

**INCIDENCIA DE LA EDAD DEL MENOR EN LA  
DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA. COMENTARIO A  
LA STS DE ESPAÑA, NÚM. 182/2018, DE 4 DE ABRIL (RJ 2018, 1182)\***

***INCIDENCE OF THE CHILD'S AGE IN THE DETERMINATION OF  
CUSTODY. COMMENT ON SPANISH STS NO. 182/2018, OF APRIL 4 (RJ  
2018/1182)***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 444-457*

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IIPP: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y en el Proyecto de Investigación MINECO: DER2016-75342-R "Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores", IIPP: Sofía De Salas Murillo/M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo.



Javier  
MARTÍNEZ  
CALVO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 14 de mayo de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** La edad del menor constituye un criterio a tener en cuenta para la determinación del régimen de custodia, así como para su configuración concreta; pero la corta edad no excluye de forma automática la posibilidad de adoptar un régimen de custodia compartida. En aquellos casos en los que se opte por establecer la custodia exclusiva con base en la corta edad del menor, lo razonable es que se haga con carácter provisional, previendo la posibilidad de que se modifique una vez que alcance determinada edad, sin que ello se considere perjudicial para la estabilidad del menor.

**PALABRAS CLAVE:** Custodia compartida; custodia mixta; interés superior del menor; hijos no matrimoniales; edad.

**ABSTRACT:** *Child's age is a criterion to be taken into account for the determination of the custody, as well as for its specific configuration; but the early age does not automatically exclude the possibility of adopting a joint custody. In those cases in which sole custody is chosen on the basis of the early child's age, it is reasonable to do so provisionally, allowing for the possibility of modification after reaching a certain age, without be considered damaging to the stability of the minor.*

**KEY WORDS:** *Joint custody; mixed custody; interests of the child; children born out of wedlock; age.*

**SUMARIO.-** COMENTARIO: I. LA SUPERACIÓN DE LA “DOCTRINA DE LOS AÑOS TIERNOS”.- II. INCIDENCIA QUE TIENE ACTUALMENTE LA EDAD DEL MENOR EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA.- III. LA POSIBLE PERTURBACIÓN DE LA ESTABILIDAD DEL MENOR NO ES ÓBICE PARA ESTABLECER UN RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA.

---

## SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia dictó Sentencia con fecha 11 de abril de 2016 en proceso sobre guarda y custodia de hijos no matrimoniales entablado entre D. Maximiliano y Dña. Josefa, por la que ordenaba el régimen de guarda y custodia del menor Jesús Ángel, de dos años de edad, del siguiente modo: la guarda y custodia se atribuía a la madre hasta septiembre de 2016, momento en el que se daba por concluido el periodo de lactancia; y, desde septiembre de 2016, se establecía un régimen de guarda y custodia con alternancia semanal. Por tanto, se fijó un régimen de custodia mixta, caracterizado por el establecimiento de un régimen de custodia exclusiva en atención a la corta edad del menor; para pasar de forma automática a un régimen de custodia compartida en el momento en que el menor alcance determinada edad.

Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Dña. Josefa, que fue estimado parcialmente por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia de fecha 3 de mayo de 2017 (JUR 2017\212275), revocando la citada Sentencia para declarar que la guarda y custodia del hijo correspondía exclusivamente a Dña. Josefa, sin límite temporal alguno. La Sentencia excluía la guarda y custodia compartida por dos motivos: por la corta edad del menor, que era lactante cuando se dictaron las medidas provisionales y, en el momento de dictarse la Sentencia, contaba con dos años de edad; y porque el cambio podía afectar a la estabilidad del menor, que estaba adaptado al entorno materno.

