

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO



DOCTORADO PROBLEMÁTICA ACTUAL
DEL DERECHO DE FAMILIA

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS

AÑO ACADÉMICO 2011/2012
GRANADA-ESPAÑA, NOVIEMBRE 2011

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Karen Lissette Echevarría Guevara
D.L.: GR 1158-2012
ISBN: 978-84-695-1163-3

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL
DOCTORADO PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL DERECHO DE FAMILIA

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR *KAREN LISSETTE ECHEVERRÍA GUEVARA*, BAJO LA DIRECCIÓN DEL PROF. DR. D. GUILLERMO OROZCO PARDO Y PROF. DR. D. CARLOS EMILIO GÓMEZ PINEDA.

Vº Bº DEL DIRECTOR
DR. GUILLERMO OROZCO PARDO

Vº Bº DEL DIRECTOR
DR. CARLOS EMILIO GÓMEZ PINEDA

KAREN LISSETTE ECHEVERRÍA GUEVARA
BECARIA MAEC-AECID

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	V
SIGLAS Y ABREVIACIONES UTILIZADAS	VII
INTRODUCCIÓN	IX
CAPÍTULO I.	1
LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS	1
1.1 ASPECTOS GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA.....	1
1.1.1 <i>La responsabilidad parental.</i>	5
1.1.2 <i>La patria potestad</i>	8
1.1.2.1 <i>Concepto de guarda y custodia de los hijos y su vinculación con el concepto de patria potestad.</i>	9
1.1.2.2 <i>Concepto de guarda y custodia.</i>	10
1.1.2.3 <i>Concepto de patria potestad.</i>	16
1.1.2.4 <i>Modalidades de ejercicio de la patria potestad.</i>	19
1.1.2.5 <i>El ejercicio compartido de la patria potestad y sus excepciones.</i>	21
1.1.3 <i>El acuerdo de los progenitores y la actuación judicial</i>	23
1.1.4 <i>El interés del niño y su audiencia.</i>	24
1.1.5 <i>El dictamen de especialistas.</i>	26
1.2 TRASCENDENCIA DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.....	27
1.3 CARÁCTER DE LA GUARDA Y CUSTODIA.....	28
1.4 EL CONTENIDO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.	30
1.5 MARCO LEGAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.....	41
1.6 CRITERIOS LEGALES DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.	48
1.6.1 <i>Todas las medidas adoptadas deben de orientarse en beneficio del niño (Art. 92 del CC).</i>	49
1.6.2 <i>El niño debe de ser escuchado (Arts. 92 apartados 2 y 6 del CC; 770.4 y 777.5 de la LEC).</i>	50
1.6.3 <i>Debe procurarse no separar a los hermanos (Art. 92.5 del CC).</i>	54
1.6.4 <i>Es recomendable que sean los progenitores los que oferten el sistema de custodia.</i>	56

1.7 CRITERIOS JUDICIALES PARA LA CONCESIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.....	58
CAPÍTULO II	67
LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS.....	67
2.1 FUNDAMENTO LEGAL Y CONCEPTO.....	67
2.2 PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	71
2.2.1 Principio de interés superior del niño.....	71
2.2.2 Principio de corresponsabilidad parental.....	73
2.2.2.1 Vinculación entre la guarda y custodia compartida y el principio de corresponsabilidad parental.....	77
2.2.3 Principio de coparentalidad.....	78
2.2.4 Principio de universalidad.....	78
2.3 FORMAS DE CUSTODIA COMPARTIDA.....	79
2.3.1 Custodia compartida simultánea.....	80
2.3.2 Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar.....	81
2.3.3 Custodia compartida con traslados de los hijos a las viviendas de cada uno de sus progenitores.....	83
2.3.4 Custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores.....	86
2.4 APUNTES GENERALES SOBRE LOS ASPECTOS QUE EL JUEZ DEBE TENER EN CUENTA AL SOLICITARSE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	87
2.4.1 EN EL PROCESO DE MUTUO ACUERDO.....	87
2.4.2 EN PROCESO CONTENCIOSO.....	88
2.5 CONVENIENCIA DE FIJAR EL SISTEMA DE CUSTODIA COMPARTIDA.....	88
2.6 MODALIDADES DEL EJERCICIO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA. REPARTO DE LOS TIEMPOS DE CONVIVENCIA.....	91
2.7 LA EDAD DE LOS NIÑOS Y EL SEXO DEL PROGENITOR COMO FACTOR A TOMAR EN CUENTA EN LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	102
2.8 VENTAJAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	106
2.9 DESVENTAJAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	116
2.10 CRITERIOS A VALORAR PARA LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	121

2.10.1 <i>El Criterio de Continuidad en la atribución de la Guarda y Custodia Compartida.</i>	136
2.11 REFERENCIA AL EFECTO NEGATIVO DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA.	138
CAPÍTULO III	145
LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO ESPAÑOL.	145
3.1 LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.	145
3.1.1 <i>Antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio.</i>	145
3.1.2 <i>Después de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio.</i>	156
3.1.2.1 <i>Cuestiones terminológicas.</i>	159
3.1.2.2 <i>Tendencia doctrinal respecto a la introducción de la guarda y custodia compartida en la Ley 15/2005.</i>	164
3.1.2.3 <i>Sobre la regulación de la guarda y custodia compartida en la Ley 15/2005 de 8 de julio.</i>	167
3.1.3 <i>Guarda y custodia compartida consensuada.</i>	172
3.1.3.1 <i>Naturaleza jurídica del convenio regulador.</i>	178
3.1.3.1.1 <i>Control efectivo del convenio regulador.</i>	180
3.1.3.2 <i>Audiencia del hijo.</i>	182
3.1.3.3 <i>Relación que los progenitores mantengan entre sí y con sus hijos.</i>	187
3.1.3.4 <i>Cautelas para el eficaz cumplimiento del sistema de guarda y custodia compartida.</i>	193
3.1.4 <i>Guarda y custodia compartida contenciosa.</i>	195
3.1.4.1 <i>Informe del Ministerio Fiscal en el caso del Art. 98.2 del CC.</i>	210
3.1.5 <i>Causas de inadmisión de la guarda y custodia compartida en el Código Civil.</i>	221
3.1.6 <i>El resultado de los informes legalmente exigidos.</i>	230
3.2 LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.	235
CAPÍTULO IV.	251
ASPECTOS MATERIALES Y PERSONALES RELACIONADOS CON LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.	251
ASPECTOS MATERIALES.	252
Definición de Alimentos.	252
4.1. PENSIÓN DE ALIMENTOS.	255

4.1.1 <i>Pensión alimenticia y guarda y custodia compartida</i>	260
4.1.2 <i>Pensión alimenticia y la Ley 15/2005 de 8 de julio</i>	263
4.2 ATRIBUCIÓN DEL USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR	277
GENERALIDADES.....	277
Concepto de vivienda familiar.....	278
4.2.1 <i>Uso y disfrute de la vivienda familiar y la guarda y custodia compartida</i>	283
ASPECTOS PERSONALES	302
4.3 RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS	302
4.3.1 <i>Régimen de comunicaciones y estancias y guarda y custodia compartida</i>	309
OTROS ASPECTOS.....	315
4.4 MEDIACIÓN FAMILIAR Y GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	315
LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....	316
4.4.1 <i>La mediación familiar y la responsabilidad parental</i>	327
4.4.2 <i>La mediación familiar y la guarda y custodia compartida</i>	327
CONCLUSIONES	335
BIBLIOGRAFÍA	345
AUTORES.....	345
RECURSOS ELECTRÓNICOS.....	362
TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA	363

AGRADECIMIENTOS

Esta Tesis Doctoral ha sido realizada durante una estancia en una de las más prestigiosas universidades de España «*La Universidad de Granada*»; gracias a la obtención de una beca financiada por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, del programa de becas MAEC-AECID, del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, para ciudadanos extranjeros. Dicha subvención me permitió acceder a la obtención del más alto grado académico.

Agradezco especialmente:

A *Dios*, porque todo lo que he logrado hasta este momento ha sido gracias a su amor incondicional.

A mis Directores de Tesis: Prof. Dr. D. *Guillermo Orozco Pardo* y Prof. Dr. D. *Carlos Emilio Gómez Pineda*, por sus valiosos consejos e incondicional apoyo a lo largo de este camino académico, porque sus palabras de ánimo y confianza me inspiraron y motivaron para finalizar mis estudios doctorales. Ambos de una enorme calidad humana y grandeza profesional.

Al Prof. Dr. D. *Javier Gustavo Fernández Teruelo*, Dr. D. *José Arcadio Sánchez Valencia* y Dra. D^a. *Emma Dinorah Bonilla de Avelar* (Q.D.D.G.), por haber creído en mí, brindarme su apoyo y animarme a estudiar y finalizar este Doctorado. Al Prof. Dr. D. *José Antonio López Nevot*, por su apoyo como tutor académico.

A *mis padres y hermanos*, por apoyarme en mis estudios, aún en la distancia, por su confianza, sus palabras de ánimo, y porque a pesar de las dificultades hemos estado siempre unidos como una familia.

A mis queridos e incondicionales amigas y amigos, a quienes no tengo necesidad de nombrar, pues estoy segura de que cada uno se da por aludido, sinceramente muchas gracias porque siempre conté con sus palabras de ánimo. Especialmente agradezco a mi amiga *Jacqui*, quien se convirtió en mi familia y apoyo incondicional durante el tiempo que estuvimos estudiando nuestros respectivos programas de doctorado en la Universidad de Granada.

A *todos* muchas gracias.

Finalmente, *dedico* esta Tesis Doctoral:

A *Dios, mi padre celestial*, por todas y cada una de las bendiciones que he recibido a lo largo de mi vida, porque has tenido cuidado de mí y gracias a ti pude emprender este viaje académico. Gracias porque todo lo que soy y todo lo que tengo te lo debo a ti.

A mi familia, los seres que más amo, mi madre *Priscila*, mi padre *José Ernesto* y mis hermanos *Josué Ernesto* y *Michael Edward*, por haber creído en mis sueños y proyectos, por apoyarme e impulsarme a realizarlos.

A mi *Ángel* personal, por cuidarme y estar pendiente de mí siempre, por haberme iniciado, impulsado y guiado durante el recorrido de este camino académico, por tus sabios consejos y apoyo moral e incondicional, porque siempre, a pesar de las dificultades, creíste que podía hacer realidad mis sueños.

A *ustedes* esta Tesis.

SIGLAS Y ABREVIACIONES UTILIZADAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AJPI	Auto del Juzgado de Primera Instancia
Art./Arts.	Artículo/Artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOA	Boletín Oficial de Aragón
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
CC	Código Civil Español
CE	Constitución Española
Cfr.	Confrontar, confróntese
FD	Fundamento de Derecho
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
Op. Cit.	Obra Citada
p./Pp.	página/páginas
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RJ	Razonamiento Jurídico
ss.	siguientes
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSAAPP	Sentencias de las Audiencias Provinciales
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
VV.AA.	Varios Autores
Vid.	Ver, véase

*"No basta amar a los niños,
es preciso que ellos se den cuenta que son amados".*
Don Bosco

INTRODUCCIÓN

Cuando se rompe la normalidad familiar y sobreviene la crisis matrimonial, toma relevancia, entre otros aspectos, la decisión sobre el cuidado de los hijos, en concreto la elección del sistema de guarda y custodia física que en adelante ejercerán los progenitores dada la nueva realidad familiar.

Este aspecto es uno de los más delicados durante la crisis matrimonial, debido a que en la mayoría de casos son los hijos quienes sufren en gran parte las consecuencias de la separación, alterando la esfera de seguridad que hasta ese momento tenían.

En principio son los progenitores quienes deben consensuar respecto del tema del cuidado de los niños, decidiendo entre una custodia unilateral o exclusiva, o bien, una custodia compartida ejercida de forma alternada. La elección entre dichos sistemas debe realizarse superponiendo los intereses de los hijos, sobre los propios de los ex-cónyuges. No obstante, además de ser este el aspecto mas importante a tener en cuenta, no pueden obviarse otros como los económicos, sociales, psicológicos, que con la nueva situación familiar se verán afectados.

Sino existe un acuerdo de los progenitores respecto del cuidado de sus hijos, será el Juez quien deba decidir sobre el

ix

sistema de custodia atendiendo principalmente al mejor interés del niño, lo que será valorado conforme a las pruebas que obren en el proceso.

En este trabajo, realizaremos un estudio doctrinario y jurisprudencial sobre los dos sistemas de custodia antes mencionados, así como de los aspectos materiales y personales relacionados con la guarda y cuidado de los hijos, centrando la investigación concretamente en el sistema de guarda y custodia compartida.

Así, antes de entrar de lleno al estudio de esta institución, se aborda inicialmente el tema de la guarda y custodia, con un enfoque teórico y legal, que servirá como base para el posterior desarrollo de la nueva figura que interesa en esta investigación.

Me refiero a la custodia compartida como “nueva” figura jurídica, debido a que su introducción en el Derecho Español surge en virtud de la reforma que se hizo del artículo 92 del Código Civil por medio de la Ley 15/2005 de 8 de julio (por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio), precisamente con la finalidad de buscar la continuada implicación de los progenitores en la crianza y formación de sus hijos pese a la existencia de la crisis matrimonial.

En ese sentido, la intención del legislador con la reforma estaba dirigida a conseguir el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos a través de dos supuestos: 1) A solicitud de los cónyuges, bien sea en la propuesta del convenio regulador o en cualquier otro momento del procedimiento judicial que hayan instado

(Art. 92.5 CC); 2) Excepcionalmente, a instancia de uno solo de los cónyuges, con informe favorable del Ministerio Fiscal (Art. 92.8 CC).

Cabe mencionar que esta reforma ha sido considerablemente criticada, debido a la regulación superficial que se hace de la figura regulada y, además, prejuiciosa por parte del legislador respecto a la adopción de la misma en sede contenciosa.

Es sobre este punto que me centraré en este trabajo, en el que analizaré el contenido del vigente Art. 92 del CC, sus carencias en cuanto a la regulación que hace de la custodia compartida, y la problemática que genera al Juez al momento de decidir qué sistema de guarda es el mejor para los hijos.

Además estudiaremos cómo se contemplaba esta figura antes de ser incluida en el texto legal, las opiniones positivas y negativas hechas por la doctrina, así como la línea jurisprudencial que se adoptaba cuando esta medida era solicitada por los cónyuges.

Es necesario, no obstante, antes de entrar a la problemática en su regulación legal, conocer esta nueva figura desde el punto de vista doctrinario, los beneficios que reporta a los hijos, así como las diferentes modalidades que pueden adoptar los padres para llevarla a la práctica y lograr el mantenimiento de las relaciones paterno-filiales con sus hijos. Así mismo conoceremos los criterios legales y judiciales para su adopción y las causas de inadmisibilidad de la misma.

También, abordaremos aquellos aspectos materiales y personales relacionados con el cuidado de los hijos como la atribución del uso de la vivienda familiar, la pensión alimenticia y el régimen de visitas, comunicación y estancias que no fueron

adaptados por el legislador a la figura de guarda que introducía en la reforma y que como consecuencia causan problemas en la práctica judicial.

Se incluye un estudio de la legislación autonómica que regula el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos. Por otra parte, también nos referiremos a la figura de la mediación familiar y su relación con la guarda y custodia compartida, en lo concerniente al acuerdo de los progenitores en torno a este sistema de custodia, donde la mediación juega un papel importante que ayuda a que imperen los intereses de los hijos, sobre el de sus padres.

Finalmente resumimos, en forma de conclusiones, los aspectos más relevantes y destacados del tema tratado en la investigación, los cuales nos brindan un panorama sucinto de los aportes más significativos del estudio de la problemática planteada.

CAPÍTULO I.

LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

1.1 ASPECTOS GENERALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

Dentro del matrimonio, los padres y los hijos tienen una convivencia común que refleja unidad familiar. No obstante, una vez los cónyuges se divorcian, esa convivencia se rompe acarreado la inconmensurable necesidad de determinar cuál de ellos continuará la convivencia con sus hijos con todas las implicaciones que esta conlleva. Los hijos, por tanto, convivirán con uno u otro cónyuge o, también, podrían convivir de manera “compartida” (en alternancia) con ambos.

Según **SARAVIA GONZÁLEZ**,¹ la atribución de la guarda y custodia de los hijos constituye una de las cuestiones más delicadas y difíciles de resolver en los procedimientos de separación y divorcio. Para su determinación, bien sea mediante acuerdo de los progenitores, bien por decisión judicial, han de tomarse en cuenta factores y circunstancias diversas dirigidas a adoptar la resolución menos perjudicial para los hijos afectados por el proceso de crisis.

Además, la fijación de la custodia conlleva la determinación de aquel de los progenitores que va a convivir y a compartir con el hijo las situaciones cotidianas relativas a su educación y control. Su ejercicio tiene lugar mediante un quehacer cotidiano y doméstico que permitirá al progenitor que la obtenga desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con el niño.

Con la Ley 15/2005, de 8 de julio,² empieza a emplearse³ la expresión “guarda⁴ y custodia”, la cual ya había sido acuñada por el legislador en otros textos legales, tales como, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero,⁵ en algunas de sus disposiciones.⁶ La expresión, sin embargo, en opinión de algunos, no parece ser la mas acertada desde el punto de vista de la técnica jurídica, en tanto que, el término custodia, suele ser utilizado en otros contextos, distintos al cuidado de los hijos, así por ejemplo, puede hablarse de custodia de un equipaje, de un presidiario, etc. Los hijos, por tanto, no se custodian, pero si, podemos decir que pueden tenerse bajo guarda, en este caso, de los padres. No

² Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE número 163, de 9 de julio de 2005, p. 24458

³ Así, en el Código Civil, los reformados Arts. 92 y 103.1 aluden a la guarda y custodia mientras que en el apartado A) del Art. 90 se utiliza el tradicional “cuidado de los hijos”, que ya recogía este mismo apartado en su redacción anterior; esta expresión también se recoge en sede de patria potestad (Art. 159), en donde la locución “potestad de guarda” juega un papel preponderante (Art. 158).

⁴ Según GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (“Comentarios del Nuevo Artículo 92 del Código Civil” en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente y otros: “Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio: Ley 15/2005, de 8 de Julio”, editorial Lex Nova, primera edición, Valladolid, España, 2005, p. 135-136; de la misma autora: “La Custodia Compartida Alternativa. Un Estudio Doctrinal y Jurisprudencial”, InDret, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), número 2, abril 2008, Barcelona, p. 4), la guarda puede definirse como “aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna en los períodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida o alterna) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia”.

⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE número 7, de 8 de enero de 2000, p. 575

⁶ Así por ejemplo, en los Arts. 748.4., 769.3 y 770.6.

obstante, en otras opiniones, los vocablos guarda y custodia⁷ tienen significados similares.

En este sentido, **RAGEL SÁNCHEZ**,⁸ al referirse a los términos guarda y custodia, establece lo siguiente: “La palabra “*guarda*” tiene numerosas acepciones. Aunque la primera es “persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa”, deriva del francés antiguo la expresión “*ser una persona o cosa en guarda de uno*”, lo que quiere decir: “estar bajo su protección o defensa”. Por su parte, la palabra “*custodiar*”, significa, en su primera acepción, “guardar con cuidado y vigilancia”. Y concluye este autor: “Las palabras guarda y custodia son prácticamente similares, aunque la segunda venga a suponer algo mas que la primera, *una guarda cuidadosa y diligente*, y, por esa razón, al ir juntas, estas palabras vienen a indicar que la guarda o cuidado, está reforzada”.

DEL VAS GONZÁLEZ,⁹ considera que la guarda y custodia se identifica plenamente con el concepto de cuidado y ello porque el

⁷ MORÁN GONZÁLEZ, María Isabel (“El Ministerio Fiscal y los Sistemas de Guarda y Custodia: Especial Referencia a la Custodia Compartida y los Criterios de Atribución en Beneficio del Menor” en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 80), comenta que el término custodia nos permite deducir algunas características de su ejercicio, así, la Real Academia Española la define como “acción y efecto de custodiar” y por tanto “Guardar con cuidado y vigilancia”, es el sentido general de lo que representa para sus titulares: necesidad de proteger en su más amplio sentido al niño, incluyendo la regulación del aspecto personal y patrimonial de la relación filial.

⁸ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: “La Guarda y Custodia de los Hijos”, Revista de Derecho Privado y Constitución, núm. 15, enero-diciembre 2001, p. 282

⁹ DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María: “Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Colección Monografías, Dirigida por María Isabel de La Iglesia Monge, Madrid, 2009, Pp. 252-253

ejercicio comprende algunas decisiones sobre la educación, formación y respecto a la salud de los hijos, las cuales deben seguir siendo compartidas por ambos progenitores. Agrega que el concepto de guarda y custodia se refiere al aspecto personal, convivencial, inmediato al cuidado de los hijos, mientras que el ejercicio se reconduce a la responsabilidad integral sobre el niño o facultad de decisión respecto de los temas que le afecten.

Particularmente, **ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA**¹⁰ señala que sobrevenida la crisis conyugal se debería suprimir el término “guarda y custodia” para ser sustituido por “distribución racional de la convivencia”, sin que ello signifique desproteger a los hijos suprimiendo el término, sino la eliminación con ello de estigmas y diferencias que permitieran una mayor posibilidad de pactos entre los progenitores, centrándose la discusión exclusivamente en el reparto del tiempo que han de permanecer los hijos con cada uno de ellos.

En opinión personal y partiendo del texto mismo de la ley y el significado que el legislador pretendió plasmar en esta, podemos inferir que los vocablos “guarda” y “custodia” han sido utilizados como sinónimos, refiriéndose, ambos, a una misma efigie, esto es, el cuidado personal de los hijos. Valga decir, no obstante, que la

Vid. RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María.: “La Custodia Compartida: Génesis del Nuevo Artículo 92 del Código Civil”, Cuadernos de Trabajo Social, Volumen XVIII, Editorial Universidad Complutense de Madrid, 2005, Pp. 144 y ss.

Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: “Comentario a los Artículos 92 a 94”, en RAMS ALBESA, J. y MORENO FLORES, R. M.: “Comentarios al Código Civil II, Vol. 1º Libro Primero (Títulos I a IV)”, Editorial Bosh, Barcelona, 2000, p. 917.

¹⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: “Reflexiones en Relación con la Guarda y Custodia de los Hijos Menores en las Crisis de Convivencia de sus Padres”, en VV.AA.: “La Conflictividad en los Procesos Familiares. Vías Jurídicas para su Reducción”, Dykinson, 2004, p. 92

expresión “guarda y custodia” es mas directamente utilizada para referirse al cuidado personal que uno o ambos¹¹ progenitores ejercen sobre sus hijos, reservando el término “guarda”, en su simplicidad, para los casos en los cuales el cuidado personal es ejercido por un tercero, ya sea un tutor, un guardador o una entidad pública. Se argumenta, no obstante, que la palabra custodia fue agregada con la pretensión de diferenciar esta figura de otras que son afines, como por ejemplo, la curatela, la tutela, las cuales, en ocasiones, se relacionan con la guarda.

A los efectos de nuestro estudio, nos referiremos a los términos “guarda” y “custodia”, de manera conjunta o separada, para significar el cuidado personal de los hijos cuando es ejercido, ya sea, por ambos o uno de los progenitores o por un tercero.

Para realizar un estudio sobre guarda y custodia de los hijos, es imprescindible introducirnos en el tema de patria potestad o responsabilidad parental. Consecuentemente estudiaremos la diferencia entre el contenido de ambas figuras.

1.1.1 La responsabilidad parental.

Comenzaremos por decir que es razón de crítica que el legislador, a pesar de la reforma al Código Civil con la Ley 15/2005,

¹¹ Cuando la guarda y custodia es ejercida de manera conjunta por ambos progenitores, se produce lo que en doctrina se denomina, *patria potestad dual*, así lo apunta RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. (“La Guarda y Custodia...” Op. Cit. p. 284), quien al respecto, literalmente dice lo siguiente: “Cuando los progenitores viven juntos y se relacionan con normalidad y cotidianidad, con recíproca transmisión de bienes, pensamientos y preocupaciones, la guarda y custodia sobre los hijos se encuentra *embebida por la patria potestad dual*”.

no superara el término de patria potestad, y optara, en su lugar, por el de responsabilidad parental.¹²

PINTO ANDRADE,¹³ sostiene que el término ‘patria potestad’ no parece el más adecuado para una sociedad inserta en el mundo occidental del siglo XXI, puesto que parece asociada y evoca la idea de poder y pertenencia a favor del *pater familias*, por ello considera que sería mejor denominar a la institución como Responsabilidad Parental.

En la misma línea, **GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO**,¹⁴ quienes opinan que el legislador debe sustituir el término ‘patria potestad’ por otro mas adecuado desde la perspectiva de género, puesto que dicho término evoca al padre y no a la madre. Así, proponen el de ‘autoridad parental’ o ‘responsabilidad parental’.

Por su parte, **ORTUÑO MUÑOZ**,¹⁵ considera que el término responsabilidad parental compartida permite una mejor comprensión del complejo entramado de deberes, derechos, funciones y actitudes éticas que corresponden a ambos progenitores y, permite contemplar, desde otra perspectiva, el papel del hijo en este conjunto de relaciones que, tras el cese de la convivencia de los progenitores,

¹² En este sentido, DELGADO DEL RÍO, Gregorio: “La Guarda Compartida: Opción Preferente”, Editorial Aranzadi, Civitas, Thomson Reuters, Primera Edición, Navarra, 2010, p. 228.

¹³ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Primera Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p. 35.

¹⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz/OTERO CRESPO, Marta: “Apuntes sobre la Referencia Expresa al Ejercicio Compartido de la Guarda y Custodia de los Hijos en la Ley 15/2005”, Revista Jurídica de Castilla y León, número 8 [febrero de 2006], p. 73.

¹⁵ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial”, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 63

pasa a ser eminentemente triangular.

El Reglamento (CE) 2201/2003,¹⁶ en vigor desde marzo de 2005, en su Art. 2.7), define la responsabilidad parental como “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica, en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye en particular, los derechos de custodia y visita”. Este reglamento, también, define al titular de la responsabilidad parental como cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un hijo menor de edad; e insiste en que los derechos de custodia incluyen, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un niño y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.

Al respecto, **LATHROP GÓMEZ**¹⁷ sostiene, acertadamente, que esta definición sólo recoge los aspectos formales de la responsabilidad parental, sin dimensionar el alcance que la participación de ambos padres ha adquirido en su ejercicio. Agrega que conforme a esta definición la custodia implica el cuidado del niño, pero no está inseparablemente ligada a una relación de estable convivencia con el hijo; la referencia a la colocación y, específicamente, al poder de decidir el lugar de residencia, parece

¹⁶ Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003 “relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000”

¹⁷ LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial La Ley, p. 8.

representar el contenido primario de la guarda. En cambio, la responsabilidad parental, comprende una pluralidad de elecciones mucho más amplia que aquella del dónde y por cuánto tiempo el hijo deba vivir con uno y otro progenitor.

Si bien es necesario que el legislador haga un cambio en la terminología utilizada en cuestiones de relaciones paterno-filiales, a pesar de que consideramos mejor, por ser acorde a la realidad familiar actual, referirse a responsabilidad parental, en este trabajo utilizaremos el término de patria potestad por estar contemplado de esta manera en la legislación Civil.

1.1.2 La patria potestad.

Dentro del matrimonio, los padres y los hijos tienen una convivencia común que refleja unidad familiar. No obstante, una vez los cónyuges se divorcian, esa convivencia se rompe acarreado la imperante necesidad de determinar cuál de ellos continuará la convivencia con sus hijos con todas las implicaciones que esta conlleva. Los hijos, por tanto, convivirán con uno u otro cónyuge o, también, podrían convivir de manera “compartida” con ambos.

Los progenitores, vivan juntos o separados, deben participar en todo lo relacionado con la educación y cuidado de los hijos. No hay que olvidar que ambos son los titulares de la patria potestad y que su responsabilidad parental es compartida.

La redacción que la Ley 15/2005 da al Art. 92 CC marca en principio las pautas a seguir a la hora de determinar el sistema de guarda y custodia al que quedan sujetos los hijos menores de edad

después de que sus progenitores han dejado de vivir juntos. En ese sentido, y tal como se recogía en su antigua redacción, parte de una máxima que a todas luces resulta obvia pero que es necesario tener siempre presente, cual es: “la separación, nulidad y el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos”. (Art. 92.1 del CC)

La separación por tanto no ha de alterar en esencia el contenido de las funciones tuitivas, tan sólo en determinados supuestos lo condicionará, pues obviamente cuando cesa la convivencia la obligación de tener a los hijos en su compañía no puede coincidir, pero si alternar y por ende los hijos han de pasar un determinado tiempo con cada uno de los progenitores.

El reparto temporal de esa estancia con la madre y el padre, en situaciones normales donde rige el criterio del ejercicio compartido de las funciones tuitivas, debe ser lo mas equitativo posible, sin descartar la aplicación de cualquier fórmula pues la regulación de la guarda y custodia ha de hacerse atendiendo a lo que resulte más conveniente para el menor en cada caso concreto.

