



DOCTRINA PENAL:

DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA TAN ACLAMADA CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS.

EDJ 2016/237908 SAP A Coruña de 12 diciembre 2016

La Sala Primera del Tribunal Supremo viene estableciendo sistemáticamente que el [artículo 92 del Código Civil \(EDL 1889/1\)](#) permite al Juez acordar la guarda compartida cuando, pese a no haber sido solicitada por ambos progenitores, se considere que este sistema protege de forma más eficaz al menor. Normativa que se completa con lo dispuesto en el artículo 91 del mismo Código, al conceder al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la [Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil \(EDL 2000/77463\)](#) y regula el artículo 752.1-2 de este texto legal. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el [artículo 92.6 del Código Civil \(EDL 1889/1\)](#) establece que el juez debe «valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda» (Ts. [de 9 de marzo de 2012 \(Roj: STS 1845/2012, recurso 113/2010\) \(EDJ 2012/48506\)](#), [10 de enero de 2012 \(Roj: STS 628/2012, recurso 1784/2009\) \(EDJ 2012/15742\)](#), [1 de octubre de 2010 \(Roj: STS 4861/2010, recurso 681/2007\)](#) y [28 de septiembre de 2009 \(Roj: STS 5707/2009, recurso 200/2006\)](#)). En este sentido, la jurisprudencia viene estableciendo que:

*(a) La medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas. Lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que **tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad.** Todos los requisitos establecidos en el [artículo 92 del Código Civil \(EDL 1889/1\)](#) han de ser interpretados con esta única finalidad. Todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes, sin que exista una primacía del sistema de custodia compartida, pues **lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores.** Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior (Ts. [16 de febrero de 2015 \(Roj: STS 615/2015, recurso 890/2014\) \(EDJ 2015/17176\)](#), [16 de octubre de 2014 \(Roj: STS 4240/2014, recurso 683/2013\) \(EDJ 2014/188236\)](#), [15 de octubre de 2014 \(Roj: STS 3900/2014, recurso 2260/2013\) \(EDJ 2014/179969\)](#), [10 de enero de 2012 \(Roj: STS 628/2012, recurso 1784/2009\) \(EDJ 2012/15742\)](#), [22 de julio de 2011 \(Roj: STS 4924/2011, recurso 813/2009\) \(EDJ 2011/155183\)](#)). La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida tampoco está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el [artículo 39.2 de la Constitución Española](#)*



(EDL 1978/3879) (Ts. 27 de septiembre de 2011 (Roj: STS 5880/2011, recurso 1467/2008) (EDJ 2011/222413). Prevalencia del interés del menor que también reitera el Tribunal Constitucional, sin que por ello no deba también ponderarse el interés de sus padres, que no es desdeñable, pero sí de inferior rango. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente (STC Pleno 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (EDJ 2012/224014)). Lo que se pretende con esta medida es **a asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, aproximarlos al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos**, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos (Ts. 17 de noviembre de 2015 (Roj: STS 5218/2015, recurso 1889/2014) (EDJ 2015/237503), 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 615/2015, recurso 890/2014) (EDJ 2015/17176), 18 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4608/2014, recurso 412/2014) (EDJ 2014/200381).