Contra la expresada Sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de D. Maximiliano, por considerar infringido el artículo 92

### • Javier Martínez Calvo

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Ha trabajado como abogado ejerciente y posteriormente ha estado vinculado a la Universidad de Zaragoza como personal docente e investigador. Su labor investigadora se desarrolla en el seno del Grupo Consolidado de Investigación *Ius Familiae* y del Proyecto de Investigación “Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores”. Sus líneas de investigación principales son: derecho de la persona, filiación, derecho de familia, mediación familiar y protección de menores y discapacitados. Correo electrónico: javiermc@unizar.es

del Código Civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas y el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; al revocarse la custodia compartida por una custodia materna, aplicando de forma incorrecta el principio de protección del menor. Además, también citó la doctrina del Tribunal Supremo sobre la prevalencia del interés del menor en la determinación de la guarda y custodia compartida. Con base en ello, terminó suplicando que se dictara Sentencia por la que se atribuyera conjuntamente la guarda y custodia del menor Jesús Ángel a ambos progenitores. Subsidiariamente, solicitó que la guarda y custodia del menor se estableciera en exclusiva a su favor.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia objeto de este comentario, estimó el recurso y casó y anuló la Sentencia recurrida en lo que se refiere al sistema de guarda y custodia del menor Jesús Ángel, confirmando el régimen de custodia compartida establecido por el Juzgado de Primera Instancia, que estaba ya vigente en el momento de dictarse la Sentencia de apelación. Los argumentos que utilizó el Tribunal Supremo son los que se recogen en el siguiente apartado.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El objeto principal del litigio consiste en determinar el peso que debe darse a la edad del menor en la determinación del régimen de guarda y custodia, y, en caso de que se establezca un régimen de custodia exclusiva con base en la corta edad del menor, la viabilidad de prever su posterior sustitución por un régimen de custodia compartida cuando alcance determinada edad.

Al respecto, el Tribunal Supremo establece que la corta edad del menor no es determinante para excluir el régimen de custodia compartida, máxime si cuando ya ha concluido el periodo de lactancia. Así mismo, entiende que la posible perturbación de la estabilidad del menor; que hasta ese momento había vivido con su madre, tampoco es obstáculo para el establecimiento del régimen de custodia compartida. En este sentido, considera que la Sentencia recurrida petrifica la situación del menor, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin especificar cuál sería la edad adecuada para adoptar el régimen de custodia compartida ni tener en cuenta el irreversible efecto que el transcurso del tiempo puede originar en la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a los principios recogidos en la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Así mismo, recuerda que la toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia está en función y se orienta en interés del menor; interés que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica

del Menor; desarrollada en la Ley 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina, y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en supuestos como el que ahora se enjuicia, concreta a partir de un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores que evite 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 éstos con aquel. En este sentido, el alto Tribunal señala que lo que se pretende es garantizar a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

## COMENTARIO

### I. LA SUPERACIÓN DE LA “DOCTRINA DE LOS AÑOS TIERNOS”.

Con anterioridad a las reformas introducidas en 1981 el divorcio tuvo una presencia muy tímida en nuestro Derecho. Y es que, aunque se utilizó el término divorcio en alguna norma, en realidad distaba mucho del divorcio tal y como hoy lo entendemos, ya que no suponía la disolución del vínculo ni permitía que el hombre y la mujer pudieran contraer ulterior matrimonio. Sólo durante el breve lapso de la II República existió el divorcio en sentido estricto: se promulgó la Constitución de 1931, de la que nos interesa especialmente su artículo 43, que admitía la posibilidad de que el matrimonio se disolviese en vida de los cónyuges mediante el divorcio; y un año más tarde de la promulgación de la Constitución se aprobó la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, que tuvo un recorrido muy corto, siendo derogada el 23 de septiembre de 1939.

No obstante, todas las normas previeron las posibles consecuencias de la separación de los progenitores y de la declaración de nulidad de su matrimonio -entre las que, obviamente, se incluía la cuestión de la atribución del cuidado de los hijos menores-.

