

LIBRO DE FAMILIA

REVISTA JURÍDICA DE DERECHO DE FAMILIA

DICIEMBRE 2017. Nº 8

ASOCIACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS FRANCISCO DE VITORIA

DIRECCIÓN: NATALIA VELILLA ANTOLÍN

COORDINACIÓN: ALFONSO ALIAGA CASANOVA



Visítanos en:



www.ajfv.es

INDICE DE CONTENIDOS

1.- LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS: LA NECESIDAD DE SU PREVISIÓN LEGAL Y LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE SU TUTELA JUDICIAL

Artículo elaborado por **Alfonso C. Aliaga Casanova**, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Orihuela

1	LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS: UN FENÓMENO SOCIAL CONTEMPORÁNEO.....	3
2	LA AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL.....	6
3	PRINCIPIOS QUE DEBEN PRIMAR EN LA TUTELA JUDICIAL DE LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS .	9
3.1	El principio de protección de la familia.....	9
3.2	El principio de protección del interés del menor.....	11
3.2.1	Decisión sobre el régimen de custodia	12
3.2.2	Atribución del uso de la vivienda familiar.....	12
4	CONCLUSIONES.....	14
5	REFERENCIAS DEL CENDOJ DE LA JURISPRUDENCIA CITADA.....	15
6	BIBLIOGRAFÍA.....	16

2.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA LA CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA, EN CONCRETO, SOBRE LA NECESIDAD DEL RESPETO MUTUO ENTRE LOS CONYUGES Y EL NIVEL DE CONFLICTIVIDAD ENTRE AMBOS

Artículo elaborado por **Cristina Sánchez Blanco**, Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Colegiado 60.776, Letrado de la Rota

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013

Sentencia N°: 257/2013

Rec. 2525/2011

LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS: LA NECESIDAD DE SU PREVISIÓN LEGAL Y LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE SU TUTELA JUDICIAL

Alfonso C. Aliaga Casanova

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Orihuela

El autor analiza en este artículo el fenómeno cada vez más frecuente de las familias reconstituidas, examinando la complejidad del entramado familiar que se genera y concluyendo la necesidad de su previsión legal, a fin de reconocer expresamente el ejercicio de la parentalidad por las nuevas parejas y de aportar soluciones expresas a problemas frecuentes, como los derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar. Asimismo, estudia los principios que deben inspirar la solución de las controversias derivadas de este tipo de familias, destacando la importancia dada a la necesidad de mantener los lazos afectivos entre hermanos fruto de distintas relaciones en recientes resoluciones judiciales sobre custodia compartida o atribución del uso de la vivienda.

VOCES: familias reconstituidas, parentalidad, protección de la familia, interés del menor, custodia, atribución del uso de la vivienda.

1 LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS: UN FENÓMENO SOCIAL CONTEMPORÁNEO

Recientemente, el Tribunal Supremo ha tenido que afrontar dos casos de hijos fruto de relaciones de pareja distintas, y valorar su incidencia a la hora de decidir sobre la modificación del régimen de custodia y la posible adopción de la custodia compartida ([STS de 25 de octubre de 2017](#)) o sobre la atribución del uso de la vivienda ([STS de 17 de octubre de 2017](#)). Tales sentencias de nuestro Alto Tribunal son una buena muestra de que la convivencia de hijos fruto de distintos matrimonios o relaciones de pareja es cada vez más frecuente en la sociedad contemporánea.

En el año 2016 hubo 96.824 divorcios en España, de los cuales, en un 57% de los casos, el matrimonio tenía hijos menores o mayores dependientes¹. Muchas parejas “rotas”, podemos pensar; pero lo cierto es tras el divorcio o ruptura de una relación de pareja la vida sigue y con cierta frecuencia los

¹ Datos tomados del Instituto Nacional de Estadística, nota de prensa de 25 de septiembre de 2017, consultable en http://www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf

progenitores deciden contraer nuevo matrimonio o formar una nueva pareja de la que nacen nuevos hijos, generándose así un nuevo entramado de relaciones familiares.

Según el Censo del Instituto Nacional de Estadística del año 2016, en España las parejas conviviendo con hijos no comunes ascendían a 320.200, lo que representa sobre un 4,7% del total de parejas con hijos².

Estas situaciones, que giran en torno a la existencia de un nuevo matrimonio o nueva unión estable de pareja y la convivencia en este entorno de hijo o hijos de, al menos, uno de los miembros fruto de un matrimonio o relación anterior, es lo que se ha venido a denominar “stepfamilies” o familias reconstituidas o ensambladas. La traducción del término inglés “Stepfamily” sería literalmente “familiastra”; sin embargo, dicha denominación por su escasa eufonía y seguramente por la connotación negativa del sufijo -astra, no tiene adeptos³. En algún país de habla hispana (Argentina, por ejemplo), se las llama familias ensambladas; el término que se está generalizando en España es el de familias reconstituidas. De este modo, el punto de vista sobre la familia divorciada ha pasado desde la concepción de ser una familia rota a tener la capacidad de crear una nueva familia recompuesta⁴.

Es cierto que la viudedad, en el pasado, también podía dar lugar a una recomposición familiar; pero cuando el viudo o la viuda se vuelven a casar, el segundo cónyuge reemplaza al desaparecido, incluso en las relaciones con los hijos. En cambio, en las nuevas familias, la nueva pareja se suma al progenitor o progenitora biológica, y crea una ligazón nueva. Actualmente la reconstitución familiar no es una mera sustitución de un hogar por otro, sino que implica la coexistencia de dos hogares dentro de la estructura familiar, que hace que el funcionamiento de la familia no dependa sólo de la dinámica del hogar propio, sino también de la forma como se definan las relaciones con el otro hogar.⁵ Terminan, pues, estos dos hogares conformando lo que se ha descrito como nuevas “constelaciones familiares”⁶.