1.1.2.1 Concepto de guarda y custodia de los hijos y su vinculación con el concepto de patria potestad.

En el mundo jurídico español la definición de guarda y custodia¹⁸ aún se encuentra en evolución, no obstante, será de

¹⁸ PINTO ANDRADE, Cristóbal (“La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 38), en cuanto a la falta de definición legal de guarda y custodia, sostiene que hubiera sido deseable que el legislador hubiera aprovechado la oportunidad que le brindaba la Ley 15/2005 de 8 de julio para introducir una definición y una uniformización en la utilización de la figura de la guarda y custodia.

nuestra preocupación definirla y, sobre todo, diferenciarla de la patria potestad o, al menos, procurar describir el significado legal de una u otra figura.

1.1.2.2 Concepto de guarda y custodia.

CAMPO IZQUIERDO, define la guarda y custodia “como un derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día. Cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor, constituye ejercicio de la patria potestad.”¹⁹

Por su parte, **RAGEL SÁNCHEZ** sostiene que la guarda y custodia consiste en “una situación de *convivencia* mantenida entre un menor o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el *cuidado, educación y formación integral* de aquél por parte de éste o éstos.”²⁰

Por otra parte, **PÉREZ SALAZAR-RESANO**, define esta figura como “el derecho de los progenitores a estar en compañía del menor, elemento integrante de la patria potestad”.²¹

GARCÍA PASTOR, entiende que la guarda y custodia consiste

¹⁹ CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: “Guarda y Custodia Compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Tribuna, Editorial La Ley, p. 1.

²⁰ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: “La Guarda y Custodia...” Op. Cit. p. 289.

²¹ PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: “Patria Potestad” en GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y otros: “Tratado de Derecho de Familia: Aspectos Sustantivos y Procesales”, Editorial Jurídica Sepin, Madrid, 2005, p. 180.

en “el conjunto de funciones parentales que requieren el contacto constante entre el adulto y el niño”.²²

La jurisprudencia en España, a su vez, también ha definido a la guarda y custodia, estableciendo que esta consiste en “la función de los padres a velar por sus hijos y tenerlos en su compañía”.²³

Las definiciones anteriormente apuntadas deben ser entendidas en un sentido amplio, en el que la guarda y custodia, no solamente se limita al cuidado o protección meramente físico de los padres hacia sus hijos, lo cual también podría hacerlo cualquier otra persona, como un vecino, un empleado o un amigo, sino que, se extiende, además, a la educación y formación integral del niño,²⁴ función que solamente pueden ejercer el o los progenitores a cargo del cuidado o guarda del menor o un tercero expresa, especial y legalmente facultado para ello.²⁵

Así, conforme el Art. 103.1º CC, cabe la posibilidad de atribuir la guarda a un tercero no progenitor (abuelo, tío, institución u otro tercero), pero en este caso –siempre excepcional- no se trataría de guarda y custodia como función específica derivada de la patria

²² GARCÍA PASTOR, Milagros: “La Situación Jurídica de los Hijos Cuyos Padres no Conviven: Aspectos Personales”, primera edición, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 74

²³ Vid. STS de 19 de octubre de 1983.

²⁴ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: “Matrimonio y Divorcio: Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil”, Coordinado por LACRUZ BERDEJO, Madrid, 1994, pp. 1023 a 1028.

²⁵ Se distingue, en este sentido, la guarda y custodia en su connotación jurídica con un significado de educación y formación de los padres para con los hijos, de una figura en su carácter meramente material, que implica únicamente el resguardo físico del niño.

potestad, sino meramente de una guarda con caracteres propios.²⁶

Es importante señalar, también, que, aunque nos estamos refiriendo a la misma figura: guarda o custodia, esta es ejercida con matices distintos cuando se trata de los padres, y no de un tercero, sea éste un familiar cercano, un allegado, etc. Así por ejemplo, aunque el Art. 234 del CC establece que “se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor”, este, en realidad, no está obligado a establecer convivencia con aquel, situación inversa a lo que sucede en el caso de los progenitores.

Lo mas adecuado es que la guarda y custodia de los hijos sea ejercida por al menos uno de los padres o, preferiblemente, de forma compartida en alternancia, pues es cuando se procurará el mejor bienestar para el niño. No obstante, debido a las diferencias a las que nos hemos referido, sólo en situaciones extraordinarias debidamente justificadas, es que puede ser ejercida por un tercero de acuerdo a la normativa vigente y cuando el interés superior del niño así lo aconseja.²⁷

Importante es, a su vez, destacar que quienes son llamados a permanecer sujetos a la patria potestad son, por una parte, los hijos comunes menores de edad no emancipados y, por otra, los hijos mayores de edad que se encuentran en situación de incapacidad. Aunque la ley no lo dice expresamente, esta es la interpretación

²⁶ GARCÍA PASTOR, Milagros: “La Situación Jurídica...” Op. Cit., Pp. 102 y ss.

²⁷ Así lo prescribe el Art. 103 párrafo 3º del Código Civil, el cual, reza: “...excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren, y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.”

sistémica que parece ser la mas apegada a su texto. Los hijos menores de edad emancipados o mayores de edad no incapacitados, simplemente pueden decidir si conviven con ambos o uno de sus padres o de manera independiente.

Por otra parte, a la guarda y custodia se le ha relacionado,²⁸ e incluso se le ha llegado a confundir,²⁹ con la patria potestad; sin embargo, no constituyen la misma cosa y ambas se pueden diferenciar³⁰ una de la otra, en su definición y en su puesta en ejercicio.³¹ Valga decir, no obstante, que aquella figura, constituye,

²⁸ MORÁN GONZÁLEZ, María Isabel: (“El Ministerio Fiscal...”, Op. Cit. p. 80) considera que el concepto de patria potestad está íntimamente unido al de guarda y custodia, conceptos unitarios en el caso de que la convivencia familiar no se interrumpa, y que es preciso distinguir en situaciones de crisis familiar.

²⁹ Sobre este punto Vid. TORRES PEREA, José Manuel de: “Interés del Menor y Derecho de Familia: Una perspectiva Multidisciplinar”, Editorial Iustel, Primera Edición, Madrid, España, 2009, pp. 234-235; DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: “Custodia Compartida de Ambos Progenitores”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nº 702, Madrid, España, 2007, p. 1822; TAMAYO HAYA, Silvia: “La Custodia Compartida como Alternativa Legal”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nº 700 (Marzo-Abril de 2007), Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, España, 2007, pp. 671-678, entre otros.

³⁰ Sobre la distinción entre guarda y patria potestad, Vid. GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: “El Principio de Igualdad en el Ámbito del Derecho de Familia: La Custodia Compartida”, en GONZÁLEZ MORENO, Beatriz y otros: “Políticas de Igualdad y Derechos Fundamentales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 369-377; CRESPO ALLUÉ, Fernando: “La Responsabilidad de los Padres por los Hechos de los Hijos Menores”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Aspectos Civiles y Penales de las Crisis Matrimoniales”, Primera Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009, Pp. 66 y ss.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “El Ejercicio de la Patria Potestad en Situaciones de Ruptura Convivencial”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Aspectos Civiles y Penales...”, Op. Cit., Pp. 83 y ss. VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: “La Custodia Compartida: ¿Posibilidad o Quimera?”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen y otros: “Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinar”, Editorial Aranzadi, Primera Edición, Navarra, España, 2008, Pp. 64 y 65

³¹ La guarda de los hijos menores es una de las funciones inherentes a la patria potestad, de acuerdo con el Art. 154 CC. La patria potestad

incluso en la jurisprudencia,³² parte integrante de esta,³³ lo cual no implica que cada una no tenga fisionomía propia.

En el caso de la patria potestad prima el aspecto de *deber* sobre el *derecho* y se caracteriza³⁴ por ser irrenunciable e indisponible. La patria potestad corresponde a los progenitores, si bien su ejercicio pueden tenerlo ambos o uno sólo.

Así pues, mientras que la guarda y custodia importa, por ejemplo, vivir, cuidar, educar y asistir a los hijos, la patria potestad se refiere al ejercicio de los deberes y derechos respecto a ellos.

comprende los siguientes deberes y facultades: “1º) Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”; en las expresiones ‘velar por ellos, tenerlos en su compañía’ se encierra el derecho-deber de la guarda y custodia, una de las proyecciones de la patria potestad, que comprende además las funciones del apartado segundo: “representarlos y administrar sus bienes”.

³² La STS de 19 de octubre de 1983, al respecto, reza: “La patria potestad comprende, entre otros, deberes y facultades en relación con los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía, expresiones estas que se refieren, sin duda alguna, a los derechos de guarda y custodia, objeto de la acción ventilada en este recurso, y sí, de acuerdo con el artículo 17º del CC., antes citado, cabe la privación total o parcial de la patria potestad por sentencia, nada se opone a que por resolución judicial se acuerde, como hace la recurrida, la suspensión del derecho de guarda y custodia, parte integrante del de potestad...” (el subrayado en nuestro).

³³ De esta opinión, GODOY MORENO, Amparo (“La Guarda y Custodia Compartida. Guarda Conjunta y Guarda Alternada”, en Abogados de Familia, número 16, Sección Doctrina, Primer Trimestre de 2000, Editorial La Ley, p. 4), quien en la definición de guarda establece que esta consiste en “aquella función (derecho-deber) **dimanante** (la negrita es nuestra) de la patria potestad que consiste en cubrir la necesidad de cuidado del hijo”.

³⁴ Además de ser intransmisible e imprescriptible. Sobre este punto, Vid. HERRERA CAMPOS, Ramón: “La Filiación” en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (Coordinador) y otros: “Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones”, Quinta Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 275 y 276

Tal como lo expone **PÉREZ VALLEJO**,³⁵ es posible distinguir entre la guarda y el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos y el ejercicio de ésta, de tal manera que pueden quedar al cuidado y guarda de uno de sus padres, sin que el padre no guardador pierda la patria potestad o la posibilidad de su ejercicio. El mismo régimen de comunicación y estancias de los hijos con el progenitor que no viva con ellos, confirma esta posibilidad.

PINTO ANDRADE,³⁶ a su vez, sostiene que patria potestad y guarda y custodia no son la misma cosa, pues entre ellas existe la relación del todo a la parte, en situaciones normales de convivencia de los progenitores. En ese sentido, cuando los padres viven juntos y se relacionan con normalidad, la guarda y custodia sobre los hijos menores de edad se encuentra subsumida en la patria potestad que se ejerce conjuntamente por ambos progenitores de forma dual y compartida. Sin embargo, en situaciones distintas a la de la convivencia normal de los padres, la guarda y custodia se separa de la patria potestad y comprenderá aquellas funciones de ésta que requieran de la convivencia (cuidado y compañía) con el hijo, de tal manera que no es posible que, como se hace a partir de la convivencia, los padres realicen materialmente las funciones encomendadas en la patria potestad, sino que solo el progenitor que tenga encomendada tal convivencia o guarda podrá realizarlas. En este punto debemos hablar del ejercicio de la patria potestad como concepto general, y de la guarda y custodia como concepto especial

³⁵ PÉREZ VALLEJO, Ana María, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: “El Convenio Regulador y Los Procesos Matrimoniales en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Editorial Comares, Granada, España, 2001, p. 72

³⁶ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 35-37

que aparece ante la realidad de la falta de convivencia de los hijos con cualquiera de sus progenitores.

1.1.2.3 Concepto de patria potestad.

La SAP de Madrid, Sección 22ª, de 29 de noviembre de 2005 (Resolución número 780/2005, ponente: D. Eladio Galán Cáceres), en su FD 3º, define la patria potestad como “una función en la que se integran un conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados; en definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos, conforme subyacen en el Art. 154 del Código Civil”.

En la doctrina encontraremos muchas definiciones sobre la patria potestad. Así **MORÁN GONZÁLEZ**,³⁷ la define como el “conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias en orden a su asistencia y formación, un derecho que se concede para el cumplimiento de

³⁷ MORÁN GONZÁLEZ, María Isabel: “El Ministerio Fiscal...”, Op. Cit. p. 77

Así también, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis (“Disponibilidad del Objeto en los Procesos Familiares. Especial Consideración de la Custodia de los Hijos” en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis; ABRIL CAMPOY, Juan Manuel; BOIX REIG, Javier y otros: “Temas de Actualidad en Derecho de Familia”, Dykinson, Madrid, 2006, p. 37) sostiene que la patria potestad “es la función que tienen los dos progenitores, a quienes no se les haya suspendido, de determinar libremente cuanto afecta a la vida y los bienes de los menores”.

una serie determinada de deberes que pueden englobarse en dos: asistencia y formación integral, en todos los aspectos de la vida”.

En esa misma línea, **DEL VAS GONZÁLEZ**³⁸ define dicha figura también como “el conjunto de facultades que la ley concede a los padres sobre sus hijos menores o, en determinados casos, incapacitados, para el cumplimiento de los deberes que la paternidad les impone”.

Se dice también, en una definición más amplia, que la patria potestad representa el conjunto de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos y tiene como fundamento el deber de aquellos de velar por sus hijos tanto en el orden personal como patrimonial. Además de que está integrada por el conjunto de facultades que la ley otorga a los progenitores para que puedan cumplir los deberes que tienen para con sus hijos en orden a cuidarlos, velar por ellos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Así como también comprende el deber de representarlos y administrar sus bienes.³⁹

Por su parte, **PINTO ANDRADE**,⁴⁰ puntualiza que la patria potestad “viene siendo considerada como la función (deber-facultad) que incumbe a los progenitores con relación a sus hijos menores de edad, con independencia de si existe matrimonio o no entre estos. La patria potestad de la prole actúa como derecho inherente de la

³⁸ DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María: “Instituciones Jurídicas de Protección...”, Op. Cit. P. 163

³⁹ SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa: “Maltrato y Separación: Repercusiones en los Hijos” en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (Coordinador) Et. Al: “Derecho de Familia”, Editorial Bosch, S.A., Primera Edición, Barcelona, 2011, Pp. 547,548.

⁴⁰ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 35.

paternidad y maternidad y tiene indudable carácter de función tutelar que se configura como institución a favor de los hijos, no en interés del titular”.

En este sentido, con independencia de la forma en que sea establecida o asignada la guarda o custodia del menor, el resto de derechos, facultades y deberes derivados de la patria potestad lo conservan ambos de manera indisoluble,⁴¹ precisamente porque los dos progenitores conservan la patria potestad, salvo convenio o decisión judicial expresa.

Finalmente, en la SAP de Madrid el 31 de octubre de 1995, se destaca la distinción que se hace entre el ejercicio de la patria potestad y la facultad de guarda. Dicha sentencia, en resumen, establece lo siguiente:

“Es evidente que las decisiones que engloba el ejercicio de la patria potestad son las verdaderamente importantes y trascendentales para el buen desarrollo del menor, y en estas decisiones ambos cónyuges se encuentran en plano de igualdad y su ejercicio debe ser compartido por ambos. Mas la guarda y custodia no tiene en su contenido la adopción de medidas de tanta trascendencia, sin que ello suponga restarle valor a tan importante función, sino que la misma se desenvuelve en un quehacer más cotidiano y doméstico, que sin lugar a dudas también contribuirá a la formación integral del hijos y que difícilmente podría compartirse por quienes no viven juntos (...)”

⁴¹ PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: “Patria Potestad”, Op. Cit., p. 180.

1.1.2.4 Modalidades de ejercicio de la patria potestad.

Los Arts. 156.5 y 92.4 del CC, regulan diversas modalidades de ejercicio de la patria potestad en los casos de separación de los progenitores. Así, tenemos:⁴²

- El ejercicio compartido: Que supone que ambos progenitores comparten las funciones derivadas de la patria potestad.

Esta será la medida que el Juez adopte salvo que el interés de los hijos exija la atribución exclusiva a uno de los progenitores. Además de favorecer la implicación de ambos padres en la toma de decisiones que afecten a los hijos, puede contrarrestar la posible tendencia de uno de ellos a desentenderse de sus responsabilidades, teniendo así una mayor y mejor predisposición al cumplimiento de sus obligaciones económicas.

- Ejercicio individual o exclusivo: Se refiere a los casos en los cuales la titularidad de la patria potestad corresponde a ambos progenitores, pero es ejercida por uno solo de ellos.⁴³

⁴² BLANDINO GARRIDO, María Amalia: “Tratamiento de las Concretas Medidas Definitivas Derivadas de las Sentencias Matrimoniales”, en ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo; BLANDINO GARRIDO, María Amalia y SÁNCHEZ MARTÍN, Pablo: “Las Crisis Matrimoniales: Nulidad, Separación y Divorcio”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010, Pp. 214 y 215.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “El Ejercicio de la Patria Potestad...”, Op. Cit., Pp. 88 y ss.

⁴³ Esto puede suceder por ejemplo, cuando de las exploraciones de los hijos se deduce que es la mejor medida para su interés, cuando existe una falta de relación con uno de los progenitores durante un largo período de tiempo, cuando uno de ellos sigue un tratamiento de desintoxicación, por abusos sexuales de uno de los progenitores hacia el hijo o hija, por existir condena de malos tratos del padre, por enfermedad mental de uno de los progenitores que influye en su autogobierno, por estar uno de los progenitores privado de libertad, por detectarse en el padre un problema de pedofilia que implica un riesgo para los hijos, entre otras. Vid. MORENO

El progenitor que ha sido apartado del ejercicio no queda desvinculado de sus deberes respecto a sus hijos, y deberá velar por ellos y alimentarlos, pues estos deberes derivan de la paternidad y no de la patria potestad;⁴⁴ deberes que estarán también presentes cuando el progenitor ostente la sola titularidad de la patria potestad.

- Ejercicio parcial: Consiste en la atribución del ejercicio de la patria potestad de forma exclusiva a uno de los progenitores con la excepción de una o más facultades derivadas de la patria potestad, que son ejercidas de forma compartida por ambos progenitores; y
- Distribución de funciones: Implica asignar las diferentes facultades o funciones que conforman el contenido de la patria potestad entre los progenitores.

Esta distribución procederá cuando el interés de los hijos así lo precise y uno de los progenitores presente una cualificación o especialización determinada (por ejemplo: tratamiento médico que uno de los padres están en mejores condiciones de decidir debido a su titulación profesional)

La diferencia con la atribución parcial radica en que todas estas funciones se ejercen de forma exclusiva por uno u otro progenitor, sin que exista, como en la atribución, un núcleo de facultades compartidas.

VELASCO, Víctor: “Hacia una Adecuada Comprensión del Ejercicio de la Patria Potestad” en Diario La Ley, de 22 de octubre de 2009, número 7267, Año XXX, referencia D-328, Sección Tribuna, Editorial La Ley (LA LEY 19194/2009)

⁴⁴ Arts. 110 y 111 del CC.

1.1.2.5 El ejercicio compartido de la patria potestad y sus excepciones.

Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges (Art. 92.4 del CC). Los supuestos especiales o excepcionales de privación⁴⁵ de patria potestad (Art. 92.3 del CC) o limitación total o parcial de su ejercicio por uno de los progenitores están, obviamente, conectados con conductas desordenadas o de desinterés por parte de alguno de los dos progenitores y también con situaciones de imposibilidad, aunque estas no hayan sido queridas por el progenitor o progenitores afectados (distanciamiento físico que impide la relación, internamiento en un centro de rehabilitación, enfermedad, etc.).

Dentro de las conectadas con conductas desordenadas se incluyen, obviamente, las relacionadas con supuestos de delincuencia y violencia doméstica, como por ejemplo los que han sido establecidos en el Art. 92.7 del CC para el caso de la no procedencia de la guarda compartida: delitos que atenten contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

De la misma forma, el Art. 170 del CC establece que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes

⁴⁵ Sobre la privación de la patria potestad, Vid. ampliamente, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “El Ejercicio de la Patria Potestad...”, Op. Cit., Pp. 79 y ss.

inherentes a la misma o dictada por causa criminal o matrimonial, asimismo establece que la recuperación de la patria potestad procederá cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

En cuanto a la privación de la patria potestad por la comisión de delitos, es preciso mencionar la STS, Sala 1ª de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996 (Resolución número 1165/1996, ponente: D. José Almagro Nosete), que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Madrid que privó de la patria potestad de sus dos hijos al padre por haber asesinado a la madre, argumentando, en su FD 3º, que: "...difícilmente podría encontrarse en la práctica judicial un caso más claro que ampare la completa aplicación de las prescripciones del Art. 170 del CC, ya que repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues a pesar de su apegado cariño hacia el hijo, cuestión que no se pone en duda, la proyección de tal sentimiento no ha llegado...al sacrificio de sus propios impulsos, exacerbados a raíz de la crisis matrimonial, al acabar...por privar de forma trágica a quien, según se alega, constituye el objeto de sus desvelos, de la figura materna, cometiendo el delito de parricidio; por ello la medida adoptada se funda en uno de los más graves incumplimientos respecto de la patria potestad, en flagrante transgresión de lo prevenido en el Art. 154.1 del CC, lo que implica...la auténtica necesidad de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de su hijo, a quien...le ha cercenado uno de sus mas trascendentales derechos, al romper definitivamente el marco natural...en que se desenvolvía la

vida cotidiana de aquel.”⁴⁶

Hasta aquí nos hemos dedicado al estudio de las figuras de la patria potestad y de la guarda y custodia de los hijos, ahora nos interesa desarrollar los aspectos más importantes relacionados con la atribución judicial de esta última figura. Así, para ser atribuida a uno o ambos progenitores, el Juez valorará, entre otros aspectos, el acuerdo de los mismos, el interés superior de los hijos, su audiencia y, para tomar su decisión, se apoyará en el dictamen de los especialistas. Pasemos a estudiar cada uno de estos aspectos.

1.1.3 El acuerdo de los progenitores y la actuación judicial.

Para determinar el sistema de guarda y custodia que ha de regir tras el cese de la convivencia, debe prevalecer el acuerdo alcanzado por los progenitores y, sólo cuando esto no sea posible, debe decidir el Juez. Los progenitores son por regla general quienes más conocen a sus hijos, por eso son ellos los que deben esforzarse por alcanzar una solución consensuada. Esta decisión no debe ser el fruto de la precipitación, sino que debe ser fruto de la reflexión y de la sensatez.

Los progenitores, dialogando entre ellos y escuchando a sus hijos, pueden, si el ambiente resulta propicio para ello, alcanzar un acuerdo sólido, solvente y eficaz que evite situaciones futuras no deseadas de crispación y tensión. La decisión judicial es la última alternativa y sólo se debe acudir a ella cuando el consenso no

⁴⁶ Vid. también, en un caso similar, la STS, Sala 1ª de lo Civil, de 2 de octubre de 2003 (Resolución número 887/2003, ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta)

resulte posible. El Juez debe también respetar el acuerdo alcanzado y sólo debe hacer las comprobaciones necesarias para evitar resultados dañosos a los hijos (Art. 90 CC). No se debe alterar sin más lo acordado e imponer otra solución distinta.⁴⁷

La Ley 15/2005 introduce en el Art. 770 LEC la regla 7ª, permitiendo a las partes de común acuerdo solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el Art. 19.4 de esta ley, para someterse a mediación; a su vez, reforma el párrafo 2º del Art. 771 LEC potenciando la posibilidad de alcanzar un acuerdo en la comparecencia de las medidas provisionales.

1.1.4 El interés del niño y su audiencia.

El Art. 92 párrafo 2º y 6º, inciden en una de las cuestiones mas importantes y de marcada relevancia, cual es el derecho de los niños a ser oídos por el Juez. Esta audiencia ha de llevarse a cabo antes de que se adopte la decisión final y sólo cuando aquellos tuvieren suficiente juicio y se estime necesaria. Esta diligencia podrá ser acordada de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de las partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor. Esta forma de regular la audiencia dio lugar a la reforma del Art. 777.5 de la LEC para adaptar a la misma su contenido y así evitar

⁴⁷ LÓPEZ ORDIALES, Julio Jesús (“Custodia Compartida. Cuestiones Procesales” en “La Jurisdicción de Familia: Especialización. Ejecución de Resoluciones y Custodia Compartida”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2008, p. 267.), opina que el Juez al examinar el convenio no ha de actuar con rigor, sino con flexibilidad y cuando algo de su contenido llame su atención, antes de adoptar cualquier decisión, debe escuchar atentamente las explicaciones de los progenitores y, en su caso, a los hijos y luego actuar. Posiblemente, y en no pocas ocasiones, resulte aconsejable mantener el acuerdo alcanzado, aunque se dude de su eficacia futura.

discordancias legales.

El derecho a ser oídos y la conveniencia de la audiencia de los hijos son dos aspectos de la misma cuestión directamente vinculados con el principio general del interés del niño, que aparece detallado en los Arts. 39 de la CE y 2 y 11.2 de la LOPJM.⁴⁸ En ese sentido, lo que relaten y cuenten los hijos es importante, por eso tal audiencia debe practicarse, cuando resulte necesaria, en un lugar idóneo donde el niño pueda expresarse con libertad y confianza.⁴⁹ Así, nunca deberá practicarse en el acto de la vista, ni en el acto de la comparecencia. Tampoco debe desarrollarse en presencia de los implicados en el procedimiento ni de los profesionales que los representa y asisten, sólo han de estar presentes el Ministerio Fiscal (Art. 749 de la LEC) y el Juez. Entonces, lo conveniente es prescindir de cualquier formalidad y presencia que pueda incomodar o condicionar al hijo.

⁴⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE número 15, de 17 de enero de 1996, p. 1225

⁴⁹ LÓPEZ ORDIALES, Julio Jesús. (“Custodia Compartida. Cuestiones...”, Op. Cit., p. 265) considera que no es necesario levantar acta del resultado de la audiencia del niño, más aún cuando no existe obligación legal de ponerlo en conocimiento de los litigantes, pues esta diligencia no se corresponde con ningún medio de prueba de los detallados en el Art. 299 de la LEC, por lo que no es de aplicación lo dispuesto en el Art. 358 de dicho texto legal para el reconocimiento judicial. Por tanto, en autos sólo ha de quedar constancia de su práctica. Cabe destacar que la comunicación o notificación a terceros de lo manifestado por el menor podría ocasionar a este alguna incomodidad o perjuicio futuro, si bien en ocasiones puede resultarle beneficioso. En este último caso, no estaría de más dar cuenta de ello a sus progenitores, mejor de forma oral que por escrito, y sin necesidad de someter tal acto a ningún requisito de forma. Es preciso recordar que la exploración, aparte de corresponderse con el derecho de audiencia que tiene el hijo, puede servir para que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, pueda acordar alguna prueba complementaria de las ya practicadas.

Al respecto, la Ley 15/2005 introduce un nuevo párrafo, el tercero, a la regla cuarta del Art. 770 de la LEC: “En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”.

1.1.5 El dictamen de especialistas.

Del Art. 92.9 del CC, se deriva la importancia que tienen los dictámenes de especialistas debidamente cualificados, cuya emisión queda supeditada a la decisión del Juez, quien podrá recabarlos de oficio o a instancia de parte.

Con estos dictámenes, el Juez logra una mayor calidad y eficacia de la resolución a dictar y tiene una visión más amplia y completa del asunto en el que haya resultado necesaria su intervención.

En la LEC no se hace una referencia especial con respecto al trabajo desarrollado por los equipos psicosociales; la única alusión legal se encuentra en el Art. 92 del CC en el cual se indica que el dictamen de especialistas se podrá recabar de oficio por el Tribunal de Familia o instancia de parte. A tal efecto es necesario que se subsane la falta de previsión normativa con el fin de regular en la ley procesal lo concerniente a dicho medio probatorio.

1.2 TRASCENDENCIA DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.

Uno de los temas que podríamos llamar “fundamentales” en la vida de los cónyuges es la convivencia, la cual, como está previsto por la misma ley (por ello ha regulado la figura del divorcio), puede entrar en crisis hasta llegar a la ruptura. Es en este nivel donde debe existir un hilo de convergencia en aquellos aspectos de la vida en común, entre ellos, el de la guarda y custodia de los hijos. Este punto ha sido considerado, aunque con diferente terminología pero significando lo mismo, en el devenir de la historia de la legislación española.⁵⁰ La ley 15/2005 de 8 de julio ha retomado esta temática con cierta vitalidad, imprimiéndole una fuerte dosis de importancia que ha despertado una insoslayable discusión –aún insuficientemente construida por su poco tratamiento- por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

En la literatura moderna se afirma que el tema de los hijos constituye el eje central de los progenitores que, sumergidos en la crisis matrimonial, no conviven.⁵¹ No podría ser diferente, pues la

⁵⁰ Así por ejemplo, en una etapa anterior a la reforma de 1981, el CC, en su Art. 70, utilizaba el vocablo *cuidado*. Este artículo, concretamente, establecía: “Los hijos mayores de 7 años quedarán al *cuidado* del padre y las hijas, al *cuidado* de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe”. Esta es la redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil. BOE número 99, de 25 de abril de 1958, p. 730

⁵¹ Así lo confirma GARCÍA PASTOR, Milagros (“La Situación Jurídica...” Op. Cit., p. 67), quien puntualmente establece: “la guarda es el eje central de la situación de los hijos cuyos padres no conviven”.

Así también lo reconoce la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 13 de septiembre de 1999 (Número de Recurso 586/1998, ponente: Dª Ana María García Esquiús), la cual, en su FD 3º, declaró: “De todas las medidas adoptadas es evidente que la de mayor calado es aquella que se refiere a la atribución de la guarda y custodia del hijo menor de edad”.

prole, en la vida conyugal o después de ella, sigue teniendo el mismo nivel de relevancia, y, en este último caso, quizá, una relevancia superior debido a la nueva situación surgida. Esta importancia viene caracterizada por el objeto propio de la guarda y custodia: el cuidado, educación, convivencia y formación integral del niño sometido a ellas, interés aún superior, que el de los mismos progenitores.

