podido optar legislativamente. Pero lo cierto es que en Aragón aquella idea se aproxima bastante a la realidad. En la propia medida en que resulta muy limitado el margen de discrecionalidad, fundado en todo caso en el *favor filii*, para que los jueces puedan resolver apartándose de la regla general que constituye la guarda compartida.

⁴⁰ Lo que en modo alguno se puede identificar con una suerte de automatismo en su concesión. Como explica la SAP Barcelona (Secc. 18ª) de 10 marzo 2015 (ECLI: ES:APB:2015:2829), recogiendo la doctrina contenida en la STSJCat. de 9-1-2014: «'[...] el artículo 233-8, 1 del CCCat. que se refiere a la responsabilidad parental estableciendo que la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos y que, en consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente. [] En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe acuerdo sobre el plan de parentalidad o si este no se ha aprobado, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de estas y al interés superior del menor. El mismo Preámbulo aclara lo que el legislador estima constituye materialmente el superior interés del menor y que es, en general, la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas al continuar con ello el hijo manteniendo una relación estable con los dos progenitores [...] No se trata ciertamente de criterios rígidos puesto que el propio artículo 233-8,3

de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres enuncia (en su art. 3) el sistema de atribución de la guarda, tomando punto de partida en el acuerdo entre los progenitores. En cuanto a Valencia, Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven se proponía (mientras estuvo vigente⁴¹, hasta 16-11-2016) lograr la extensión de la modalidad compartida de custodia, tratando de generalizarla⁴²; igualmente se parece a las otras leyes autonómicas, proclives a la custodia compartida, al tomar referencia principal en la voluntad de los progenitores para determinar la modalidad de guarda y, en su defecto o cuando resulte insuficiente, será el Juez quien «Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos» (art. 5.-2). En el País Vasco se ha optado por considerar legalmente la preeminencia de la custodia compartida (como parece desprenderse de la lectura del Preámbulo de la Ley 7/2015), aunque esta impresión se difumine un tanto en el articulado de la Ley de 2015⁴³.

Conviene insistir en que las Autonomías mencionadas cuentan con normas propias en cuanto a la atribución de la guarda de los hijos, tras la ruptura de la comunidad familiar.

ordena a la autoridad judicial que en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores atienda de forma prioritaria al interés del menor. De este modo el art. 233-10, 2 dispone que el juez, si no existe acuerdo o si este no se hubiese aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1 aunque también permite que el juez pueda disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo. El libro II facilita al efecto por vez primera una serie de criterios a considerar por la autoridad judicial en caso de desacuerdo entre los cónyuges, criterios que identifican el superior interés del menor» (FDº segundo).

⁴¹ Fue declarada inconstitucional y nula por el STC (Pleno) de 16 de noviembre de 2016, sin perjuicio de las situaciones jurídicas que se hubieran consolidado con anterioridad por su amparo.

⁴² Cfr. STSJV de 24 enero 2012 -RJ 2012\5920- (que ofrece una perspectiva de conjunto sobre la totalidad de los Derechos autonómicos que comparten una misma intención), recapitula que la guarda alternada resulta «[...] diferenciada de la establecida en la legislación común, donde en principio se parte, del otorgamiento de la guarda y custodia compartida cuando lo soliciten los padres de común acuerdo, o cuando de modo excepcional, lo solicite una parte y exista informe favorable del Ministerio Fiscal y se fundamente en que únicamente de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (art. 92.5º y 8º del Código Civil) » (FºDº segundo).

⁴³ Pues el punto de partida del art. 9 es que «1. Cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos. [...] 3. El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias...». Pero más adelante la Ley parece confiar en la libertad de criterio de los jueces para acordarla o no: «6. El juez podrá otorgar a uno solo de los progenitores la guarda y custodia de la persona menor de edad cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En este supuesto podrá fijar un régimen de comunicación, estancia o visitas con el otro progenitor que garantice las relaciones paternofiliales así como, en su caso, con la familia extensa». Lo que permite pensar que se trata de una solución muy similar a la que ha adoptado el legislador catalán.

Con frecuencia se tiende a contraponer esos derechos especiales como expresión de un planteamiento avanzado de la custodia compartida, respecto del Código civil y su carácter conservador. Pero, sin cuestionar la realidad de esto último (aunque solamente fuera por las dificultades objetivas para operar, con rapidez, reformas en el CC), tampoco es exactamente cierto que en todos los derechos territoriales (con Derecho propio) la custodia alternada se haya automatizado⁴⁴. Más bien sucede que ha sido el Tribunal Supremo español el que, mediante una particular técnica de concreción de principios jurídicos indeterminados contenidos en las previsiones del Código sobre atribución de la guarda (el interés del menor, de manera fundamental⁴⁵), está llegando a aquella consecuencia. O, cuando menos, el TS ha logrado convertir en regla preferente la custodia compartida interpretando de modo distinto las mismas normas que (en la corriente jurisprudencial precedente) permitían llegar a la solución contraria (basada en la excepcionalidad de guarda alternada).