Este tipo de familia no es un todo homogéneo, sino que nos podemos encontrar con una pluralidad de supuestos. En función de su origen y de su

² En 2016 las parejas sin hijos representan en unidades de millar, 4.338,5; las parejas conviviendo con hijos todos comunes, 6.485,9 y las parejas conviviendo con hijos no comunes, 320,2. Datos consultables en <http://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/10/&file=01018.px&L=0>

³ Así lo entiende PEREIRA, Roberto; “Familias reconstituidas: La pérdida como punto de partida”, consultable en <http://www.redsistemica.com.ar/reconstituidas.htm>

⁴ FRÍAS NAVARRO, María Dolores; “Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo: resultados de la investigación psicológica”, *Cuadernos de Derecho Judicial XXVI*, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 2.

⁵ DE YZAGUIRRE GARCÍA, Fernando; *Guía de familias reconstituidas*, Unaf, 2014, p. 17.

⁶ FERRANDO, Gilda; “Familias recompuestas y padres nuevos”, *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 28, 2007, consultable en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17241/17528>, con cita de THERY, “Le costellozionifamifiariricomposte: una questione sociale e culturale”, en S. MAZZONI (ed.), *Le nuovocostellazionifamifiariricomposte*, Milán, 2002, p. 30.; en el mismo sentido, RIVAS RIVAS, Ana María; “El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas”, *Portularia* Vol. XII, N.º 2, 2012, p. 31

composición, pueden surgir nuevas familias a partir de las siguientes combinaciones:

a).- Familia reconstituida con padre con hijo/s que se une a una mujer sin hijo.

b).- Familia reconstituida con madre con hijo/s que se une a un hombre sin hijo.

c).- Familia reconstituida con madre y padre con hijos: Cada miembro de la pareja trae sus propios hijos a la nueva unidad familiar.

d).- Familia reconstituida con hijos comunes: Este tipo puede ser combinado con cualquiera de los 3 tipos anteriores de familia.⁷

En algunos casos, las parejas formalizan legalmente su relación, mientras otras no lo hacen, y en ocasiones, la pareja no vive en el hogar de forma permanente. En algunos casos, se produce la convivencia de hijos e hijas comunes y no comunes, mientras que en otros viven en hogares diferentes.

Precisamente, por tal variedad de supuestos, los expertos en mediación familiar, aconsejan elaborar al principio del proceso de mediación un *genograma* o representación gráfica de una constelación familiar multigeneracional, con estructura en forma de árbol a fin de ofrecer una información rápida sobre los miembros de la familia y sus relaciones, para tener claro quién es cada uno y qué papel puede jugar dentro del conjunto o sistema.⁸ Por el contrario, en los tribunales, con la finalidad de simplificar los asuntos, suele, a veces de forma equivocada, descartarse la relevancia de los nuevos actores familiares que no están vinculados por lazos de consanguinidad y no se alcanza a comprender la complejidad del entramado familiar.

Además, en la familia tradicional el funcionamiento es fruto de un lento proceso de convivencia, que además, suele apoyarse en el ejemplo de los familiares que nos rodean; sin embargo, en las familias reconstituidas se produce un rápido ajuste de la convivencia y no se suelen tener modelos cercanos de los que servirse para ir regulando la convivencia. Como señala DE YZAGUIRRE, “*si yo soy varón y acabo de tener una hija, tengo mucho tiempo para ajustar mi rol de padre y me puedo inspirar en mi propio padre, pero si diez años después me separo y me voy a vivir con mi nueva compañera y su hijo, de repente me encuentro en una situación nueva para mí y no sé muy bien cuál es mi papel*”⁹.

Estas familias representan un desafío a los modelos sociales y culturales. Hacen falta reglas sociales a las cuales hacer referencia: reglas de conducta comúnmente aceptadas, que definan los papeles de los protagonistas. De hecho,

⁷ Clasificación tomada de PINTO ANDRADE, Cristobal; *Las familias reconstituidas en la Práctica Judicial*, Edición propia, 2017, p. 6

⁸ VALL RIUS, Ana María; “El procedimiento de mediación”, *Nueva regulación de la mediación civil y mercantil*, Cuadernos digitales de Formación nº 23, Consejo General del Poder Judicial, 2013, pp. 8 y 9.

⁹ DE YZAGUIRRE GARCÍA, Fernando; *Guía de familias reconstituidas*, op. cit., p. 17.

incluso, no hay definición unitaria de familia, y en su lugar cada uno de los partícipes tiene su propia definición sobre quien forma parte o no de su familia.¹⁰

No es de sorprender, por lo tanto, que el derecho también haya guardado silencio frente a estos nuevos núcleos familiares que se constituyen como consecuencia de las relaciones precedentes¹¹; sin embargo, la frecuencia de tales situaciones, exige en la actualidad que el legislador afronte su existencia y aporte una regulación adecuada.

2 LA AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL

En este nuevo escenario, aparecen nuevas figuras en torno a los hijos, como puede ser la nueva pareja del padre/madre biológico conviviente; de forma que las tareas de cuidados, crianza, socialización, educación, atribuidas socialmente a aquellas personas con las que los niños mantienen vínculos biológicos pueden ser ejercidas por personas no vinculadas biológicamente con los niños. Es lo que se denomina “parentalidad social” frente a la “parentalidad biológica”.