La finalidad ulterior de la guarda y custodia del hijo está encaminada a preservar, fomentar y mantener, ante todo, su estado emocional y psicológico, sin desatender, desde luego, las necesidades de índole material –o de orden económico- que permiten el resguardo de aquel, como por ejemplo, la prestación de alimentos, uso de la vivienda familiar, etc., todo tendiente a mantener un aceptable nivel de vida; de ahí su gran importancia.

1.3 CARÁCTER DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

La guarda y custodia ostenta, fundamentalmente, un carácter jurídico o legal, pues tiene como fuente la ley, siendo este el elemento que la distingue de otras figuras como, por ejemplo, la

Por otra parte, LATHROP GÓMEZ, Fabiola (“Custodia Compartida de los Hijos”, Editorial La Ley, Madrid, 2008, p. 58), opina: “La Guarda y Custodia constituye la función paterno filial de carácter personal que mas relieve alcanza una vez sobrevenida la crisis matrimonial o de pareja”, y mas adelante, en su obra, establece: “La guarda y custodia tiene su eje central en el aspecto personal del cuidado de los hijos. En otras palabras, la guarda y custodia desarrolla la función de carácter personal de la patria potestad”.

denominada doctrinariamente “guarda de hecho”,⁵² con la cual, no obstante, se vincula.

La “guarda legal” o “jurídica”, puede ser concedida por el Juez o por la ley, según el caso, contrario a lo que ocurre en la guarda de hecho, la cual no es concedida por ninguno de ellos sino mas bien por los mismos progenitores quienes pueden concederla de manera voluntaria a un tercero (quien por no estar enmarcado a la ley, no constituye un órgano tutelar) mediante un acuerdo común que no lleva imbrido un contenido legal. El guardador de hecho, por tanto, no tiene las facultades propias del guardador jurídico y sólo lo une a él la situación de convivencia con el niño, lo que le permite cuidarlo y propiciarle formación integral.

Quien ostente la guarda o custodia de la prole debe tener, a su vez, la patria potestad; solamente así ejercerá con verdadera propiedad y éxito las funciones inherentes y caracterizadas en aquellas. En este caso, estaríamos hablando de un cuidado reforzado. Los terceros guardadores, en este sentido, en realidad, no pueden ejercer la “guarda y custodia” del niño con carácter propio, sino mas bien la simple “guarda”, en tanto que no tienen las facultades que la ley otorga a los progenitores, pues ni siquiera tienen la obligación de convivir con él y, en todo caso, si existiere acogimiento familiar, este sería, mas bien, un compromiso quizá contractual a cumplir, posiblemente remunerado y, a su vez, de carácter temporal, lo cual lo alejaría de la esencia del significado puro de la guarda y custodia

⁵² Sobre este tema, Vid. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: “El Sistema Tutelar” en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (Coordinador) y otros: “Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones”, Quinta Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 317 y 318

parental en sentido estricto.

1.4 EL CONTENIDO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.

En este apartado señalaremos algunos aspectos que quedan abarcados por la figura de la guarda o custodia de los hijos, explicándolos de una manera somera y sintética, pero clara y concisa desde la perspectiva de la doctrina y la nuestra propia.

El primer importante elemento que debemos puntualizar es el de la **convivencia**.

Tal como lo hemos venido reseñando, si los padres realizan una convivencia conjunta, se encuentran en una situación de normalidad y, por tanto, la guarda y custodia –a la vez que la patria potestad- la ejercen de manera común sin mayor dificultad. El cuidado personal de los hijos, consecuentemente, se ejecuta de manera total y plena. No obstante, una vez generada la crisis matrimonial, la relación de pareja se rompe, y con ella también la convivencia, la cual genera la indefectible necesidad de determinar y decidir cuál de los cónyuges ejercerá la guarda y custodia de la prole,⁵³ la cual, dada esta situación, se verá disminuida, pues ya no será total y plena como cuando los cónyuges convivían, cayendo,

⁵³ Este es el sistema más usual de guarda y custodia, llamado también guarda y custodia exclusiva o unilateral que se define como aquella en que la convivencia se atribuye a uno solo de los progenitores, si bien el otro progenitor tiene un derecho de comunicación y estancias, salvo que por concurrir alguna causa grave sea privado de las mismas. SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa: “Maltrato y Separación...”, Op. Cit., p. 555; Vid. también, BLANDINO GARRIDO, María Amalia: “Tratamiento de las Concretas...”, Op. Cit., p. 216; RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: “Ejercicio de la Patria Potestad Cuando los Padres No Conviven”, Editorial Aranzadi, Primera Edición, Navarra, España, 2011, p. 65.

consecuentemente, en una situación que podríamos llamar de anormalidad.

Valga, en este contexto, introducir la idea, ya trabajada en la doctrina,⁵⁴ de que la figura de la guarda o custodia solamente cobra relevancia en una situación de no convivencia de ambos progenitores del niño, pues es ahí donde realmente se puede diferenciar de la patria potestad. Puede en este caso verse que el progenitor no conviviente, aunque conserva los derechos de la patria potestad, se ve separado, o al menos, limitado, de su guarda o custodia (quedando a salvo los derechos de alimentos, visita, comunicación y estancias, etc.), que pasan a pertenecer al cónyuge *conviviente*; mientras que si ejerciere un estado de convivencia, en realidad, tendría el ejercicio de las dos, en el que la guarda y custodia se adheriría a la patria potestad de la cual forma parte, pasando a ser ésta la verdadera protagonista y no aquellas.⁵⁵

Esta situación se ve aún mas clara cuando el guardador del menor no es ninguno de los progenitores, sino un tercero, pues este ni siquiera podría ostentar la patria potestad del menor, la cual seguirían conservando los padres. En este caso, pues, la guarda se ve aún mas desvinculada de la patria potestad.

⁵⁴ Vid., por ejemplo, GARCÍA PASTOR, Milagros: “La Situación Jurídica...”, Op. Cit., p. 74.

⁵⁵ LATHROP GÓMEZ, Fabiola (“Custodia Compartida de los Hijos”, Op. Cit., p. 57), por su parte, establece: “Si bien existe una estrecha correlación entre patria potestad y guarda y custodia de los hijos, ello no significa que esta nazca solamente frente a la ausencia de convivencia de los padres. Lo que ocurre es que esa situación viabiliza esta figura que antes formaba un todo con las demás funciones de la patria potestad”. Y continúa diciendo: “Cuando la guarda se encuentra desprovista de las otras funciones de la patria potestad, se produce una verdadera “cirugía estética” de esta figura”.

RIVERO HERNÁNDEZ,⁵⁶ sostiene que la figura de la guarda no tenía entidad propia en el Derecho Español, absorbida por la fuerza expansiva a toda posible relación padre-hijo, de la patria potestad: La guarda de los hijos resultaba una facultad-deber implícita a la patria potestad. En los casos de separación, sin embargo, la guarda adquiría plena autonomía al encomendarse a la madre la guarda y custodia de los hijos, sobre todo los pequeños, mientras que el padre seguía ostentando la titularidad de la patria potestad. Con posterioridad a la reforma, al atribuirse la patria potestad a ambos progenitores, la guarda aún en estos casos de separación, venía a presentarse de nuevo como una facultad de la patria potestad.

El origen de la guarda y custodia -la cual confluye como el elemento personal de la patria potestad, de la cual se separa- se ve estrictamente ligado, entonces, a la disociación de los progenitores, como ya lo hemos señalado, la cual impide, consecuentemente, la convivencia en común, y propicia la acogida del menor o mayor de edad incapacitado, por regla general a uno de los progenitores, quien en definitiva será el que la ejercite con entera e ilimitada propiedad.

El segundo importante elemento intrínseco en la figura de la guarda y custodia del hijo menor o incapacitado que va muy ligado al de convivencia, es ***el deber, pero también derecho, de velar por estos.***

La guarda y custodia, por tanto, no sólo incluye la puesta en práctica de aquellas funciones que impliquen un contacto directo, constante, inmediato y físico con el hijo para procurarle su

⁵⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: “Matrimonio y Divorcio...”, Op. Cit., p. 1025

prosperidad, sino también involucra la educación y formación integral, incluyendo su bienestar psicológico-afectivo, es decir, velar por ellos de una manera completa, exhaustiva, sistémica y general. Tal como lo señala **RAGEL SÁNCHEZ**, “Esta faceta comprende, no sólo el deber de controlar los estudios o la asistencia a clase y actividades complementarias, sino también la de influir decisivamente en el desarrollo moral e intelectual del hijo, vigilando las amistades y relaciones que frecuenta, así como las lecturas y aficiones que cultiva”.⁵⁷

Valga decir que el deber de velar por los hijos menores o incapaces no es exclusivo del guardador con quien conviven, sino que también pertenece al progenitor no conviviente, el cual no se ve privado del mismo por este simple hecho. Siempre tendrá la obligación de estar vigilante, no sólo para procurar el bienestar integral de sus hijos, sino para controlar el buen ejercicio de la guarda y custodia al que está obligado su cónyuge.⁵⁸ Esta opinión, podemos argumentar, encuentra su sustento en la misma CE que en su Art. 39.3 impone la obligación a los padres de “prestar *asistencia de todo orden* a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

Debe mencionarse, además, que el ejercicio de la guarda y custodia del guardador conviviente no precisa ser horizontal, pues el

⁵⁷ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: “La Guarda y Custodia de...” Op. Cit., p. 297.

⁵⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (Matrimonio y Divorcio...”, Op. Cit., p. 283), al respecto ha dicho: “Además de los derechos de visita, comunicación y estancia, el principal derecho que tiene el progenitor no conviviente es el llamado de *vigilancia*, para seguir de cerca y comprobar la forma y diligencia con que el otro cónyuge cuida y educa a los hijos comunes”.

mismo debe adecuarse a las circunstancias y edad del hijo, al cual no le sería propio y adecuado conducirlo a una situación de sobreprotección. Por el contrario, el control y cuidado que se debe tener sobre ellos debe procurarles una formación que les capacite para enfrentarse a los diferentes retos de la vida, para facilitarle un progresivo desarrollo de su personalidad y su autorrealización en la vida adulta.

Un tercer elemento lo constituye el deber-derecho de ***tener a los hijos en compañía***. Este elemento se encuentra íntimamente ligado a la guarda y custodia del menor. Podríamos decir que es consustancial e inseparable de este. Implica un modelo de vida en común que permite ejercer con éxito el deber de atención diaria, así como otras obligaciones, que a su vez, son inherentes a la patria potestad.

El cumplimiento de este elemento es de tal importancia que su incumplimiento puede significar una consecuencia sancionatoria prevista en los Arts. 226, 228, 229, 230 y 231 del Código Penal,⁵⁹ mediante la tipificación del delito de abandono de familia. Por otra parte, también este deber es protegido mediante el Art. 170 del CC., el cual, establece que los progenitores solo pueden ser despojados del deber de tener en compañía a los hijos no emancipados en los casos previstos legalmente, es decir, cuando se les prive de la patria potestad.⁶⁰

⁵⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE número 281, de 24 de noviembre de 1995, p. 33,987

⁶⁰ El Artículo 170 CC, literalmente establece: “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en

En el tema que nos ocupa, existen dos puntos importantes de resaltar que generan cierta discusión en la doctrina. El primero de ellos es el relativo al cuidado de los hijos, no por lo progenitores, sino, por terceras personas. El segundo se refiere al traslado del domicilio del guardador.

En cuanto al primer punto, interesante es analizar la facultad que tiene el titular de la guarda del hijo para entregarla a un tercero de manera unilateral.

En nuestra opinión, a la luz de los criterios fijados por la legislación vigente, los progenitores no tienen facultades autónomas para poder determinar quiénes (hablando de terceros) pueden ejercer el cuidado personal de sus hijos. No hay disposición legal que lo permita. Tal decisión, por tanto, sólo podría tener lugar siempre y cuando concurren circunstancias especialísimas que lo justifiquen en razón del interés superior del hijo y con carácter de excepcionalidad, en la misma forma que lo contempla el artículo 103.1 del CC, el cual dispone: “Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez”.⁶¹

causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”. De este artículo se desprende pues, como lógica consecuencia, que los padres, al ser privados de la patria potestad, son privados, a la vez, de la compañía de sus hijos, lo cual, puede lograrse, como la disposición citada lo establece, mediante sentencia firme del Juez competente.

⁶¹ También el Art. 172.2, establece: “Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la

Corresponde, no obstante, analizar, si una vez concedida la guarda y custodia a uno de los progenitores, una vez llegada la crisis matrimonial, este queda facultado para cederla a un tercero.

El guardador, a nuestro criterio, posee facultades de cuidado y dirección del desarrollo del menor. No tiene, por tanto, potestades para tomar decisiones que impacten o marquen su vida y su crecimiento integral o que modifiquen su estilo de vida, como lo sería, convivir con un tercero, llámese este, abuelo, tía o una Institución estatal. Consecuentemente, pensamos que una decisión de esta naturaleza, con carácter de excepcionalidad, debe ser tomada de una manera conjunta entre ambos progenitores y, en su caso, mediante decisión judicial.

Debe mencionarse, además, que si el padre o la madre que ostenta legítimamente la guarda y custodia del hijo, por alguna razón declina de ella -entendemos que motivadamente- la misma debe asignarse al otro progenitor, siguiendo el procedimiento legal respectivo. Cabe, no obstante, la posibilidad de que este otro progenitor, por motivos fundados, no pueda ejercer la guarda y custodia del hijo, caso en el cual, en razón del interés superior, la custodia podría asignarse a un tercero. Entiéndase, consecuentemente, que la asignación del cuidado personal del hijo al padre que originalmente no la tenía es simplemente en razón de prioridad, sin que exista, necesariamente, obligación de aceptarla por las circunstancias del caso concreto.

En cuanto al segundo punto, debe mencionarse, primeramente,

entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.”

que un sector doctrinario⁶² considera que el progenitor custodio no está habilitado para tomar, unilateralmente, la decisión de cambiar de domicilio, argumentando, principalmente, que ello atentaría contra la Convención sobre de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, de acuerdo a la cual, las decisiones de índole familiar, deben ser tomadas por las partes interesadas. De tal manera que, una decisión al respecto, tomada unilateralmente, podría vulnerar los Arts. 9 y 18 de la Convención mencionada, los cuales hacen referencia al derecho del niño a ser criado por ambos progenitores y, consecuentemente, a mantener contacto directo con ellos. Por otra parte, dicho Instrumento Internacional, también regula el derecho del niño a ser oído, que no debe olvidarse en esta temática.

También se sostiene que la posibilidad de modificar la residencia del hijo, forma parte del ámbito del ejercicio de la patria potestad, por tratarse de una cuestión de gran trascendencia para la vida del niño,⁶³ pues el traslado -sobre todo si es a otra ciudad, región o país- puede implicar un cambio del centro de estudios, alejarse de los amigos, familiares, e incluso provocar una alteración en el régimen de visitas, comunicación y estancias del progenitor no custodio.

En ese sentido, si el ejercicio de la patria potestad es conjunto, se necesita del consentimiento del otro progenitor y en caso de no haber acuerdo será el Juez el encargado de disponer a cual de los

⁶² Vid. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: “La Guarda y Custodia de...” Op. Cit., Pp. 298 y 299., entre otros.

⁶³ En igual sentido, MORENO VELASCO, Víctor (“Hacia una Adecuada Comprensión...”, Op. Cit., p. 4), quien considera que la decisión sobre el domicilio del niño es una materia que entra en el ejercicio de la patria potestad y no de la guarda y custodia.

progenitores compete esta decisión, conforme a lo establecido en el Art. 156.2 del CC, y si el guardador tiene el ejercicio exclusivo de la patria potestad, podrá decidir unilateralmente, sin perjuicio de que el progenitor no custodio solicite medidas siguiendo lo establecido en el Art. 158.4 del CC, si considera que resulta perjudicado el interés del hijo.

Es evidente, según lo dicho, que la postura doctrinaria apuntada tiene su fundamento en el derecho del niño a estar en contacto con el progenitor que no ejerce su guarda o custodia, es decir, constituye una defensa a la coparentalidad.

Desde nuestra óptica, el cambio de domicilio, en principio, no impide ni dificulta, en manera alguna, que el ejercicio del cuidado personal del niño se realice con normalidad. Por otra parte, no incide, necesariamente, sobre aspectos de carácter personalísimo del hijo, como sí ocurre en el caso antes tratado referente a la asignación de la guarda o cuidado personal de este a un tercero.

Por tanto, en principio y siempre que no se vulneren los intereses del niño, consideramos que el guardador sí se encuentra legitimado en su carácter personal para mudar su domicilio sin la exigencia de acuerdo previo con el otro progenitor. A su vez, si al guardador le estuviese vedado este derecho se vulneraría lo dispuesto en el artículo 19 de la CE, el cual contempla la libertad de elección de la residencia.⁶⁴ Así también, puede argumentarse que las cualidades personales del progenitor custodio, no se ven reducidas en manera alguna por el solo hecho de modificar su ambiente físico,

⁶⁴ Vid., por ejemplo, GARCÍA PASTOR, Milagros: “La Situación Jurídica...”, Op. Cit., Pp. 94 y 95, entre otros.

así como tampoco lo están las relaciones personales que tiene con su hijo.

No obstante lo anterior, puede sostenerse que si en alguna manera el cambio de domicilio pudiese llegar a afectar la vida personal del hijo en cualquier forma ya sea afectiva, emocional, social, etc. (como es el caso de traslado a otra ciudad o país), el progenitor no guardador tiene derecho a oponerse razonadamente haciendo uso de lo establecido en el Art. 90 párrafo penúltimo del CC; en este caso el progenitor opositor tiene la facultad de solicitar, incluso, la modificación del sistema de guarda por alteración sustancial de circunstancias. Asimismo puede solicitar la modificación de medidas definitivas conforme al Art. 775 de la LEC, en aquellos casos en que el traslado implique una alteración sustancial de las circunstancias que originalmente fueron tenidas en cuenta en la sentencia judicial, respecto a la vivienda familiar, sistema de custodia o régimen de visitas, comunicación y estancias. También, como dijimos, puede hacerlo por la vía del Art. 158.4 del CC, cuando considere que el cambio de domicilio es lesivo para los intereses del hijo.⁶⁵

No debemos olvidar, sin embargo, que el progenitor guardador tiene la obligación de informar o comunicar previamente el traslado de domicilio al progenitor no custodio, así como cualquier circunstancia de importancia para la vida del hijo, a efecto de procurar su consentimiento, o simplemente para adecuar el régimen de visitas, comunicación y estancias; todo sobre la base del deber de

⁶⁵ En la misma línea, LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida de los Hijos”, Op. Cit., Pp. 73 y 74

comunicación y colaboración que debe existir entre los padres y, en caso de desavenencia, queda siempre la posibilidad de acudir al Juez.⁶⁶

En resumen, consideramos que el progenitor custodio puede, autónomamente, realizar el cambio de domicilio sobre la base de la no afectación en la vida del hijo. No obstante, al otro progenitor le asiste el derecho de oponerse fundadamente frente al Juez quien decidirá, sobre los argumentos expuestos, lo procedente.

Resulta interesante la SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 16 de junio de 2006 (Resolución número 269/2006, ponente: D. Salvador Castañeda Bocanegra), que, en su FD 2º, sostuvo: “...la supuesta alteración de circunstancias, cual es la necesidad de Dª Consuelo de establecer su residencia o domicilio en Vitoria, lugar donde trabaja, no es ajena a su voluntad, por lo que la Sala no puede sino ratificar las conclusiones a que se llega en la sentencia de instancia que tutela el interés de los menores sobre el de los progenitores y en el caso concreto el interés de los menores habrá de ser preponderante a la pretensión de la actora de fijación de su residencia en Vitoria. Ello es así porque la pretensión de la misma de trasladar a los hijos a Vitoria, en los tiempos actuales sería muy perjudicial para los menores al separarlos del lugar donde desarrollan su vida con normalidad, no solo desde un punto de vista familiar, en unión del padre y de la familia paterna y materna, sino también desde un punto de vista social, al estar integrados perfectamente en un colegio donde mantienen un buen nivel educativo así como una relación de

⁶⁶ En este sentido, RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: “Ejercicio de la Patria Potestad...”, Op. Cit., p. 94

amistad con otros compañeros. Ciertamente supone un cierto perjuicio para la actora, D^a Consuelo, el mantenimiento de una vivienda en la localidad de Plasencia como arrendataria, pero ello es indispensable para la viabilidad del sistema de custodia compartida, que es la que a tenor de los informes psicológicos obrantes en autos resulta la más beneficiosa para el interés de los hijos, lo que habrá de ser asumido por la actora, aunque le cree ciertas dificultades.”

1.5 MARCO LEGAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.

El conjunto normativo existente en torno a la figura de la guarda y custodia tiene como punto de partida lo dispuesto en el Art. 39 de la CE. Así, exige: El deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos con independencia de su filiación; el deber de los padres de prestarles asistencia de todo orden, sean habidos dentro o fuera del matrimonio y fundamentalmente durante la minoría de edad; la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por los derechos de los niños.

El Art. 92 del CC se interpreta conjuntamente con el resto del ordenamiento jurídico: Tratados y Convenciones, Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, las normas contenidas en el Código Civil: Arts. 110, 154, 156, 170 y las normas procesales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil: Arts. 770, 774, 775, 777.

La mayor parte de las decisiones judiciales sobre la materia

incluyen como punto de partida de sus argumentaciones la interpretación conjunta en pro del interés superior del hijo. De dicho conjunto normativo se desprende que este interés prima sobre cualquier otro legítimo que pueda concurrir; fundamento elevado a Principio Universal de Derecho por la jurisprudencia.

En este sentido la SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 3 de febrero de 2004 (Resolución número 49/2004, ponente: D. Eduardo Baena Ruiz), en su FD 3º, nos dice que “(...) es principio elemental necesario e indeclinablemente inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los hijos, el que su interés ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el bonum filii ha sido elevado a principio universal del Derecho (...)”

Así, lo relevante, de acuerdo con este principio, es la salvaguarda del interés del hijo, por encima de cualquier otro, incluido el de sus propios padres.⁶⁷ El Art. 110 del CC establece que el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos. Esta obligación de velar por los hijos menores y prestarles alimentos, si bien no deriva de la patria potestad, nace del hecho de la filiación. El Art. 154 del CC, por otra parte, siguiendo este orden de ideas, dispone que los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres, esa patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos.

De entre las facultades de la patria potestad se comprenden,

⁶⁷ AAP de Zaragoza, Sección 4ª, de 9 de febrero de 1998. Resolución número 86/1998. FD 2º.

entre otras, la de velar y tener a los hijos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles formación integral.

Conforme al Art. 156 del CC, la patria potestad ha de ejercerse conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento del otro. Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva.

Conviene recordar que la patria potestad se configura como el conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos.⁶⁸

En ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en reiterada doctrina, establece que la patria potestad se concibe como una función al servicio del hijo, dirigida a prestarle asistencia de todo orden según lo regula el Art. 39.3 de la CE, por lo que todas las medidas judiciales relativas a ella han de adoptarse considerando primordialmente, como indica la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del hijo (Art. 3.1, 9, y 18.1), en cuyo beneficio está concebida y orientada esta institución.

El Tribunal Supremo señala, además, que no debe olvidarse el interés superior del hijo como principio inspirador de todo lo

⁶⁸ STS, Sala 1ª de lo Civil, de 25 de junio de 1994 (Resolución número 628/1994, ponente D. Teófilo Ortega Torres) FD 2º, que además sostiene: “(...) la patria potestad deberá ejercerse de acuerdo con la personalidad del hijo, lo que viene a significar que habrá de adaptarse a las cualidades de este, orientando en función de las mismas su educación y con respeto de sus derechos, todo ello en su beneficio (...)”

relacionado con él, que vincula al Juez, a todos los Poderes Públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de aportarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y protección de futuro, evitando siempre que el hijo pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al niño.⁶⁹

Igualmente el Tribunal Supremo ha establecido en esta materia que “las disposiciones aclaratorias e interpretativas de las Leyes o que suplen sus lagunas, al no ser derecho nuevo, sino mera interpretación del contenido y alcance de lo ya promulgado, tienen carácter retroactivo, lo que se ha denominado en alguna ocasión por esta Sala como retroacción impropia”. Así, los Jueces pueden adoptar medidas (Art. 158 CC) “al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento (...) según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, aplicable retroactivamente por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas Convenciones Internacionales

⁶⁹ STS, Sala 1ª de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996, Resolución número 713/1996, ponente: D. Eduardo Fernández-Cid de Temes. FD 2º.

vinculan a España (...).⁷⁰

El Art. 92 del CC dispone las reglas generales sobre el ejercicio de la guarda y custodia. Así, se establecen dos sistemas de custodia, la exclusiva y la compartida, esta última tiene dos formas: la consensuada por acuerdo entre los cónyuges (apartado 5º), y la excepcional cuando es solicitada por uno sólo de los progenitores (apartado 8º).

Para tomar la decisión de atribuir el ejercicio de la guarda y custodia a uno o ambos padres, será necesario que el Juez tome en cuenta todos los elementos, informes, etc., relativos a los hijos, progenitores y el parecer de los especialistas⁷¹ para justificar la adopción de uno u otro sistema de guarda y custodia.

Del desarrollo del Art. 92 CC se evidencia de forma clara el establecimiento de una amplia y densa serie de garantías para asegurar que la decisión judicial sobre la custodia sea adoptada siempre a favor del interés del hijo:

1. El Juez garantizará el derecho del hijo a ser oído, de oficio, a petición de cualquier parte, del Ministerio Fiscal, o incluso del Equipo Técnico Judicial (apartado 2 y 6). Asimismo, el Art. 154.3 del CC dispone el derecho de los hijos que tuvieren

⁷⁰ ídem

⁷¹ MONSERRAT QUINTANA, Antonio: (“La Custodia Compartida en la Nueva Ley 15/2005, de 8 de Julio”, en *Práctica de Tribunales*, número 23, Sección Estudios, Enero 2006, Editorial La Ley, [LA LEY 5218/2005], p. 7), opina que, sin embargo, el Juez no debe otorgar una importancia desmesurada a la opinión de los especialistas si esta fuera contraria a la voluntad de los progenitores, siempre que en estos concurra la aptitud necesaria, teniendo presente el principio vital de que los padres son los primeros y principales educadores de sus hijos.

suficiente juicio a ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten; e igualmente recordar, en este sentido, que el Art. 9 de la LOPJM regula el derecho del niño a ser oído en cualquier procedimiento en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

2. El deber del Juez de decidir sobre el ejercicio de la patria potestad, en beneficio de los hijos (apartado 4)
3. La obligación del Juez de fundamentar su decisión al adoptar la guarda compartida (apartados 5 y 8)

En relación a lo último, también el Juez tiene la obligación de recabar informe del Ministerio Fiscal, que deberá ser favorable en caso de petición de custodia compartida por uno sólo de los progenitores (apartados 6 y 8)

4. La posibilidad del Juez de recabar dictamen de especialistas relativo a la idoneidad del sistema de custodia adecuado (apartado 9)
5. También se regulan determinados supuestos en que resulta improcedente la petición de guarda compartida. Que también, aunque no lo especifique el legislador, deben entenderse aplicados para el caso de solicitarse la custodia exclusiva (apartado 7)

En teoría, podemos decir que la Ley 15/2005 posibilita el avance de la guarda y custodia de los hijos, superando poco a poco medidas genéricas para todos los casos y en muchas ocasiones muy limitadas en cuanto al tiempo de relación y comunicación que se

venía concediendo al progenitor no custodio con respecto a su hijo.

En la mayor parte de las sentencias contenciosas y en la mayor parte de los convenios se venía atribuyendo la guarda y custodia a uno de los progenitores, normalmente a la madre y se reconocían regímenes de visitas de fines de semana alternos y los miércoles por la tarde al no custodio y sus hijos, además de los periodos vacacionales que se vienen repartiendo de manera más equitativa.

A ello se acompañaba una superficial mención a que la patria potestad se comparte, de forma que en muchos casos el progenitor guardador cree haber asumido mucho más de lo que legalmente le corresponde y el padre no custodio tiene la sensación de que lo ha perdido casi todo y que su intervención con sus hijos a partir de ese momento se encuentra muy relegada comparativamente con lo que ocurría antes de la ruptura.