*(b) El Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. **Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que, para determinar la procedencia de una custodia compartida, se están utilizando 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 en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar. La guarda compartida no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2015 (Roj: STS 4165/2015, recurso 772/2014) (EDJ 2015/182101), 9 de octubre de 2015 (Roj: STS 4084/2015, recurso 2842/2014) (EDJ 2015/177337), 17 de julio de 2015 (Roj: STS 3214/2015, recurso 1712/2014) (EDJ 2015/129454), 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 615/2015, recurso 890/2014) (EDJ 2015/17176), 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 258/2015, recurso 2827/2013) (EDJ 2015/8536), 22 de octubre de 2014 (Roj: STS 4084/2014, recurso 164/2014) (EDJ 2014/182544), 16 de octubre de 2014 (Roj: STS 4240/2014, recurso 683/2013) (EDJ 2014/188236), 2 de julio de 2014 (Roj: STS 2650/2014, recurso 1937/2013) (EDJ 2014/105259), 25 de noviembre de 2013 (Roj: STS 5710/2013, recurso 2637/2012) (EDJ 2013/239137), 29 de abril de 2013 (Roj: STS 2246/2013, recurso 2525/2011) (EDJ 2013/58481), 10 de diciembre de 2012 (Roj: STS 8030/2012, recurso 2560/2011) (EDJ 2012/269938), 25 de mayo de 2012 (Roj: STS 3793/2012, recurso 1395/2010) (EDJ 2012/109283), 9 de marzo de 2012 (Roj: STS 1845/2012, recurso 113/2010) (EDJ 2012/48506), 10 de enero de 2012 (Roj: STS 628/2012, recurso 1784/2009) (EDJ 2012/15742), 3 de octubre de 2011 (Roj: STS 5873/2011, recurso 1965/2009) (EDJ 2011/222411), 7 de julio de 2011 (Roj: STS 4824/2011, recurso 1221/2010)***



(EDJ 2011/146903), 1 de octubre de 2010 (Roj: STS 4861/2010, recurso 681/2007) (EDJ 2010/205560), 11 de marzo de 2010 (Roj: STS 963/2010) y 8 de octubre de 2009 (Roj: STS 5969/2009, recurso 1471/2006)) (EDJ 2009/234619).

(c) Las malas relaciones o conflictividad entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, pues solo serán relevante si afectan negativamente al interés del menor (Ts. 26 de octubre de 2016 (Roj: STS 4634/2016, recurso 2907/2014) (EDJ 2016/188966), 16 de octubre de 2014 (Roj: STS 4240/2014, recurso 683/2013) (EDJ 2014/188236), 17 de diciembre de 2013 (Roj: STS 5966/2013, recurso 2645/2012) (EDJ 2013/255428), 7 de junio de 2013 (Roj: STS 2926/2013, recurso 1128/2012) (EDJ 2013/89479), 9 de marzo de 2012 (Roj: STS 1845/2012, recurso 113/2010) (EDJ 2012/48506), 22 de julio de 2011 (Roj: STS 4924/2011, recurso 813/2009)) (EDJ 2011/155183). Las malas relaciones de los progenitores son, hasta cierto punto, la consecuencia de la ruptura afectiva de la pareja, no pudiendo exigirse que las relaciones sean de armónico diálogo (siempre deseable). Por ello no puede ser causa exclusiva (salvo notoria gravedad) de la negación de un reparto equitativo del tiempo de estancia de los menores (Ts. 4 de marzo de 2016 (Roj: STS 973/2016, recurso 1/2015)) (EDJ 2016/20741). 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. Si bien 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 (Ts. 21 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4099/2016, recurso 3282/2015) (EDJ 2016/157702), 16 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4089/2016, recurso 1628/2015) (EDJ 2016/157692), 27 de junio de 2016 (Roj: STS 3145/2016, recurso 3698/2015) (EDJ 2016/104626), 3 de junio de 2016 (Roj: STS 2617/2016, recurso 2534/2015) (EDJ 2016/81964), 24 de mayo de 2016 (Roj: STS 2322/2016, recurso 2940/2015) (EDJ 2016/74588), 13 de abril de 2016 (Roj: STS 1638/2016, recurso 1473/2015) (EDJ 2016/40508), 12 de abril de 2016 (Roj: STS 1636/2016, recurso 1225/2015) (EDJ 2016/40506), 19 de febrero de 2016 (Roj: STS 785/2016, recurso 426/2015) (EDJ 2016/15186), 11 de febrero de 2016 (Roj: STS 437/2016, recurso 326/2015) (EDJ 2016/5948), 21 de octubre de 2015 (Roj: STS 4442/2015, recurso 1768/2014) (EDJ 2015/194465), 14 de octubre de 2015 (Roj: STS 4165/2015, recurso 772/2014) (EDJ 2015/182101), 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 615/2015, recurso 890/2014) (EDJ 2015/17176), 30 de octubre de 2014 (Roj: STS 4342/2014, recurso 1359/2013)) (EDJ 2014/191945). Así, por ejemplo las discrepancias en torno al mantenimiento o no del menor en un colegio privado no concertado, con la repercusión económica que ello produciría, suponen una divergencia razonable (Ts. 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 615/2015, recurso 890/2014)) (EDJ 2015/17176). El hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia. La existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se esté régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos (Ts. 27 de junio de 2016 (Roj: STS 3145/2016, recurso 3698/2015)) (EDJ 2016/104626).