Interesa mencionar, en primer lugar, que la regla general era que la titularidad de la patria potestad pertenecía exclusivamente al padre (una regla que, salvo durante el breve periodo de la II República Española -art. 25 CE de 1931-, se mantendría hasta la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio). Así se desprende de lo previsto en los Proyectos de Código Civil que se fueron sucediendo (Proyecto de Código Civil de 1821- art. 370-, Proyecto de Código Civil de 1836 -art. 189-, Proyecto de Código Civil de 1851 -art. 164-y Proyecto de Código Civil de 1869), en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870- art. 64- y en la redacción originaria de nuestro Código Civil de 1889 -art. 154-.

En cuanto al cuidado de los hijos en caso de ruptura, los menores de corta edad quedaban siempre a cargo de la madre, una opción que se conoce como “doctrina de los años tiernos” o “filosofía de la tierna edad”<sup>1</sup> -regla que se mantuvo hasta la aprobación de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo-. Los textos que se fueron sucediendo establecían diferentes límites de edad. En este sentido, se preveía que los menores de tres años quedaran en compañía de la madre en el Proyecto de Código Civil de 1836 -art. 189-, en el Proyecto de Código Civil de 1851 -art. 82-, en el Proyecto de Código Civil de 1869 -art. 108<sup>2</sup>-, en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 -art. 88.2- y en la redacción originaria del Código Civil de 1889 -arts. 70 y 73-. La Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 aumentó el límite de edad a los cinco años -art. 17- y, posteriormente, la Ley de 24 de abril de 1958 lo elevó a los siete -art. 73-.

Una vez que los menores alcanzaban los diferentes límites de edad que hemos visto, el criterio que se seguía para la atribución de la guarda de los hijos del matrimonio era el de la “culpabilidad”, privando de dicha facultad al cónyuge que fuera considerado el responsable de la separación y otorgándola en favor del cónyuge “inocente”. Así se preveía en los diferentes Proyectos de Código Civil (Proyecto de Código Civil de 1821 -art. 348-, Proyecto de Código Civil de 1836 -art. 251-, Proyecto de Código Civil de 1851 -art. 82-y Proyecto de Código Civil de 1869 -art. 108-), en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 -arts. 87.2 y 88.2-, en la redacción originaria de nuestro Código Civil de 1889 -arts. 68, 70 y 73-, en la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 -art. 17- y en la Ley de 24 de abril de 1958 -que mantenía en este punto las mismas reglas que se recogían en la redacción originaria del Código Civil-.

Tuvo especial relevancia la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. La citada norma reformó el artículo 159 Cc. en el sentido de abandonar la regla de dejar a los menores de corta edad en todo caso a cargo de la madre.

Además de reconocer la igualdad de uno y otro progenitor para asumir la titularidad de la guarda y custodia, la Ley 11/1990 reforzó nuevamente el principio del interés superior del menor como criterio rector para atribuir la titularidad de esta figura, señalando que la decisión se adoptará “(...) siempre en beneficio de los hijos (...)”. A partir de este momento ambos progenitores podían -teóricamente-

1 La mencionada expresión procede de la llamada *tender years doctrine*, acuñada por la jurisprudencia norteamericana -*vid.* LAING KLAFF, R.: “The Tender Years Doctrine: A Defense”, *California Law Review*, 1982, Vol. 70, Issue 2, pp. 335-372-.

2 Ahora bien, en el Proyecto de Código Civil de 1869 se introdujo una importante novedad: la regla de dejar a los menores de tres años a cargo de la madre ya no se imponía con carácter taxativo, sino se llevaría a cabo siempre que «(...) el tribunal no dispusiese otra cosa», dando con ello un cierto margen de discrecionalidad al juez para apartarse de la citada regla.

acceder en condiciones de igualdad a la guarda y custodia de sus hijos menores, con independencia de la edad de éstos.