De hecho, en la construcción de dicha parentalidad derivada de nuevas parejas o matrimonios, pueden diferenciarse tres tipos de estrategias:

- a) La de sustitución, que tiene lugar cuando el padrastro/madrastra conviviente asume las funciones parentales que le corresponderían al padre/madre biológico no conviviente, quien deja de desempeñarlas.
- b) La de duplicación, en las que tanto el padrastro/madrastra como el padre/madre biológicos desempeñan funciones parentales, independientemente de que sean convivientes o no.
- c) Y la de evitación, en las que el padre y madre biológicos desempeñan funciones parentales, evitando que lo hagan la madrastra y/o el padrastro.¹²

La decantación por un modelo u otro depende de muchos factores como el grado de conflictividad durante y después del divorcio, tipo de custodia, estatus económico de los adultos, grado de cumplimiento de las visitas, etc.

¹⁰RIVASRIVAS, Ana María; “El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas”, op. cit., p. 31, señala que *“Para presentarlo de una forma plástica recurramos al ejemplo siguiente: un matrimonio tiene dos hijos; más tarde se divorcia y los hijos se quedan a vivir con la madre; tanto la madre como el padre vuelven a establecer una relación de pareja; los hijos siguen viviendo con la madre y su nueva pareja y visitarán a su padre y a su nueva pareja en los tiempos convenidos. Si preguntamos a cada una de estas cuatro personas - el padre, la madre y los dos hijos- quién forma parte de su familia ¿qué nos contestarán? La madre divorciada seguro que nombrará a sus hijos y a su nueva pareja, pero es difícil que incluya a su exmarido. Y si le preguntamos al exmarido, probablemente nombrará a sus hijos, a los que él continúa viendo, y a su nueva pareja, pero no a la exmujer. Otra será la respuesta de los hijos: si aún siguen viendo con regularidad al padre probablemente incluirán en la familia tanto a la madre como al padre, y según la relación que tengan con las nuevas parejas de los padres los incluirán o no. Así es como tras el divorcio y la reanudación de nuevas relaciones de pareja, todos los involucrados tendrán una representación distinta de quién pertenece a la familia”*

¹¹ En este sentido, FERRANDO, Gilda; “Familias recompuestas y padres nuevos”, op. cit.

¹² Según conclusiones de una investigación realizada durante el año 2006 en la Comunidad Autónoma de Madrid y financiada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Para un estudio más detallado de dichas conclusiones, véase RIVAS RIVAS, Ana María; “El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas”, op. cit., pp. 33 y ss.

Lo cierto es que no existen normas establecidas sobre las tareas que corresponden a las parejas de los progenitores; pero dado que una implicación excesiva puede provocar el rechazo de hijos e hijas, y dar lugar a enfrentamientos con el otro progenitor que puede considerar que está habiendo una intromisión en esferas de su responsabilidad, se recomienda a las nuevas parejas que den prioridad a la relación afectiva con los niños y niñas y se mantengan en un segundo plano en tareas relacionadas con la crianza y educación. Esto no quiere decir que no pueda colaborar en alguna tarea¹³.

Lo ideal es acordar con el otro progenitor biológico unas normas y pautas básicas que se puedan seguir en los dos hogares, estableciendo una comunicación fluida con el otro hogar, a la par que establecer claramente con la propia pareja cuáles van a ser las normas de funcionamiento del propio hogar, haciendo partícipes a los niños y niñas en el establecimiento de las normas si su edad lo permite y evitando ambigüedades de rol, pues debe delimitarse con claridad qué tareas se reserva el progenitor y en qué tareas colabora la nueva pareja¹⁴; pero, manteniéndose ésta al margen cuando haya que imponer disciplina y hacer cumplir las normas, pues deberá reservarse dicha tarea al progenitor.

En cualquier caso, la relación entre padrastro/madrastra/hijastros se mueve en un limbo jurídico que pertenece al ámbito de lo privado y de las voluntades de las personas individuales. De ahí la variedad de roles que se pueden asumir¹⁵.

No obstante, según se aprecia de la práctica judicial, la presencia de una nueva pareja del progenitor y su posible colaboración en tareas de educación y cuidado no debe considerarse en sí misma como un inconveniente para atribuir la custodia al progenitor biológico (véase en este sentido, por todas [SAP La Rioja Sección 1ª de 25 de octubre de 2011](#)); puede, incluso, valorarse de forma positiva para conceder la custodia compartida, el hecho de que, pese a los horarios laborales del progenitor, éste cuente con la ayuda de su actual pareja para el cuidado de sus hijos (verbigracia, [SAP Álava Sección 1ª de 25 de noviembre de 2016](#)), o la existencia de buenas relaciones del menor con la actual pareja (por ejemplo, [SAP de Albacete Sección 1ª de 2 de marzo de 2017](#)). Sin embargo, parece que la nueva pareja debe servir de apoyo puntual y coyuntural, pero no de forma sistemática, valorándose de forma negativa que, por comodidad, capricho o falta de aptitud parental, el progenitor biológico delegue esencialmente la crianza y custodia, cuando para un cuidado cotidiano podría estar en mejor disposición el otro progenitor biológico (verbigracia, [SAP Valencia Sección 10ª de 28 de diciembre de 2016](#))

Dicho lo cual, como señala PINTO ANDRADE, “*en el Derecho común -a diferencia de la normativa aragonesa y catalana- de la dicción de los Arts 154 y 156 C.C no se deduce posibilidad de ninguna clase de intervención por parte de la*

¹³ De tal opinión, DE YZAGUIRRE GARCÍA, Fernando; *Guía de familias reconstituidas*, op. cit., p. 33

¹⁴ Para un examen más extenso de dichos consejos sobre las pautas aconsejables en familias reconstituidas vid DE YZAGUIRRE GARCÍA, Fernando; *Guía de familias reconstituidas*, op. cit.