(d) Las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que la propia Ley de Enjuiciamiento civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo. La interpretación del artículo 92 del Código Civil (EDL 1889/1) 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 concurran alguno de los criterios



Paz Rodríguez Fraga
Despacho Jurídico

antes explicitados y que la redacción de dicho artículo **no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, e incluso la 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** (Ts. [12 de septiembre de 2016 \(Roj: STS 4045/2016, recurso 3200/2015\) \(EDJ 2016/152099\)](#), [30 de mayo de 2016 \(Roj: STS 2568/2016, recurso 3113/2014\) \(EDJ 2016/79326\)](#), [11 de febrero de 2016 \(Roj: STS 437/2016, recurso 326/2015\) \(EDJ 2016/5948\)](#), [21 de octubre de 2015 \(Roj: STS 4442/2015, recurso 1768/2014\) \(EDJ 2015/194465\)](#), [16 de febrero de 2015 \(Roj: STS 615/2015, recurso 890/2014\) \(EDJ 2015/17176\)](#), [16 de febrero de 2015 \(Roj: STS 258/2015, recurso 2827/2013\) \(EDJ 2015/8536\)](#), [22 de octubre de 2014 \(Roj: STS 4084/2014, recurso 164/2014\) \(EDJ 2014/182544\)](#), [16 de octubre de 2014 \(Roj: STS 4240/2014, recurso 683/2013\) \(EDJ 2014/188236\)](#), [15 de octubre de 2014 \(Roj: STS 3900/2014, recurso 2260/2013\) \(EDJ 2014/179969\)](#), [25 de noviembre de 2013 \(Roj: STS 5710/2013, recurso 2637/2012\) \(EDJ 2013/239137\)](#), [25 de mayo de 2012 \(Roj: STS 3793/2012, recurso 1395/2010\) \(EDJ 2012/109283\)](#), [7 de julio de 2011 \(Roj: STS 4824/2011, recurso 1221/2010\) \(EDJ 2011/146903\)](#).

.....

