



Alfredo García López
Ana Conde de Cossío Toyo

ABOGADOS

DIVORCIO: la controvertida decisión judicial de la custodia en lactantes.

La determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos en casos de crisis matrimonial es una de las cuestiones que, en la práctica, suscita más controversia. La Jurisprudencia de nuestros tribunales ha venido considerando el denominado “interés superior del menor” como la piedra angular que debe regir la decisión en un sentido u otro.

No obstante, este interés superior del menor puede ser difícil de calibrar cuando contamos con factores tan determinantes como la corta edad del menor. Así, la etapa comprendida entre el nacimiento y los tres años es la que tradicionalmente ha generado mayor diversidad de opiniones, sin que exista una tendencia clara, ni a nivel doctrinal ni jurisprudencial, acerca de la conveniencia objetiva de descartar o no la guarda y custodia compartida per se.

Y es que el escenario en que nos movemos en este período evolutivo del menor, es complejo. Nos vemos obligados a desechar elementos de juicio tan válidos y habituales como el arraigo del menor en un determinado entorno - escolarización, grupo relacional, amistades, etc.-, el tipo de relación y/o conflicto que pueda mantener con los progenitores, el resultado de una prueba pericial psicológica o, simplemente, la voluntad del propio menor expresada en el trámite de la exploración judicial. Estos criterios fijados por el Tribunal Supremo en su conocida Sentencia de 29 de abril de 2013, que marcan la pauta a seguir al considerar la custodia compartida como el sistema normal y



Alfredo García López
Ana Conde de Cossío ToyoS

ABOGADOS

deseable, no son suficientes a la hora de discernir el interés superior de niños de tan corta edad.

Es por ello que debemos atender a otros factores tales como la especial vinculación con uno de los padres -generalmente la madre en esta etapa- o la práctica de la lactancia materna. Esta última influye en gran medida en el sistema de custodia, no por el rol que históricamente se ha venido atribuyendo a la mujer sino por el propio carácter irremplazable de la figura de la progenitora, que condiciona enormemente la vida del menor y, en consecuencia, el régimen de relación con los padres. Así lo ha entendido, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 20 de abril de 2016 que establece:

"Lo que hoy no puede sostenerse es que el sexo de los progenitores sea un criterio en el que sustentar la preferencia por uno u otro", de forma que "incluso en los lactantes, no es el sexo de la madre lo que determina la custodia a su favor sino el ser la encargada naturalmente de alimentarlo..."

Pero, como decíamos, la cuestión no es pacífica y en nuestra jurisprudencia menor encontramos criterios no solo diversos sino incluso contradictorios. Por ejemplo, algunas opiniones no conciben una custodia compartida mientras el hijo sea lactante, debiendo establecerse necesariamente un régimen de guarda y custodia monoparental en beneficio de la madre.



Alfredo García López
Ana Conde de Cossío ToyoS

ABOGADOS

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 4ª, de 18 de febrero de 2015, condiciona la custodia compartida a la finalización de la lactancia materna al afirmar que "siendo notorio, como también recuerda la parte apelante, que la lactancia materna es beneficiosa para los recién nacidos (incluso combinándola con otros alimentos), entiende la Sala más apropiado fijar como fecha para el cambio de guarda y custodia, no la concreta del 1 de marzo de 2015, sino aquélla en que la lactancia materna termine".

Otros planteamientos son, si cabe, más estrictos y consideran inviable un régimen de visitas con pernoctas a favor del progenitor no custodio, esto es, el padre, mientras dure la lactancia materna.

Estas posturas vienen a contradecir la actual tendencia de nuestro Tribunal Supremo que, tras abandonar la rigidez de su posicionamiento inicial, ha venido a considerar que la guarda y custodia compartida es la fórmula más similar a la que existía antes de la crisis de la pareja y, por tanto, es el modelo de convivencia óptimo, tal y como reconocen, entre otras, las Sentencias de 25 y 29 de noviembre de 2013.

Más en línea con este planteamiento actual del Alto Tribunal, nos encontramos con pronunciamientos judiciales que no consideran un factor de especial trascendencia la corta edad del menor y optan por regímenes compartidos, con las salvedades y particularidades que conlleva la práctica de la lactancia materna y la escasa edad del hijo común.



Alfredo García López
Ana Conde de Cossío Toyos

ABOGADOS

Entre otras, citamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 8 de junio de 2016 que se inclina por la custodia compartida en el caso de un menor lactante:

"No cabe duda de que la edad del menor es un elemento a tener en cuenta a la hora de optar por el sistema de custodia compartida y de que dicha circunstancia puede ser subjetivamente valorada de forma diversa, pero lo cierto es que incluso estando en dicho período de lactancia materna, ha habido resoluciones tales como la SAP de 19 de junio de 2013, que han optado por el sistema de custodia compartida cuando dicha lactancia estaba inminentemente próxima a su finalización".

Así las cosas, detectamos, por un lado, la inexistencia de un criterio unitario en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, y por otro, la falta de resoluciones del Tribunal Supremo que marquen la línea a seguir por los tribunales menores. Y es que, no perdamos de vista que el periplo judicial es largo y desde que se dicta la Sentencia en Primera Instancia hasta que se recurre en casación, suelen transcurrir varios años, por lo que los menores han crecido y la práctica de la lactancia materna, en la mayoría de los casos, ha cesado.

En consecuencia, ante la falta de unas directrices unívocas y reglas generales en la determinación del régimen de guarda y custodia aplicable a menores de corta edad, deberemos atender -más si cabe- al resto de elementos que en todo procedimiento deben ponderarse para la fijación de un sistema de



Alfredo García López
Ana Conde de Cossío ToyoS

ABOGADOS

custodia u otro. En este sentido, el superior interés del menor debe analizarse a la luz de la actual doctrina jurisprudencial que considera la custodia compartida como el régimen normal -no excepcional- y atendiendo al resto de elementos de juicio: el hecho de que el niño sea o no lactante (extremo que por sí solo no es definitorio, como veíamos), el vínculo con los padres, la proximidad entre los domicilios de éstos o la relación entre ellos.

En definitiva, nos movemos en un terreno legal pantanoso en el que conviven tres opciones, la exclusión durante el periodo de lactancia no solo del régimen de custodia compartida, sino también la restricción de la pernocta con el padre no custodia, la intermedia o de tránsito marcando la modificación que deberá operarse tras la finalización de la lactancia y una tercera más progresista que pretende integrar y compatibilizar el periodo de lactancia con el deseable régimen de custodia compartida. Conscientes de que habrá que descender a la singularidad e individualidad del caso concreto, seguimos manteniendo un autismo legislativo y una necesaria reforma siempre postergada que no nos haga depender del diverso y mutante criterio jurisprudencial.