En la misma línea se pronuncia **GUILARTE MARTÍN-CALERO**, quien precisa que, con carácter general y con excepción de la fase tempestuosa de la adolescencia, la relación de vida que implica la guarda de los hijos determina el fortalecimiento de la relación paterno-filial en detrimento del progenitor no custodio, al que, aunque se le reconoce en el Art. 94 del CC el derecho a visitar a sus hijos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, no comparte aquel quehacer diario en el que se desenvuelve la vida de los hijos y que, a la larga, es el que moldea su personalidad. Continúa diciendo que la igualdad que implica la cotitularidad y el coejercicio se diluye en la facultad de guarda, pues, en los casos, que probablemente son

mayoría, en que no sea necesario adoptar decisiones extraordinarias en relación con la vida del menor, coincidirá el contenido del ejercicio de la patria potestad con el de la guarda, de suerte que, en la práctica, a pesar del teórico ejercicio conjunto, el progenitor custodio, en una posición de supremacía de hecho y derecho, diseña la orientación y vida cotidiana del menor.⁷²

Esta situación es replanteada por la Ley 15/2005 con una postura reivindicativa del progenitor no custodio que ha tenido como efecto una ampliación en los tiempos de estancia con los hijos. Del desarrollo de la temática relacionada con la guarda y custodia compartida me ocuparé, a fondo, en los capítulos posteriores, debido a lo cual en este apartado me he limitado a realizar algunos apuntes generales sobre la materia de manera sucinta.

Teniendo el conocimiento de los aspectos generales y del marco legal de la guarda y custodia, corresponde ahora estudiar los criterios legales y judiciales que el Juez debe tener en cuenta para decidir la atribución del ejercicio de la guarda.

1.6 CRITERIOS LEGALES DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.

En un procedimiento matrimonial, la atribución de la guarda y custodia constituye uno de los puntos que generan mayor dificultad, dado que deben tomarse en cuenta y valorar aspectos disímiles y trascendentales para el mejor beneficio del hijo, tales como, la

⁷² GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 136

capacidad de acogida y atención unilateral del progenitor, su ambiente vivencial, su capacidad económica, etc.

En el momento en que el juzgador debe emitir una resolución deberá no solo tomar en cuenta aspectos de índole material, sino, y de manera preponderante, las circunstancias de orden psíquico-emocional, a efecto de garantizar al hijo un entorno sano donde su desarrollo integral pueda lograrse.

Del texto de la ley se pueden abstraer, esencialmente, los siguientes criterios:

- a) Todas las medidas adoptadas deben de orientarse en beneficio del niño (Art. 92 del CC.).
- b) El niño debe de ser escuchado (Arts. 92 apartados 2 y 6 del CC; 770.4 y 777.5 de la LEC).
- c) Debe procurarse no separar a los hermanos (Art. 92.5 del CC).
- d) Es recomendable que sean los progenitores los que oferten el sistema de custodia.

Procedamos a analizar brevemente cada uno de estos criterios de manera individual

1.6.1 Todas las medidas adoptadas deben de orientarse en beneficio del niño (Art. 92 del CC.).

Las medidas serán tomadas en atención al mejor interés superior del niño tras oírle, siempre y cuando tenga suficiente juicio. Dicho interés encuentra su fundamento en el Art. 39 de la CE y en los Arts. 2 y 11.2 LOPJM.

En orden a determinar la atribución del cuidado del hijo a uno o ambos de los progenitores, será necesario destacar los beneficios que obtendría bajo el régimen de guarda individual o compartida y, por otra parte, cuales serían las desventajas o perjuicios que sufriría con uno u otro de dichos sistemas. Ello justificaría la resolución tomada. Valga decir, a su vez, que la valoración puede incluir un beneficio, tanto presente como futuro, siempre y cuando sea lo más saludable para el porvenir del niño.

1.6.2 El niño debe de ser escuchado⁷³ (Arts. 92 apartados 2 y 6 del CC; 770.4 y 777.5 de la LEC).

En tanto que el hijo menor de edad tenga suficiente juicio, parece acertado que se le conceda la oportunidad de manifestar su deseo de permanecer bajo el cuidado de uno o ambos progenitores y sobre la distribución del tiempo de convivencia con ellos.

Así, este deber de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, “permite considerar la voluntad manifestada de los hijos como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los niños”.⁷⁴

El Art. 777.5 de la LEC, contempla la posibilidad de evitar que

⁷³ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit., Pp. 130-132 y 176; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: “La Protección de Menores: Una Perspectiva Constitucional” en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, Cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, Pp. 31-39, entre otros.

⁷⁴ SAP de Toledo, Sección 1ª, de 17 de septiembre de 1998 (Resolución número 266/1998, ponente: D. Julio Tasende Calvo), FD 1º.

los niños comparezcan en el juzgado. Esta disposición establece que “Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor...”.

Dicho precepto legal, tiene estrecha relación con lo dispuesto por el Art. 92.6 del CC, según el cual el Juez antes de acordar el régimen de guarda y custodia, oirá a los hijos menores de edad que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor.

Es preciso apuntar que los Arts. 159 del CC y 770.4 de la LEC, mantienen el criterio conforme al cual se oirá a los hijos menores cuando presenten suficiente juicio y en todo caso si fueren *mayores de doce años*, lo que no permite al Juez evaluar las peculiaridades de cada niño para decidir sobre su audiencia y el derecho de estos a ser oídos. Así, en lugar de ser beneficioso para sus intereses, podría llegar a resultarles perjudicial, en aquellos supuestos en los que el menor a pesar de haber cumplido los doce años no presenta la madurez que se le presume o que teniendo suficiente grado de desarrollo y madurez, concurren otras circunstancias personales que desaconsejan esta medida, por ejemplo, situaciones de estrés excesivo, razones de salud, etc.⁷⁵

En ese sentido, habrá de entenderse que en los supuestos

⁷⁵ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: “Ejercicio de la Patria Potestad...”, Op. Cit., p. 78

regulados por el Art. 770.4 de la LEC prima lo establecido en los Arts. 92 CC y 777.5 de la LEC –reformados por la Ley 15/2005, de 8 de julio- por ser más acordes con los intereses del hijo menor de edad. La redacción actual de estos dos últimos preceptos permite tener una respuesta individualizada para cada caso concreto, pues abandona el criterio que presume que a partir de una determinada edad el niño posee madurez suficiente para comparecer en un juzgado.

Por otro lado, debe indicarse, que el Art. 9 de la LOPJM, regula, a su vez, el derecho del niño a ser oído en asuntos de su interés.⁷⁶ Este derecho a ser oído ha sido elevado a la categoría de derecho fundamental, siendo la norma que lo consagra de aplicación inmediata en los procesos donde se decidan asuntos que afecten a

⁷⁶ Este artículo, concretamente, reza:

“1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.”

los niños.⁷⁷

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la opinión del niño no es vinculante y no constituye razón suficiente para la determinación del sistema de custodia, sino mas bien, constituye un elemento adicional que debe ser analizado con otros que, valorados en su conjunto, constituirán el fundamento para una decisión final.

Al respecto, la SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 4 de marzo de 2000 (Rollo número 839/1999-B, ponente: D. Antonio López Carrasco Morales), sostiene, en su FD 2º, que “(...) la resolución judicial no ha de basarse necesariamente en los deseos de los hijos, máxime cuando por ser de corta edad, no aportan fundamentos razonables acerca de sus inclinaciones, ni sobre la conveniencia o utilidad de estar con un progenitor o con el otro (...)”.⁷⁸

El Juez, consecuentemente, debe tener especial cuidado de que el niño, de alguna manera, no esté influenciado por uno de los progenitores.

⁷⁷ Vid. ampliamente sobre esta temática, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: “Sentencia de 11 de junio de 1996. Relaciones Personales de Abuelos y Nietos Sujetos a la Custodia de la Madre. Derecho del Menor a Ser Oído”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 43, enero-marzo 1997, Pp. 79-81

⁷⁸ En el mismo sentido, la SAP de Cádiz, Sección 1ª, de 27 de mayo de 2002 (Rollo número 96/2002, ponente: D. Fernando Rodríguez De Sanabria Mesa), en su FD 1º, nos dice que “El beneficio del menor es un criterio objetivo que no puede fundamentarse en exclusiva en la voluntad del propio menor, pues este no tiene todas las condiciones precisas para conocer qué es lo más beneficioso o conveniente para su desarrollo personal, de forma que no puede decidirse el régimen de guarda y custodia en función a esa simple voluntad”.

1.6.3 Debe procurarse no separar a los hermanos (Art. 92.5 del CC).

La razón de este criterio parece obvia, ya que, si tras la crisis matrimonial, el hijo, además de separarse de uno de sus progenitores y soportar la separación de estos, tiene que separarse de sus hermanos, los perjuicios serían aún mayores.

Teniendo en cuenta la forma en como está redactada esta disposición: “*se procurará no separar a los hermanos*”, se debe entender que la norma no implica un imperativo, sino mas bien, una recomendación y, por consiguiente, cuando los motivos lo justifiquen en razón del interés superior del menor, esta regla puede ser ignorada.

Uno de los motivos que cita la doctrina que pueden ser admitidos al respecto lo constituye, por ejemplo, el diferenciamiento distanciado de la edad, como lo sería en el caso en que uno de los hijos está próximo a cumplir la mayoría de edad y otro de ellos se encuentra recién nacido, pues en este supuesto su separación no causaría, generalmente, mayor perjuicio emocional, o de otro tipo, relevante para el desarrollo integral de ellos.

En este sentido la SAP de Córdoba, Sección 2ª, de 26 de marzo de 2004 (Resolución número 71/2004, ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), sostuvo que la diferencia de edad entre las hermanas (18 y 9) hace menos indispensable la unión de estas bajo el mismo techo (FD 3º), no existiendo por tanto ningún obstáculo para que la hija menor permanezca con la madre y la mayor con el padre.

Habrán casos, a su vez, en que la separación, incluso, será aconsejable, como cuando los hermanos ya han vivido en una situación de separación permanente que deba subsistir, pues caso de unirlos, podría incluso, ser contraproducente a los fines de beneficio en ellos perseguidos. No obstante, en este caso, deberá procurarse su acercamiento, generalmente, en los momentos de hacer efectivo el régimen de visitas, comunicación y estancias.

En este sentido, la SAP de Alicante, Sección 4ª, de 27 de enero de 2005 (Resolución número 39/2005, ponente: D. Manuel B. Flórez Menéndez), confirmó la decisión del Juez a quo de atribuir la custodia de un hijo al padre y del otro hijo a la madre, dadas las circunstancias personales de cada menor, y que padecen sendas afecciones psicológicas que les llevan a enfrentarse.⁷⁹ (FD 1º y 2º)

Es preciso decir que en el caso de la separación de hermanos, nos encontramos ante una guarda partida que implica la distribución de los hijos entre ambos progenitores, asignando la guarda de unos hijos a la madre y la de los restantes al padre.⁸⁰ Este sistema de guarda es de excepcional aprobación en virtud del principio de no

⁷⁹ También la SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 9 de septiembre de 2004 (Resolución número 526/2004, ponente: D. José Luis Valdivieso Polaino), argumentó que aunque por regla general la convivencia entre hermanos es deseable (FD 3º), en este caso no se recomienda, ya que no existe problema en la relación entre el hijo menor y su madre, y en cambio, si se aprecian problemas de relación entre el hijo mayor (que convive con el padre) y la madre, pues aquel no quiere relacionarse con esta. En ese sentido, de otorgar al padre la custodia del hijo menor, este podría recibir una influencia negativa de su hermano mayor respecto a la relación con la madre, con el consecuente riesgo de que el niño termine siendo predisuesto contra ella.

⁸⁰ BLANDINO GARRIDO, María Amalia: "Tratamiento de las Concretas...", Op. Cit., 219; RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: "Ejercicio de la Patria Potestad...", Op. Cit., Pp. 65, 74; SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa: "Maltrato y Separación...", Op. Cit., p. 556;

separación de los hermanos, y solo deberá ser adoptado cuando se revele como la medida más beneficiosa para los intereses de los hijos.

En esta línea se pronuncia la STSJ de Navarra, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 30 de septiembre de 2003 (Resolución número 42/2003, ponente: D. José Antonio Álvarez Caperochipi), que en su FD 2º, concluyó que la costumbre gitana de atribuir los hijos al padre y las hijas a la madre, no podía aplicarse por oponerse a la moral y al orden público, además de que en este caso, la separación de los hermanos era contraria al interés superior de los niños.

1.6.4 Es recomendable que sean los progenitores los que oferten el sistema de custodia.

Este criterio se basa, fundamentalmente, en la confianza que la ley brinda a los progenitores quienes en definitiva son los mejores conocedores de las circunstancias que rodean su situación de convivencia familiar y, consecuentemente, los más indicados para poder fijar un régimen de custodia. A tenor de lo que establece el Art. 159 del CC, solo a falta de acuerdo entre los padres o en caso de no aprobación del mismo, será el Juez quien, por medio de resolución fundada, determinará dicho régimen. El Juez, no obstante, deberá velar por que el acuerdo alcanzado por los progenitores, sea el más justo, atendiendo a las circunstancias del caso.

Según **PÉREZ-SALAZAR RESANO**,⁸¹ en la práctica, cuando los

⁸¹ PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: “La Guarda y Custodia Compartida y El Régimen de Visitas: Los Puntos de Encuentro Familiar” en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, Cuadernos de 56

padres llegan a un acuerdo sobre la guarda y las visitas, suele ocurrir que:

- Se trata de convenios “tipo” que no siempre responden a las necesidades concretas de la familia;
- Normalmente adoptan la terminología “clásica” de custodia y visitas, no obstante se han incrementado los pactos sobre custodia compartida con distintas modalidades de reparto temporal: cursos académicos, trimestres, meses, semanas o días;
- Suelen repartirse tan sólo el tiempo libre del menor;
- No suele abordarse en concreto qué facultades o decisiones han de compartir, aunque si se establece normalmente el ejercicio conjunto de la patria potestad;
- No siempre se adaptan las medidas a la edad de los niños que se ven afectados por ellas y a veces tampoco a las posibilidades de ejercicio de lo pactado;
- También existen casos en que se considera, por parte de los progenitores, que “algo” deben presentar al Juez, aunque no tenga nada que ver a lo que en la práctica vayan a cumplir.

Los padres son los más indicados para poder regular la forma en que van a ejercitar tanto la patria potestad como el sistema de custodia que elijan, para poder llegar a un acuerdo que sea lo más beneficioso al interés de sus hijos es preciso que los progenitores asuman y se concienticen sobre la responsabilidad parental que tienen respecto de aquellos. De todas maneras, como se ha dicho, el

acuerdo de los padres que se presenta al Juez en forma de convenio regulador, deberá ser revisado a fin de verificar que se estén protegiendo y respetando los intereses de los niños, y, de ser así, será posteriormente homologado.

1.7 CRITERIOS JUDICIALES PARA LA CONCESIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.⁸²

A parte de los criterios establecidos por el legislador para la atribución de la guarda y custodia, el Juez también debe atender a otros criterios que serán valorados en el caso concreto según sus conocimientos, experiencia y sana crítica, así tenemos:

1. El interés superior del niño, que constituye un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial. SAP de Córdoba, Sección 2ª, de 13 de mayo de 2004 (Resolución número 111/2004, ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre). Arts. 92-94, 103.1, 154, 158 y 170 del CC;
2. La predisposición de cada uno de los progenitores para permitir la relación de los hijos con el otro.

Para el correcto desarrollo del niño, es conveniente que el progenitor no custodio continúe relacionándose con aquel e implicándose en su educación y cuidado, para que así, pese a la separación, no desaparezca la figura de uno de los padres. En esta

⁸² Vid. GONZÁLEZ ORVIZ, María Eloina: “Modelos de Guarda y Custodia. Síndrome de Alienación Parental”, Primera Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2010, Pp. 15-26; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 150; de la misma autora: “La Custodia Compartida Alternativa...”, Op. Cit., pp. 6-9; PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 39; entre otros.

línea, la jurisprudencia considera más beneficios para los hijos, otorgar la custodia a quien pueda garantizar una relación fluida entre el padre no guardador y los hijos, en cumplimiento del deber de colaboración, que implica mantenerle informado sobre la vida de los niños, y en respeto de los derechos de visita, comunicación y estancia.⁸³

Así, la SAP de Castellón de la Plana, Sección 2ª, de 26 de julio de 2006 (Resolución número 121/2006, ponente: D. Pedro Javier Altares Medina), confirma la sentencia de primera instancia que otorgó la guarda y custodia del hijo al padre, pues entiende que el propósito de la madre de cambiar de domicilio (mediante excusas y engaños) escondía la intención de alejar al menor de su padre. (FD 1º)

⁸³ En este sentido, la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 19 de junio de 2007 (Resolución número 303/2007, ponente: Dª María Dolores Viñas Maestre): “(...) Hay por otra parte un dato de especial trascendencia para mantener la custodia materna, cual es las dificultades que tiene el padre para preservar delante de sus hijos la figura materna. La separación de los padres y el trato recibido inicialmente por la madre, ha ocasionado a los menores problemas importantes a nivel emocional, pero dicha problemática ha ido remitiendo y en la actualidad, requieren estabilidad y sobre todo seguridad. Los niños necesitan la presencia positiva de las dos figuras parentales y para ello es imprescindible que cada progenitor sea capaz de preservar la figura del contrario, y no solo de preservarla, sino mantener un concepto positivo de la misma, ello en aras a conseguir un desarrollo armónico de la personalidad de los niños. Por todo ello se estima más oportuno mantener la custodia materna, tal y como ha hecho la sentencia recurrida”. (FD 1º)

La SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 21 de Febrero de 2007 (Resolución número 127/2007, ponente: Dª María José Pérez Tormo) deniega la custodia compartida principalmente por la actitud que presenta el padre al hablar mal de la madre a los niños, lo que produce a los menores un importante desasosiego. (FD 2º)

GUILARTE MARTÍN-CALERO⁸⁴ considera determinante este criterio pues las trabas y dificultades del custodio a la relación del hijo con su otro progenitor son, junto con otras, el origen del distanciamiento tantas veces denunciado entre el hijo y el progenitor no custodio. Por ello, entiende, que una actitud de diálogo y colaboración en el progenitor custodio sólo puede traer beneficios a las partes implicadas.

3. La existencia de patologías mentales que impidan o dificulten el ejercicio de la guarda.

La enfermedad mental que sufre el progenitor desaconseja que le sea atribuida la guarda y custodia de los hijos, es preciso resaltar que debe tratarse de una situación de gravedad que impida a quien la padece desarrollar adecuadamente las funciones de guarda o que pone en riesgo la integridad del hijo. En este sentido, la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3ª, de 24 de abril de 2007 (Resolución número 160/2007, ponente: D. Rosalía Mercedes Fernández Alaya), que concede al padre la custodia de la hija menor, ya que el estado de salud mental de la madre le hacía perder el control poniendo en peligro la integridad de su hija. (FD 3º)

Por el contrario, la SAP de la Rioja, Sección 1ª, de 25 de abril de 2006 (Resolución número 134/2006, ponente: Dª. María Del Carmen Araujo García), concedió la custodia a la madre pues si bien había sufrido etapas de fuerte inestabilidad mental, no se le diagnosticó ninguna patología grave que la incapacitara para desempeñar esta labor. (FD 5º)

⁸⁴ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit., p. 150

4. La drogadicción o alcoholismo de uno de los progenitores.

La dependencia del alcohol o drogas de uno de los padres, conlleva que el Juez elija como guardador al progenitor que no presenta la adicción. En este sentido, la SAP de La Rioja, Sección 1ª, de 10 de julio de 2006 (Resolución número 224/2006, ponente: D. Víctor Fraile Muñoz), concede al padre la guarda y custodia de los hijos, debido a la dependencia de la madre a la cocaína, situación que propicia la desatención que esta tiene en relación con el cuidado de sus hijos. (FD 2º)

La superación de la adicción al consumo de alcohol o drogas puede favorecer la atribución de la custodia, siempre que el progenitor curado recupere así la idoneidad y capacidad para hacerse cargo del cuidado de los hijos. En este sentido, la SAP de Sevilla, Sección 2ª, de 31 de enero de 2007 (Resolución número 52/2007, ponente: D. Andrés Palacios Martínez), en su FD 2º, argumentó que “tras el análisis de la prueba practicada y documental aportada se deduce, que si bien es cierto, en virtud de auto de medidas provisionales de fecha 25 de Noviembre de 2004, se atribuyó la guarda y custodia de las precitadas menores a su padre ante la adicción de la madre al alcohol; también lo es, que del conjunto de los informes aportados en relación a la situación de ésta última se desprende, que tras someterse al oportuno tratamiento de deshabituación, la misma se encuentra estable en su situación de abstinencia absoluta, siguiendo una evolución positiva (no olvidemos que tras las oportunas pruebas analíticas, los valores se encontraban dentro de la normalidad), estando plenamente capacitada para desarrollar sus funciones parentales. Así las cosas (...) esta Sala,

considera acertada la decisión de atribuir la guarda y custodia de las menores de referencia a la madre en la forma recogida en la resolución recurrida (primando el interés superior de estas últimas frente a cualquier otro), al haber demostrado capacidad suficiente para ostentar la misma en un entorno socio-familiar adecuado para su desarrollo.”

5. El tiempo que uno y otro puedan dedicar a los hijos.

En principio la mayor disponibilidad de tiempo de uno de los padres para dedicar a sus hijos y no delegar la función de cuidado a terceras personas, actúa como factor determinante para la atribución de la guarda. En este sentido, las SSAAPP de Madrid, Sección 22ª, de 31 de octubre de 2006 (Resolución número 654/2006, ponente: D. Eduardo Hijas Fernández. FD 5º); Zaragoza, Sección 2ª, de 31 de julio de 2007 (Resolución número 416/2007, ponente: Dª. María Elia Mata Albert. FD 2º y 3º).

Sin embargo, existen sentencias en las que a pesar de que el guardador presentaba -con relación al progenitor no custodio- una peor disponibilidad horaria por razones laborales, esto no le impedía atender debidamente a los hijos. En este sentido, la SAP de Tenerife, Sección 1ª, de 16 de octubre de 2006 (Resolución número 356/2006, ponente: D. Modesto Blanco Fernández Del Viso), que en su FD 2º, razonó que “...la circunstancia del trabajo de la madre no implica que la misma no esté capacitada para desarrollar un correcto cuidado y atención de sus hijos, como ha venido haciendo, antes bien, ha venido demostrando así una capacidad de sacrificio personal considerable con el fin de procurar el bienestar de sus hijos, incluso

teniéndolos en su compañía desde la terminación del horario escolar hasta la finalización de la jornada laboral, facilitándoles un lugar para la realización de sus tareas escolares, lo que, sin duda, no puede ser más que digno de encomio, y no puede interponerse como impedimento consistente a la atribución de la custodia acordada por la sentencia apelada.” También la SAP de Sevilla, Sección 2ª, de 12 de febrero de 2007 (Resolución número 69/2007, ponente: D. Manuel Damián Álvarez García), confirma la sentencia del Juez a quo que otorgó la custodia de la hija al padre con menor disponibilidad horaria que la madre, pues había sabido ajustar sus turnos laborales a los intereses de la niña, que además se encontraba perfectamente adaptada a dicha situación. (FD 1º)

6. La pertenencia a determinadas sectas religiosas que puedan afectar negativamente a los hijos.

La idoneidad de los padres para ejercer la guarda y custodia de sus hijos debe medirse con abstracción de su ideología o religión, pues de no ser así podría llegarse a situaciones de discriminación que vulnerarían derechos constitucionales, concretamente el derecho a la igualdad y a la libertad ideológica y religiosa, Arts. 14 y 16 de la CE, respectivamente.

La atribución o no de la guarda y custodia a uno de los progenitores dependerá de que su ideología o sus creencias religiosas pongan en peligro el interés e integridad del hijo por razón de las mismas.

En el pasado si uno de los progenitores profesaba su religión como Testigo de Jehová, tenía menos posibilidades de que se le

atribuyera la guarda y custodia de sus hijos, debido a que conforme a esta religión las transfusiones de sangre no están permitidas, ni aun cuando peligre gravemente la vida o la salud, circunstancia por la que se podía poner en riesgo al niño. En este sentido la STS, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1980 (Resolución número 74/1980, ponente: D. Manuel González Alegre Bernardo).

Actualmente, la jurisprudencia ha evolucionado pasando a considerar que la práctica de las creencias de los Testigos de Jehová no es causa suficiente para la privación de la custodia de los hijos. En este sentido, la STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann vrs. Austria (Aplicación número 12875/87); también la SAP de Salamanca, Sección 1ª, de 14 de julio de 1999 (Resolución número 502/1999, ponente: D. Manuel Antonio Domínguez García), en este caso se confirmó la sentencia del Juez a quo que consideró que la práctica religiosa de Testigo de Jehová no era suficiente para privar a la madre de la guarda y custodia de la hija, y, además, se dispuso que las cuestiones relativas a la salud de la misma fueran decididas conjuntamente por ambos progenitores y no sólo por la guardadora, a fin de evitar posibles riesgos para la niña. (FD 2º)

7. La relación de uno de los progenitores con un tercero que no sea aceptado por los hijos y que conviva o vaya a convivir con ese progenitor en un periodo inmediato.

Este es el caso de la nueva pareja del padre o la madre, que si bien no tiende a ser motivo suficiente para la denegación de la

guarda, si es relevante siempre que el conviviente implique algún riesgo para el hijo.⁸⁵

8. El cambio de residencia de uno de los progenitores.

Este criterio debe ser considerado primordialmente cuando el traslado a un nuevo domicilio sea a una ciudad distinta de la del otro progenitor, lo que repercutirá en la elección del sistema de guarda y afectará al régimen de visitas, comunicación y estancias del progenitor no custodio con su hijo. Al respecto, la SAP de Castellón de la Plana, Sección 2ª, de 26 de julio de 2006 (Resolución número 121/2006, ponente: D. Pedro Javier Altares Medina), en este caso los progenitores habían tenido su domicilio conyugal en la Ciudad de Castellón, y durante el trámite del proceso de divorcio la madre trasladó su domicilio a la Ciudad de Zaragoza, con una distancia de 300 kilómetros entre dichas ciudades. Esta situación, entre otras, influyó para no conceder una custodia compartida y fijarse una custodia exclusiva a favor del padre con un régimen de comunicación para la madre. (FD 1º)

9. La estabilidad del niño (mantenimiento del status quo anterior).

Bajo este criterio, se atribuirá la guarda al progenitor que mejor pueda garantizar a sus hijos la continuidad de la misma situación o circunstancias en la que estos se encontraban antes de la crisis matrimonial, con la finalidad de que sufran lo menos posible las consecuencias derivadas de esa ruptura. Al respecto, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 24 de marzo de 2006 (Resolución número

⁸⁵ GARCÍA PASTOR, Milagros: “La Situación Jurídica...”, Op. Cit., p. 143; MONTERO AROCA, Juan: “Guarda y Custodia de los Hijos”, Editorial Tirant lo Blanch, Edición no definida, Valencia, España, 2001, p. 76

202/2006, ponente: D^a. Carmen Neira Vázquez), prefiere a la madre como guardadora pues esta es la que se había encargado siempre del cuidado y educación de los hijos. (FD 2º)

También, en otros casos, sucede que la situación que con respecto a la guarda se establece tras la separación de los progenitores es mantenida en la sentencia por considerar el Juez que no es beneficioso para el hijo alterar el entorno al que se ha adaptado y en el que su vida se desarrolla con normalidad. Así la SAP de Barcelona, Sección 18^a, de 19 de julio de 2007 (Resolución número 391/2007, ponente: D^a. Ana María García Esquiús), estima conveniente continuar con el sistema de custodia partida que tras la ruptura de la pareja se había establecido, pues otorgar la custodia de ambos hijos a la madre, como esta solicitaba, implicaba alterar, en perjuicio del hijo, la situación a la que uno de los niños se había acomodado sin problemas. (FD 1º)

10. Una amplísima discrecionalidad judicial.

Con respecto a las medidas relativas a los hijos impera un amplísimo arbitrio judicial que permite al órgano jurisdiccional adoptar cualquier medida que considere conveniente para los hijos, sin sujeción a los principios dispositivo y rogatorio. (STS, Sala 1^a de lo Civil, de 22 de mayo de 1999, Resolución número 471/1999, ponente: D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, FD 3º y STC, Sala Segunda de 15 de enero de 2001, Resolución número 4/2001, ponente: D. Tomás S. Vives Antón, FD 3º y 4º).

CAPÍTULO II

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS.

2.1 FUNDAMENTO LEGAL Y CONCEPTO.

La guarda y custodia compartida se ampara legalmente en dos derechos fundamentales:

- El derecho del hijo a preservar su relación con sus dos progenitores; y
- El derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus hijos, recogido en la Constitución, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos, según se indica en el Código Civil.

También encuentra fundamento en las siguientes disposiciones: Arts. 39.4 de la CE, 3 de la LOPJM, 7.1, 9.3 y 18 de la Convención de 20 de Noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por el Estado Español el 30 de noviembre de 1990.⁸⁶

⁸⁶ INSTRUMENTO de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE número 313, de 31 de diciembre de 1990, p. 38,897

Si bien el legislador no ha concretado el concepto de guarda y custodia compartida, podemos encontrar en la doctrina⁸⁷ diversas definiciones:

Así, **HERNANDO RAMOS**⁸⁸ la entiende como la asunción compartida de autoridad y responsabilidad, de derechos y obligaciones, entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes.

Para **GUILARTE MARTÍN-CALERO**⁸⁹ este sistema consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de visitas, comunicación y estancias que, en abstracto, les coloca en pie de igualdad y que garantiza el derecho del hijo a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de la pareja.

Acertadamente, **ORTUÑO MUÑOZ**⁹⁰ la define como aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más

⁸⁷ Vid. DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: “Custodia Compartida de Ambos...” Op. Cit., p. 1822; VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: “La Custodia Compartida: ¿Posibilidad...”, Op. Cit., p. 65, entre otros.