(e) **Deben rechazarse planteamientos sobre la posible "deslocalización" del menor, respeto a las rutinas y alegatos similares para no aplicar la guarda y custodia compartidas, por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos** (Ts. [30 de diciembre de 2015 \(Roj: STS 5804/2015, recurso 183/2015\) \(EDJ 2015/267875\)](#), [7 de julio de 2011 \(Roj: STS 4824/2011, recurso 1221/2010\) \(EDJ 2011/146903\)](#) y [11 de marzo de 2010 \(Roj: STS 963/2010\)](#)). Como recuerda la sentencia de 29 de abril de 2013 (Roj: STS 2246/2013, recurso 2525/2011), «no puede aceptarse que sean problemas lo que realmente son las virtudes del régimen de custodia compartida, como son la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución». Y se reitera en las de 16 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4089/2016, recurso 1628/2015), 12 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4045/2016, recurso 3200/2015), 27 de junio de 2016 (Roj: STS 3145/2016, recurso 3698/2015), 24 de mayo de 2016 (Roj: STS 2322/2016, recurso 2940/2015), 3 de mayo de 2016 (Roj: STS 1901/2016, recurso 1099/2015), 29 de marzo de 2016 (Roj: STS 1291/2016, recurso 1159/2015), 9 de marzo de 2016 (Roj: STS 1156/2016, recurso 791/2015), 11 de febrero de 2016 (Roj: STS 437/2016, recurso 326/2015), 30 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5804/2015, recurso 183/2015), 17 de noviembre de 2015 (Roj: STS 5218/2015, recurso 1889/2014), 9 de septiembre de 2015 (Roj: STS 3707/2015, recurso 545/2014), 19 de julio de 2013 (Roj: STS 4082/2013, recurso 2964/2012), 25 de abril de 2014 (Roj: STS 1699/2014, recurso 2983/2012), 2 de julio de 2014 (Roj: STS 2650/2014, recurso 1937/2013) y 18 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4608/2014, recurso 412/2014) en cuanto se recuerda que lo perseguido es primar «interés del menor y este interés, que ni el [artículo 92 del Código Civil \(EDL 1889/1\)](#) ni el [artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor \(EDL 1996/13744\)](#), definen ni determinan, 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 que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel». Como dicen las sentencias de 12 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4045/2016, recurso 3200/2015), 27 de junio de 2016 (Roj: STS 3145/2016, recurso 3698/2015), 30 de mayo de 2016 (Roj: STS 2568/2016, recurso 3113/2014), 3 de mayo de 2016



(Roj: STS 1901/2016, recurso 1099/2015), 17 de marzo de 2016 (Roj: STS 1164/2016, recurso 1136/2015), 9 de marzo de 2016 (Roj: STS 1156/2016, recurso 791/2015), 4 de marzo de 2016 (Roj: STS 973/2016, recurso 1/2015), 1 de marzo de 2016 (Roj: STS 797/2016, recurso 611/2015), 11 de febrero de 2016 (Roj: STS 359/2016, recurso 470/2015), 4 de febrero de 2016 (Roj: STS 335/2016, recurso 3045/2014), 30 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5804/2015, recurso 183/2015), 17 de noviembre de 2015 (Roj: STS 5218/2015, recurso 1889/2014), 21 de octubre de 2015 (Roj: STS 4442/2015, recurso 1768/2014), 14 de octubre de 2015 (Roj: STS 4165/2015, recurso 772/2014), 15 de julio de 2015 (Roj: STS 3207/2015, recurso 530/2014), 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 615/2015, recurso 890/2014) y 16 de febrero de 2015 (Roj: STS 258/2015, recurso 2827/2013), «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 del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia».**

(f) **El mantenimiento provisional de un sistema de guarda por la madre, durante la separación de hecho, no impide la adopción del sistema de custodia compartida, ni tampoco que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales, porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente** (Ts. 16 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4089/2016, recurso 1628/2015) (EDJ 2016/157692), 30 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5804/2015, recurso 183/2015) (EDJ 2015/267875), 21 de octubre de 2015 (Roj: STS 4442/2015, recurso 1768/2014) (EDJ 2015/194465) y 29 de noviembre de 2013 (Roj: STS 5641/2013, recurso 494/2012) (EDJ 2013/233982). **Ni puede aceptarse que la salida civilizada de uno de los progenitores de la vivienda familiar (propiedad de ella) pueda calificarse jurídicamente como aceptación de la guarda y custodia por el otro progenitor** (Ts. 14 de octubre de 2015 (Roj: STS 4165/2015, recurso 772/2014) (EDJ 2015/182101). Tampoco puede aceptarse que la estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida (Ts. 27 de junio de 2016 (Roj: STS 3145/2016, recurso 3698/2015) (EDJ 2016/104626).