## II. INCIDENCIA QUE TIENE ACTUALMENTE LA EDAD DEL MENOR EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

Como he anticipado, la Ley 11/1990, de 15 de octubre, modificó el artículo 159 del Código Civil y eliminó la regla de que los menores de corta edad queden siempre a cargo de la madre -"doctrina de los años tiernos" o "filosofía de la tierna edad"- . Sin embargo, ello no significa que la edad de los menores no deba tenerse en cuenta. Basta observar que la Ley Orgánica 11/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, menciona la edad y madurez del menor como uno de los criterios a seguir para concretar el interés superior del menor -art. 2.3 a)-. Además, casi todas las leyes autonómicas que han entrado a regular en esta materia han incluido la edad de los hijos entre los criterios en los que debe fijarse el juez a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia -art. 80.2 a) CDFA, art. 3.3 a) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 c) Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 5.3 a) de la anulada Ley valenciana 5/2011-. También pretendía hacerlo el legislador nacional a través del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia -art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil-.

En el caso del Derecho aragonés, hay incluso quien mantiene que el artículo 79.5 del Código del Derecho Foral de Aragón muestra preferencia por la custodia individual cuando se trata de menores de corta edad<sup>3</sup>. Dicho precepto -al que más adelante me referiré nuevamente- prevé que, cuando se haya acordado un régimen de custodia individual en atención a la edad de los hijos, se revise en un determinado plazo a fin de plantear la conveniencia de sustituirlo por un régimen de custodia compartida; y, con base en dicha dicción, se ha llegado a considerar que «(...) contempla como elemento desfavorable y contrario a la custodia compartida la corta edad de los hijos». No obstante, resulta discutible que sea ésta la *ratio legis* de la norma aragonesa, máxime si tenemos en cuenta la preferencia que muestra por la custodia compartida en el resto de su articulado.

En cualquier caso, como pone de manifiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, todo conduce a pensar que la mención a la edad del menor dentro de los criterios de determinación del régimen de guarda y custodia tiene por objeto «justificar la

3 Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *La Ley*, 2010, núm. 7537, tomo 5, p. 1945.

atribución de la custodia individual a la madre en caso de hijos de corta edad»<sup>4</sup>. Podría tratarse, por tanto, de uno de los últimos resquicios de la regla que recogía nuestra legislación anterior a la Ley 11/1990 de dejar a los menores de corta edad a cargo de la madre -aunque, como el propio autor reconoce, se supera el automatismo que conllevaba tradicionalmente dicha regla-.

Para valorar este criterio, considero que deben analizarse dos supuestos por separado: el de los menores que se encuentran en periodo de lactancia y el de aquellos que ya han superado dicha etapa.

En cuanto a los primeros, parece que la jurisprudencia se inclina mayoritariamente por establecer un régimen de custodia individual en favor de la madre (*vid.* por todas: STS 4 abril 2018 -JUR 2018\98270-), aunque también encontramos pronunciamientos en sentido contrario<sup>5</sup> (SAP de Pontevedra 19 de junio 2013).

Los mayores problemas se han planteado en aquellos casos en los que nos encontramos ante menores que ya han superado la etapa de lactancia, pero que todavía se encuentran en una edad muy temprana. En primer lugar, no queda claro qué debe entenderse por “corta edad”. En ocasiones se ha considerado que el límite debe situarse en los tres años (*vid.* STSJ de Aragón 28 septiembre 2012 -RJ 2012\10948- y SAP de Zaragoza 2 diciembre 2011 -JUR 2011\431898-) y en otros se ha estimado que en doce años (*vid.* SAP de Las Palmas 28 febrero 2005 -JUR 2005\108942- y SAP de León 12 mayo 2006 -JUR 2006\187991-). En segundo término, la jurisprudencia tampoco termina de ponerse de acuerdo sobre el régimen de guarda y custodia más conveniente para estos menores:

Por un lado, existe una corriente jurisprudencial que considera que, cuando nos encontramos ante menores de corta edad, es preferible siempre la custodia exclusiva -normalmente en favor de la madre-. En este sentido, se ha denegado el establecimiento de un régimen de custodia compartida con base en la corta edad del menor en supuestos en los que éste contaba con un año (*vid.* SAP de Salamanca 15 julio 2009 -JUR 2009\363002- y SAP de Valencia 9 mayo 2014 -JUR 2014\174273-), dos años (*vid.* STSJ de Aragón 13 julio 2011 -RJ 2011\6564-, SAP de Asturias 7 noviembre 2003 -JUR 2004\66270- y SAP de Murcia 13 febrero 2007 -JUR 2007\254591-), con tres años (*vid.* SAP de Barcelona 25 enero 2002 -JUR 2002\134455-, SAP de Valencia 13 mayo de 2003 -JUR 2003\171870- y SAP de Córdoba 26 noviembre 2008 -JUR 2009\60234-), con cuatro años (*vid.* SAP de

4 *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV.: *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010, p. 157.

5 El argumento que se da es que los bebés desarrollan el mismo nexo con ambas figuras parentales y que los varones pueden generar sobre los bebés una influencia muy positiva en el ámbito cognitivo

Asturias 10 diciembre 2003 -JUR 2004\67256- y SAP de Zaragoza 7 enero 2004 -JUR 2004\60729-), etc.

El principal argumento esgrimido en favor de esta postura es que la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 prevé en su sexto principio que «salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de su madre» (vid. STSJ de Cataluña 31 julio 2008 -RJ 2009\643-). Sin embargo, como mantiene SANAHUJA BUENAVENTURA, no parece tan claro que el fin perseguido por dicha norma sea el de exigir que el cuidado de los niños de corta edad deba realizarlo permanentemente la madre<sup>6</sup>. Más bien, parece que está aludiendo a la inconveniencia de apartarlos de ésta de manera prolongada e incluso indefinida. Además, debe tenerse en cuenta el momento histórico en el que se redactó dicha norma, marcado por la existencia de un modelo de familia en el que la madre asumía casi en exclusiva el cuidado de los hijos. Por último, cabe traer a colación también la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, que en su artículo 7 reconoce el derecho del menor a ser cuidado por ambos padres.

Ello ha contribuido a que, en contraposición a la postura anterior; hayan aparecido voces en nuestra jurisprudencia que, sin negar que la edad de los hijos constituye un factor a tener en cuenta para el establecimiento del régimen de guarda y custodia, no ven tan claro que la corta edad del menor haga preferible el régimen de custodia exclusiva. A modo de ejemplo, se ha establecido el régimen de custodia compartida en supuestos en los que el menor contaba con un año (vid. SAP de A Coruña 24 octubre 2011 -JUR 2011\391731-), con dos años (vid. SAP de Zaragoza 15 octubre 2003 -JUR 2003\252022-, SAP de Castellón 24 octubre 2014 -JUR 2015\56256-), con tres años (STSJ de Aragón 25 septiembre 2012 -RJ 2012\11147- y 28 septiembre 2012 -RJ 2012\10948- y SAP de Barcelona 21 septiembre 2012 -JUR 2012\331262-), etc.

En otro orden de cosas, parece razonable entender que, en aquellos casos en los que se opte por establecer la custodia exclusiva con base en la corta edad del hijo, se haga con carácter provisional, previendo la posibilidad de que se modifique una vez que el menor supere determinada edad. Como he anticipado, ésta es una cuestión que el Código del Derecho Foral de Aragón ha previsto expresamente en su artículo 79.5, disponiendo que «cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida». Del tenor literal del precepto cabe extraer dos conclusiones: en primer lugar, que el legislador aragonés impone al juez la obligación de que, cuando acuerde la custodia individual por razón de la corta edad del menor, fije el plazo concreto

6 Vid. SANAHUJA BUENAVENTURA, M.: "La custodia compartida como modelo preferente", *Estudios Jurídicos*, 2010, p. 19.

para que se revise dicho régimen; y, en segundo lugar, que la sustitución del régimen de custodia individual por el de custodia compartida no se llevará a cabo de forma automática, ya que únicamente se refiere a la posibilidad de revisar el régimen «a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida». Esto es lo que hace por ejemplo la SAP de Zaragoza 30 marzo 2012 (JUR 2012\137042), que fija el régimen de custodia exclusiva a favor de la madre hasta que el menor cumpla doce años, previendo que, a partir de ese momento, el régimen podrá ser revisado.