⁸⁸ HERNANDO RAMOS, Susana: “El Informe del Ministerio Fiscal en la Guarda y Custodia Compartida”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Tribuna, Editorial La Ley, p. 1.

⁸⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 156; de la misma autora: “La Custodia Compartida Alternativa...”, Op. Cit., p. 13

⁹⁰ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., p. 60. Vid. además, la SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 12 de enero de 2007 (Resolución número 26/2007, ponente: D. José Pascual Ortuño Muñoz), FD 2º.

frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro.

En esta misma línea, **LATHROP GÓMEZ**⁹¹ la considera como un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados.

Por su parte, **PINTO ANDRADE**⁹² entiende que, en sentido estricto, la custodia compartida parte de la idea de la plena igualdad jurídica en derechos y obligaciones de las personas, los cónyuges y de los hijos ante la ley, así como la corresponsabilidad parental de los progenitores, no obstante la ruptura de la pareja.

ESPARZA OLCINA,⁹³ opina que esta modalidad de guarda supone una igualación⁹⁴ de los períodos de estancia de los menores

⁹¹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida y Corresponsabilidad...”, Op. Cit., p. 10.

⁹² PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 43

⁹³ ESPARZA OLCINA, Carlos: “La Guarda Compartida”, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: “Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005”, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 202

⁹⁴ Al respecto, MACÍAS CASTILLO, Agustín (“Guarda y Custodia Compartida: <<Deslocalización>> de los Hijos Como Efecto Legal Inherente al Divorcio. Análisis de la STS de 11 de marzo de 2010”, en Fundamentos de Casación, Revista Actualidad Civil, número 12, quincena del 16-30 de junio de 2010, Tomo I, pp. 1462-1466, La Ley (4435/2010), Madrid, España, p. 1464),

con cada cónyuge, de modo que no puede hablarse de “progenitor custodio” y “progenitor no custodio”, pues los dos lo son en la misma medida.

Por otro lado, **GODOY MORENO**⁹⁵ señala que la guarda y custodia compartida comprende a su vez dos sistemas: *La guarda y custodia conjunta*, la cual en su opinión es el equivalente al ejercicio conjunto de la patria potestad; y *la guarda y custodia alternada* que consiste en que el hijo conviva con cada progenitor por períodos alternos o sucesivos, de tal forma que el guardador será el padre o la madre dependiendo del período de que se trate. Siendo esta última la figura que introduce el Legislador Español en la Ley 15/2005.

A nuestro criterio, la guarda y custodia compartida puede definirse como un sistema legal acaecido tras el cese de la convivencia o por el divorcio, en el cual los progenitores se alternan y suceden en el cuidado de sus hijos ejerciendo los deberes y derechos que la ley les confiere en igualdad de condiciones como asunción del principio de corresponsabilidad parental que debe existir entre los padres, reflejo de un reconocimiento equilibrado de la capacidad de ambos para afrontar la maternidad y paternidad, lo que

sostiene que no debe interpretarse la custodia compartida como sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores.

Estamos de acuerdo con esta opinión, pues lo que sí debe interpretarse como un reparto equitativo son las funciones, los deberes y las responsabilidades de los progenitores en los momentos en que ejercen el cuidado de sus hijos: Alimentación en sentido amplio, formación educativa, etc.

⁹⁵ GODOY MORENO, Amparo: “La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 10.

les permite la adopción de decisiones relacionadas a la crianza, educación, etc. mientras ejercen el cuidado directo de sus hijos.

A partir de lo anterior, se debe de establecer, en el caso concreto, cuál es el mejor modo de relación de los hijos con cada uno de sus padres tras el cese de la convivencia. Las modalidades de guarda compartida podrán ser de lo más variadas y admiten innumerables posibilidades, según las circunstancias existentes, que habrán de ser tenidas en cuenta, como las capacidades de ambos progenitores, la cercanía de los domicilios, la edad de los hijos, el tiempo de que disponen los progenitores para relacionarse con aquellos, entre otras como veremos más adelante.

2.2 PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

2.2.1 Principio de interés superior del niño.

Conforme a este principio, todas las decisiones que deban adoptarse en relación a la situación del hijo menor de edad, deberán buscar el interés de este, configurándose como una modalización del ejercicio de la potestad y un criterio de solución de los conflictos interconyugales. Esto quiere decir que, en caso de conflicto, el interés de los hijos prepondera y el interés de los progenitores se sacrifica y cede.⁹⁶

⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis: “El Principio de Protección Integral de los Hijos (tout pour l’enfant)”, en VV.AA.: “La Tutela de los Derechos del Menor”, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por GONZÁLEZ PORRAS, J. M., Junta de Andalucía, Córdoba, 1984 p. 130 (citado por MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: “Criterios de Atribución del Uso de la

En este sentido se ha pronunciado la STS, Sala 1ª de lo Civil, de 27 de septiembre de 2011 (Resolución número 641/2011, ponente: Dª. Encarnación Roca Trías), en su FD 5º: “La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el Art. 39.2 CE...”

El interés del niño es un concepto⁹⁷ jurídico indeterminado y abstracto que debe ser determinado en cada situación a la vista de las circunstancias y particularidades del caso concreto.⁹⁸ Ello supone que el concepto, además, es provisional e inicial, pues será conformado y determinado por el mismo niño, los progenitores o, en todo caso, por el Juez y el Ministerio Fiscal, con la asistencia de

Vivienda Familiar en las Crisis Matrimoniales (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC): Teoría y Práctica Jurisprudencial”, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, p. 140)

⁹⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (“Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 147; de la misma autora: “Criterios de Atribución de la Custodia Compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, InDret, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), número 3, julio 2010, Barcelona, p. 9) lo define como “una noción vaga, imprecisa y, sobre todo, variable, pues cambia en función del intérprete (padres, jueces, legislador), del menor (varía de un menor a otro y, desde luego, en el mismo menor, varía con la edad) y de la evolución de las costumbres (piénsese que la solicitud de la custodia compartida era rechazada como contraria al interés del niño concretado en su necesidad de estabilidad y de seguridad)”.

⁹⁸ En este sentido, JIMÉNEZ LINARES, María Jesús: “El Interés del Menor como Criterio de Atribución de la Guarda y Custodia en las Situaciones de Crisis Matrimonial”, en HERRERA CAMPOS, Ramón (Coordinador): “Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada”, Volumen II, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Universidad de Granada, Universidad de Jaén, Almería, 2000, p. 876.

técnicos especialistas, de acuerdo con todas las circunstancias que rodean un determinado proceso.⁹⁹

En la guarda y custodia, el interés del niño supone la satisfacción de sus necesidades físicas, psicológicas y emocionales, considerado como el principal factor para preservar su derecho fundamental al adecuado desarrollo de su personalidad.¹⁰⁰ En ese sentido, el interés del niño constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia y de su propia operatividad y eficacia.¹⁰¹ Asimismo, dicho interés no siempre tiene que coincidir con lo que los progenitores consideren que es mejor para sus hijos, siendo el Juez quien determinará cuál es la mejor forma de satisfacer y proteger el favor filii, apoyándose de todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones.

2.2.2 Principio de corresponsabilidad parental.

Consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos.¹⁰² Combina la

⁹⁹ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 55; del mismo autor: “Pactos Matrimoniales en Previsión de Ruptura”, primera edición, Editorial Bosh, Barcelona, 2010, p. 105

¹⁰⁰ En similar sentido, JIMÉNEZ LINARES, María Jesús: “El Interés del Menor...”, Op. Cit., p. 877.

¹⁰¹ SARA VIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 236

¹⁰² LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida y Corresponsabilidad...”, Op. Cit., p. 1; LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: “La Mediación Familiar como Instrumento para la Adopción de la Guarda y Custodia Compartida”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 399; Vid. también: DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María: “Instituciones Jurídicas de Protección...”, Op. Cit., pp. 250-252; SARA VIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 261

igualdad entre hombre y mujer en su cualidad de padre o madre y sobre todo el derecho del niño, en su interés, a ser criado por sus dos padres, vivan o no bajo el mismo techo.¹⁰³

Tiene su reconocimiento en la Convención Internacional de los Derechos del Niño como un derecho humano de los niños y adolescentes, concretamente en su Art. 18, al establecer que: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño (...)”.

Así mismo el Legislador Español introdujo este principio en la Ley 11/1981 de 13 de mayo,¹⁰⁴ lo que permitió el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores tras la ruptura matrimonial. Esta ley reconoció a la madre los mismos derechos paterno-filiales que en el pasado habían sido asignados al padre tras la crisis matrimonial, consolidando así el proceso de igualdad jurídica entre hombre y mujer originado con la Ley 14/1975 de 2 de mayo¹⁰⁵ y promoviendo el camino hacia la materialización de esa igualdad en el ámbito familiar.

¹⁰³ TAMAYO HAYA, Silvia: “Igualdad Parental y Principio de Corresponsabilidad tras La Separación o El Divorcio”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, p. 121-122.

¹⁰⁴ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE número 119, de 19 de mayo de 1981, p. 10,725

¹⁰⁵ Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. BOE número 107, de 5 de mayo de 1975, p. 9,413

En consonancia con lo anterior, la Ley 15/2005 persigue incrementar la corresponsabilidad de los padres en la educación, formación y cuidados de los hijos comunes, reduciendo así la carga de las mujeres en relación con la atención de sus hijos, que disminuye sus posibilidades de promoción profesional y personal.

Además la ley pretende disminuir la privación a los hijos de la presencia de uno de sus progenitores. De este modo se fomentan las relaciones de familia en libertad, en el sentido de que otorga a los progenitores la posibilidad de decidir su propio modelo de convivencia en plenas condiciones de igualdad; se busca que compartan de manera efectiva y responsable un rol sin que se dé una superioridad jerárquica de uno sobre el otro.¹⁰⁶

Por otro lado, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo,¹⁰⁷ ha integrado la corresponsabilidad parental como uno de sus criterios inspiradores. Así, dentro del Capítulo I de su Título II, referido a las “Políticas públicas para la igualdad”, enuncia en el Art. 14.8, como “criterios generales de la actuación de los Poderes Públicos”, el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.

¹⁰⁶ PAÑOS PÉREZ, Alba: “Acerca de la Posible Discriminación a la Hora de Otorgar la Guarda y Custodia de los Hijos”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, p. 154.

¹⁰⁷ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE número 71, de 23 de marzo de 2007, p. 12,611

Este principio de corresponsabilidad parental y el derecho a relacionarse con los hijos no son absolutos, sino relativos, y deben ponerse en relación con el prevalente principio del interés superior del niño.¹⁰⁸ Por tanto, el planteamiento ha de partir del niño y no ya de los padres, lo que implica asegurar la supervivencia de la pareja parental.¹⁰⁹ En ese sentido, el desarrollo integral del menor se debe llevar a cabo procurando mantener las relaciones con ambos progenitores de manera continuada, plena e intensa.¹¹⁰

Precisamente, **MORÁN GONZÁLEZ**¹¹¹ considera que una de las características fundamentales de la custodia compartida es el hecho de que ambos progenitores asumen sus responsabilidades para con sus hijos, de manera equitativa. Frente a la atribución en exclusiva de la guarda a uno de los progenitores, con un derecho de visitas, comunicaciones y estancias más o menos amplio a favor del no custodio, que impide realmente que este pueda tomar conciencia del quehacer diario para con los hijos, la custodia compartida tiende a otorgar esta labor cotidiana a ambos en distintos períodos de tiempo, asumiendo, no sólo las funciones propias de la patria potestad desde la lejanía, sino también dando primacía al acercamiento por igual a ambos.

¹⁰⁸ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 59

¹⁰⁹ TAMAYO HAYA, Silvia: “Igualdad Parental y Principio...” Op. Cit. p. 121-122.

¹¹⁰ TAMAYO HAYA, Silvia: “Igualdad Parental y Principio...” Op. Cit. p. 127.

¹¹¹ MORÁN GONZÁLEZ, María Isabel: “El Ministerio Fiscal...”, Op. Cit. p. 92-93

2.2.2.1 Vinculación entre la guarda y custodia compartida y el principio de corresponsabilidad parental.

En opinión de **LATHROP GÓMEZ**,¹¹² la responsabilidad del cuidado de los hijos es siempre compartida entre los progenitores, ya sea que vivan juntos o estén separados o divorciados, considera además que la custodia compartida es una figura que concreta la corresponsabilidad parental.

Podemos decir que la vinculación deviene en el sentido de que la custodia compartida se relaciona, además del cuidado propiamente dicho, con los aspectos de educación, crianza, alimentos, etc. en los momentos en que cada progenitor tiene a los hijos en su compañía, de manera que el progenitor custodio en cada momento, no se limita a una función estrictamente de cuidador o guardador, sino que cada uno –padre y madre– asumen su responsabilidad parental para con su hijo mientras lo tienen bajo su cuidado. En ese sentido, la custodia compartida no se reduce a la regulación de la convivencia sino a materias en las que, en general, se expresa el principio de correspondencia parental.¹¹³

¹¹² Vid., ampliamente sobre la confusión entre patria potestad y custodia compartida: **LATHROP GÓMEZ**, Fabiola: “Custodia Compartida y Corresponsabilidad...”, Op. Cit., pp. 9-10.

¹¹³ **DE PÁRAMO ARGÜELLES**, Matilde: “La Guarda y Custodia Compartida: ¿Una Medida Excepcional en Nuestro Derecho Positivo?”, Revista de Derecho vLex, número 75, Diciembre de 2009, p. 10

2.2.3 Principio de coparentalidad.

Tal como apunta **TAMAYO HAYA**,¹¹⁴ la coparentalidad es una noción dual que engloba, no solo el derecho del niño a ser educado por sus dos progenitores, sino también el derecho a mantener relaciones con ambos, es decir, la voluntad de asegurar la continuidad de los vínculos entre el niño y sus progenitores, para lo cual ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura.¹¹⁵

Así, la coparentalidad implica cooperación entre ambos progenitores en la gestión del conflicto y, además, adaptación al divorcio entre los padres y sus hijos. De esta manera, la coparentalidad solo es posible cuando los progenitores se han adaptado adecuadamente al divorcio y han tomado conciencia de su identidad de co-progenitores.¹¹⁶

2.2.4 Principio de universalidad.

Conforme a este principio, el régimen de guarda y custodia compartida puede ser atribuido a cualquier tipo de filiación, matrimonial o extramatrimonial, natural o adoptiva.¹¹⁷ Con lo cual, carece de importancia la existencia o no de un matrimonio toda vez

¹¹⁴ TAMAYO HAYA, Silvia: “Igualdad Parental y Principio...”, Op. Cit., p. 112-113.

¹¹⁵ MACÍAS CASTILLO, Agustín: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 1464

¹¹⁶ YÁRNOZ YABEN, Sagrario: “Coparentalidad y Adaptación al Divorcio de los Progenitores” ponencia desarrollada en el I Congreso Internacional sobre Divorcio y Separación: ¿Custodia Compartida? Facilitar la Coparentalidad en Beneficio del Menor, celebrado el 26 y 27 de mayo de 2011 en la Universidad del País Vasco (sede San Sebastián).

¹¹⁷ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 62

que la responsabilidad parental tiene su generación en otro hecho: el vínculo filial.¹¹⁸

2.3 FORMAS DE CUSTODIA COMPARTIDA.

La custodia compartida presenta distintas formas en función de la atribución del uso de la vivienda familiar y el tiempo que cada progenitor tendrá a su cargo el cuidado de los hijos; estas formas o fórmulas tienen que ser lo más amplias posible teniendo en cuenta, tanto el interés de los hijos, como las circunstancias de los padres.

Al respecto, **CAMPUZANO TOMÉ**¹¹⁹ considera que no sería correcto determinar en todo caso dónde residirá el hijo, ni si serán los progenitores quienes cambiarán de domicilio, pues de lo que se trata es de conseguir un marco amplio y flexible para dar cabida en él a todas las posibles opciones de custodia adaptadas al caso concreto.¹²⁰

Para adoptar una u otra fórmula de custodia compartida, será necesario valorar muchos factores, tales como: El horario laboral de los padres, la distancia geográfica entre sus domicilios, sus recursos económicos, el número de hijos y su edad, el horario escolar, etc.

¹¹⁸ LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida y Corresponsabilidad...”, Op. Cit., p. 6.

¹¹⁹ CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: “La Custodia Compartida. Doctrina Jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, Revista Aranzadi Civil-Mercantil, Nº 22/2004, BIB 2005/563, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005.

¹²⁰ En este mismo sentido, TAMBORERO Y DEL PINO, Ramón: “La Guarda y Custodia Compartida, en Duda”, en www.togas.biz/togas/togas56/ de fecha 22 de diciembre de 2005.

Las fórmulas¹²¹ más usuales que pueden presentarse son las siguientes:

2.3.1 Custodia compartida simultánea.

Para hacer efectiva esta fórmula se necesita que los progenitores, después de la separación, continúen conviviendo en el mismo domicilio en unión de los hijos. Según este supuesto, la vivienda familiar se divide en dos dependencias diferentes, permitiendo que los hijos puedan, indistintamente, estar en una u otra de ellas o, incluso, compatibilizando algunos espacios.

Según **VÁSQUEZ IRUZUBIETA**,¹²² esta sería la única forma en la cual el menor saldría menos perjudicado, pues para este será lo mismo entrar a su casa por una puerta vecina, porque en una casa estará su madre y en la otra, su padre.

Este sistema requiere que tanto la madre como el padre tengan una relación amistosa y la madurez emocional y psicológica suficiente para convivir en el mismo domicilio con sus hijos, lo cual es difícil de alcanzar luego de una crisis matrimonial y cuando cada uno de los progenitores hace una vida en compañía de su nueva pareja; sin embargo si el interés de los hijos es puesto sobre el

¹²¹ PÉREZ MARTIN, Antonio Javier: “Tratado de Derecho de Familia: Procedimiento Contencioso Separación, Divorcio y Nulidad. Uniones de Hecho. Otros Procedimientos Contenciosos. Aspectos Sustantivos.”, volumen I, Editorial Lex Nova, Primera Edición, Valladolid, España, 2007, p. 262; PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., pp. 81-87

¹²² VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: “Matrimonio y Divorcio”, Editorial Dijusa, Primera Edición, Madrid, España, 2005, p. 170

interés propio de los progenitores, les será menos difícil poder adaptarse a esta forma de custodia.

2.3.2 Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar.¹²³

Los hijos permanecen constantemente en el domicilio familiar, siendo los progenitores quienes se alternan para residir con sus hijos. La ventaja para los hijos es que no cambian de entorno y mantienen su espacio vital propio; de esta forma, no enfrentan el hecho de hacer maletas y trasladarse cada cierto tiempo a la residencia de cada uno de sus padres.

Este sistema presenta un inconveniente de tipo económico, pues obliga a cada progenitor a tener su propio lugar de residencia y, al mismo tiempo, a tener un domicilio familiar común. Ello conlleva la existencia de tres domicilios: La vivienda familiar en la que estarán los hijos con cada uno de los progenitores en los periodos en que les correspondan y consiguientemente el padre y la madre precisarán

¹²³ En la SAP de Palma de Mallorca, Sección 4ª, de 31 de mayo de 2007 (Resolución número 251/2007, ponente: Dª Juana María Gelabert Ferragut), se confirmó la sentencia apelada que atribuyó el uso de la vivienda a los hijos comunes “permaneciendo en él de forma continuada la madre durante el plazo de un año a contar desde la fecha de esta resolución y si transcurrido este lapso de tiempo, no se hubiera extinguido en cualquier forma el condominio existente sobre el inmueble, será entonces el padre quien resida en la indicada vivienda alternativa y sucesivamente hasta que se proceda a la extinción de la copropiedad de la vivienda”. (FD 3º)

Por el contrario la SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 20 de diciembre de 2006 (Resolución número 696/2006, ponente: D. José Pascual Ortuño Muñoz), revoca la sentencia del Juez a quo que establecía la custodia compartida anual en el mismo domicilio, siendo los progenitores quienes se alternaban en el uso del mismo, por considerarlo inadecuado para los intereses de la hija (FD 2º y 3º).

cada uno de una vivienda para los períodos en que no vayan a estar con sus hijos.

En este sentido suelen surgir problemas por las distintas formas de vida del padre y de la madre, como por ejemplo: El estado de la vivienda en cuanto a orden o limpieza, problemas que, en muchos casos, son solventados por los propios hijos con la finalidad de que sus padres no se enfaden, asumiendo ellos la limpieza y el orden de la casa antes de cada cambio.

ORTUÑO MUÑOZ,¹²⁴ considera que aun cuando al comienzo de la crisis este sistema parece idóneo para algunas personas, es pronto fuente de graves conflictos¹²⁵ cuando uno de los progenitores lleva a la casa común a la nueva pareja¹²⁶ o cuando surgen problemas sórdidos con el ajuar doméstico. Agrega que a largo plazo, la presencia de nuevos hijos de posteriores uniones hace inviable el sistema.

¹²⁴ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., p. 55.

¹²⁵ Del mismo parecer, ESPARZA OLCINA, Carlos (“La Guarda Compartida”, Op. Cit. p. 202) quien considera altamente desaconsejable este sistema.

¹²⁶ SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa (“Maltrato y Separación: Repercusiones en los Hijos”, en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 145) cuestiona que si la madre, el padre o ambos tienen una nueva pareja, ¿qué hacen la pareja o, en su caso, la pareja y los hijos de la misma cuando toca el turno de vivir con el hijo?, a lo que responde con dos opciones lógicas: se quedan en su casa o se trasladan todos.

Considero que al ser atribuido el uso de la vivienda familiar a los hijos, en aras de conservar su estabilidad y para beneficio de sus intereses, las únicas personas que pueden permanecer en la vivienda son obviamente los hijos y alternativamente sus progenitores, por lo que no considero adecuado, para la armonía familiar, que accedan a vivir junto con estos sus respectivas parejas y los hijos fruto de esas nuevas relaciones.

2.3.3 Custodia compartida con traslados de los hijos a las viviendas de cada uno de sus progenitores.

En principio esta fórmula supone que el Juez no hace atribución del uso de la vivienda familiar ni a los progenitores, ni a los hijos, aunque también puede suceder que atribuya el uso al progenitor en cuya compañía queden los hijos por más tiempo, o atribuirle al progenitor más necesitado de protección. En cualquiera de estos casos, los hijos siempre se trasladan a la casa del otro progenitor en los momentos en que les corresponde quedar bajo su cuidado. En esta fórmula de custodia compartida, en principio, es conveniente la cercanía de los domicilios de los progenitores, aunque no es lo indispensable.¹²⁷

Así, tenemos, la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007 (Resolución número 102/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors), que aún cuando los domicilios de los progenitores se encontraban en localidades distintas (pero estando ubicado el

¹²⁷ En la misma línea, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa (“Problemas que Genera la Actual Regulación de la Guarda y Custodia Compartida en el Proceso Contencioso”, en Diario La Ley, Año XXX, número 7105, de 2 de febrero de 2009, (pp. 4-11, LA LEY 40228/2008), Madrid, España, 2009. P. 7), considera que si bien la cercanía de domicilios facilita la custodia compartida ya que el niño se encuentra en el mismo ambiente y el cambio resulta más factible, el cumplimiento de este requisito no es indispensable.

Al respecto, la SAP de Girona, Sección 1ª, de 3 de noviembre de 2006 (Resolución número 408/2006, ponente: D. Fernando Lacaba Sánchez), confirmó la sentencia del a quo que fijó una custodia compartida aunque los domicilios de los progenitores no estaban próximos, pero se encontraban situados en el mismo municipio. De hecho, se mantuvo el régimen de estancias paternas que habían seguido los hijos desde la separación de sus padres, puesto que los hijos residían con su padre las tardes y noches de los martes y los jueves, desde la finalización de las clases hasta el día siguiente cuando los retornaban a las mismas y los fines de semana alternos y, con la madre los lunes, miércoles y viernes desde la finalización de las clases hasta el día siguiente. (FD 2º)

colegio, al que asisten los hijos, a una distancia intermedia entre las dos poblaciones) fijó el sistema de guarda y custodia compartida de la siguiente manera: los lunes y martes los hijos permanecerán con la madre, y los miércoles y jueves con el padre, siempre con pernocta en casa de cada uno de los progenitores, quien deberá acompañar a la mañana siguiente a los niños al colegio en donde cursan sus estudios, así como los fines de semana que abarcarán desde el viernes a la salida de la escuela hasta el lunes a la entrada de la misma, con la debida alternancia, o sea, un fin de semana con cada progenitor, y por ello la recogida de los niños el viernes y su llevanza el lunes al colegio deberá realizarse por el progenitor a quien le corresponda el concreto fin de semana. (FD 3º)

A continuación se hace una breve referencia de algunas tesis relacionadas con los perjuicios que se podrían ocasionar a los niños si se adopta esta fórmula:

- **Tesis que consideran que los cambios de residencia pueden producir perjuicios en los niños.**

Según esta tesis, los cambios de residencia producen inseguridad e inestabilidad emocional,¹²⁸ en función de actitudes temporalmente coincidentes de cada uno de los padres sobre los hijos y previsiblemente contradictorias en cuanto a la forma de educarlos; actitudes que provocan continuos conflictos personales con

¹²⁸ Vid. DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: “Custodia Compartida de Ambos...” Op. Cit., p. 1824.

las desavenencias que pueden generarse a consecuencia de realizar cada cambio.¹²⁹

Así mismo, este sistema puede provocar desarraigo del niño al cambiar¹³⁰ de residencia si los domicilios de los progenitores están muy distanciados.

Según esta tesis, se debe tomar en cuenta que el hijo tiene sus amigos en el barrio donde vive, asiste a actividades extraescolares, etc. y discontinuarlas le podría resultar perjudicial.

o **Tesis intermedia.**

Para los adeptos a este sistema, la convivencia alternada con ambos progenitores puede generar efectos positivos, pero los cambios constantes generan ansiedad y precisan de continuas adaptaciones en los niños, y por eso debe aminorarse el número de traslados de una vivienda a otra y aumentar el tiempo de convivencia con cada padre.

SAN SEGUNDO MANUEL¹³¹ opina que cuando el hijo se alterna entre el domicilio paterno y materno, el niño acaba convirtiéndose en

¹²⁹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa (“Problemas que Genera...”, Op. Cit., p. 7), opina que los detractores de la custodia compartida señalan que la existencia de dos domicilios resta estabilidad al hijo, por la necesidad de tener que adaptarse a las características de cada uno de ellos. Sin embargo, sostiene, que lo realmente importante es la estabilidad emocional, la sensación de seguridad del niño referente al afecto de los progenitores.

¹³⁰ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa (“Problemas que Genera...”, Op. Cit., p. 7), señala que, en la práctica, cuando se establece la custodia exclusiva a uno de los progenitores, se dan casos de cambios de residencia con la finalidad de alejar al hijo del otro progenitor, por lo que aquel termina enfrentándose a una situación peor de inestabilidad de domicilio.

una especie de sin techo, con dos casas. Está siempre con la maleta de un lado para otro, aun cuando tenga un dormitorio y artículos personales en cada uno de los domicilios, no deja de estar de continua mudanza. Sin embargo, agrega, con buena voluntad y mucha colaboración pueden paliarse muchos de los inconvenientes, por ejemplo, cuando los padres optan por decorar las habitaciones del niño -en sus respectivas viviendas- de forma idéntica con el fin de que el menor note menos el cambio de domicilio.

○ **Tesis a favor de los cambios de residencia de los niños.**

Se considera que este sistema favorece la continuidad de la maternidad y paternidad responsable y se tutela el derecho del hijo a seguir contando de forma real y efectiva con un padre y una madre, es decir, se fomenta la coparentalidad, lo que es de suma importancia pues los hijos necesitan siempre a ambos progenitores. Además, permitiría que el hijo sienta que cada uno de sus padres interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida.

2.3.4 Custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores.

En esta fórmula, el hijo permanece más tiempo con uno de sus padres, pero el otro no se limita a estar con él en un determinado periodo, sino que se involucra en sus tareas diarias. Por ejemplo, todos los días lo recoge y lo lleva al colegio o lo recoge del colegio y después de hacer las tareas escolares lo lleva al domicilio familiar,

¹³¹ SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa: “Maltrato y Separación: Repercusiones...”, Op. Cit. p. 145

se encarga de llevarlo al médico, se queda con él cuando el padre custodia, por cualquier motivo, no puede estar con el hijo, etc.

2.4 APUNTES GENERALES SOBRE LOS ASPECTOS QUE EL JUEZ DEBE TENER EN CUENTA AL SOLICITARSE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

2.4.1 En el proceso de mutuo acuerdo.

Los progenitores son los que mejor conocen la dinámica y situación de su familia, por ello es importante y preferible que se respete el acuerdo plasmado en el convenio regulador, el cual deberá contener una relación detallada de las circunstancias concurrentes y una explicación de los motivos por el que se establece este sistema de custodia, así como las modalidades en cuanto al reparto de tiempo en la convivencia con sus hijos y la distribución de las responsabilidades que conlleva su ejercicio, a los efectos de que tanto el Ministerio Fiscal como el Juez puedan conocer con detalle la situación de la familia y cómo va a repercutir en el hijo ese sistema de guarda, para luego, en su caso, hacer las oportunas valoraciones.