3.2. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO POSITIVO

No hace mucho tiempo podía todavía afirmarse, en el ámbito del Derecho común, que la guarda exclusiva o individual seguía constituyendo la regla general. De tal modo que la guarda compartida aparecía como excepcional en los textos legales⁴⁶.

⁴⁴ Vid. Exposición de Motivos (II) del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio (EDL 2013/180450): «las normativas de las Comunidades Autónomas que recogen la custodia compartida en sus leyes, como las de Aragón y Valenciana, que establecen la preferencia de la guardia y custodia conjunta por los progenitores, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el hijo, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de ellos; o la de Navarra que no se posiciona preferentemente por ningún modelo de custodia, con lo cual deja plena libertad al Juez o Tribunal para decidir, en interés de los hijos, si es más conveniente establecer la custodia individual o compartida; o la de Cataluña que tampoco establece literalmente preferencia por la guardia y custodia compartida, acordándose si los cónyuges en el plan de parentalidad así lo solicitan, salvo que resulte perjudicial para los hijos, debiendo la autoridad judicial en el resto de las ocasiones determinar la forma de ejercer la guarda, compartida o individual, atendiendo al interés del hijo».

Si, a pesar de las dificultades expuestas, se intentara una graduación de hasta dónde llega en cada Autonomía la generalización de la custodia compartida, las especialidades aragonesas y las valencianas (aunque frustradas estas por la declaración de su inconstitucionalidad) ocuparían un lugar destacado.

⁴⁵ Cfr. la bien reciente STS de 13 diciembre 2017 (RJ 2017\538) «[...] la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que viene recogida en las sentencias del Tribunal Supremo 48/2017 de 26 de enero, 391/2015 de 15 de julio, 433/2016 de 27 de junio, 116/2017 de 22 de febrero, 200/2014 de 25 de abril, 55/2016 de 11 de febrero, 135/2017 de 28 de febrero, 9/2016 de 28 de enero, 370/2013 de 7 de junio, 762/2012 de 17 de diciembre de 2013 y la 51/2016 de 11 de febrero» (F^oD^o sexto).

⁴⁶ Al menos mientras no lleguen a algún resultado (como puede reprocharse al Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, julio, 2013) las iniciativas legislativas para modificar el régimen de guarda en el Código civil.

Por supuesto, la generalización de la guarda individual era prácticamente absoluta antes de introducirse en el Código (2005) la mención a la custodia compartida.

Así podía deducirse de los números cuarto, quinto y octavo del art. 92 CC que confieren cierto automatismo al sistema tradicional de guarda (cuando lo pidan los padres o lo acuerde el Juez) solución que, en cambio, no se facilita en la literalidad de la norma cuando se trata de la modalidad compartida⁴⁷. En la actualidad, no es que se haya modificado ya el régimen de la custodia compartida en el Código civil (pues, como ya he dicho, la tantas veces esperada reforma todavía tendrá que esperar). Lo que ha cambiado de manera sustancial es su interpretación jurisprudencial, la percepción por parte de los tribunales sobre cómo debe establecerse la regla general de atribución de la guarda en las situaciones de ruptura familiar.

El punto y aparte del recorrido hacia la custodia compartida debería quedar establecido con el «Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia» aprobado en Consejo de Ministros en 2014, cuyo curso parlamentario ha tenido escaso recorrido. Al margen de otros detalles, el modelo propuesto «pretendía eliminar la excepcionalidad de la custodia compartida, siendo el Juez el que determinara qué forma de guarda y custodia era la más conveniente en cada caso atendiendo al interés superior del menor, pero sin que fuera adoptada de forma automática»⁴⁸.

⁴⁷ El art. 92 CC dispone: «[...] 4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos. [...] 8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable (esta precisión debe ser considerada nula, por inconstitucional, cfr. TC (Pleno) de 17 octubre 2012 (RTC 2012\185)) del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

⁴⁸ Cfr. Exposición de Motivos (V) del Anteproyecto: «Una de las medidas más delicadas a adoptar es la de la guarda y custodia (términos que se complementan y que no se excluyen) o régimen de convivencia y el de las relaciones familiares de los progenitores con los hijos. La introducción del art. 92 bis del Código Civil tiene como objeto introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales, sin que la guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia. Se regula, pues, la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el Juez, si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor, tanto cuando lo solicitan los progenitores de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos insta la custodia para ambos o exclusiva para sí». Cfr. SALINAS DOMINGO, M^ªJ., «Hacia la normalización de la custodia compartida», El Derecho.com

En cualquier caso, reitero una idea que enlaza con lo que expondré en el apartado siguiente: con arreglo al tenor literal vigente del art. 92 CC, la custodia compartida podría tener carácter excepcional (en realidad así se venía interpretando, no hace mucho, por los tribunales). Y, sin embargo, la realidad es que se trata de una medida de guarda que se ha generalizado poco a poco en contraste con el progresivo confinamiento de la custodia exclusiva en supuestos especiales⁴⁹. Y el mérito de aquel resultado se debe a la tarea interpretativa (o de concreción de principios jurídicos indeterminados) del TS español: en la práctica (mediante una suerte de prestidigitación jurídica), sin que haya habido una alteración sustancial el Derecho positivo⁵⁰, se ha producido el curioso fenómeno de pasar de la custodia compartida excepcional, a la custodia exclusiva excepcional.