A mi modo de ver, podría resultar interesante de *lege ferenda* que, cuando se estableciera un régimen de custodia exclusiva en atención a la corta edad del menor, se pasara de forma automática a un régimen de custodia compartida en el momento en que el menor alcanzara una edad determinada, estableciendo así un régimen que nuestra doctrina ha denominado "custodia mixta". De hecho, es posible encontrar algún pronunciamiento que ha llegado a esta solución. Así, la SAP de Zaragoza 20 marzo 2012 (JUR 2012\126870) otorga la custodia exclusiva a la madre hasta que el menor cumpla tres años y, a partir de dicho momento, se pasa automáticamente a un régimen de custodia compartida. También la SAP de Asturias 31 octubre 2016 (JUR 2016\266840), que atribuye la custodia exclusiva a la madre hasta que el menor cumpla dieciocho meses y, a partir de dicho momento, se pasa automáticamente a un régimen de custodia compartida. Ésta es la solución a la que llega también la Sentencia de 11 de abril de 2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia, ratificada por la STS de 4 de abril de 2018 (RJ 2018/1182), objeto de este comentario.

Y es que, considero que se debe tratar de desjudicializar lo máximo posible la relación entre las partes, por lo que carece de sentido imponerles la obligación de volver a instar un proceso judicial para modificar el régimen de guarda y custodia. Por el contrario, la posibilidad de acudir a la vía judicial debería reservarse para aquellos casos en los que se produzca una alteración de las circunstancias que desaconseje el cambio de régimen previsto en la Sentencia.

Por último, cabe señalar que la relevancia de la edad del menor va más allá de la determinación del régimen de guarda y custodia, pudiendo servir como herramienta para la configuración concreta del mismo. De hecho, puede ser útil para concretar los periodos de alternancia en la custodia compartida. Y es que, cuando se trata de menores de muy corta edad, resultan más recomendables los periodos de alternancia más breves y frecuentes<sup>7</sup> -por semanas o incluso por días-, que podrán

7 En este sentido se pronuncian los estudios de psicología infantil llevados a cabo por *Children's Rights Council* -accesibles en: [goo.gl/rVQKk5](http://goo.gl/rVQKk5) (fecha última consulta: 06/04/2018)-. Así se desprende igualmente del Informe Reencuentro de 25 de septiembre de 2002 -accesible en: [goo.gl/wxaCDt](http://goo.gl/wxaCDt) (fecha última consulta: 06/04/2018)-, elaborado por la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE), con el apoyo de la Asociación Gallega de Padres y Madres Separados, la Federación de Euskadi de Padres y Madres Separados (KIDETZA), la Unión de Separados y Separadas de Madrid y la Asociación Azulfuerte -vid. p. 12-.

irse alargando a medida que los menores vayan creciendo. A modo de ejemplo, ésta es la solución que adopta la SAP Castellón 23 octubre 2006 (JUR 2007\228244), en la que se dirime sobre la guarda y custodia de un menor de dos años. La Audiencia Provincial establece una custodia compartida con alternancia semanal hasta que el menor cumpla seis años, momento a partir del cual la alternancia pasará a ser por periodos de cinco meses. Aunque la solución a la que llega el tribunal me parece adecuada, creo que hubiera resultado conveniente que el cambio se produjera de una forma más progresiva.