¹⁵ Así lo indica RIVAS RIVAS, Ana María; “El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas”, p. 32

nueva pareja de uno de los progenitores : ni se le atribuye funciones jurídicas propias de la relación paterno-filial alguna ni resulta posible delegar ni compartir el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo menor con este tercero ni durante la convivencia ni al cese de ésta. Jurídicamente, la pareja del progenitor no sería más que un guardador de hecho (Art. 303 y ss. C.C) sometido al régimen de esta institución, una regulación, por otra parte, incompleta y muchas veces ineficaz.

De hecho, el Código Civil mantiene un clamoroso silencio respecto a la figura de la nueva pareja del progenitor del hijo menor; la única disposición civil de Derecho común que alude expresamente a esta figura es el Art 1362.1º C.C: los gastos que se originen por la alimentación y la educación de los hijos de uno solo de los cónyuges cuando convivan en el hogar familiar correrá a cargo de la sociedad de gananciales.”¹⁶

Parece necesario, pues, una reforma del Código Civil, que contemple expresamente en el ámbito del derecho común la denominada “parentabilidad social” del cónyuge o pareja conviviente del progenitor custodio, reconociéndole expresamente una cierta facultad de tomar decisiones en la vida de los menores, sin que ello implique ejercicio de la patria potestad ni guarda, sino facilitar la vida cotidiana de los menores.

La ausencia de reconocimiento legal y/o social de esta figura, da lugar a una ausencia de derechos que va desde la negación de permisos laborales hasta la imposibilidad de tomar ningún tipo de decisión (sanitaria, educativa, etc.) con respecto a la persona no vinculada biológicamente, pero que se tiene a cargo, en muchas ocasiones, tanto emocional como económicamente. Como señala SANZ ABAD “*las autoridades públicas y los profesionales que intervienen en el campo de la familia deberían plantearse que facilitar la construcción de ese “otro” rol no sólo es un reconocimiento a los adultos que lo desempeñan, sino que también revierte positivamente en el incremento del bienestar de los hijos al generarse la ampliación de lo que denominamos colchón social.*”¹⁷

En el ámbito del derecho común, sólo existe prevista legalmente la posibilidad de que, una vez se produzca una nueva ruptura matrimonial o cese de la convivencia, la que hasta ese momento haya sido pareja conviviente, siempre que se hayan creado unos lazos o vínculos con los hijos no comunes que deban ser mantenidos, pueda ser considerado “allegado” a los efectos del art. 160 Ccivil; pues tal y como se señaló en la [STS de 12 de mayo de 2011](#), en un caso de la excompañera sentimental de la madre biológica, el menor tiene un “*derecho efectivo...de relacionarse con aquellas personas con las que le une unarelación afectiva y por ello debe entenderse aplicable al supuesto que nos ocupa el artículo 160. 2 CC , que establece que "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones*

¹⁶ PINTO ANDRADE, Cristobal; *Las familias reconstituidas en la Práctica Judicial*, op.cit., pp. 9-10

¹⁷ SANZ ABAD, Jesús y otros, “Diversidad familiar: apuntes desde la antropología social”, *Revista de Treball Social, Col·legi Oficial de Treball Social de Catalunya*, abril 2013, nº 198, p. 34

personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados". Esta norma debe aplicarse a este tipo de relaciones por las siguientes razones:

1ª El concepto de allegado se ajusta a la relación que Dª Zaida mantiene con el niño. De acuerdo con la definición del Diccionario de la RAE, *allegado*, "dicho de una persona: cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza".

2ª En aplicación del art. 160.2 CC , el juez está autorizado para tomar cualquiera de las medidas que están enumeradas en el art 158 CC , que integra el art. 162 CC en cuanto determina el tipo de prevenciones que pueden adoptarse en estos casos”

Según el TS la expresión "derecho de visitas" debe aplicarse solamente en las relaciones entre los progenitores y sus hijos. Para identificar el derecho del menor a relacionarse con otros parientes y allegados resulta más adecuado utilizar la expresión “relaciones personales”, terminología que utiliza el art. 160.2 CC , que es el aplicable. Es cierto que el art. 160 CC no determina la extensión ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus allegados. Por tanto, se trata de una cuestión que debe ser decidida por el juez, quien deberá tener en cuenta: i) la situación personal del menor y de la persona con la desea relacionarse; ii) las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido; iii) la intensidad de las relaciones anteriores; iv) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia y, v) en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor.

3 PRINCIPIOS QUE DEBEN PRIMAR EN LA TUTELA JUDICIAL DE LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS

La ausencia de una previsión legal de las familias reconstituidas y la distinta problemática que pueden ocasionar, determina que los jueces a la hora de resolver las diversas controversias que se nos someten a enjuiciamiento, debamos atender a los principios generales del derecho como fuente del ordenamiento jurídico recogida en el art. 1 Ccivil.

Dos son los principios que se han señalado como de obligada aplicación en la materia: el de protección de la familia y el de protección del interés del menor¹⁸.

3.1 El principio de protección de la familia

En nuestro ordenamiento jurídico el art. 39 de la Constitución española reconoce el derecho a “la protección social, económica y jurídica de la familia”.