3.3. Evolución de la interpretación del Derecho aplicado

El desarrollo de la doctrina de los tribunales puede estudiarse en diferentes órdenes, tanto el de la doctrina (o jurisprudencia) constitucional, como en la jurisprudencia del TS.

3.3.1 El Tribunal Constitucional

No son frecuentes los pronunciamientos del Tribunal constitucional destinados a valorar la custodia compartida como modelo de guarda, o su generalización⁵¹. Sin embargo, en la doctrina constitucional reciente hay algunas sentencias especialmente significativas en aquel contexto, por razones diferentes.

(http://www.elderecho.com/tribuna/civil/normalizacion-custodia-compartida_11_904180002.html [consulta: 7-1-2016]. «el Anteproyecto de 2014 sin preferir un régimen en detrimento de otro [...] fue contestado desde distintos ángulos, sobre todo en lo referente a la posibilidad de que el Juzgado o Tribunal pudiera acordar dicha medida sin la previa solicitud de alguno de los progenitores. En este sentido, el Dictamen 438/14 del Consejo de Estado puso de manifiesto la necesidad de que alguno de los progenitores instara la custodia compartida como presupuesto para la concesión de esta medida».

⁴⁹ Cfr. ZABALGO, P., «La custodia compartida en la jurisprudencia actual dictada por el Tribunal Supremo», *La Ley*, Nº 9088/2017.

⁵⁰ Justamente es la falta de una legislación uniforme de carácter nacional la que puede haber contribuido a que los tribunales se decidan a generalizar las soluciones de custodia compartida (y creo que esta iniciativa, a su vez, probablemente hace menos urgente aquella legislación). Cfr. GÓMEZ MEJÍAS, A. M^ª, «La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave», *La Ley*, Nº 8734/2016. También hace notar esta autora que el propio TS ha aludido alguna vez a la necesidad de que las Audiencias respeten una cierta interpretación de la custodia compartida.

⁵¹ Es decir, con mayor trascendencia que resolver las pretensiones sobre garantías constitucionales en casos concretos. No me detengo ahora en la extensión de este apartado, que tiene su propia importancia, pero que resulta colateral al argumento que estoy empleando: es la jurisprudencia ordinaria la que ha logrado alargar la literalidad del art. 92 CC sobre la procedencia de una custodia compartida, para permitir su lectura en términos de generalidad.

La STC (Pleno) nº 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012\185) modificó el tenor literal del art. 92.8 CC, en el sentido de que el pronunciamiento judicial sobre la modalidad de guarda no puede hacerse depender del dictamen del Ministerio Fiscal:

«A juicio de este Tribunal Constitucional, el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional» (Fº Jº octavo).

«En definitiva, como consecuencia de lo argumentado en los fundamentos anteriores, procede estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria y declarar la inconstitucionalidad del inciso «favorable» contenido en el art. 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por ser contrario a los arts. 117.3 y 24 CE» (Fº Jº décimo)⁵².

Esta sentencia no puede decirse que consagre un criterio sobre la concepción de la custodia compartida como una regla general, frente a la exclusiva. Sin embargo, la supresión de uno de sus requisitos (el dictamen favorable del fiscal) ha allanado el camino que está transitando la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aquel sentido.

⁵² Suprimida la necesidad de informe favorable por el Fiscal, queda en la literalidad del Código (cfr. art. 92.-5 y -8) la exigencia de que haya una petición (por uno o ambos progenitores) de la medida de guarda, y que el Juez pondere qué conviene al interés del menor. De tal modo que cabe concluir que si los progenitores no han instado la custodia compartida, el Juez no podría acordarla. En tal sentido la STS de 20 junio (RJ 2017\3052) afirma (Fº Dº sexto): «De acuerdo con la sentencia 400/ 2016, de 15 de junio, entre otras, para la adopción de la custodia compartida es necesario que la solicite uno de los dos progenitores y ello porque se precisa una decisión razonada de los progenitores que garantice el éxito de la institución en beneficio de los hijos, los que precisan de la colaboración de sus progenitores en orden a una armoniosa convivencia. En este caso, al no haberlo solicitado en la instancia, más que el fiscal como petición subsidiaria, no podemos aceptar la custodia compartida establecida en la sentencia de la Audiencia Provincial, máxime cuando el propio fiscal al oponerse al recurso de apelación alegaba que existía una nula relación entre los padres que imposibilitaba la guarda y custodia compartida». Sin embargo, esta solución, que parece ortodoxa respecto del art. 92 CC, podría plantear una colisión el criterio más flexible sustentado en alguna ocasión por el Tribunal Constitucional (cfr. STC de 15 enero 2001 -RTC 2001\4) y en sentencias del TS como la de 28 septiembre 2009 (RJ 2009\7257). Esta interesante cuestión puede verse en FLORIT FERNÁNDEZ, C. Y GOÑI HUARTE, E., «Custodia compartida e incongruencia tras la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio», *Actualidad civil*, 11/2017; cfr. ACUÑA SAN MARTÍN, M., *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 199-200.