El concepto de **interés del menor**, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio (EDL 2015/125943), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que **"se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara"** (Ts. 13 de abril de 2016 (Roj: STS 1638/2016, recurso 1473/2015) (EDJ 2016/40508), 29 de marzo de 2016 (Roj: STS 1291/2016, recurso 1159/2015) (EDJ 2016/29539) y 17 de marzo de 2016 (Roj: STS 1164/2016, recurso 1136/2015) (EDJ 2016/23219).

2º.- A la vista de la prueba obrante en autos, y las propias exposiciones de las partes, se puede establecer:

(a) **Ambos progenitores trabajan fuera del hogar, la madre realizando labores de monitora deportiva en otro ayuntamiento, y el padre como empleado encargado de un establecimiento familiar abierto al público. Pero eso no les ha impedido dedicarse al cuidado de su hijo, atendiendo lógicamente a sus obligaciones laborales.**



(b) Ambos cuentan con una evidente ayuda familiar de los abuelos de ambas ramas y otros familiares (tía abuela de doña Antonieta), debiendo resaltarse que, pese a lo expuesto en el recurso, en la actualidad es normal que los padres sean auxiliados por tales familiares, siendo profusa la literatura sobre la función actual de los abuelos en el cuidado y atención a los nietos. Habiéndose resaltado incluso jurisprudencialmente que en ocasiones esos abuelos u otros parientes y personas allegadas en algunas ocasiones son más próximos al cuidado de los hijos que los propios progenitores (Ts. [26 de octubre de 2016 \(Roj: STS 4634/2016, recurso 2907/2014\) \(EDJ 2016/188966\)](#), [3 de marzo de 2016 \(Roj: STS 801/2016, recurso 523/2015\) \(EDJ 2016/15633\)](#) y [15 de octubre de 2014 \(Roj: STS 3900/2014, recurso 2260/2013\) \(EDJ 2014/179969\)](#)).

(c) Los planteamientos educativos verbalizados por uno y otro se definen bajo parámetros normalizados, teniendo ambos capacidad para hacer frente a las exigencias de su realidad más inmediata, así como para dar cobertura a las necesidades del menor en los distintos niveles. Que don Bernardo reconozca que no lleva a su hijo de dos años a la guardería los días que está con él, para así poder disfrutar un poco más de su compañía, no permite que se venga a tildar de mal padre, o de incumplir unos inexistentes deberes ineludibles de escolarización. La escuela infantil es una etapa conveniente de socialización del niño, pero no puede equipararse a una actividad lectiva obligatoria, donde la ausencia esporádica del menor conlleve un retraso en su aprendizaje.

(d) Ambos padres están implicados y cumplen de forma adecuada y acertada los deberes para con el hijo. Los dos tienen domicilio estable y adecuado en el que pueda habitar el menor, sin que ello suponga una alteración sustancial de la estructura social en la que se integra, con condiciones que facilitan tanto la pernocta como el juego del menor.

(e) Ambos progenitores viven en DIRECCION001 y tienen una estructura de apoyo implicada y estable en sus respectivas familias. La marcha posterior al ayuntamiento cercano de DIRECCION002 no puede considerarse como seria, pues es obvio que en DIRECCION001 o DIRECCION004 existen viviendas en arrendamiento aptas para satisfacer las necesidades de doña Antonieta, con alquileres más o menos asequibles. Debiendo resaltarse que doña Antonieta ha modificado el domicilio del menor sin consentimiento de don Bernardo, quien también ostenta la patria potestad.

(f) Pese a lo que se quiere exponer, no existe entre los progenitores una relación conflictiva relevante, sin perjuicio de las dificultades de comunicación lógicas en todo proceso de crisis matrimonial. Máxime hasta que se asientan las bases de la vida futura. Ni se hace referencia a que esa sequedad en las relaciones afecte negativamente al niño. Todo ello sin perjuicio de que se espere y sea deseable que, con el paso del tiempo y teniendo como base el interés superior del menor, las transferencias de datos entre ambas familias sobre aspectos relevantes del niño mejoren notablemente.