¹⁸ Así lo entiende, por ejemplo, para las cuestiones patrimoniales, BOSCH, Antonio; “Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial”, *Ponència a les XIII Jornades de dret català a Tossa*, consultable en <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/ab.htm# Toc82580830>

Dicho artículo no distingue el tipo de familia, y como señala la citada [STS de 12 de mayo de 2011](#) “El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales.”. De hecho, tal interpretación en sentido amplio y plural de la familia, como menciona la citada STS, es igualmente conforme con los criterios interpretativos del concepto de familia en el ámbito del derecho europeo, puesto que “La protección de la familia es objeto de un importante reconocimiento en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 noviembre 1950. El Art. 8 de este Convenio establece, en su párrafo primero, que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]". Dicho artículo ha sido interpretado en el sentido que aquí se mantiene en relación al artículo 39 CE por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 septiembre 2007, en el caso *Wagner y J.M.W.L. vs Luxemburgo*. En este caso se decidió que el estado de Luxemburgo había violado el art. 8 de la Convención europea al negarse a otorgar el exequatur a una sentencia de adopción realizada en Perú, porque el derecho luxemburgués no aceptaba la adopción por una persona sola y a pesar de que adoptante y adoptada habían convivido durante varios años en Luxemburgo. La Corte europea considera que cuando garantiza el respeto a la vida familiar, el artículo 8 de la Convención presupone la existencia de una familia; en el caso, la recurrente es considerada como madre de la menor desde 1996, por lo que existen lazos familiares de facto entre ellas (párrafo 117). De acuerdo con los principios que se derivan de la jurisprudencia de la Corte de Derechos humanos, cuando exista un lazo familiar con un niño, el estado debe actuar para permitir que este ligamen se desarrolle y se acuerde una protección jurídica que haga posible al máximo la integración del menor en su familia y es por ello que la negación del exequatur a la sentencia de adopción dictada por el tribunal peruano, vulnera los derechos de esta familia.

Este mismo principio está recogido en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2010/C 83/02), que dice: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones".

Esta solución debe aplicarse a la situación que se presenta a la consideración de este Tribunal, puesto que aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en su art. 7.3, modificado en 2007, en cambio sí debe considerarse que, como se ha dicho antes, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas.”

Como señala BOSCH “El interés superior protegido constitucionalmente es el de constituir, mantener, y desarrollar una familia.

Esto es también aplicable a una segunda familia integrada por miembros de primeras o anteriores familias. ¿Se puede hablar de interés de la familia reconstituida? Evidentemente, es un interés constitucionalmente protegible y distinto del interés de los miembros que la integran. La familia reconstituida tiene un interés común. ¿En qué se manifiesta? En la protección de los elementos fundamentales de la familia: los hijos comunes y no comunes, ...; la protección de la pareja ... y la protección del hogar, vivienda y los bienes de uso de la familia.”¹⁹

3.2 El principio de protección del interés del menor

El interés del menor es un principio rector y fundamental en el Derecho de Familia en la medida que los menores son los que están más necesitados de protección. El artículo 39. 2 y 3 de la CE aseguran a los hijos una protección integral y obliga a los padres a prestar asistencia de todo tipo a sus hijos.

Este principio de protección del interés del menor afecta en igualdad de condiciones tanto a los hijos de la relación primitiva como los nacidos de la relación posterior. De hecho, la [STS de 30 de abril de 2013](#) que fijó doctrina sobre cómo influye en la pensión de alimentos el nacimiento de nuevos hijos de una relación posterior, destacó dicho principio de igualdad entre ambos hijos (los anteriores y los frutos de la relación posterior) al indicar que “*El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 de la Constitución Española, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante.*”

A la hora de determinar en qué consiste el interés del menor, hemos de atender como criterio interpretativo a lo determinado por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pues como señala la [STS de 17 de marzo de 2016](#) “*El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio 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, física 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.»*”

¹⁹ BOSCH, Antonio; “Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial”, op. cit.

Evidentemente, el interés de los menores “*es la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño*” ([STS de 25 de septiembre de 2015](#)).

3.2.1 Decisión sobre el régimen de custodia

En el caso de las familias reconstituidas, en lo referente a la decisión sobre la custodia de los hijos, uno de los factores que deberá tenerse especialmente en cuenta para ponderar dicho interés de los menores será favorecer el tiempo de convivencia y contacto entre los distintos hermanos frutos de distintas relaciones de un progenitor común, y ello para fortalecer los lazos fraternales entre los mismos. Precisamente, por ello, en la reciente [STS de 25 de octubre de 2017](#), uno de los factores que se tuvo en cuenta para modificar un régimen de custodia individual y conceder la custodia compartida fue “*una circunstancia nueva: el nacimiento de dos hermanos menores habidos en una nueva relación de su padre, ... lo que va a permitir a la niña pasar más tiempo con ellos, y fortalecer los vínculos fraternales, a partir de una unidad familiar más amplia*”.

En otras ocasiones, el TS ha considerado que no existía inconveniente en atribuir la custodia a la madre; pero en tales casos se ha fijado un régimen amplio de visitas de forma que la relación afectiva y vinculación entre los hermanos quede garantizada. Así la [STS de 12 de septiembre de 2016](#) ratifica una sentencia en la que se indicó que “*sin que la atribución de la guarda a la madre implique de ninguna manera pérdida de la relación afectiva y vinculación padre-hija-hermana paterna, que queda garantizada en méritos al amplio régimen de visitas diseñado*”; pero lo hace tras analizar el conjunto de factores existentes en el caso concreto relativos a atendiendo a criterios reiteradamente expresados por el TS sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con la menor; a sus aptitudes personales; a los deseos manifestados por la niña; al número de hijos y al cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con la hija común. En este caso, en concreto, existía una diferencia de edad importante entre ambos hermanos y no se considera relevante la edad de la menor en cuestión para conceder la custodia compartida, lo que permite inferir que cuando la diferencia de edad entre los hermanos sea menor, habrá que procurar en mayor grado dicha convivencia y tiempo de estancia en común.