Consecuentemente, el Juez, sino encuentra en el contenido del convenio algún perjuicio para los intereses de los hijos, fijará este sistema de guarda, y, además, a la vista de lo detallado en el convenio y de las aclaraciones que solicite a los progenitores, podrá decidir con fundamento si adopta o no alguna cautela para que tenga efectividad dicho sistema y, en su caso, delimitar el alcance y contenido de las que adopte.

2.4.2 En proceso contencioso.

Para determinar si el ejercicio de este tipo de custodia es el más favorable para los intereses del hijo, el Juez deberá tener en cuenta: Las circunstancias concurrentes en el caso, la dinámica familiar, los argumentos del progenitor que la solicita, las alegaciones, si las hubiera, esgrimidas por el otro progenitor, el contenido del dictamen de técnicos especialistas, las sugerencias del Ministerio Fiscal en su informe, la opinión de los hijos y cómo va repercutir en ellos y en el desarrollo de su personalidad la aplicación de este sistema de guarda. Después de analizar todos estos aspectos, podrá decidir con fundamento, y no con base en prejuicios, si es conveniente fijar este tipo de sistema, o por el contrario, optar por uno diferente.

2.5 CONVENIENCIA DE FIJAR EL SISTEMA DE CUSTODIA COMPARTIDA.

Existen muchos estudios realizados que se encuentran relacionados con la conveniencia y ventajas que presenta este sistema. Así, **BAUSERMAN**¹³² realizó en 2002 un estudio sobre la adaptación del niño en los sistemas de custodia conjunta y de custodia exclusiva, y de los 33 estudios que realizó, donde se comparaba la adaptación de los niños en cada uno de estos sistemas, concluyó que los hijos bajo custodia conjunta, estaban mejor adaptados que aquellos en sistema de custodia exclusiva.

¹³² BAUSERMAN, Robert: "Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review", Journal of Family Psychology, Vol. 16, Nº 1, Department of Health and Mental Hygiene, 2002, p. 91-102

Igualmente se valoró que los progenitores sujetos al sistema de custodia conjunta tenían menos niveles de conflictividad en sus relaciones.

Por su parte **KELLY**,¹³³ en un estudio realizado en el año 2000, establecía que la custodia conjunta daba lugar a mejores resultados en el desarrollo del niño con carácter general, y que los hijos de padres divorciados que mantenían contacto asiduo con el padre obtenían mejores resultados escolares. El estudio concluye, igualmente, la indudable eficacia que tienen los programas de educación de los padres para el divorcio, así como de los sistemas de mediación familiar, con el fin de lograr menos situaciones conflictivas que afecten a los niños en la relación con los padres tras el divorcio.

En un estudio anterior también sostuvo: “Resulta irónico, y a la vez interesante, que hayamos sometido la custodia compartida a un nivel e intensidad de vigilancia que nunca se ejerció en relación con el régimen tradicionalmente adoptado tras el divorcio (custodia legal y física en exclusiva para la madre y visitas durante dos fines de semana al mes para el padre). Los conocimientos teóricos sobre desarrollo y relaciones deberían haber alertado a los profesionales de la salud mental acerca de las potenciales consecuencias inmediatas y a largo plazo que tendrá para el niño el hecho de ver a uno de sus padres solamente cuatro días cada mes. Sin embargo, hasta muy recientemente, no se plantearon objeciones especiales a ese régimen

¹³³ KELLY, Joan: “Children’s Adjustment in Conflicted Marriage and Divorce. A Decade Review of Research”, *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, Vol. 39, nº 8, 2000. Pp. 963-973

tradicional de relaciones con los hijos tras el divorcio, a pesar de los indicios cada vez más frecuentes de que tales relaciones posteriores al divorcio resultaban insuficientes para el desarrollo y la estabilización de muchos hijos y padres. Existen indicios de que, con nuestros bien intencionados esfuerzos por proteger a los niños de la ansiedad, confusión y conflicto normativo del período inmediatamente posterior a la separación, hemos creado las condiciones a largo plazo para los más nefastos síntomas de enojo, depresión y profunda sensación de pérdida al privar al niño de la oportunidad de mantener una relación plena con cada uno de sus padres”.¹³⁴

Además, también ha destacado en otro estudio que “los hijos han expresado mayores niveles de satisfacción con la custodia compartida que con la custodia única, expresando el beneficio de permanecer con ambos progenitores. La Custodia Compartida no crea confusión en la mayoría de los jóvenes, ni incrementa los conflictos de lealtades. (Leupnitz, 1982; Shiller, 1986a, 1986b; Steinman, 1981).” Agregando también que “un hallazgo sorprendente de este estudio es que las madres con custodia compartida están mas satisfechas que las que mantienen la custodia en solitario, y los hijos pueden ver al padre periódicamente.”¹³⁵

¹³⁴ KELLY, Joan: “Examining Resistance to Joint Custody”, en FOLBERG, Jay: “Joint Custody and Shared Parenting”, segunda edición, Guilford Press, New York, USA, 1991.

¹³⁵ KELLY, Joan: “Current Research on Children’s Postdivorce Adjustment: No Simple Answers”, Family and Conciliation Courts Review, Vol. 31, Nº 1, 1993. Pp. 29-49

En la misma línea, **DRILL**¹³⁶ sostiene que los regímenes de custodia que permiten a ambos padres participar por igual en la vida del niño son óptimos frente al sistema de cuidado exclusivo.

2.6 MODALIDADES DEL EJERCICIO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA. REPARTO DE LOS TIEMPOS DE CONVIVENCIA.

En cuanto a las modalidades¹³⁷ del ejercicio de la custodia compartida se pueden ir alternando períodos de convivencia anuales, mensuales, quincenales, semanales o diarios. Se ha llegado a decir que cuando la buena relación de los progenitores lo permite, es posible fijar un sistema de custodia compartida sin delimitar los períodos de convivencia con base en la libre relación de los hijos con el progenitor con el que no conviven habitualmente. De esta forma, los niños residen con un progenitor y tienen con el otro un contacto libre ajustado a sus períodos de disponibilidad de tiempo.¹³⁸

No existe, por tanto, un modelo general de custodia compartida que obligue a repartir la convivencia de los hijos con cada uno de sus progenitores en períodos iguales. Es importante tener en cuenta

¹³⁶ DRILL, Rebecca: “Young Adult Children of Divorced Parents: Depression and the Perception of Loss”, *Journal of Divorce*, V. 10, Nº 1-2, 1987. Pp. 169-187.

¹³⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, *Op. Cit.* Pp. 160; SIMÓN GIL, Marta: “Aportaciones del Trabajo Social a la Pericial de Familia”, en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, *cuadernos de Derecho Judicial II-2009*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pp. 196-197; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, *Op. Cit.*, pp. 54-55, entre otros.

¹³⁸ SARAIVA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, *Op. Cit.*, p. 204

que cada situación familiar es distinta, específica y concreta,¹³⁹ por ello dichas modalidades de guarda, en especial la temporalidad y el modo de distribuirse su ejercicio, serán acordados por el Juez en cada supuesto concreto, en atención a las circunstancias concurrentes y a las peticiones de las partes, buscando el mayor beneficio del hijo.¹⁴⁰

SÁNCHEZ-LAFUENTE,¹⁴¹ sostiene que estos repartos de tiempo deberán ser amplios, a fin de provocar el menor número de traslados posibles, pues si la alternancia en la convivencia se dispone por períodos muy cortos, se obligará al niño a realizar cambios con demasiada frecuencia, lo que no favorece su estabilidad. Sin embargo, tampoco es conveniente dilatar demasiado los períodos de convivencia, pues no resultaría beneficioso para los niños, ya que estos deben asumir los traslados como parte de sus nuevos hábitos de vida. Lo ideal es, en conclusión, que los períodos de convivencia no sean extremos, ni muy largos, ni muy cortos.

Entonces, a partir de las formas o fórmulas de custodia compartida que hemos estudiado, los padres pueden acordar modalidades en los tiempos de alternancia de la custodia en función

¹³⁹ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 73.

¹⁴⁰ LÁZARO PALAU, Carmen María: “La Pensión Alimenticia de los Hijos. Supuestos de Separación y Divorcio”, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008, p. 94

¹⁴¹ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: “Ejercicio de la Patria Potestad...”, Op. Cit. P. 119. Esta autora opina que lo más ventajoso -atendiendo al criterio del mantenimiento del status quo- sería que la alternancia tuviera lugar cada tres o seis meses, en este último caso porque se exige solo un traslado al año, atendiendo al calendario escolar.

En todo caso, pienso que si los domicilios de los progenitores son bastante próximos y los niños no son de muy corta edad, lo mejor sería una alternancia quincenal o incluso semanal.

de su situación personal y la de sus hijos, para ejercer, de la manera más idónea, la paternidad y maternidad, así tenemos que:

- El niño puede pernoctar con el progenitor al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar y pasar las tardes, desde la salida del colegio hasta después de cenar, con el otro progenitor.¹⁴²

PÉREZ-SALAZAR RESANO,¹⁴³ considera que cuando el niño es de corta edad, se requiere que los períodos de cuidado que asuman uno y otro de los progenitores, sean muy frecuentes, aunque no sean muy largos en su duración, ya que para el niño resulta muy difícil crear un vínculo afectivo con un progenitor al que ve cada quince días. En este sentido, sostiene, puede realizarse una guarda compartida, a través de la división de tiempo que en un solo día pueden pasar el padre y la madre con el pequeño.

- Establecimiento de la residencia habitual del hijo con uno u otro de los progenitores, con base en el reparto del tiempo que más convenga a aquel, según sus necesidades escolares, relación con los hermanos, familia extensa, etc.

Las reglas aquí son fijas, puesto que previamente están determinados los calendarios, y también la distribución de las responsabilidades. Supone un grado de colaboración alto entre los progenitores, y su formulación más habitual es la de la comunicación

¹⁴² SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 16 de marzo de 2007 (Resolución número 228/2007, ponente: D. Paulino Rico Rajo)

¹⁴³ PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: “La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., pp. 271-272

intersemanal de una o dos tardes, con pernoctas incluidas, además del reparto de los fines de semana y de las vacaciones.¹⁴⁴

- Alternar la convivencia del hijo con cada progenitor con un ritmo inferior al semanal, o incluso diario,¹⁴⁵ en caso de niños de muy corta edad; o de tres días y medio con cada progenitor, según la edad del niño.

Este es el caso de la SAP de Jaén, Sección 1ª, de 9 de mayo de 2005 (Resolución número 106/2005, ponente: Dª. María Esperanza Pérez Espino) en la que se confirmó la guarda y custodia compartida que ambos progenitores de hecho desarrollaban sobre sus hijos, por entenderse que no se había demostrado que la misma fuera perjudicial para su desarrollo. La fórmula elegida en este supuesto fue que los niños pernoctaran de domingo a miércoles con su padre y de jueves a sábado con su madre, si bien los lunes, martes y miércoles, desde las cuatro de la tarde hasta las diez de la tarde, permanecían con la madre (FD 3º). Cabe señalar que se tuvo muy en cuenta la voluntad de los hijos de 11 y 13 años que en el acto de exploración afirmaron que deseaban que se mantuviera dicha situación (FD 2º). Por todo ello, la Audiencia Provincial declaró la procedencia de que la guarda y custodia de los niños fuera ejercida

¹⁴⁴ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., p. 55.

¹⁴⁵ En este sentido Vid. la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (“El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., p. 55) se muestra a favor de la alternancia de la custodia por días y para ello expone una anécdota de una niña de 11 años que entregaba a sus amigas una tarjeta con su ubicación diaria: lunes y miércoles con el padre, martes y jueves con la madre, y fines de semana de forma alterna. Sostiene que no ha visto un sistema mejor, cuando los padres viven en la misma ciudad. Además, agrega, facilita a los progenitores que se programen racionalmente sus propias actividades personales, estudios, gimnasio, amigos, trabajo, etc.

por ambos progenitores atendiendo, fundamentalmente, “al deseo de los niños, a la situación que de hecho se estaba manteniendo, al interés de los mismos que de esta forma tienen contactos asiduos con su padre y con su madre, lo cual redundará en un mejor desarrollo afectivo y familiar...”. (FD 3º)

- Alternancia semanal.

En la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 1 de octubre de 2007 (Resolución número 471/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors), se atribuyó el ejercicio de la custodia compartida para ambos progenitores, con una alternancia semanal, valorando principalmente la voluntad y deseo de la hija de permanecer idéntico tiempo con cada uno de sus progenitores y la aceptación por ella del reparto de convivencia fijado. (FD 1º y 3º). También la SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 28 de noviembre 2006 (Resolución número 513/2006, ponente: D. Santiago Oliver Barceló), atribuyó por semanas alternativas la custodia del hijo con cada uno de los progenitores, teniendo en cuenta la cercanía de los domicilios de los mismos y la buena relación que mantenía el niño con sus padres. (FD 2º)

En posición contraria, **ORTUÑO MUÑOZ**¹⁴⁶ considera que las cadencias semanales para los niños más pequeños suponen la reiteración del trauma de la separación y del abandono de uno de sus padres cada semana. Argumenta que para los niños, e incluso los jóvenes, el tiempo transcurre muy lentamente, y una semana es mucho tiempo sin ver a la madre o al padre, y ello cuando no se produce la consecuencia negativa de la desubicación. Añade que el

¹⁴⁶ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., pp. 54-55

inconveniente del sistema de alternancia semanal, es que nadie puede consolidar una cierta estabilidad, ni los padres y madres, ni los hijos.

Al respecto, considero que no se debe adelantar un criterio sobre el beneficio o no que, en la práctica, pueda tener en los hijos la alternancia semanal, pues cada familia tiene una realidad distinta, con una dinámica y características propias y concretas, por lo cual esta modalidad será fijada por el Juez en aquellos casos en los que se revele como la mejor opción para satisfacer y proteger los intereses del niño, a partir del análisis que se haga de la situación y práctica familiar.

En el Informe Reencuentro,¹⁴⁷ se considera que, a falta de un acuerdo distinto entre los progenitores, la alternancia semanal es la fórmula mas idónea de convivencia, siempre que se intensifiquen los contactos del progenitor no conviviente en proporción inversa a la edad del niño.

- El niño convive quince días seguidos con cada uno de sus padres y pasa con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana.

La SAP de Barcelona, Sección 12^o, de 5 de octubre de 2007 (Resolución número 618/2007, ponente: D. Paulino Rico Rajo), que confirmó la sentencia del Juez de Primera Instancia que atribuyó la

¹⁴⁷ Informe Reencuentro: “Sobre la Custodia Compartida, Reencuentro de Padres e Hijos Separados por una Ley Obsoleta y Parcial”, elaborado por la Asociación de Padres de Familia Separados y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados, de fecha 25 de septiembre de 2002, Madrid, Pp. 12 y 13. Este documento puede ser consultado en la siguiente dirección electrónica: <http://www.adiospapa.info/cop/reencuentro.htm>

custodia compartida para ambos progenitores, con una alternancia en la convivencia de 15 días, tomando en consideración la voluntad de la hija que expresó: "que se relaciona con normalidad tanto con su padre como con su madre, y que actualmente está viviendo dos semanas con su padre y dos semanas con su madre y le parece bien seguir con este sistema pues así puede ver a los dos". Además fundamentó su decisión en "que dicho sistema es el más beneficioso para la menor, lo que se deriva del contenido del informe elaborado por el Equipo de Asesoramiento Técnico Civil en el que se señala que la familia había establecido un funcionamiento de guarda y custodia compartida, de esta manera, sus hijas desde la separación de los padres, pasaban quince días con cada progenitor, lo que han establecido unas relaciones familiares positivas, con una responsabilidad clara y bien aceptada..." (FD 2º)

- El niño convive un mes con uno de sus padres y pasa con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana.

Al respecto, la SAP de Valencia, Sección 10ª, de 1 de marzo de 2006 (Resolución número 144/2006, ponente: D. José Enrique de Motta), confirmó la sentencia del Juez a quo que fijó la custodia compartida consistente en que el hijo esté un mes con cada progenitor fijándose un régimen de visitas de fines de semana alternos para cada progenitor. (FD único)

También, la SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22 de abril de 1999 (Resolución número 379/1999, ponente: D. Vicente Ortega Llorca), adoptó de oficio la guarda y custodia compartida por meses

alternos, con un régimen de visitas de fines de semanas alternos para el progenitor que en el correspondiente mes no tuviera encomendada la guarda; pero, además, el Juez dispuso que las decisiones importantes (educación, intervenciones quirúrgicas, participaciones en viajes o actividades de riesgo, etc.) deberán ser adoptadas conjuntamente. (FD 8º)

- Alternancia trimestral.

Este es el caso de la SAP de Oviedo, Sección 5ª, 13 de junio de 2006 (Resolución número 219/2006, ponente: D. José María Álvarez Seijo), que confirmó la sentencia recurrida que atribuyó la custodia compartida por periodos de tres meses con cada uno de los progenitores y régimen de visitas de fines de semana alternos para el progenitor no custodio, ya que dadas las relaciones de los hijos con los progenitores era el sistema que mejor se adaptaba a sus necesidades. (FD 2º)

También la STS, Sala 1ª de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 (Resolución número 94/2010, ponente: Dª. Encarnación Roca Trías), confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, que dispuso un sistema de custodia compartida en el cual los progenitores se alternan por trimestres escolares. (FD 2º)

- Alternancia cada seis meses.

Este es el caso de la SJPI número 6 de Zaragoza, de 21 de septiembre de 2010 (ponente: D. Francisco Javier Forcada Miranda), que atribuyó la guarda y custodia compartida a los progenitores alternándose en el cuidado del hijo, “la madre los seis primeros meses de cada año y el padre los seis segundos meses de cada

año”, con un régimen de visitas, comunicación y estancias para el progenitor no guardador de fines de semana alternos y dos tardes entre semana.

- Los niños pasan con uno de los padres los días lectivos y con el otro los no lectivos y periodos vacacionales.

El reparto resultante sería, aproximadamente, del 50% para cada progenitor, pero habría que intercalar periodos de convivencia para el progenitor no custodio de 19 días lectivos durante las vacaciones estivales (por ejemplo, una semana al mes). Esta podría ser una posible solución para los casos en que los domicilios de los padres estén muy distantes entre sí.¹⁴⁸

- Por períodos escolares alternativos, por ejemplo de septiembre a agosto de cada año, ambos inclusive.

Así lo hace la SAP de Córdoba, Sección 2ª, de 24 de abril de 2006 (Resolución número 103/2006, ponente: D. José Alfredo Caballero Gea), que confirmó la sentencia del Juez de Primera Instancia que atribuyó a ambos progenitores el ejercicio compartido de la guarda y custodia del hijo, por períodos escolares de septiembre a agosto de cada año. La Sala fundamentó su decisión en que ambos progenitores presentan las condiciones y aptitudes necesarias para atender debidamente a su hijo. (FD 2º)

¹⁴⁸ Este reparto equitativo también puede ser de aplicación cuando los domicilios son cercanos, así en la SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 9 de noviembre de 2005 (Resolución número 696/2005, ponente: D. Juan Miguel Jiménez), se confirmó la sentencia del Juez a quo que atribuyó a la madre la estancia con los hijos de lunes a miércoles, y al padre desde el miércoles a la salida del colegio hasta el viernes, y correspondieron a los dos los fines de semana de forma alterna y la mitad de los períodos vacacionales. (FD 2º)

Esta modalidad se plantea inicialmente cuando los progenitores viven en ciudades distantes, e incluso en diferentes países. Tiene como ventaja que los niños convivirán inmersos tanto en el ámbito paterno como en el materno, probablemente aprenderán así varios idiomas y vivirán en culturas diversas, sin embargo la desventaja radica en que si no se garantiza un contacto habitual y constante con el progenitor no custodio, es el propio niño el que se rebela cuando tiene que cambiar de ciudad y de entorno, con los consiguientes problemas y enfrentamientos, que pueden terminar con una absoluta ruptura de las relaciones.¹⁴⁹

2.6.1 Circunstancias a ponderar para determinar las modalidades de ejercicio de la custodia compartida o el reparto en los tiempos de convivencia.¹⁵⁰

- ❖ La edad del hijo;
- ❖ Proximidad geográfica de las viviendas;
- ❖ Las obligaciones laborales y disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos;
- ❖ El aseguramiento de la estabilidad del hijo en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, familia amplia, colegio, amigos, barrio, etc.;

¹⁴⁹ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., pp. 54-55.

¹⁵⁰ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., pp. 56-57; SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 204; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 160; SIMÓN GIL, Marta: “Aportaciones del Trabajo Social...”, Op. Cit., pp. 196-197

- ❖ La ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad;
- ❖ El rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación;
- ❖ La garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores.
- ❖ Hábitos y rutinas del hijo antes de la ruptura, así como su calendario escolar, etc.

Al respecto de las circunstancias que deben tenerse en cuenta para determinar las modalidades de ejercicio de la custodia compartida, se pronunció la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 17 de mayo de 2004 (Resolución número 320/2004, ponente: D. Víctor Caba Villarejo), en su FD 1º, al decir que: “La cuestión a resolver será la de cómo ha de hacerse ese reparto temporal de la convivencia de los progenitores separados con sus hijos. En este reparto temporal de la convivencia han de tenerse en cuenta factores como la situación de los progenitores (personal y laboral), la vinculación familiar de los hijos, arraigo con el lugar donde se ha desarrollado la convivencia hasta entonces, las posibilidades de adaptación de los menores a un cambio de residencia, y análogas”. En la misma línea, la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 15 de julio de 2004 (Resolución número 465/2004, ponente: D. Víctor Caba Villarejo), según la cual el punto es “cómo hacer ese reparto temporal de la convivencia, supuesto el

amor que uno y otro profesan al menor y capacitación por igual para llevar y tener en su compañía y educar al hijo...” (FD 2º)

Además, la SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 20 de diciembre de 2006 (Resolución número 696/2006, ponente: D. José Pascual Ortuño Muñoz), considera que el Juez debe de indagar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y adoptar las medidas que conjuguen el necesario equilibrio entre el derecho de los hijos a seguir manteniendo con sus progenitores una relación afectiva periódica y continua y el posible perjuicio que de ello pueda derivarse para su desarrollo físico y emocional. (FD 3º)

2.7 LA EDAD DE LOS NIÑOS Y EL SEXO DEL PROGENITOR COMO FACTOR A TOMAR EN CUENTA EN LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

Uno de los argumentos más utilizados para no adoptar la custodia compartida, ha sido el criterio prejuicioso de que los hijos de corta edad se encuentran mejor protegidos en sus intereses bajo la guarda y custodia exclusiva de la madre.

Sobre este punto se ha pronunciado la SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22 de abril de 1999 (Resolución número 379/1999, ponente: D. Vicente Ortega Llorca), en su FD 8º, al sostener que “ese derecho-deber de cuidar y tener en su compañía a los hijos menores, recae con la misma intensidad en la madre y en el padre, sin que quepa hacer distinciones en función de la edad de los niños o el sexo del progenitor, pues la ternura, el cariño, la energía, la paciencia o las habilidades domésticas no son patrimonio exclusivo del uno o de

la otra; muy al contrario, los dos pueden y deben ejercitarse en ellas y potenciarlas en beneficio de los hijos”.

A este respecto **TORRES PEREA**¹⁵¹ sostiene que quizá el tradicional escollo que encontramos al estudiar el ejercicio de la custodia compartida sea la creencia de que el bebé debe ser cuidado exclusivamente por la madre. Sin embargo, los expertos¹⁵² señalan que lo mejor es no esperar demasiado para empezar a construir la relación entre padre e hijo. Además se ha demostrado que un padre puede participar activamente en la educación de sus hijos más pequeños (piénsese en los supuestos en los que el padre queda viudo justo tras el nacimiento de su hijo), de esta forma el bebé puede desarrollar desde temprana edad dos vínculos afectivos principales, con su madre y con su padre.

En opinión contraria, **ROMERO COLOMA**¹⁵³ sostiene que la madre es la persona preferente para ejercer la custodia de los hijos, sobre todo cuando éstos son aún de corta edad. En ese sentido, agrega, el sistema de custodia compartida es poco adecuado para los hijos recién nacidos (bebés) y es especialmente inadecuado para los menores de cinco años.

¹⁵¹ TORRES PEREA, José Manuel de: “Interés del Menor y Derecho...” Op. Cit., p. 258.

¹⁵² POUSSIN Gérard/LAMY, Anne: “Custodia Compartida. Cómo Aprovechar sus Ventajas y Evitar Tropiezos”, Espasa Calpe, Madrid, 2005, pp. 61-68.

¹⁵³ ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La Guarda y Custodia Compartida: Análisis y Problemática Jurídica”, en Diario La Ley, 8 de noviembre de 2010, Año XXXI, número 7504, Sección Doctrina, Editorial La Ley, p. 12.

En relación a lo anterior, **PAÑOS PÉREZ**,¹⁵⁴ acertadamente, opina que la atribución exclusiva de la guarda conforme al criterio de la edad de los hijos y sexo del progenitor, resulta incoherente en la sociedad actual en la que tanto hombre como mujer se reparten entre sus obligaciones laborales y familiares. Por lo que resalta la importancia que la presencia de ambos progenitores tiene para la educación de sus hijos quienes tienen el derecho de desarrollar y mantener una relación independiente y adecuada con su padre y con su madre.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 12 de marzo de 2007 (Resolución número 94/2007, ponente: D. Modesto Blanco Fernández del Viso), sostuvo que, en orden a la atribución de la custodia que se establece tras la ruptura matrimonial, “es una medida que debe ser adoptada en beneficio de los hijos, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 92 del CC, criterio idéntico al consignado en el Art. 159 del mismo texto legal, redactado conforme a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma de dicho Código, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, criterio legal aplicable aunque no se trate de medidas adoptadas en procedimientos matrimoniales...”. En este caso, se consideró que de lo actuado no se desprendía la no idoneidad del padre, ni que llevase una vida desordenada que fuera inadecuada para el cuidado de un niño. (FD 2º)

No obstante lo anterior, encontramos decisiones judiciales en las que la circunstancia del sexo del progenitor y la edad del hijo

¹⁵⁴ PAÑOS PÉREZ, Alba: “Acerca de la Posible Discriminación...”, Op. Cit., p. 153

son el fundamento para denegar la solicitud de guarda y custodia compartida.

Así, la SAP de Murcia, Sección 5ª, de 13 de febrero de 2007 (Resolución número 39/2007, ponente: D. Matías Soria Fernández), que, en su FD 2º, considera correcto el razonamiento efectuado por el Juez a quo, que otorgó a la madre la guarda y custodia de su hijo de 2 años de edad, esgrimiendo que es la medida más favorable para el hijo, fundamentando su decisión en una larga experiencia sobre la conveniencia de que en esas edades es más beneficioso el contacto directo y continuo de la madre, por lo que estima que no hay motivos suficientes para variar dicha situación. Alude al recurso de apelación presentado por el padre en el cual argumenta que su horario de trabajo permite una mayor atención del niño, y que para la resolución del procedimiento lo que debe de primar es el beneficio del hijo; pero, sostiene la Sala, que no otra cosa ha hecho el Juez sino pensar que es más beneficioso para el hijo no modificar el estado actual por no existir motivo para ello, y considerar que a edad tan temprana es más conveniente para el desarrollo de la personalidad del niño el afecto continuo de la madre.

Es necesario que el Juez se aparte de criterios prejuiciosos, que muchas veces forman parte principal de su razonamiento para denegar la solicitud de custodia compartida. Este sistema sólo debe ser denegado cuando de la valoración del conjunto de las circunstancias se desprenda el efectivo perjuicio que representa para el hijo adoptar dicha medida. Como se ha dicho antes, cuanto más corta sea la edad del hijo, más necesitará del contacto con sus dos progenitores para crear y fortalecer los vínculos con ambos, lo que

siempre y sin ninguna duda beneficiará su desarrollo emocional y psicológico.

2.8 VENTAJAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

Según lo ha expuesto la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007 (Resolución número 102/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors) en su FD 3º y la doctrina,¹⁵⁵ las ventajas que tiene este sistema de guarda son:

- Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia aproximadamente igualitaria, y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática.¹⁵⁶ Así, los hijos podrán mantener una relación fluida

¹⁵⁵ GODOY MORENO, Amparo: “La Guarda y Custodia Compartida...” Op. Cit. pp. 18 y 19; TAMBORERO Y DEL RÍO, Ramón: “La Guarda y Custodia Compartida”, en VV.AA.: “Diez Años de Abogados de Familia (1993-2002)”, Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley, 2003, p. 518; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 157-159; PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., pp. 46-48; POUSSIN Gérard/LAMY, Anne: “Custodia compartida”, Op. Cit., pp. 41-52; HERRERA CAMPOS, Ramón: “Algunas Consideraciones Entorno a la Custodia Compartida”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, p. 142; SARAIVA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 201-203, entre otros.

¹⁵⁶ Al respecto, GARCÍA GARNICA, María del Carmen (“Protección de los Menores en los Procesos de Separación y Divorcio”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen y otros: “Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinar”, Editorial Aranzadi, Primera Edición, Navarra, España, 2008, p. 52), sostiene que el objetivo que se persigue a través de la custodia compartida es que la ruptura de pareja no conlleve la ruptura de la familia.

y constante con cada uno de sus padres y al mismo tiempo obtener afecto, formación y la impronta de una ética.