3º.- En consecuencia, teniendo en consideración que el régimen de custodia compartida se está configurando en la actualidad como el régimen ordinario, siempre y cuando haya una mínima disposición de los progenitores, por cuanto así: 1) Se fomenta la integración de la menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) Se evita el sentimiento de pérdida de un progenitor; 3) No se cuestiona la idoneidad de los padres; 4) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor. Se ha evidenciado que con este sistema el hijo disfruta de las figuras paterna y materna plenamente, así como de las familias extensas. Esto le permitirá observar e interiorizar formas vitales distintas, que sirven para enriquecerlo. Lo que debe considerarse perjudicial y anómalo es que un menor identifique a su padre con un señor al que ve cuatro días al mes, con el que va a comer a un establecimiento de hostelería, o está durante unas horas en un domicilio, con el que no participa en ninguna actividad diaria



habitualmente (no lo viste, no lo asea, no hacen los deberes, no hablan...); por lo que ese padre no es un referente positivo en su vida, y acaba tornándose en un extraño. **Es por ello que el Tribunal Supremo insiste de forma reiterada en que este sistema de custodia compartida debe considerarse el normal, salvo que se advierta un perjuicio serio y real para el menor.** Se comprende el planteamiento de doña Antonieta, en cuanto se aferra al arquetipo clásico, con unas constantes referencias a la "estabilidad". Pero, claro es, entendiendo por tal que Marcelino resida con ella, en el mantenimiento de la situación actual; pero rechazaría esa "estabilidad" si la guarda y custodia se atribuyese en exclusiva a don Bernardo. Por otra parte, y como ha tenido ocasión de pronunciarse la Sala Primera del Tribunal Supremo, los tiempos actuales marcan que las relaciones de parejas (sean matrimoniales o no) no puede configurarse como hace 30 años; ni tampoco plantear a los hijos un modo de vida de otras épocas. Son situaciones que los hijos están asumiendo con mucha más naturalidad y normalidad que los propios progenitores.

4º.- Es evidente que no puede aceptarse como argumento que el niño convive en exclusiva durante los últimos meses con la madre. Tal convivencia obedece a una imposición de doña Antonieta, que incluso se apunta a que inicialmente limitó el contacto de Marcelino con su padre. O las referencias a la lactancia, cuando quedó determinado que el niño ya no era un lactante. Por otra parte, no puede obviarse que el niño iniciará pronto la etapa preescolar, por lo que sus horarios se verán bastante alterados, acudiendo por la mañana y por la tarde al colegio, etcétera.

Tampoco puede aceptarse que fue ella la que cuidó en exclusiva al niño, cuando consta por la prueba testifical, incluso de sus familiares directos, que ambas familias (especialmente abuelos y tía abuela) colaboraban muy activamente al cuidado del niño, debido a las limitaciones propias de la actividad laboral que impone el sistema actual de vida.

Y las circunstancias en que se produjo la ruptura son ajenas a la cuestión litigiosa. Es cierto que el [artículo 92.7 del Código Civil \(EDL 1889/1\)](#) establece que «No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos», añadiendo a continuación que «Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica». Pero no es admisible que se introduzca por vía de preguntas en la práctica de prueba las insinuaciones sobre un carácter violento de don Bernardo. Como indicó la Sra. Juez, si considera que existió un episodio de violencia doméstica, debió formular la correspondiente denuncia y se tramitaría ante el Juzgado encargado de Violencia sobre la Mujer. Lo que no es aceptable es que no se presenten denuncias, y ulteriormente se dejen caer "píldoras", cumpliendo el refrán de "calumnia, que algo queda". Ni se tramita ningún proceso penal por esta acusación, ni don Bernardo está siendo investigado o acusado por un episodio de violencia doméstica, ni se ha dictado ninguna sentencia de condena penal firme, ni nadie refiere un carácter violento.