3.2.2 Atribución del uso de la vivienda familiar

Por otro lado, el interés de los menores debe primar a la hora de decidir sobre la atribución de la vivienda familiar. Si sólo existen hijos comunes menores fruto de un mismo matrimonio o relación, la solución la encontramos en el art. 96 Ccivil. Así lo indica la reciente [STS de 17 de octubre de 2017](#), donde se recuerda,

al respecto, la doctrina de la Sala, y con cita de las SSTS de 28 de noviembre de 2014 y de 17 de junio de 2017 se señala que *“la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC ... Lo que pretende el artículo 96 del CC al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven es evitar que a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones.”*

Pero, lo realmente novedoso de la importante y reciente [STS de 17 de octubre de 2017](#) es que aclara que el actual art. 96 CCivil no contempla el caso en que haya que decidirse sobre la atribución de la vivienda familiar en caso del interés por mantenerse en la misma casa de dos o mas hijos/as menores de madres/padres diferentes. En concreto, la sentencia citada contempla un caso de crisis familiar de una pareja de hecho con una hija menor en común, con quienes también ha convivido durante los períodos de visita que tenía el padre respecto a otra hija menor de éste fruto de una anterior relación. Se trata, por tanto, de dos hermanas, de vínculo sencillo, que han permanecido juntas los tiempos que a la segunda le correspondía estar en compañía de su padre por el régimen de visitas y que mantienen además una estrecha relación. A la vista de tal supuesto, nuestro Alto Tribunal señala que *“El artículo 96 del Código Civil no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que es además propiedad de los padres de uno de ellos”*; es más aconseja una reforma del mencionado artículo 96 CCivil a fin de contemplar los casos de familias reconstituidas, puesto que añade que ello *“pone en evidencia una vez más la necesidad de un cambio legislativo que se adapte a estas nuevas realidades”*.

Por otro lado, dicha sentencia y, mientras no se reforma el art. 96 CCivil, fija unas pautas o criterios a aplicar para decidir sobre la atribución de la vivienda en el caso de familias reconstituidas²⁰. Tales pautas o criterios podemos resumirlos de la siguiente manera:

1º En tales casos, se debe aplicar por analogía el párrafo 2.º y no en el 1.º del art. 96 CC, *“pues solo en caso de pluralidad de hijos y custodia dividida se concede normativamente al Juez la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno y otro progenitor en la que ha existido una convivencia estable”*.

2º Debe valorarse, en cada caso, si la vivienda en cuestión ha constituido la residencia familiar estable de los hijos fruto de distintas relaciones, su lugar de encuentro, durante periodos amplios, permitiendo no solo una efectiva comunicación entre los/las hermanos/as de vínculo sencillo, sino también

²⁰ De tal opinión, GARCÍA, Natalia, *“¿Cómo atribuir el uso de la vivienda en las familias reconstituidas?”*, *Blog Sepin Familia*, 20 de noviembre de 2017, consultable en <https://blog.sepin.es/2017/11/atribucion-uso-vivienda-familias-reconstituidas/>

cumplimentar una de las indicaciones en las que el Código Civil objetiva el interés del menor: procurar «no separar a los hermanos» (artículo 92.5). Considera que el hecho de que los/las hijos/as sean de progenitores/as distintos/as no debe dar lugar a que la unión entre ambas quede desfavorecida atribuyendo el uso a la parte recurrente en aplicación del párrafo 1.º del art. 96 CC. Hay que con el atender al interés familiar preferente y necesitado de mayor protección y no entorpecer «el desarrollo vital común de las hijas, custodia y comunicación entre ellas» en los periodos de convivencia con el padre.

3º Hay dos factores que eliminan el rigor de la norma de atribuir el uso de la vivienda al progenitor custodio cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges:

1. El carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación.

2. Que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios. Ahora bien, para que se aplique esta solución es necesario que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor.

En este caso en cuestión, el TS valora que la madre solicitante dispone de otra vivienda en la misma zona, que ya fue su domicilio antes de iniciarse la convivencia con el demandado y no niega que pueda utilizarla ni opone razones para considerarla inadecuada; y que la vivienda cuyo uso se solicita es propiedad de los padres del demandado, por lo que si se atribuyera el uso solicitado se correría el riesgo de resultar inútil al permitirse ejercitar a sus propietarios la acción de desahucio por precario.

Por ello, el Tribunal Supremo, en este caso, atribuyó el uso de la vivienda al padre no custodio, con la finalidad de permitir la comunicación y el mantenimiento del lazo afectivo entre las hermanas frutos de dos relaciones distintas, factor al que ha dado una relevancia significativa para resolver lo que ha denominado “*un problema complejo*”.

4 CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, podemos extraer las siguientes ideas principales:

- Tras una crisis de pareja, cada vez es más frecuente que los progenitores decidan contraer nuevo matrimonio o formar una nueva pareja de la que nacen nuevos hijos, lo que da lugar a las familias reconstituidas.
- En las familias reconstituidas se genera un nuevo entramado de relaciones o constelaciones familiares, en el que el rol que deba asumir la nueva pareja

o esposa del progenitor de los hijos no comunes puede ser muy variado, pero que, en todo caso, debe ser definido y delimitado con claridad por los diferentes actores, evitando que el progenitor biológico delegue en exceso su cometido propio. Igualmente es aconsejable una buena relación comunicativa entre los dos hogares.