Al respecto, **SARAVIA GONZÁLEZ**¹⁵⁷ opina que con este sistema de guarda se contribuye a afianzar los lazos de unión de los hijos con sus padres, aunque estos ya no sean cónyuges. Esto encuentra su fundamento en la idea de que la separación o el divorcio ponen final al matrimonio, pero no a los vínculos familiares; ello implica que los derechos y las responsabilidades de cada uno de los padres con respecto a sus hijos, una vez sobrevinida la crisis matrimonial, deben ser iguales a los derechos y responsabilidades que tenían contraídos legalmente en una situación de normalidad matrimonial.

- En relación con lo anterior, la custodia compartida es el sistema menos distorsionador de la situación normal de co-ejercicio de la patria potestad y guarda del Art. 154 CC.;
- Se evita el divorcio del hijo y del padre no custodio y no se añade al drama de la ruptura el del alejamiento de uno de ellos.¹⁵⁸ Esta mejor adaptación a la situación de ruptura les aporta mayor autoestima y confianza, lo cual evita determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono,

¹⁵⁷ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 201-203.

¹⁵⁸ En este sentido, ROMERO COLOMA, Aurelia María (“La Guarda y Custodia Compartida como Medida Familiar Favorable a los Hijos”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, número 814/2011, Sección Opinión, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011 [BIB 2011/272], p. 1) sostiene que la custodia compartida propicia que las relaciones de los progenitores con sus hijos no se deterioren, evitando que los hijos se distancien de uno de sus padres, como sucede cuando se atribuye la custodia exclusiva a uno de ellos.

sentimiento de lealtad, sentimiento de culpa, sentimiento de negación, sentimiento de suplantación, etc.¹⁵⁹

En ese sentido, **MAÑÉ TARRAGÓ**¹⁶⁰ argumenta que la custodia compartida se erige, sin duda alguna, como la situación más beneficiosa para el niño, por cuanto se respeta su derecho fundamental de convivir de forma real y afectiva con ambos progenitores, evitando los sentimientos de abandono que conlleva la custodia individualizada, lo que se traduce en una personalidad alegre y tranquila y un nivel elevado de autoestima que favorece un adecuado desarrollo integral del menor.

- Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los progenitores frente a los hijos.

¹⁵⁹ En este sentido, GITRAMA GONZÁLEZ, M. (“Notas sobre la Protección Civil del Menor en las Crisis Conyugales”, en VV.AA., La tutela de los derechos del menor, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por GONZÁLEZ PORRAS, J. M., Junta de Andalucía, Córdoba, 1984 p. 159, Cit. Por MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: “Criterios de Atribución...” Op. Cit., p. 141). Este autor sostiene que las crisis matrimoniales, en cuanto producen la dispersión de los miembros de una familia nuclear, repercuten manifiestamente en los hijos menores, tantas veces víctimas inocentes de las turbulencias y de las discordias, cuando no del egoísmo pasional de sus progenitores. Lo primero que siente amenazado es el sentimiento de protección y pertenencia a un grupo que percibía o al menos necesitaba y deseaba, como algo coherente, unido y fuerte. Y al empezar a sentirse desprotegido le sobreviene un estado de carencia afectiva; una sensación de abandono que le acarrea ansiedad, angustia, fondo depresivo, tristeza, temor, búsqueda de apoyo y mayor necesidad de cariño.

¹⁶⁰ MAÑÉ TARRAGÓ, Pilar: “La Guarda y Custodia Compartida: Un Logro Importante”, en www.togas.biz/togas/togas56/ de fecha 22 de diciembre de 2005.

Asimismo, no se obstaculizará ni se entorpecerá la relación del hijo con el otro progenitor, porque, aunque uno de ellos tienda a hacerlo, la alternancia impedirá que se consolide el alejamiento.

- Enriquece el mundo social, afectivo y familiar del niño que tendrá oportunidad de adaptarse a dos modelos adultos positivos y de ello, más que inestabilidad pueden derivarse beneficios para el hijo que adquiriría una visión más amplia y constructiva de su propia personalidad.¹⁶¹

En ese sentido, es erróneo afirmar que la estabilidad de los hijos está incondicionalmente ligada a un domicilio estable o permanente; pues lo que ellos precisan es la estabilidad emocional que les proporciona sentirse queridos, educados y cuidados por quienes son sus padres.

- En ese sentido, es la mejor alternativa al *status quo* inmediatamente anterior a la ruptura familiar, en el que los dos progenitores convivían bajo el mismo techo y ejercían el cuidado de los hijos.

Dado que la ruptura de la convivencia provoca que los progenitores residan en distintos lugares y que los hijos no puedan convivir simultáneamente con el padre y con la madre, el menor de los “males” es que aquéllos puedan disfrutar de la compañía habitual de ambos progenitores, aunque sea en períodos de tiempo alternados y sucesivos.

¹⁶¹ En este sentido, GARCÍA PASTOR, Milagros: “La Situación Jurídica de...” Op. Cit., p. 101

- Ambos padres se mantienen guardadores y custodios de sus hijos, por lo cual ninguno de los dos queda marginado, ni alejado de ellos.

Consecuentemente, se crea un marco de acreditación y calificación positiva respecto a la aptitud de cada uno de los progenitores, y, además, la idoneidad de cada uno de ellos no es discutida, o al menos será menos cuestionada.¹⁶²

- Permite a los progenitores la mutua comprensión del que respectivamente está en la posición contraria: custodia y régimen de visitas, comunicación y estancias.

Al invertirse periódicamente las posiciones entre los progenitores, las posibilidades de compenetración ante problemas comunes son mayores, pues no existe realmente un progenitor no custodio que desconozca los problemas cotidianos del hijo, tal y como ocurre en los casos de guarda unilateral en el que el progenitor no guardador se convierte en un mero visitador del niño ajeno a su realidad diaria;

DE LA OLIVA VÁZQUEZ, sostiene que la ventaja de la guarda y custodia compartida vendría determinada en el sentido de que los progenitores tendrían la convicción de que comparten el ejercicio de la patria potestad, cuestión que no sucede cuando se atribuye la custodia del hijo a uno de los progenitores, quien toma las

¹⁶² ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida. Una Perspectiva Sociológica. Función del Mediador”, en ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Mediación: Una Visión Plural. Diversos Campos de Aplicación”, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005, p. 95

decisiones ordinarias e importantes unilateralmente sin contar con la opinión del progenitor no custodio, ni informar a este sobre las decisiones adoptadas.¹⁶³

- Se comparten las cargas entre los progenitores y se obliga a los mismos a adoptar una visión de conjunto respecto de la educación y desarrollo del menor.
- Se pondría fin a los pleitos y luchas por la custodia de los hijos.
- Es adecuado que ambos progenitores compartan lo bueno y lo no tan bueno de la vivencia de los hijos cuando existe la ruptura familiar, pues es claro que la presencia constante de los hijos condiciona el futuro desarrollo personal y profesional del progenitor exclusivo.

Igualmente, al momento de rehacer sentimentalmente su vida, los hijos en guarda exclusiva dificultarán la vida de relación al progenitor no custodio.

- Se garantiza a los progenitores la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad¹⁶⁴ de condiciones en el

¹⁶³ Sobre los problemas que plantea la atribución de la custodia a un progenitor, Vid. ampliamente, DE LA OLIVA VÁZQUEZ, Antonio: “Derechos y Obligaciones del Progenitor No Custodio Para Con los Hijos: Problemas y Alternativas”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, primera edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 252-259.

¹⁶⁴ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María (“Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 201-203) señala que esta es una ventaja desde el punto de vista socio-jurídico, y que carece de sentido hablar de primar el derecho de la mujer por ser madre y, por esa condición, convertirse en acreedora de la custodia

desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro, y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo con ello, además, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos;

- Si los dos cónyuges trabajan, ambos pueden asumir los gastos de manutención en cada período de convivencia y colaborar, cada uno en proporción a sus posibilidades, con los gastos ordinarios y extraordinarios, a cuya satisfacción destinarán los ingresos realizados en la cuenta abierta a tal fin.

Esta dinámica evita las disputas, los resentimientos y la conflictividad motivados por el impago de pensiones alimenticias al desaparecer el deudor de la misma.¹⁶⁵

- Hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor.

exclusiva sobre los menores, como se venía haciendo en el 90% de los procedimientos matrimoniales y, en consecuencia, de discriminación de sexos a la hora de hablar del cuidado y educación habitual de los hijos.

¹⁶⁵ En el mismo sentido, SARAIVA GONZÁLEZ, Ana María (“Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 201-203) que la considera una ventaja desde el punto de vista económico.

SARAVIA GONZÁLEZ,¹⁶⁶ comenta que el progenitor custodio ya no tendrá que dedicarse 11 meses al año al cuidado de los hijos, porque al otro progenitor también le corresponde su cuidado, con lo que se contribuye a propiciar el desarrollo profesional, personal y social de los ex cónyuges.

- Disminuye la tensión propiciando un desempeño eficaz y competente de la parentalidad. Además de ser un constante estímulo para que los progenitores conjuguen los criterios educativos y normativos que han de seguir en la vida diaria;¹⁶⁷ y
- Los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte, asimismo, en un modelo educativo de conducta para el hijo.

En relación a lo anterior, **ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA,**¹⁶⁸ afirma que el ejercicio de la custodia compartida es una medida que se puede convertir en el medio más justo y seguro para el hijo, ya que permite que sea educado de forma regular y cotidiana por sus progenitores. De la misma manera, **ORTUÑO**

¹⁶⁶ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María (“Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 201-203).

¹⁶⁷ ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida. Una Perspectiva Sociológica. Función del Mediador”, en ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Mediación: Una Visión Plural. Diversos Campos de Aplicación”, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005, p. 96

¹⁶⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA: “El Menor en las Crisis Familiares” en VV.AA.: “Jornadas Sobre Derecho de los Menores”, Coord. Lázaro González, Isabel/Mayoral Narros, Ignacio, Madrid, 2003, p. 175.

MUÑOZ,¹⁶⁹ la considera como la mejor de las soluciones que pueden establecerse en beneficio de los hijos, puesto que queda asegurada la relación más amplia posible, en cada caso, con el progenitor con el que habitualmente no residen.

Como se ha dicho anteriormente, debe tenerse en cuenta que el divorcio no altera las relaciones paterno-filiales y, por tanto, los hijos no deben ver alterada su relación con sus progenitores por lo que hay que proteger el derecho de aquellos a relacionarse con sus padres con plena libertad. Es decir, el sistema preferente debería ser el ejercicio compartido de la guarda y custodia adaptado a la situación concreta de que se trate y sólo cabría activar el sistema de protección (y privar a uno de los padres de la custodia) cuando este pudiese generar lesión al niño.¹⁷⁰

Por su parte, **TAMAYO HAYA**,¹⁷¹ sostiene que la custodia compartida es una alternativa tan compatible como la custodia unilateral, que debe ser tomada en cuenta en su verdadera magnitud, sin condicionamientos apriorísticos, concebida a partir del criterio de igualdad que tiene que existir entre progenitores y en beneficio del hijo.

Como bien señala **PINTO ANDRADE**,¹⁷² este sistema de guarda y custodia no es una panacea ni es la solución universal para todos

¹⁶⁹ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., p. 64

¹⁷⁰ PRATS ALVENTOSA: “La Reforma del Código Civil por las Leyes 13/2005 y 15/2005” en “Jornadas Sobre Derecho de Familia”, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, los días 17 y 18 de mayo de 2007.

¹⁷¹ TAMAYO HAYA, Silvia: “Igualdad Parental y Principio...” Op. Cit. p. 115.

¹⁷² PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., Pp. 59-60

los casos: partiendo de la consideración de que una separación o divorcio siempre va a causar algún daño al hijo; se trata de elegir la solución menos perjudicial. Siendo esto así, resulta evidente que la fórmula de la custodia compartida será la mejor forma de preservar su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores regularmente, siempre y cuando no perjudique su estabilidad emocional.

También la STSJ de Cataluña, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008 (Resolución número 29/2008, ponente: D. Carlos Ramos Rubio), apunta, en su FD 5º, que “(...) no cabe duda de que la llamada “custodia compartida” o conjunta por ambos progenitores presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial, en la medida que evita la aparición de los “conflictos de lealtades” de los menores para con sus padres, favorece la comunicación de éstos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos –tampoco puede afirmarse que las acentúe– y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos, ni culpables e inocentes, y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos”.

Finalmente, la STS, Sala 1ª de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996 (Resolución número 1165/1996, ponente: D. José Almagro Nosete), señala que el marco natural del niño, con independencia de

si conviven o no sus progenitores, sigue siendo la familia, ámbito donde el niño se desarrolla y se desenvuelve su vida cotidiana. (FD 3º)

2.9 DESVENTAJAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

Existen opiniones contrarias¹⁷³ al establecimiento del sistema de guarda y custodia compartida; así, se dice que es un sistema inviable jurídicamente, que es un contrasentido con la medida de divorcio matrimonial y que dicha figura redundaría en perjuicio del niño por las siguientes razones:

- o La articulación del reparto de los períodos de convivencia va a exigir que los hijos se trasladen, periódicamente, de domicilio, implicando un auténtico peregrinaje para el niño, lo cual le produce una auténtica inestabilidad física que redunda en perjuicio de su equilibrio emocional.¹⁷⁴

Al respecto, la SAP de Albacete, Sección 1ª, de 1 de diciembre de 2003 (Resolución número 238/2003, ponente: D. Francisco Espinosa Serrano), que, en su FD 1º, denegó la solicitud de custodia

¹⁷³ Vid. ampliamente, PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., pp. 46-48; POUSSIN Gérard/LAMY, Anne: “Custodia compartida”, Op. Cit., pp. 53-60; SARAIVA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 200-201. SAP de Madrid, Sección 24ª, de 25 de octubre de 2006 (Resolución número 1105/2006, ponente: D. Francisco Javier Correas González. FD 2º)

¹⁷⁴ En este sentido la SAP de Albacete, Sección 1ª, de 6 de marzo de 2007 (Resolución número 25/2007, ponente: D. José García Bleda): “...un régimen de custodia compartida con la distribución propuesta inicialmente por las partes en la que prácticamente las menores estarían continuamente sujetas a cambiar todos los meses de domicilio...no supondría un beneficio...” (FD 4º).

compartida, argumentando que la misma “...no puede acogerse pues aunque la medida podría dar satisfacción a los sentimientos de cariño de uno y otro padre hacia los hijos y al hecho de que estos quieren por igual a sus padres, es lo cierto que comportaría para aquellos un evidente trastorno vivencial por las dificultades de adaptación que el continuo cambio de hogar llevaría consigo, con la consiguiente quiebra del principio del favor filii, que es consustancial a toda la normativa reguladora de la materia.”

- También se esgrime que la custodia compartida implica problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando.¹⁷⁵

Por otro lado, si el niño permanece en el domicilio familiar, pueden generarse inconvenientes por el cambio continuo de costumbre según se alternen en el domicilio familiar el padre o la madre, lo que puede repercutir negativamente en las relaciones del hijo con su familia, amigos y compañeros de clase, estudios, etc.¹⁷⁶

- Se alega, además, las dificultades que tendrían los progenitores para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores.¹⁷⁷

¹⁷⁵ SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007 (Resolución número 102/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors. FD 3º).

¹⁷⁶ SAP de Madrid, Sección 24ª, de 25 de octubre de 2006 (Resolución número 1105/2006, ponente: D. Francisco Javier Correas González. FD 2º)

¹⁷⁷ SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007 (Resolución número 102/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors. FD 3º).

- Asimismo se arguye que desestabiliza la vida de los hijos, en cuya temprana edad es conveniente configurar una rutina ordenada favorecedora del adecuado desarrollo infantil.
- Existe la errónea idea de que el esquema familiar a partir de la crisis matrimonial no puede ser otro que el de la atribución exclusiva de la custodia a uno de los padres.

En este sentido la SAP de Valladolid, Sección 3ª, de 13 de julio de 2004 (Resolución número 234/2004, ponente: D. José Jaime Sanz Cid), en su FD 2º, sostuvo: “No somos partidarios de un régimen de guarda y custodia compartida. No nos imaginamos a la menor pasando una semana con el padre y otra con la madre, o un mes con cada uno de ellos; desde el punto de vista psicológico estamos seguros que no sería bueno para la hija, porque nunca llegaría a centrarse, por lo que esta solución la rechazamos de plano”.

- Se dice que la atribución de la custodia compartida representa una situación irregular, que sólo contribuirá a desestabilizar a los hijos; y esto sin olvidar que esta situación podría suponer con mucha probabilidad un incremento de la crispación entre los progenitores.¹⁷⁸

En este sentido, la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 8 de enero de 2007 (Resolución número 9/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors), en su FD 2º, denegó la custodia compartida solicitada por el padre, argumentando que “...por mucho que dicho progenitor esté asimismo capacitado para atender y cuidar correctamente de su

¹⁷⁸ SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 16 de diciembre de 2003 (Resolución número 521/2003, ponente: D. Pedro Roque Villamor Montoro. FD 2º).

hijo, la práctica demuestra que la imposición de una guarda y custodia compartida, suele generar importantes tensiones en la relación entre los progenitores...”

- Por otro lado, desde el punto de vista de los padres, implica mayores costos, pues ambos deben mantener en sus respectivas casas un lugar apropiado para los hijos. Aunado a lo anterior, se exige una proximidad obligada de ambos hogares.¹⁷⁹

Como toda medida, la custodia compartida reporta tanto ventajas como inconvenientes, pero no por ello debe descartarse automáticamente su aplicación, muchos de los argumentos para desechar la opción de este tipo de custodia se basan en prejuicios personales, en creencias tradicionales que muestran a la madre como la única capacitada para brindar un adecuado cuidado de sus hijos, y con ello, se limita la figura paternal a unas simples visitas, privando a los hijos de disfrutar de ambos progenitores, con quienes mantenían un contacto continuado antes de la crisis matrimonial.

Centrándonos exclusivamente en el beneficio de los hijos, en realidad, de lo que se trata, como se ha dicho en apartados anteriores, es de adoptar las medidas que menos les perjudiquen, es indudable que la ruptura familiar les afecta, y por ello, debe tratar de mantenerse una continuidad entre la vida dentro del núcleo familiar y su nueva situación; por ello, la custodia compartida, a pesar de sus

¹⁷⁹ ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida. Una Perspectiva Sociológica. Función del Mediador”, en ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Mediación: Una Visión Plural. Diversos Campos de Aplicación”, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005, p. 96

inconvenientes, permite que los hijos puedan seguir gozando de los referentes más importantes para ellos: sus progenitores; así, a pesar de los desplazamientos que deban realizar, la seguridad, la estabilidad psicológica y emocional que supone el cuidado, comunicación y el afecto que reciben de su madre y padre, compensa, con creces, las incomodidades materiales que puedan tener.

Afortunadamente existen diversas modalidades de custodia compartida, que con el estudio del caso concreto, pueden ser aplicadas y proyectar resultados positivos para el beneficio de los hijos. El Juez, por tanto, al momento de tomar su decisión, debe despojarse de criterios personales que supongan prejuicios infundados respecto de este sistema de custodia, y entrar a valorar el conjunto de circunstancias relacionadas con el caso que se le presente.

Precisamente, en el apartado siguiente, conoceremos aquellos criterios que el Juez debe valorar para decidir si la adopción del sistema de custodia compartida resulta una medida beneficiosa para el interés de los hijos.

2.10 CRITERIOS A VALORAR PARA LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.^{180 181}

- ✓ La capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad.

Esta capacidad o predisposición para el diálogo y el acuerdo no debe entenderse, como equivalente al acuerdo para decidir la guarda compartida como forma de organizar las relaciones tras la ruptura. Los padres pueden manifestar un desacuerdo sobre este punto porque ambos desean de forma principal verse atribuida la

¹⁸⁰ GODOY MORENO, Amparo: “La Guarda y Custodia Compartida...” Op. Cit. p. 21; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 168-170; de la misma autora: “Criterios de Atribución de la Custodia...”, Op. Cit., pp. 11-18; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., p. 65; PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 75. SAP de Barcelona, Sección 18ª de 20 de febrero de 2007. ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 12 y 14.; TALAVERA SÁNCHEZ, Irma: “La Nueva Regulación de la Guarda y Custodia Compartida”, en La Gaceta Jurídica de Hispacolem, número 6, Sección de Actualidad, marzo de 2007, Granada, p. 4-5; TAMBORERO Y DEL RÍO, Ramón: “La Guarda y Custodia Compartida”, Op. Cit. p. 518.

¹⁸¹ La SAP de Girona, Sección 2ª, de 13 de octubre de 2009 (Resolución número 352/2009, ponente: D. José Isidro Rey Huidobro), señaló, en su FD 3º, los requisitos que deben darse, entre los progenitores, para que se pueda otorgar esta medida: 1.º Que el domicilio de ambos progenitores fuera próximo, lo cual facilita, como es lógico, la alternativas domiciliarias; 2.º Que el niño disponga en ambos domicilios de su propio espacio y de estabilidad emocional, compartida, por ejemplo, una semana con la madre y la otra con el padre, manteniendo la identidad parental de la madre frente a la que es pareja del padre; 3.º Que ambos progenitores dispongan de capacidades personales y parentales adecuadas para el ejercicio de la custodia; 4.º Que entre los progenitores y el hijo haya una vinculación segura y afectuosa; 5.º Que la relación entre ambos progenitores sea muy buena, hasta el punto de propiciar una guarda compartida de hecho durante varios meses; 6.º Que no se vea alterado el desarrollo integral del hijo, ni de aspectos concretos de su existencia, como rendimiento escolar, interferencias en las reclamaciones sociales, angustias o repercusiones internas negativas, etc.

guarda unilateral y, sin embargo, se aprecia en ambos una tendencia a superar las desavenencias por el bien del hijo, a buscar un entendimiento mínimo, a mantener una corresponsabilidad.

Por otra parte, es necesario valorar la aptitud de los padres para respetar los derechos y obligaciones que corresponden al otro, de suerte que una actitud negativa, no conciliadora y obstaculizadora, puede servir de base para denegar un cambio del sistema de guarda exclusiva, a uno de custodia compartida.¹⁸²

- ✓ La proximidad de los domicilios de los padres de suerte que se garantice la estabilidad del entorno del niño.

El interés de los hijos aconseja alterar su entorno lo menos posible, pues esto contribuye a su estado emocional. Por regla general, la proximidad de los domicilios de los progenitores resulta favorable en los casos de custodia compartida, pues implica el mantenimiento, para los hijos, de puntos de referencia tales como el colegio, su círculo de amistades, actividades extra-escolares, etc.

¹⁸² En este sentido, la SAP de Girona, Sección 2ª, de 9 de febrero de 2000 (Resolución número 65/2000, ponente: D. José Isidro Rey Huidobro), atendidas “las claras muestras del rotundo fracaso (de la custodia compartida) ante la situación de intransigencia y enfrentamiento de los padres de los menores” (FD 2º), se desestima el cambio de sistema de guarda pues “la guarda y custodia individualizada otorga a los hijos un referente tranquilizador y una identificación del hogar familiar; que la compartida diluye y provoca en los menores una situación de confusión y desorden (...) circunstancia que aún se agrava más con la postura rígida de los padres ante una situación que si algo requiere es flexibilidad y comprensión” (FD 2º). En la misma línea, la SAP de Burgos, Sección 2ª, de 15 de diciembre de 2003 (Resolución número 532/2003, ponente: Dª. Arabela García Espina) “...las relaciones entre los progenitores son de enfrentamientos y desavenencias, que se extienden a sus respectivas familias, con manifestaciones de descrédito de ambas familias hacia uno y otro progenitor (...) Estas relaciones desde luego constituyen un obstáculo para el establecimiento de un régimen compartido de guarda.” (FD 2º)

Al respecto, la SAP de Alicante, Sección 9ª, de 24 de abril de 2009 (Resolución número 237/2009, ponente: D. José Manuel Valero Díez), concede la custodia compartida, entre otras razones, ante el compromiso formalmente expresado por el padre de fijar su domicilio en Elche, ciudad donde la hija tiene su familia más directa por parte de ambos progenitores y donde asistía a la guardería. (FD 1º)

Asimismo, aunque los domicilios estén en la misma ciudad, pero no cercanos, podría ser adecuada la guarda compartida, que, en cambio, parece desaconsejable en caso de residir en ciudades distintas¹⁸³ (cambio de colegio, de entorno, etc).

Sin embargo, en ocasiones, la distancia geográfica no es obstáculo para fijar la custodia compartida, este es el caso de la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007 (Resolución número 102/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors), que no cree inconveniente, para el establecimiento de este sistema de custodia, que los padres residan en localidades diferentes, pues el colegio de los niños se encontraba a una distancia intermedia entre las dos poblaciones, en las cuales los hijos tenían familiares y amigos por haber vivido anteriormente en las mismas. (FD 3º)

¹⁸³ Al respecto, la SAP de Huelva, Sección 1ª, de 30 de marzo de 2007 (Resolución número 52/2007, ponente: D. Francisco Bellido Soria) que valoró de forma negativa la concesión de la custodia compartida por estar en localidades distintas los domicilios paterno y materno (FD 2º).

La distancia domiciliaria sobrevenida con posterioridad pone fin a la custodia compartida en la SAP de Oviedo, Sección 4ª, de 31 de mayo de 2007 (Resolución número 211/2007, ponente: Dª Nuria Zamora Pérez).

Asimismo, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 16 de Octubre de 2007 (Resolución número 613/2007, ponente: D. Eladio Galán Cáceres) que confirma la sentencia de instancia que modificó la guarda y custodia compartida y atribuyó la exclusiva al padre, pues la madre, por razones laborales, traslada su residencia a Guadalajara. (FD 4º)

También **ORTUÑO MUÑOZ**,¹⁸⁴ discrepa de quienes exigen como requisito indispensable para el establecimiento de la custodia compartida, que los progenitores vivan en la misma ciudad. Así, sostiene, puede ser compartido un sistema en el que el hijo resida la mayor parte del tiempo, de forma habitual, con uno solo de los progenitores.

- ✓ Modelos educativos similares.

El Juez debe considerar, como una circunstancia favorable a la custodia compartida, la capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común de manera que el tránsito de un hogar a otro no sea traumático sino imperceptible para los hijos que, de otro modo, perderán los referentes y la ya citada estabilidad. En ese sentido, cambia el guardador, pero no la línea educativa y formativa.¹⁸⁵

Al respecto, la SAP de Alicante, Sección 9º, de 24 de abril de 2009 (Resolución número 237/2009, ponente: D. José Manuel Valero Díez), en su FD 1º, sostiene: “La guarda y custodia compartida presupone, entre otras cosas, unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales, culturales, etcétera, y un proyecto en común en lo tocante a la educación y formación de los hijos.”

La diferencia de estilos educativos en los padres, si bien no puede considerarse perjudicial para el hijo que debe adaptarse a su

¹⁸⁴ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., p. 64

¹⁸⁵ Al respecto, la SAP de Valencia, Sección 10ª, de 22 de julio de 2005 (Resolución número 485/2005, ponente: D. Carlos Esparza Olcina. FD 1º)

nueva realidad, no se considera idóneo para acordar la custodia compartida, pues ello implicaría tensiones y desacuerdos constantes entre los progenitores que serían de difícil arreglo, derivando la situación en una desarmonía constante para el niño.¹⁸⁶

Así lo pone de manifiesto la SAP de Toledo, Sección 1ª, de 29 de junio de 2010 (Resolución número 171/2010, ponente: D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro), que en su FD 1º, deniega la custodia compartida valorando, entre otras cosas, “que los comportamientos educativos de los progenitores son distintos...existiendo un profundo enfrentamiento entre los progenitores que en nada beneficiaría a los menores.”

- ✓ La disponibilidad de los padres para mantener el trato directo con los hijos en el período alterno correspondiente.

Las profesiones que exigen desplazamientos continuos y de cierta permanencia, en principio, no aconsejan la guarda compartida y será preferible fijar un régimen de visitas, comunicación y estancias amplio.¹⁸⁷ Jurisprudencialmente se procede a no adoptar la custodia cuando el progenitor, por su profesión o por su horario laboral, se ve imposibilitado para hacerse cargo de sus hijos los días que le corresponden.

Este es el caso de la SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 23 de octubre de 2007 (Resolución número 638/2007, ponente: D. Juan Miguel Jiménez de Parga), que en su FD 1º, deniega la solicitud de

¹⁸⁶ Vid. SAP de Valencia, Sección 10ª de 7 de junio de 2005 (Resolución número 343/2005, ponente: D. José Bonet Navarro. FD 2º).

¹⁸⁷ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 78

custodia compartida por “...apreciarse la falta de disponibilidad de tiempo, por parte del progenitor, por su trabajo profesional, para atender adecuadamente a las funciones inherentes a la guarda y custodia que solicita...es de observar que el progenitor, abogado de profesión, tiene una amplia jornada laboral, llegando a casa sobre las 20'30 a 21 horas, y además tiene abierto despacho profesional en Palma de Mallorca a donde se desplaza cuatro días al mes. El proyecto de guarda y custodia compartida supondría que el cuidado y atención de su hija no fuere desempeñado habitualmente por el padre, ante la falta de tiempo disponible, sino por su compañera sentimental. Se ha evidenciado en autos que no está cumpliendo estrictamente el régimen de visitas por consecuencia del deber de atender sus ocupaciones profesionales.” Razones por las cuales el Tribunal confirma la sentencia de instancia que atribuyó la guarda y custodia de la hija a la madre.