### III. LA POSIBLE PERTURBACIÓN DE LA ESTABILIDAD DEL MENOR NO ES ÓBICE PARA ESTABLECER UN RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA.

Cuando se produce la ruptura de una pareja con hijos, la estabilidad de éstos suele verse seriamente comprometida, ya que van a tener que enfrentarse a inevitables cambios en su estilo de vida. Por ello, resulta necesario minimizar las posibles perturbaciones que estos cambios puedan causar en el menor, tal y como exige además el art. 2.3 d) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que menciona expresamente la necesidad de «*minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro*».

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, nuestra jurisprudencia venía considerando que la custodia compartida era contraria a la estabilidad del menor (vid. SAP de Navarra 11 noviembre 1992 -AC 1992\1565-, SAP de Cuenca 30 septiembre 1996 -AC 1996\2457-, SAP de Almería 11 febrero 1998 -AC 1998\3359-, SAP de Segovia 28 febrero 1998 -AC 1998\4101-, SAP de Barcelona 30 abril 1999 -AC 1999\6596-, SAP de Barcelona 12 mayo 1999 -AC 1999\5921-, SAP de Barcelona 5 octubre 2000 -JUR 2001\56-, SAP de Cádiz 18 enero 2001 -JUR 2001\14647-, SAP de Madrid 25 octubre 2002 -JUR 2003\29800-, SAP de Almería 20 octubre 2003 -JUR 2003\271559-, SAP de Albacete 1 diciembre 2003 -JUR 2004\51020-, SAP de Córdoba 16 diciembre 2003 -JUR 2004\20303-, SAP de Baleares 13 abril 2004 -JUR 2004\171529- y SAP de Valladolid 13 julio 2004 -JUR 2004\243901-).

Sin embargo, poco a poco se ha superado esta postura y, hoy en día, se ha impuesto la idea de que la custodia compartida no supone en sí misma una alteración de la estabilidad del menor (vid. STS 8 octubre 2009 -RJ 2009\4606- y 11 marzo 2010 -RJ 2010\2340-).

Por otro lado, aunque puede ser un criterio a tener en cuenta, la jurisprudencia no ha considerado contrario a la estabilidad del menor ni, por tanto, determinante para excluir el régimen de custodia compartida, el hecho de que haya convivido mayoritariamente con uno de los progenitores tras la ruptura, tal y como concluye

el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de este comentario, así como en otras anteriores (*vid.* STS 21 octubre de 2015 -RJ 2015\4784-, STS 30 diciembre 2015 -RJ 2015\5894-, STS 4 febrero 2016 -RJ 2016\494-, STS 11 febrero 2016 -RJ 2016\249- y STS 11 enero 2018 -RJ 2018\104-).

## BIBLIOGRAFÍA

ESCUADERO GUTIÉRREZ, I.: "Una visión diferente de la custodia compartida", *Economist & Jurist*, 2010, núm. 136.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *La Ley*, 2010, núm. 7537, tomo 5.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2008, núm. 2.

LAING KLAFF, R.: "The Tender Years Doctrine: A Defense", *California Law Review*, 1982, Vol. 70, Issue 2.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en AA.VV., *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010.

MONTERROSO CASADO, E. y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: "Análisis de la regulación legal de la custodia compartida tras la separación y el divorcio: una propuesta de *lege ferenda*", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, 2011, núm. 131.

PONS SALVADOR, G. y DEL BARRIO GÁNDARA, V.: "El efecto del divorcio sobre la ansiedad de los hijos", *Psicothema*, 1995, Vol. 7, núm. 3.

ROMERO COLOMA, A. M.: "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica", *La Ley*, 2010, núm. 7504, tomo 5.

SANAHUJA BUENAVENTURA, M.: "La custodia compartida como modelo preferente", *Estudios Jurídicos*, 2010.

SERRANO GARCÍA, J. A.: "La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia", en AA.VV., *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2012.