- Se estima preciso una reforma del Código Civil que contemple expresamente en el ámbito del derecho común el ejercicio de la denominada “parentabilidad social” por el nuevo cónyuge o pareja conviviente del progenitor biológico, reconociéndole expresamente una cierta facultad de tomar decisiones en la vida de los menores; y ello, para aumentar el bienestar de los menores al ampliar su “colchón social”.
- Como principios inspiradores para solucionar las controversias derivadas de familias recompuestas, debemos atender, en primer lugar, al principio de la protección de la familia recogido en el art. 30 CE, puesto que el sistema familiar actual es plural y tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes.
- En segundo lugar, debemos atender al principio de protección del interés del menor, como el más necesitado de protección.
- Como uno de los factores más relevantes que determinan el interés del menor, debemos considerar la necesidad favorecer el tiempo de convivencia y contacto entre los distintos hermanos frutos de distintas relaciones de un progenitor común, y ello para fortalecer los lazos fraternales entre los mismos. Dicho factor podrá tenerse en cuenta, tanto para la atribución de la custodia como para la atribución del uso de la vivienda.
- En el caso de la atribución de la vivienda, procede aplicar por analogía el art. 96.2 Ccivil en lugar del art. 96.1 Ccivil, mientras no se reforma éste artículo para contemplar expresamente los supuestos de familias recompuestas.

5 REFERENCIAS DEL CENDOJ DE LA JURISPRUDENCIA CITADA

[STS de 12 de mayo de 2011: Roj: STS 2676/2011 - ECLI: ES:TS:2011:2676](#)

[SAP La Rioja Sección 1 del 25 de octubre de 2011: ROJ: SAP LO 624/2011 - ECLI:ES:APLO:2011:624\)](#)

[STS de 30 de abril de 2013: Roj: STS 2081/2013 - ECLI: ES:TS:2013:2081](#)

[STS de 25 de septiembre de 2015: Roj: STS 3890/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3890](#)

[STS de 17 de marzo de 2016 \(ROJ: STS 1164/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1164\)](#)

[STS de 12 de septiembre de 2016: Roj: STS 4045/2016 - ECLI: ES:TS:2016:4045](#)

[SAP Alava Sección 1ª de 25 de noviembre de 2016: Roj: SAP VI 651/2016 - ECLI: ES:APVI:2016:651](#)

[SAP Valencia Sección 10ª de 28 de diciembre de 2016: Roj: SAP V 4127/2016 - ECLI: ES:APV:2016:4127](#)

[SAP Albacete Sección 1ª de 2 de marzo de 2017: Roj: SAP AB 117/2017 - ECLI: ES:APAB:2017:117](#)

[STS de 25 de octubre de 2017: Roj: STS 3755/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3755](#)

[STS de 17 de octubre de 2017: Roj: STS 3732/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3732](#)

6 BIBLIOGRAFÍA

BOSCH, Antonio; “Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial”, *Ponència a les XIII Jornades de dretcatalà a Tossa*, consultable en http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/ab.htm#_Toc82580830

DE YZAGUIRRE GARCÍA, Fernando; *Guía de familias reconstituidas*, Unaf, 2014.

FERRANDO, Gilda; “Familias recompuestas y padres nuevos”, *Revista Derecho & Sociedad*, nº 28, 2007.

FRÍAS NAVARRO, María Dolores; “Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo: resultados de la investigación psicológica”, *Cuadernos de Derecho Judicial XXVI*, Consejo General del Poder Judicial, 2005

GARCÍA, Natalia, “¿Cómo atribuir el uso de la vivienda en las familias reconstituidas?”, *Blog Sepin Familia*, 20 de noviembre de 2017, consultable en <https://blog.sepin.es/2017/11/atribucion-uso-vivienda-familias-reconstituidas/>

PEREIRA, Roberto; “Familias reconstituidas: La pérdida como punto de partida”, consultable en <http://www.redsistemica.com.ar/reconstituidas.htm>

PINTO ANDRADE, Cristobal; *Las familias reconstituidas en la Práctica Judicial*, Edición propia, 2017

RIVAS RIVAS, Ana María; “El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas”, *Portularia* Vol. XII, Nº 2, 2012

SANZ ABAD, Jesús y otros, “Diversidad familiar: apuntes desde la antropología social”, *Revista de Treball Social, Col·legi Oficial de Treball Social de Catalunya*, abril 2013, nº 198

VALL RIUS, Ana María; “El procedimiento de mediación”, *Nueva regulación de la mediación civil y mercantil*, Cuadernos digitales de Formación nº 23, Consejo General del Poder Judicial, 2013

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA LA CONCESIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA, EN CONCRETO, SOBRE LA NECESIDAD DEL RESPETO MUTUO ENTRE LOS CONYUGES Y EL NIVEL DE CONFLICTIVIDAD ENTRE AMBOS

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013

Sentencia N°: 257/2013

Rec. 2525/2011

Cristina Sánchez Blanco

Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Colegiado 60.776

Letrado de la Rota

La autora reflexiona de forma crítica sobre la manipulación que, a veces, se hace por los operadores jurídicos ante los Tribunales del requisito de respeto mutuo entre progenitores, exigido para la concesión de la custodia compartida, y analiza la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto.

VOCES: Custodia compartida, criterios, respeto mutuo, conflictividad

COMENTARIO

La sentencia del Tribunal Supremo de de 29 de abril de 2013, Sentencia N°: 257/2013, estableció y sentó como Doctrina Jurisprudencial, que la custodia compartida, 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.

Este artículo pretende hacer una reflexión sobre uno de estos criterios que deben ser tenidos en cuenta, en concreto, la relación entre los progenitores, y como, en opinión de este abogado, es un criterio que está siendo mal utilizado o manipulado, por clientes y, (por qué no decirlo) por otros compañeros, para evitar la concesión de las custodias compartidas en supuestos claramente favorables a ella.

