



DIVORCIOS: GUARDA Y CUSTODIA: necesaria unificación legal. Numerosos estudios y estadísticas confirman que el mayor número de rupturas matrimoniales se producen tras las vacaciones estivales, razón por la que nos encontramos en el periodo del año en el que más demandas de divorcio se interponen.

No es objeto de este artículo ahondar en las razones de esas rupturas ni cuándo se producen, pero sí el de analizar una circunstancia que, necesariamente, va implícita a los procesos de disolución matrimonial y que va adquiriendo cada vez mayor protagonismo. Me refiero a la atribución de la guarda y custodia de los menores a uno o ambos progenitores.

Hasta hace unos años, por razones sociológicas cuyo análisis tampoco motivan esta reflexión, existía un cierto convencimiento o sumisión respecto de la atribución de la guarda y custodia que, salvo en supuestos muy especiales, se otorgaba a la madre.

Sin embargo, éste extremo ha cambiado de manera radical en los últimos años y podríamos decir que, en un porcentaje muy alto de estos procedimientos, la atribución de la guarda y custodia es ahora mucho más discutida y se ha convertido en el aspecto que en la actualidad provoca mayor conflictividad entre los progenitores, más aún desde que en el año 2013, el Tribunal Supremo dictara la, ya famosa, Sentencia de 29 de abril, en la que disponía, tras analizar el artículo 92 del Código Civil, que el mismo "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". Es decir, la discrepancia de los padres sobre la custodia compartida de sus hijos no impide que el Tribunal la pueda acordar si entiende que es



beneficioso para estos. Esta Sentencia abrió una esperanza para muchos padres que llevaban décadas luchando por conseguir una guarda y custodia compartida sobre sus hijos y se ha visto refrendada posteriormente con nuevas resoluciones del Supremo en esa misma línea. No obstante, estos pronunciamientos no terminan de zanjar la inseguridad jurídica que la inexistencia de una norma específica genera, ya que, como veremos más adelante, aún existen órganos judiciales que se resisten a aplicar la línea jurisprudencial establecida por nuestro más alto Tribunal.

Actualmente, son 5 las Comunidades (Aragón, Cataluña, Valencia, Navarra y Vascongadas) que han aprobado leyes regulando el modelo de guarda y custodia compartida. Para el resto de España es de aplicación el derecho común, que no prevé expresamente este modelo, lo que supone - y en ese sentido existe una sólida opinión doctrinal- una discriminación para todos aquellos ciudadanos que, ante la inexistencia de dicha regulación en su región, tienen muchas más dificultades para conseguir una Sentencia que les otorgue una guarda y custodia compartida con plenas garantías.

Como ocurre en otras materias -algunas de plena actualidad como la fiscal-, la realidad legislativa española hace que los ciudadanos tengan diferentes derechos en función de la región en la que vivan, con el claro perjuicio que ello conlleva, acrecentado en este caso por la especial trascendencia de la materia en cuestión.

Por ello, los Tribunales se han visto en la necesidad de definir o concretar, por vía jurisprudencial, un modelo de guarda y custodia compartida que la realidad social exige y que el derecho común aún no recoge de manera expresa.

Superada la excepcionalidad con que se contemplaba en el pasado y establecidos los criterios para valorar la conveniencia de su aplicación en cada



supuesto concreto, han sido muchas las cuestiones relacionadas con la materia sobre las que el Tribunal Supremo se ha tenido que pronunciar.

En aras de la seguridad jurídica, afortunadamente numerosas Audiencias Provinciales están resolviendo conforme a la jurisprudencia existente, si bien, en alguna ocasión, se ha tenido que interpelar a alguna Sala para hacerla valer.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2016 manifestó la importancia de que las Audiencias Provinciales respeten su doctrina por encontrarnos ante "un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares". En el supuesto al que nos referimos el Tribunal Supremo casó y anuló una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (22136/2015), que negaba al padre la guarda y custodia compartida de su hijo menor, recordando a este órgano judicial que debía seguir la doctrina marcada por el Alto Tribunal. En el cuerpo de la Sentencia, dispuso: "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 de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares".

La ausencia de una norma común impide disfrutar a los ciudadanos de los mismos derechos. Es en éste punto donde deberíamos poner el foco de atención. Aún cuando el Tribunal Supremo ha establecido un criterio claro al respecto, la interpretación de alguna Sala de las Audiencias Provinciales está provocando la necesidad de recurrir en Casación, con el coste y el perjuicio personal, económico y de tiempo que conlleva. En aras de la seguridad jurídica y la igualdad de derechos a la que anteriormente hacíamos referencia, es



Alfredo García LópeZ
Ana Conde de Cossío ToyoS

ABOGADOS

necesario disponer en esta materia de una normativa común para todo el territorio nacional.



Alfredo García LópeZ
Ana Conde de Cossío ToyoS

ABOGADOS