También resulta interesante la STC (Pleno) nº 192/2016 de 17 noviembre (RTC 2016\19) resulta de mención por su importante trascendencia al suprimir las especialidades del derecho valenciano sobre custodia compartida⁵³.

3.3.2 El Tribunal Supremo

Si se plantea la cuestión del recorrido desde la custodia exclusiva a la custodia alterna puede decirse que los tribunales, partiendo del extremo opuesto, se han desenvuelto progresivamente en pro de la generalización de la custodia compartida⁵⁴. No solamente por el importante número de resoluciones judiciales que se inclinan por adoptarla, sino también porque parece que en los casos en que se provee de otro modo concurren circunstancias verdaderamente excepcionales.

En tal sentido, la STS de 29 marzo 2016 (RJ 2016\995):

«Es cierto que algunas resoluciones de esta Sala han denegado este régimen de custodia pese al establecimiento en la instancia de un sistema amplio de comunicaciones de uno de los progenitores con los hijos. Se trata de resoluciones concretas en las que no era posible el tránsito de una guarda exclusiva a otra compartida con base a las circunstancias debidamente valoradas en la sentencia recurrida y siempre en interés del menor (lo que impide formular una doctrina concreta), a partir de una doctrina reiterada en el sentido de que en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda...» (Fº Dº tercero)⁵⁵.

Ahora bien, creo que aquella generalización no es un criterio absoluto, sino relativo a una determinada interpretación⁵⁶ del principio del interés del menor (que, a su vez,

⁵³ Declarando la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, por invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil derivada del art. 149.1.8ª CE.

⁵⁴ Cfr. SALINAS DOMINGO, loc. cit. La autora aborda el proceso de «normalización», «desde la tradicional reticencia a la custodia compartida a la negación de su excepcionalidad».

⁵⁵ Cfr. GÓMEZ MEJÍAS, A. Mª, («La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave», *La Ley*, Nº 8734/2016), quien estudia aspectos concretos que pueden incidir en la adopción de modalidades compartidas de guarda (conflictividad entre los progenitores, distancia de sus domicilios, o violencia de género).

⁵⁶ Es decir, lo que se ha generalizado es una cierta interpretación de en qué consiste el interés del menor, identificándolo con la modalidad compartida de guarda.

constituye un concepto jurídico indeterminado⁵⁷) que parece omnipresente en los fallos relativos a la atribución de la custodia. En ambos sentidos apuntados (extensión de la modalidad compartida de guarda, y carácter determinante del interés del menor), resulta fundamental la doctrina contenida en las sentencias del TS que se ofrecen a continuación. El criterio clasificatorio es simple, aunque en modo alguno arbitrario: primero aquellas que podrían corroborar el criterio que vengo sustentando (que los tribunales alargan o extienden la viabilidad de la custodia compartida, apoyándose en un concepto jurídico indeterminado, para liberarse de los estrechos términos de la literalidad de las normas del Código civil en que se contempla esa modalidad de guarda); después, aquellas otras (estimo que menos numerosas) que, por ser distintas, permiten confirmar la existencia de una regla general o de una tendencia arraigada en la jurisprudencia. Dentro de cada grupo la ordenación es meramente cronológica⁵⁸.

La STS de 29 abril 2013 (RJ 2013\3269)⁵⁹, ha sido determinante de la orientación jurisprudencial que en la actualidad impera, recapitulando que:

⁵⁷ Concepto bastante esquivo que nuestro Derecho no precisa de manera taxativa (amén de alguna referencia general, vid., vgr., art. 2 de la Ley 1/1996, de Protección jurídica del menor, modificado por la Ley Orgánica 8/2015), sino que suele dejar esa tarea al arbitrio judicial. Al interés del menor se han dedicado trabajos muy interesantes (como referencia obligada, cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, y 2007). Así, recientemente: DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., «Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3/2012, pp. 46-59; RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, nº 2, 2012, pp. 89-108; BERROCAL LAZAROT, A.I., «El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 90/2014, pp. 3284-3314; DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 90/2014, pp. 2459-2479; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014; LÓPEZ ROMERO, P.M. Y ALONSO ESPINOSA, F.J., «Custodia compartida e interés superior del menor», *La Ley*, Nº 8556/2015; MARTÍNEZ CALVO, J., «La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3/2015, pp. 198-206; ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., «Guarda y custodia compartida y protección jurídica del menor: otra forma de verlo», *La Ley Derecho de Familia*, 11/2016; VARAS ÁLVAREZ, L., «Interés del menor y guarda y custodia compartida», *Actualidad civil*, 6/2016, pp. 22-29; MORENO SÁNCHEZ-MORALED A., «El “interés superior del menor” del art. 1.2 de la LO 8/2015 y cómo incidirá en el reconocimiento de situaciones privadas Internacionales», *La Ley Derecho de familia*, 13/2017; SILLERO CROVETTO, B., «Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes», *Actualidad jurídica iberoamericana*, 6/2017, pp. 11-40; ZABALGO, P., «La custodia compartida en la jurisprudencia actual dictada por el Tribunal Supremo», *La Ley*, Nº 9088/2017.

⁵⁸ Además -creo que es importante- en lo posible sin comprometer la extensión resultante, recurro a la transcripción literal de los fundamentos más significativos sin forzar su asociación (que podría pecar de arbitraria) con otras sentencias a partir de los propios antecedentes de hecho a que se refieren.

⁵⁹ Esta Sentencia tuvo por ponente a J.A. Seijas Quintana y, como puede verse tantas veces como se reitera su doctrina en sentencias posteriores, ha tenido una importancia trascendental en la interpretación vigente del art. 92 CC.

«el artículo 92 CC -STS 19 de abril de 2012- establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite ‘excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco’, acordar este tipo de guarda ‘a instancia de una de las partes’, con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión ‘excepcionalmente’, véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse» (FºDº segundo). Concluyendo: el interés casacional exige sentar como doctrina jurisprudencial que «la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate 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, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea» (Fº Dº cuarto)⁶⁰.

La STS de 25 noviembre 2013 (RJ 2013\7873⁶¹) insiste en la misma doctrina:

«es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 C. Civil) tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó

⁶⁰ Coincidente con la STS de 19 julio 2013 (RJ 2013\5002), cfr. FºDº segundo.

⁶¹ Vid. MECO TÉBAR, F., «La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013,7873)», *Revista Boliviana de Derecho*, 18/2014, pp. 420-431.

para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal.

Complementario de todo ello es la reforma del C. Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor» (FºDº cuarto).

STS de 2 julio 2014 (RJ 2014\4250):

«La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma [...] ‘Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate 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, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea’ (STS 25 de abril 2014)» (FºDº segundo).

Acusadamente similar (no solamente en cuanto al Fundamento transcrito) resulta la STS 15 octubre 2014 (RJ 2014\4894):

«La interpretación del artículo 92 CC -STS 2 de julio 2024 sic (RJ 2014\4250)- debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 [...] Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate 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, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea (STS 25 de abril 2014)» (FºDº quinto).

Lo mismo viene a decir la STS 30 octubre 2014 (RJ 2014\5268)⁶²:

«Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado: La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia

⁶² O la STS de 16 octubre 2014 (RJ 2014\5165), cfr. Fº Dº segundo. Y STS de 22 octubre 2014 (RJ 2014\5023), cfr. FºDº segundo.

compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma [...] ‘Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate 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, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea’ (STS 25 de abril 2014)» (FºDº sexto).

Y la STS de 18 noviembre 2014 (RJ 2014\5718):

«La sentencia de 29 de abril de 2013 (RJ 2013, 3269) declara como doctrina jurisprudencial la siguiente [...] ‘Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional...’» (FºDº cuarto).

O, en iguales términos, la STS de 16 febrero 2015 (RJ 2015\553)⁶³ y la STS de 21 octubre 2015 (RJ 2015\4784)⁶⁴.

La STS de 4 febrero 2016 (RJ 2016\494) coincide con otras (que menciona) en detallar las ventajas de la custodia compartida, al tiempo que argumenta la conveniencia general de este modelo de atribución de la guarda⁶⁵.

⁶³ Cfr. FºDº segundo.

⁶⁴ Cfr. FºDº sexto. Añadiendo en el séptimo: «A la luz de lo expuesto debemos declarar que en la sentencia recurrida -pese a la cita extensa de la doctrina jurisprudencial- se considera a la custodia compartida, de facto, como un sistema excepcional que exige una acreditación especial, cuando la doctrina jurisprudencial lo viene considerando como el sistema deseable cuando ello sea posible».