Estoy segura que, otros abogados que me lean, identificarán claramente, lo que quiero decir y es que, como he dicho, el conocimiento de esta circunstancia por los clientes, sirve de base, para propiciar una relación de pareja más conflictiva de lo que realmente era, encontrando problemas donde antes no los había y adquiriendo una de las dos partes, una situación de superioridad, incluso de coacción frente a la otra, que se ve limitada a la hora de tomar decisiones, en relación a sus hijos, por el miedo futuro a parecer tener una relación mala.

Por este motivo, creo que la interpretación de este criterio se debe suavizar en cuanto su aplicación y que se debe establecer, de una manera clara, que **la mala relación entre los progenitores, por sí sólo, no es motivo suficiente para denegar la custodia compartida**, siempre y cuando ésta no perjudique el interés del menor, ya que **ello supondría dejar a la voluntad de uno de los padres la decisión del régimen de custodia a seguir.**

A continuación os presento un resumen de las sentencias del Tribunal Supremo donde se puede ver la evolución que el alto Tribunal ha tenido desde el año 2013 hasta septiembre de este mismo año 2017 en relación a la aplicación del criterio comentado.

1.-Sentencia 619/2014, del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2014

“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 de 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”.

2.-Sentencia 96/2015, del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2015

El Tribunal Supremo consideró «razonables» las divergencias entre los padres, lo cual no imposibilita el régimen de guarda y custodia compartida «que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el 'sentimiento de pérdida', no cuestiona la idoneidad de los padres, y estima la cooperación de los mismos en beneficio del menor»

El Alto Tribunal revoca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, que concedió la custodia a la madre al estimar que había un «importante» nivel de conflictividad y tensión en la pareja que permitía inferir que la custodia compartida no sería una solución «sino un semillero de problemas» que iba a intensificar «la judicialización de la vida de los litigantes» e incidir negativamente en la estabilidad del menor. Como pruebas de esa tensión, tuvo en cuenta las «discrepancias serias» por el colegio de escolarización del menor (por motivos económicos, ya que estudiaba en un centro privado no concertado), y el hecho de que la mujer hubiese sido condenada por una falta de coacciones tras una denuncia de su marido por haber cambiado la cerradura de la vivienda familiar.

Para el Supremo, las razones esgrimidas por la Audiencia para desaconsejar la custodia compartida en este caso «no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo». En primer lugar, porque la condena por coacciones de la mujer no supone demérito alguno para el hombre (recurrente en casación), y en segundo lugar, porque la discrepancia sobre el colegio del menor y sus consecuencias económicas «supone una divergencia razonable».

De ese modo, la sentencia indica que «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 dos profesionales como los ahora litigantes

3.-Sentencia 465/2015, del Tribunal Supremo, de 9 de septiembre de 2015, se pronunció sobre las discrepancias de los padres sobre la custodia compartida, estableciendo que éstas no impiden que se acuerde si beneficia a los menores.

El TS casa la sentencia de la AP asumiendo la de instancia: «... la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores.

4. [Sentencia 143/2016, del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2016](#), el Alto Tribunal recuerda que la adopción del sistema de custodia compartida requiere una mínima capacidad de diálogo, para no perjudicar el interés del menor, «y en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos.

5.- [Sentencia 294/2017 del Tribunal Supremo de de 12 de mayo de 2017](#)

1.- 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; 9 de marzo de 2016; 433/2016 , de 27 de junio).

2.- La cuestión a dilucidar en cada caso será si ha primado el interés del menor al decidir sobre su guarda y custodia.

3.- La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial”.

6.- Sentencia 519/2017, del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2017, en esta sentencia se denuncia que la Sentencia de instancia y la Audiencia, concedieron la custodia Compartida obviando las relaciones conflictivas de los progenitores.

“El recurso de casación se articula en un motivo único en el que se denuncia la infracción del artículo 92 CC, en relación con el principio del interés del menor y la jurisprudencia de esta sala sobre el interés superior del menor como criterio para resolver el régimen de custodia. En su desarrollo y en esencia se argumenta que la sentencia no ha tomado en consideración este criterio en la resolución del sistema de guarda y ha obviado las relaciones conflictivas que existen entre el padre y la menor que están provocando una imposibilidad de la ejecución del sistema impuesto. En este aspecto, alega que la audiencia practicada a la menor ya evidenció esta situación”.

Así pues, el alto Tribunal ha ido perfilando y apurando el alcance de este criterio, pero realmente considero que debemos ser los propios abogados, a través de la prueba, a través de nuestros consejos y dentro de lo que entendemos como derecho de defensa, los que debemos esforzarnos en mostrar la realidad de la familia de que se trate para, de esta manera, el juzgado pueda valorar en justa medida y en conjunto con los otros criterios, la conveniencia o no de la custodia compartida.

REFERENCIAS DEL CENDOJ DE LA JURISPRUDENCIA CITADA:

[STS de 29 de abril de 2013: Roj: STS 2246/2013 - ECLI: ES:TS:2013:2246](#)

[STS de 30 de octubre de 2014: Roj: STS 4342/2014 - ECLI: ES:TS:2014:4342](#)

[STS de 16 de febrero de 2015: Roj: STS 615/2015 - ECLI: ES:TS:2015:615](#)

[STS de 9 de septiembre de 2015: Roj: STS 3707/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3707](#)

[STS de 9 de marzo de 2016: Roj: STS 1159/2016 - ECLI: ES:TS:2016:1159](#)

[STS de 12 de mayo de 2017: Roj: STS 1896/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1896](#)

[STS de 22 de septiembre de 2017: Roj: STS 3327/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3327](#)