⁶⁵ «la sentencia no concreta el interés de la niña que va a verse afectada por la medida tomada, en la forma que esta Sala ha señalado con reiteración, a partir de la sentencia de 29 de abril de 2013. La sentencia, además, petrifica la situación de la menor, en razón a la estabilidad que tiene en estos momentos, bajo la custodia exclusiva de su madre, pese a lo cual amplía el régimen de visitas en favor del padre, impidiendo la normalización de relaciones con ambos progenitores con los que crecerá en igualdad de condiciones, matizada lógicamente por la ruptura matrimonial de sus padres. La adaptación de la menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que impide avanzar en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, de una forma responsable. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (SSTS 19 de julio 2013, 2 de julio 2014, 9 de septiembre 2015). En segundo lugar, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar [...] (SSTS 19 de julio 2013, 2 de julio 2014, 9 de septiembre 2015). En tercer lugar,

La STS de 11 febrero 2016 (RJ 2016\249) mantiene gran semejanza con las que se adscriben a la línea jurisprudencial que estoy comentando⁶⁶; añadiendo que, a partir de un mínimo⁶⁷, tampoco pueden pedirse unos presupuestos demasiado exigentes para que proceda la guarda compartida⁶⁸. En identidad de criterio, la STS de 16 febrero 2015 (RJ 2015\564)⁶⁹, y STS de 19 febrero 2016 (RJ 2016\924)⁷⁰.

También resulta interesante la STS de 29 marzo 2016 (RJ 2016\995). Pues (en el caso concreto) no solamente mantiene los criterios relativos a la consideración de la custodia compartida, llega más lejos al recordar la necesidad de que los tribunales inferiores compartan la interpretación vigente de la misma:

«La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares» (FºDº tercero).

La STS de 27 junio (RJ\2017\3077) reitera de manera bien explícita (y con abundantes referencias) el parecer de la jurisprudencia favorable a la custodia compartida, por las

no se advierte un solo motivo negativo para privar a la hija de compaginar la custodia entre ambos progenitores [...]

Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras:

- a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia» (FºDº segundo).

Este planteamiento sobre las ventajas que ofrece la alternancia de la custodia, se reitera en otras muchas sentencias.

⁶⁶ «Se alega violación de la jurisprudencia y de la doctrina de las Audiencias Provinciales, al no respetar la resolución recurrida el interés del menor ni los criterios de esta Sala sobre la custodia compartida. En la sentencia recurrida se exige la acreditación de que el sistema de custodia compartida es el que protege más adecuadamente el interés del menor. Esta Sala ha declarado sobre la custodia compartida...» (FºDº cuarto).

⁶⁷ «Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad» (FºDº cuarto). Coincide con STS de 16 febrero 2015 (RJ 2015\564), cfr. FºDº sexto.

⁶⁸ «Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario» (FºDº cuarto).

⁶⁹ Cfr. FºDº quinto y sexto.

⁷⁰ Cfr. FºDº tercero.

propias ventajas que enumera, sin perjuicio de que en cada caso concreto deba atenderse al interés del menor:

«1. [...] este Tribunal Supremo ha variado sustancialmente su doctrina sobre la guarda y custodia compartida, hasta el punto de establecer que este sistema debe considerarse normal y no excepcional, acorde no solo con el cambio normativo sino con la propia evolución de la sociedad en las relaciones de familia. Ahora bien, que sea así no implica que la respuesta deba ser necesariamente favorable al régimen de custodia interesado. [...] considerando que lo que se procura es la situación más beneficiosa para las niñas, teniendo en cuenta el planteamiento que se hizo en la demanda, al que las sentencias de instancia han dado oportuna respuesta. 2. Como recuerdan las sentencias 283/2016, de 3 de mayo y 296/2017, de 12 de mayo, entre otras: «La Sala viene reiterando la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida (SSTS 4 de febrero de 2016; 11 de febrero de 2016 y 9 de marzo de 2016, entre las recientes) ya que con dicho sistema (SSTS 25 de noviembre de 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre 2015 y 17 de marzo de 2016, entre otras): (i) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. (ii) Se evita el sentimiento de pérdida. (iii) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. (iv) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia». 3. No tiene sentido, por tanto, que, con la jurisprudencia de esta Sala cuestione la bondad objetiva del sistema, o que se niegue la custodia compartida con el simple argumento de que las partes firmaron un convenio regulador «con miras de futuro y vocación de permanencia» (FºDº segundo).

Y las más recientes decisiones de que tengo conocimiento (al tiempo de escribir estas líneas), la STS de 17 octubre 2017 (RJ 2017\4331⁷¹) y la STS de 13 diciembre 2017 (RJ 2017\538), resultan ciertamente clamorosas (y simétricamente coincidentes, no en vano tienen el mismo ponente). Aquella última afirma:

«Como ha declarado esta sala, en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor (sentencias 390/2015, de 26 de junio, rec. 469/2014 y 758/2013, de 25 de noviembre, rec. 2637/2012).

⁷¹ «Como ha declarado esta sala, en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor (sentencias 390/2015, de 26 de junio, rec. 469/2014 y 758/2013, de 25 de noviembre, rec. 2637/2012).

La custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores sino el sistema normalmente más adecuado, y que se adopta siempre que sea el compatible con el interés del menor, sin que ello suponga, necesariamente, recompensa o reproche» (FºDº tercero).

La custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores sino el sistema normalmente más adecuado, y que se adopta siempre que sea el compatible con el interés del menor, sin que ello suponga, necesariamente, recompensa o reproche (sentencia 554/2017⁷², de 17 de octubre)» (FºDº séptimo).

La corriente jurisprudencial favorable a la generalización de la custodia compartida, propiamente lo es: una línea arraigada. Por eso las ocasiones en que el TS parece apartarse de ella contribuyen confirmar que se trata de algo excepcional. Veamos algunas sentencias a este respecto.

La STS de 30 octubre 2014 (RJ 2014\5268), como contrapunto de la corriente consolidada que acabo de exponer, constituye una suerte de llamada de atención para evitar que se generalice indiscriminadamente la adopción de la custodia compartida: no puede recurrirse a ella con un criterio meramente automático⁷³.

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

La STS de 15 octubre (RJ 2014\4894) reitera (invocando las sentencias de cita común) la interpretación jurisprudencial del art. 92 CC y la trascendencia de atender al interés del menor. Pero tiene un curioso colofón, cargado de prudencia:

«La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, sin que este Tribunal pueda decidir sobre la conveniencia general o no de esta forma de protección de los hijos en los casos de ruptura matrimonial de sus padres, salvo si ello es conveniente para ellos en este momento y todo teniendo en cuenta que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas» (FºDº quinto).

⁷² Sic., pero debería referirse en realidad a la Sentencia núm. 564/2017 de 17 octubre (RJ 2017\4331).

⁷³ Para llegar a la conclusión que sustenta, recurre a una exposición extensa de otros pronunciamientos de la Sala 1ª TS. Línea jurisprudencial que se corresponde con aquellas Sentencias que rechazan la conveniencia de la medida compartida al no darse determinados presupuestos materiales, o al no ser idóneas las circunstancias personales de los progenitores (por la disponibilidad de sus obligaciones laborales, modos de vida, recursos económicos, etc.).

Existe una cierta jurisprudencia específica sobre la importancia que tiene la distancia entre el domicilio de los progenitores, cuando se solicita la custodia compartida. Muy recientemente la STS nº 4 de 10 enero 2018 (ECLI: ES:TS:2018:21) hace una recapitulación de aquellos pronunciamientos (transcribiendo buena parte de su contenido⁷⁴). Concluyendo en el caso concreto (padres cuyos domicilios radican respectivamente en Jerez de la Frontera y Rentería), precisamente al considerarse la distancia, hace que la custodia compartida no se corresponda con el interés del menor:

«Tercero.- [...] De las referidas sentencias, que constituyen doctrina jurisprudencial, se deduce que la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor, pues como alega el Ministerio Fiscal no procede someter al menor a dos colegios distintos, dos atenciones sanitarias diferentes, y desplazamientos de 1.000 km, cada tres semanas, todo lo cual opera en contra del interés del menor, que precisa de un marco estable de referencia, alejado de una existencia nómada, lo que el padre, con evidente generosidad, parece reconocer en uno de los mensajes remitidos a la madre. Por tanto se ha de entender que se infringe en la sentencia recurrida el artículo 92 del Código Civil, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y el art. 2 Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio. Cuarto.- Atribución de la custodia. Concretado que no procede el sistema de custodia compartida, dada la distancia entre las residencias de los progenitores, esta sala debe resolver cuál de los progenitores debe ostentar la custodia del menor». Resolviendo la atribución en exclusiva a la madre.

4. CONCLUSIÓN

Desde que (en 2005) se introdujera la custodia compartida en nuestro Código civil la realidad sociológica ha experimentado muy diversos cambios, en tantos ámbitos en que puede evaluarse. Sin duda eso es lo sucedido en cuanto a la percepción de algunas consecuencias de los conflictos familiares, como la atribución de la guarda de los hijos cuando se rompe la comunidad de vida. Algunas Autonomías han tratado de plasmar esa realidad en sus derechos propios, dándole diverso alcance. Y en el derecho común ha habido algunas iniciativas, de escaso recorrido, para modificar el tenor literal del art. 92 del CC que todavía está apegado al criterio de facilitar la custodia exclusiva. Aunque resulta muy difícil precisar de manera unívoca cuál es el modelo de guarda más reclamado socialmente, y tampoco podría hacerse una opción única por la custodia compartida, excluyente de otras alternativas, lo cierto es que parece haber un cierto

⁷⁴ Cfr. FºDº segundo y tercero. Este último se rubrica: «Decisión de la sala. La influencia de la distancia en la adopción del sistema de custodia compartida».

consenso sobre la necesidad de consagrar como fórmula general la alternidad de la guarda. Actualmente nuestro Tribunal Supremo, en una línea jurisprudencial constante, participa de esa sensibilidad favorable a la custodia compartida, a costa de una cierta tensión de los términos del derecho vigente (cuya modificación, naturalmente, no puede corresponderle). Así se ha logrado, además, distraer de hecho la demanda de una reforma legal del régimen de guarda de los hijos tras la separación o divorcio de sus progenitores. La cuestión es cómo el TS, mientras se espera una eventual actualización legal del art. 92 CC, ha podido invertir la regla todavía de partida: cómo ha ido consolidando la percepción de que la custodia compartida debe ser regla general, mientras que la guarda exclusiva está adquiriendo poco a poco el carácter de medida excepcional. No está en cuestión que, en nuestro ordenamiento, la jurisprudencia carezca del carácter de fuente del Derecho, no cabe imaginar una función genuinamente creadora por parte de los tribunales, o para enmendar inmediatamente las normas vigentes. Lo que está sucediendo es que el TS aprovecha el amplio margen de maniobra que permite la integración de los denominados conceptos jurídicos indeterminados. Singularmente uno que aparece en el art. 92, y que tiene una importancia decisiva: el interés del menor. Mas, la justificación en virtud de esta técnica tampoco está exenta de dificultades.

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, M., *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2015.

ARA PINILLA, I., «Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 21/2004, pp. 107-124.

BERROCAL LAZAROT, A. I., «El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 90/2014, pp. 3284-3314.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., «Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3/2012, pp. 46- 59.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 90/2014, pp. 2459-2479.

DE TORRES PEREA, J. M., «Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial», *La Ley*, Nº 8737/2016.

ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I., «Guarda y custodia compartida y protección jurídica del menor: otra forma de verlo», *La Ley Derecho de Familia*, 11/2016.

FERNÁNDEZ GARCÍA, M^a Y., «El concepto jurídico indeterminado de “servicio esencial” en la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, 170/2006, pp. 325-338.

FLORIT FERNÁNDEZ, C. Y GOÑI HUARTE, E., «Custodia compartida e incongruencia tras la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio», *Actualidad civil*, 11/2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Tecnos, Madrid, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo*, I, 17^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

GARCÍA SALGADO, M^a J., «Determinar lo indeterminado sobre cláusulas generales y los problemas que plantean», *Anuario de filosofía del derecho*, 20/2003, pp. 105-130.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C. Y SOLÉ RESINA, J., *Custodia compartida. Derecho de los hijos menores y de los padres*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

GÓMEZ MEJÍAS, A. M^a, «La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave», *La Ley*, Nº 8734/2016.

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

HUAITA ALEGRE, M., «Derecho de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de la mujer e interés superior del niño o niña», *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones, Lom, 1999.

LÓPEZ ROMERO, P. M. y ALONSO ESPINOSA, F. J., «Custodia compartida e interés superior del menor», *La Ley*, Nº 8556/2015.

MARTÍNEZ CALVO, J., «La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3/2015, pp. 198-206.

MECO TÉBAR, F., «La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013,7873)», *Revista Boliviana de Derecho*, 18/2014, pp. 420-431.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a, «Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1/1997 (ejemplar dedicado a «La vinculación del juez a la ley»), pp. 297-326.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., «El “interés superior del menor” del art. 1.2 de la LO 8/2015 y cómo incidirá en el reconocimiento de situaciones privadas Internacionales», *La Ley Derecho de familia*, 13/2017.

NÚÑEZ PACHECO, M., *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería. Controversias y soluciones*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2013.

NÚÑEZ ZORRILLA, M^a C., «El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 73/2015, pp. 117-160.

ORTEGA GUTIÉRREZ, D., «La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio», *Teoría y Realidad Constitucional*, 25/2010, pp. 497-513.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Realidad social y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2005.

PÉREZ CONESA, C., *La custodia compartida*, Aranzadi, Cizur Menor, Cizur Menor, 2016.

PRIETO SANCHÍS, L.,

-*Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

-*Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, nº 2, 2012, pp. 89-108.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, y 2007.

ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

SALINAS DOMINGO, M^a J., «Hacia la normalización de la custodia compartida», *El Derecho.com* (http://www.elderecho.com/tribuna/civil/normalizacion-custodia-compartida_11_904180002.html; acceso: 7-1-2016).

SILLERO CROVETTO, B., «Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes», *Actualidad jurídica iberoamericana*, 6/2017, pp. 11-40.

TENA PIAZUELO, I.,

- «La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia», *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 18/2006, pp. 26-41;
- «Las rupturas de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida», en *Simposio de Derecho de Familia*, Montevideo (Uruguay), 2008, pp. 45-65), y
- «Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños “de primera”?», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 1/2011, pp. 79-98. (también en el ámbito de los derechos territoriales).

VARAS ÁLVAREZ, L., «Interés del menor y guarda y custodia compartida», *Actualidad civil*, 6/2016, pp. 22-29.

ZABALGO, P., «La custodia compartida en la jurisprudencia actual dictada por el Tribunal Supremo», *La Ley*, N^o 9088/2017.

Fecha de recepción: 22.01.2018

Fecha de aceptación: 24.03.2018