- ✓ Medios materiales suficientes para hacer frente a los gastos que se originan como consecuencia de la alternancia.

En este punto cabe destacar, que la guarda compartida puede resultar un sistema de guarda eficaz cuando ambos padres obtienen ingresos, similares o no, de suerte que la obligación de mantenimiento de los hijos se concreta en la aportación de una cantidad fijada en proporción a aquellos ingresos a una cuenta común abierta al efecto de soportar los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos que ambos gestionan;

También es importante que la distribución de las cargas económicas sea equitativa y estén perfectamente distribuidas las responsabilidades en cuanto a su atención respecto de terceros.

- ✓ Implicación de los padres en el cuidado de los hijos antes de la crisis matrimonial.

Se debe analizar y tener en cuenta la dinámica familiar anterior a la separación o divorcio de los progenitores, es decir, la presencia y participación de cada uno de ellos en el marco de las relaciones paterno-filiales.¹⁸⁸ Así, si durante la convivencia de pareja ambos progenitores se involucraron en el cuidado de los hijos, eso contribuye a que la custodia compartida se desarrolle con éxito, pues hay una continuidad de lo que se había dispuesto en el ámbito familiar antes de la ruptura.

Esta circunstancia es valorada positivamente por la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 31 de octubre de 2006 (Resolución número 654/2006, ponente: D. Eduardo Hijas Fernández), que en su FD 5º, confirmó la sentencia recurrida que atribuía el ejercicio compartido de la guarda y custodia de la hija a los progenitores, “pues ha quedado cumplidamente justificado, incluso por reconocimiento de la madre, que, durante su convivencia con el padre, uno y otro se involucraron, de modo efectivo y responsable, en las diversas tareas relativas al

¹⁸⁸ En este sentido, la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 12 de enero de 2006 (Resolución número 23/2006, ponente: Dª María Dolores Viñas Maestre), en su FD 1º, resalta que deben tenerse en cuenta circunstancias tales como “la presencia de ambos progenitores en la vida de los mismos —refiriéndose a los hijos— durante la convivencia, la posibilidad de mantener dicha presencia de manera que sea compatible con la convivencia por separado de los dos padres, que ambos padres sean capaces, dentro de unos límites razonables, de preservar a los hijos de la ruptura...”

cuidado y educación de la común descendiente...”

Hay que tener en cuenta también la organización familiar posterior a la ruptura y anterior al proceso, en el sentido de intentar preservar la continuidad de las rutinas. En ese sentido, la SAP de Valencia, Sección 10ª, de 27 de marzo de 2007 (Resolución número 202/2007, ponente: D. José Enrique de Motta), denegó, en su FD 2º, la medida de custodia compartida fundamentando su resolución en la falta de convivencia o contacto entre el padre y la hija después del cese de la convivencia de los progenitores, por lo cual confirmó la sentencia de instancia que atribuyó la custodia de la niña a la madre, por ser lo más beneficioso para aquella.

- ✓ Edad de los hijos y número de hermanos que permitan su adaptación.

En algunos casos la corta edad de los hijos sirve para fundar la procedencia de una custodia compartida, como sucede en la SAP de Zaragoza, Sección 4ª, de 15 de Octubre de 2003 (Resolución número 551/2003, ponente: D. Eduardo Navarro Peña), que considera, en su FD 2º, que no hay dato objetivo alguno que permita sostener que el régimen de guarda acordado es “contrario a los intereses de la citada menor y dañoso para la misma, máxime teniendo en cuenta su corta edad, ya que por el contrario, favorece, en principio, la fijación en ella de ambas figuras paternas”.

En otros casos la edad sirve para excluirla tal como ocurre en la SAP de Málaga, Sección 5ª, de 16 de Julio de 2003 (Resolución número 559/2003, ponente: D. Antonio Torrecillas Cabrera), que, en su FD 4º, no considera “...positivo semejante trasiego de la menor

que con tan escasa edad se vea en la necesidad de tener que cambiar de domicilio, de habitación y de persona encargada de su guarda y custodia, cada una de ellas con sus propias costumbres diferentes, con lo que al final ello puede ser contraproducente para la formación de la menor.” Para lo que sí es determinante la edad de los hijos es para fijar la alternancia: cuanto mas corta sea su edad, mayor será la alternancia.

- ✓ Existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padres.

En principio la custodia compartida no sería viable si el hijo muestra su rechazo o escasa vinculación afectiva con uno de sus padres. En este sentido, la SAP de Toledo, Sección 1ª, de 29 de junio de 2010 (Resolución número 171/2010, ponente: D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro), en su FD 1º, denegó la solicitud de custodia compartida, entre otras razones, por el rechazo de los hijos respecto de su padre, expresando su preferencia por vivir con la madre.

- ✓ La voluntad de los hijos.

Este aspecto es valorado convenientemente por el Juez tanto para excluir la custodia compartida como para acordarla.

Así, la SAP de Madrid, Sección 24ª, de 11 de Octubre de 2007 (Resolución número 1194/2007, ponente: Dª. Rosario Hernández Hernández), desestima la solicitud de custodia compartida, entre otras cosas, porque los hijos prefieren continuar bajo el cuidado exclusivo de su madre, así lo considera en su FD 4º, “...no concurren los presupuestos que habrían de determinar conforme al Código, la guarda y custodia compartida, en cuanto no nos consta ni viene

informado convenientemente que beneficios concretos genere a los hijos esta alternativa propuesta de guarda, las relaciones entre los progenitores son conflictivas y es contraria a la voluntad de los menores, que, como también se ha dicho, han de tomarse en consideración.”

Por el contrario, la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de Febrero de 2007 (Resolución número 102/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors), estimó procedente la atribución de la custodia compartida, atendiendo primordialmente a la voluntad del hijo mayor de querer estar con ambos progenitores, circunstancia establecida en el FD 3º, donde se dice que el hijo mayor “...manifestó, en varias ocasiones, que si bien vive con la madre le gustaría estar y permanecer más tiempo con el padre, y preguntado cuál era su propuesta ampliatoria, explicitó con detalle la equiparación de días con uno y con otro progenitor, hasta el extremo que su deseo no es otro que el de estar el mismo tiempo con su madre que con su padre, lo cual viene a coincidir precisamente, como se ha indicado al principio de la presente resolución, con la finalidad y naturaleza de la custodia compartida, esto es, la alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres. (...) En definitiva, se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida de ambos hijos con cada uno de sus progenitores.”

- ✓ Que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida.

En algunos casos se considera imprescindible el acuerdo o, al menos, la falta de oposición del otro progenitor. Al respecto la SAP

de Valencia, Sección 10ª, de 12 de junio de 2007 (Resolución número 398/2007, ponente: D. José Enrique de Motta), que en su FD 2º, denegó la solicitud de custodia compartida por existir desacuerdo entre los progenitores al respecto. De esta forma lo hace también la SAP de Madrid, Sección 24ª, de 3 de septiembre de 2007 (Resolución número 1054/2007, ponente: D. Ángel Sánchez Franco), en su FD 1º.

Sin embargo, el acuerdo no debe considerarse obstáculo, pues aunque es lo deseable de no ser así bastará una actitud contraria al sistema por parte del presunto guardador en exclusiva para alejar cualquier posibilidad de custodia compartida, colocándose en una posición privilegiada de decidir por sí sólo el sistema de guarda de los hijos comunes.¹⁸⁹

- ✓ La baja conflictividad entre los padres.

Es importante que la relación que los padres mantengan entre sí sea correcta, educada y adulta.¹⁹⁰ Debe probarse, por tanto, la capacidad de entendimiento, la colaboración, la coordinación y ayuda mutua, no obstante la ruptura personal, de ambos progenitores con el fin de procurar el mejor cuidado y óptimo desarrollo integral de

¹⁸⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Criterios de Atribución de la Custodia...”, Op. Cit., p. 14

¹⁹⁰ En este sentido, la SAP de Segovia, Sección 1ª, de 9 de Febrero de 2007 (Resolución número 25/2007, ponente: D. Andrés Palomo del Arco), en su FD 2º, sostiene: “...para que sea eficaz y no un sistema generador de continuos problemas, se precisa una actitud, un entendimiento y una colaboración en los padres...”. También la SAP de Bilbao, Sección 4ª, de 20 de marzo de 2007 (Resolución número 220/2007, ponente: Dª. Reyes Castresana García), en su FD 2º: Debe existir “...una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común, ya que en caso contrario dicha medida puede convertirse en el germen de un espacio de inestabilidad y conflictividad en el que naufraguen emocionalmente los menores...”.

los hijos.¹⁹¹ De lo contrario, el desarrollo de la custodia compartida en la práctica implicaría que los progenitores ejerzan el cuidado y educación de sus hijos de forma inconexa, estableciendo distintos hábitos y normas, lo que resulta desfavorable a los hijos.

Así, si existe una deteriorada, pésima, conflictiva o, simplemente, inviable relación, debe descartarse este sistema de guarda.

En este sentido, la SAP de Murcia, Sección 1ª, de 5 de Febrero de 2007 (Resolución número 43/2007, ponente: D. Francisco Carrillo Vinader), FD 2º: La mala relación de los padres ha resultado constituir un maltrato emocional para la hija que le ha causado graves padecimientos psíquicos. También la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 14 de mayo de 2008 (Resolución número 343/2008, ponente: Dª: Carmen Neira Vázquez), en su FD 2º: “Con todo lo que se dictamina no cabe sino confirmar la sentencia recurrida...debiendo desestimar también la solicitud de guarda compartida...que...requiere para su establecimiento unas condiciones y circunstancias concurrentes en...los...progenitores de los hijos...en orden a un proyecto común, comunicación y flexibilidad, ausentes por lo general, en el conflicto familiar objeto de la contienda judicial.”

Por el contrario, la SAP de Santander, Sección 2ª, de 3 de abril de 2007 (Resolución número 217/2007, ponente: D. Bruno Arias Berrioategortua. FD 5º) que a pesar de que la madre alegara falta de fluidez necesaria en las relaciones con el otro progenitor, se confirma la sentencia de instancia que otorgaba una custodia compartida.

¹⁹¹ SAP de Madrid, Sección 22ª de 9 de marzo de 2007 (Resolución número 171/2007, ponente: D. Eladio Galán Cáceres. FD 2º)

- ✓ Que se establezcan mecanismos ágiles y efectivos de comunicación entre los progenitores para la adaptación de lo programado a nuevas circunstancias imprevistas.

Es necesario que se implante un sistema de decisión común en determinadas cuestiones relevantes para el hijo, con la previsión de la forma en la que se resolverán los desacuerdos, sin que los mismos se judicialicen, en un plan de coparentalidad que puede ser elaborado con mecanismos como el de la mediación familiar.

- ✓ Que quede deslindada la idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de beneficios materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda, la percepción de pensiones, etc.

Por ejemplo, que el padre solicite la custodia compartida para que no se otorgue a la madre el uso de la vivienda.¹⁹² Al respecto, la SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 25 de julio de 2007 (Resolución número 539/2007, ponente: Dª. María José Pérez Tormo), denegó la custodia compartida solicitada por el padre, argumentando en su FD 3º, que “En el caso de autos el recurrente manifiesta su intención de asumir de forma compartida la guarda y custodia de las hijas comunes, pero su intención final, según se trasluce del informe del gabinete psicosocial, es recuperar el uso de la vivienda familiar, lo que no puede determinar la estimación del recurso como pretende el recurrente.”

¹⁹² ALASCIO CARRASCO, Laura/MARÍN GARCÍA, Ignacio: “Juntos Pero No Revueltos: La Custodia Compartida en el Nuevo Art. 92 CC. La Reforma del Art. 92 CC por la Ley 15/2005, de 8 de Julio”, InDret, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), número 3, julio 2007, Barcelona, p. 16

Podemos decir, entonces, que la ponderación de todos los criterios, según las circunstancias del caso, será la clave para determinar si la guarda y custodia compartida constituye un sistema viable para su adopción y no deberán recogerse consideraciones, opiniones o pareceres sobre este sistema en abstracto, sino la existencia o inexistencia de las circunstancias propicias que determinan la procedencia o no de este sistema.¹⁹³

Al respecto, es necesario destacar la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTs, Sala 1º de lo Civil, de 8 de octubre de 2009 (número de resolución: 623/2009), 10 de marzo de 2010 (número de recurso: 319/2008) y 11 de marzo de 2010 (número de resolución: 94/2010), que adquiere una relevancia sustancial pues impone al Juez la necesidad de motivar la concesión o denegación del sistema de custodia compartida en criterios fiables que no supongan una crítica infundada, oculta o no, a la dinámica del mismo, dada sus características especiales.

Así, la Sentencia de 8 de octubre de 2009, en su FD 5º, dice: “La sentencia recurrida hace alusión a una lista de criterios que la propia Sala había utilizado en una sentencia anterior, pero que no usó en la sentencia recurrida para revocar la de 1ª Instancia que sí acordó la guarda y custodia compartida. Por tanto, al no basar la argumentación en ningún criterio fiable, ni los propios, ni los que a título de ejemplo se han especificado en el párrafo anterior, debe

¹⁹³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Criterios de Atribución de la Custodia...”, Op. Cit., p. 18 y 19; SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 237

concluirse que falta motivación, por lo que procede la anulación de la sentencia.”

Por su parte, la Sentencia de 11 de marzo de 2010, en su FD 2º, expresamente rechaza como criterio para la resolución del conflicto “...los que utiliza la Sala de instancia, relativos uno, a la que denomina ‘deslocalización’ de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda (refiriéndose a la compartida), y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en ‘un premio o un castigo’ al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial..”

Los criterios recogidos en dichas sentencias, que deben tenerse en cuenta para decidir la custodia compartida en sede contenciosa, son los siguientes: “La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.¹⁹⁴

También es preciso destacar el caso resuelto por la STS, Sala 1ª de lo Civil, de 1 de octubre de 2010 (Recurso número 681/2007,

¹⁹⁴ SSTS de 8 de octubre de 2009 (FD 5º) de 10 y 11 de marzo de 2010 (FD 4º y 2º, respectivamente)

ponente: D^a. Encarnación Roca Trías) señalado en su FD 6º en el que consta que la AP en su sentencia había revocado la guarda y custodia compartida adoptada por el Juez de Primera Instancia argumentando: a) que no es criterio de la Sala acordarla excepto en casos excepcionales; b) que los padres no la adoptaron en el convenio regulador; c) que el informe emitido en la primera instancia no la aconsejaba claramente. Ante dichos argumentos, el TS enfatiza que la medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del niño, “que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas”, asimismo, aún cuando los padres no acordaron dicho sistema de guarda en el convenio regulador, “las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo”, por ello, la Sala entiende que a la vista de los anteriores razonamientos, debe confirmar la sentencia pronunciada en la primera instancia, acordando la guarda y custodia compartida del niño, a la vista del informe favorable del Ministerio fiscal y teniendo en cuenta los informes de los servicios psico-sociales, que se mostraban favorables a dicho régimen.

2.10.1 El Criterio de Continuidad en la atribución de la Guarda y Custodia Compartida.

Este criterio tiene como objetivo procurar la estabilidad en la vida de los hijos pues visualiza las relaciones posteriores al divorcio

como continuación de la familia intacta, de forma que el entorno habitual de los hijos y sus relaciones anteriores a la ruptura matrimonial serán básicamente los mismos.¹⁹⁵

Acertadamente, **ROMERO COLOMA**¹⁹⁶ considera que la custodia compartida significa y supone, continuar con las mismas atribuciones paterno-filiales ejercidas antes de la ruptura, así como la responsabilidad y vinculación continuada de ambos progenitores en las decisiones relacionadas con el bienestar de los hijos en las cuestiones de educación, cuidado médico, manutención y desarrollo emocional, moral y religioso.

Se trata, entonces, de procurar la continuidad en la estabilidad emocional y psicológica del hijo, y de los deberes y derechos que los progenitores tienen respecto de aquellos.

Durante el desarrollo del presente capítulo nos hemos dedicado a conocer los aspectos y contenido de la guarda y custodia compartida; de las cuestiones jurídicas me ocuparé en los capítulos posteriores. Finalmente corresponde hacer un breve estudio del efecto negativo que comporta el establecimiento tradicional de la guarda y custodia exclusiva.

¹⁹⁵ Al respecto, Vid. ampliamente, GARRIGA GORINA, Margarita: “El Criterio de la Continuidad frente a la Guarda Conjunta”, *InDret*, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), número 3, julio 2008, Barcelona, p. 10

¹⁹⁶ ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La Guarda y Custodia Compartida...”, *Op. Cit.*, p. 9.

2.11 REFERENCIA AL EFECTO NEGATIVO DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA.

En la custodia exclusiva, al progenitor que haya sido designado guardador -casi siempre la madre- le corresponde de forma unilateral las facultades y deberes que engloba la figura de la guarda y custodia durante la minoría de edad de los hijos, salvo que se produzca alguna circunstancia que recomiende el cambio de guardador.

Este sistema de guarda conlleva, en la mayoría de casos, que los hijos pasen a ser una especie de “propiedad” de la madre, quien en la práctica ejercerá todas las funciones inherentes a la patria potestad (velar por los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos, cuidarlos, etc.).¹⁹⁷ En ese sentido, para la madre resulta una carga excesiva el desempeño en solitario de la dirección de la familia que hasta entonces había compartido con su cónyuge o pareja. Aunado a ello, está el empeoramiento de la situación económica de la familia y las repercusiones psicológicas en los hijos, todo esto como consecuencia de la separación.

Dicha situación genera en la madre ansiedad, miedo al fracaso y, como reacción a todo ello, la creación de una relación con sus hijos de mayor dependencia afectiva. Circunstancia que a su vez tiene repercusiones graves sobre los niños (agresividad, o por el contrario pasividad excesiva, malos resultados académicos, etc.).

¹⁹⁷ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 211

Mientras tanto, la relación padre-hijo, generalmente los fines de semana, se vuelve superficial y convencional, lo que genera como consecuencia que el padre pierda un papel verdadero en la crianza de sus hijos.¹⁹⁸

La situación derivada de la ruptura de pareja debe de ser contemplada desde una perspectiva diferente en la que ambos progenitores deben de participar en todo lo relacionado con la educación, crianza y cuidado de sus hijos.

Entonces, este esquema de guarda exclusiva genera una situación permanente de conflictos que se aprecia en dos sentidos:¹⁹⁹

1. Conflicto por reivindicación: El progenitor que se percibe desmejorado reclama mayor implicación y corresponsabilidad en el proceso educativo y en la relación afectiva con los hijos. Además, se niega a ser visto por ellos como una persona que los visita cada cierto tiempo, o como un mero pagador de facturas. Este comportamiento tiende a ser interpretado por el progenitor custodio como una invasión de su espacio, que tratará de defender a toda costa, hasta el punto, si lo considera necesario, de poner a los hijos en contra de su otro progenitor.²⁰⁰

¹⁹⁸ GARCÍA PASTOR, Milagros: “La Situación Jurídica...”, Op. Cit. pp. 96-97

¹⁹⁹ ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida. Una Perspectiva Sociológica. Función del Mediador”, en ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Mediación: Una Visión Plural. Diversos Campos de Aplicación”, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005, p. 91

²⁰⁰ Este comportamiento se asocia a conductas conflictivas, sentimientos de rencor, inmadurez, etc.

2. Conflicto por abandono: Este se produce cuando uno de los progenitores no se siente parte activa y reconocida en su función de padre/madre, por lo que termina distanciándose progresivamente y se desentiende de sus responsabilidades, sin tomar en consideración las consecuencias negativas y frustrantes que todo ello tiene tanto para los hijos como para la propia identidad parental.

Al respecto, **ORTUÑO MUÑOZ**²⁰¹ comenta que “el sistema legal restrictivo en cuanto al ejercicio conjunto, la vinculación de este sistema al de la culpabilidad de la ruptura conyugal, y una práctica forense recelosa de los sistemas compartidos, ha consolidado una normalización del desentendimiento paterno del padre que, con datos abrumadores, ha desistido de cumplir estas funciones de forma relevante, y ha optado porque sea la madre la que habitualmente se quede con los hijos”.

Asimismo, la SAP de Valencia, Sección 6ª, de 3 de octubre de 1997 (Resolución número 813/1997, ponente: D. Vicente Ortega Llorca), en su FD 5º, señalaba que “el régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias al otro con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de

²⁰¹ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., p. 42.

convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor.”

Por otro lado, la atribución de la custodia a uno de los progenitores con un régimen de visitas, comunicación y estancias muy rígido, es el resultado de una relación típica de enfrentamientos frecuentes, marcada por el rencor mutuo y el odio generado en la situación previa a la ruptura o durante la época de crisis conyugal.

De este parecer es **TENA PIAZUELO**,²⁰² argumentando que este régimen parece asociarse al conflicto, a la tensión y al descuido del favor filii. Como consecuencia de lo anterior, suelen presentarse en este contexto rechazos de los hijos a comunicarse con el progenitor no custodio, pues la tensión existente les fuerza a tomar partido y, aún cuando no se promuevan estas conductas de forma consciente, las adoptan los hijos para mostrar su agradecimiento a quien directamente cuida de ellos.

Este sistema unilateral de guarda se caracteriza, además, por la no colaboración, de tal forma que es necesaria la imposición de normas y reglas por parte del Juez en la sentencia. Los continuos enfrentamientos provocan una espiral de incumplimientos de obligaciones de hacer (pago de pensiones) y en muchos casos en las visitas, por lo que en algún momento necesitarán de la utilización de los puntos de encuentro familiar para normalizar las relaciones de los hijos con sus progenitores.

²⁰² TENA PIAZUELO, Isaac: “La Guarda Compartida y las Nuevas Relaciones de Familia”, en Revista Jurídica Aequalitas, número 18, enero-julio 2006, Zaragoza, España, p. 33

En este sentido, tal como apunta **HERNANDO RAMOS**,²⁰³ el sistema de custodia exclusiva contribuye a empeorar la relación entre los padres y de estos con los hijos debido al grado de desigualdad fáctica y sobre todo económica que se produce con la nueva situación que se va a establecer a partir de la ruptura entre ambos.

En este punto es necesario advertir que cuando los padres se separan, el “mejor interés del niño” consistirá en evitarle la separación psicológica y emocional de cualquiera de sus progenitores y estimularlo para que mantenga unas relaciones positivas con ambos.²⁰⁴

En ese sentido, los hijos dentro del sistema de guarda y custodia compartida encuentran un mayor grado de estabilidad psicológica y emocional, con lo que resulta menos traumático para ellos adaptarse a la nueva situación familiar. De esta manera, se evita el divorcio parental²⁰⁵ y se da continuidad a las relaciones de los hijos con ambos progenitores, a pesar de la ruptura de estos.

²⁰³ HERNANDO RAMOS, Susana: “El Informe del Ministerio Fiscal...” Op. Cit., p. 2.

²⁰⁴ CANTÓN DUARTE, José: “Adaptación de los Hijos de Divorciados”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, primera edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 98

²⁰⁵ “El divorcio parental se da cuando el padre, o en su caso la madre (lo que habitualmente es más infrecuente) se aleja abrupta o paulatinamente de los hijos, motivado frecuentemente por su comportamiento aprendido y asignado, <<exigido>>, por la sociedad. [...]. La desvinculación que se produce entre el padre y el hijo no sólo es física, sino también afectiva, emocional, pues la desvinculación va a suponer la brusca desaparición del padre de los escenarios de la vida cotidiana del hijo, de sus ritmos, experiencias, sentimientos, expectativas”. Vid. LUJÁN, ROMERO y SÁNCHEZ: “Las Figuras Parentales y la Patología del Vínculo en las Relaciones Padre-Hijos. Funciones de la Mediación Familiar”, comunicación presentada en el Congreso Mundial sobre Derechos de la Niñez y la Adolescencia, celebrado los días 14 a 19 de noviembre de 2007, p. 8. Citado por LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: “La Mediación Familiar...”, Op. Cit., p. 398

Además, con este sistema, ambos progenitores son conscientes de la responsabilidad que tienen en la educación, crianza, cuidado y atención de sus hijos, y que los deberes y obligaciones para con estos continúan aún después de la ruptura. Esta situación genera la participación activa de los progenitores en la vida de sus hijos, quienes resultan mayormente beneficiados.

Por ello, establecer un sistema de custodia compartida implica la posibilidad de que ambos progenitores continúen a cargo de las cuestiones de gran relevancia en el desarrollo del niño, de forma igualitaria o ecuaníme frente a un sistema de custodia exclusiva, donde solo uno de ellos tiene acceso a las mismas.²⁰⁶

²⁰⁶ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: “Ejercicio de la Patria Potestad...”, Op. Cit., p. 88

CAPÍTULO III

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

3.1 LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

Esta temática la estudiaremos desde una doble perspectiva, antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio y posterior a ella.

3.1.1 Antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio.

En relación a la guarda y custodia compartida, concretamente, los Arts. 92 y 159 del CC, no regulaban lo referente a esta modalidad de guarda, sin embargo, al existir el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges y la regla general del ejercicio compartido de la patria potestad, se aceptaba su viabilidad legal, aunque excepcionalmente.²⁰⁷

²⁰⁷ Al respecto, MONTERO AROCA, Juan: (“Guarda y Custodia de los Hijos”, Op. Cit., p. 33.) sostiene que “este sistema (guarda y custodia compartida) no goza de la preferencia de los tribunales, aunque no puede desconocerse que existe una línea jurisprudencial que, primero, la estima posible legalmente y, después, la considera practicable en la realidad. Debe admitirse que se trata de una línea minoritaria”. Vid., también MONTERO AROCA, Juan: “El Convenio Regulador en la Separación y en el Divorcio”, Editorial Tirant lo Blanch, Edición no definida, Valencia, España, 2002, p. 115.

En esta misma línea la SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 6 de octubre de 2004 (Resolución número 398/2004, ponente: D. Miguel Cabrera Barbosa), en su FD 2º, señaló que “es cierto que no puede descartarse en

Así, la SAP de Castellón de la Plana, Sección 2ª, de 14 de octubre de 2003 (Resolución número 279/2003, ponente: D. José Luis Antón Blanco), en su FD 2º, afirma que: “Cierto es que a la hora de fijar la guarda y custodia, conforme a los arts. 90.A) y 92 párrafo 4º deberá indicarse la persona a cuyo cuidado deban quedarse los hijos sujetos a patria potestad, siendo por lo tanto normal que se designe a uno de los progenitores, y no a los dos. Por lo tanto es innegable que ha de ser excepcional el comportamiento de tal tarea, generalmente y por lo que la experiencia enseña tan excepcional como la buena relación entre los cónyuges, que es lo que permite la observancia del régimen, entre quienes son capaces de postergar su desencuentro personal, por el beneficio del hijo común. Cabe excepcionalmente entonces, y siempre que las circunstancias objetivas lo propicien, el compartimiento de la custodia y sin perder de vista, naturalmente, el principio rector en la materia, el *bonnum fillii*.”

Para algunos, la custodia debía concederse a uno u otro de los progenitores, puesto que si se concedía de forma compartida, los

casos muy concretos la aplicación de la guarda y custodia compartida, lo cual aunque no se recoja por el momento en nuestro Código Civil tampoco queda prohibida, ya que lo señalado por el párrafo 4 del Art. 92 de dicho Código se refiere a la decisión que debe tomar el Juez respecto de cuál de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos, pero ello no debe de ser entendido como norma general, pues es innegable que el niño precisa de un entorno estable para su formación integral”.

En cambio, la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 10 de febrero de 2005 (Resolución número 53/2005, ponente: Dª Margarita Noblejas Negrillo), en su FD 2º, estableció “que la posibilidad de acordar un régimen de guarda y custodia compartida no es contrario a las previsiones de los Arts. 76.1 y 82.2 del Código de Familia Catalán, ni de los Arts. 81, 86, 90.A) y 103 del CC, pues obedece a circunstancias procedentes y concurrentes apreciadas en torno al favorecimiento del interés de los menores, sin olvidar la realidad social, que en casos concretos, presenta posibilidades favorables al mantenimiento de esa guarda y custodia compartida en tanto no resulte perjudicial sino enriquecedora para el desarrollo de los mismos.”

problemas podrían ser realmente graves. Muchas veces se adoptarían decisiones contradictorias, llevando en ello la carga de la crítica al otro progenitor.²⁰⁸

Por el contrario **NAVARRO FAJARDO**,²⁰⁹ se mostraba a favor de la alternancia en la responsabilidad de los hijos y agregaba que un correcto desenvolvimiento de los principios constitucionales de igualdad ante la ley (Art. 14 de la CE) y del derecho a contraer matrimonio en igualdad jurídica consagrado en el Art. 32 de la CE (interpretado en el sentido de que dicha igualdad no existe sólo al momento de contraer matrimonio sino también durante su vigencia y disolución), conducía a la eliminación de toda desigualdad en el trato de los progenitores (varones) para la atribución de la guarda y custodia de los hijos una vez sobrevinida la ruptura.

En tal sentido, la primera condición que debía verificarse era la concesión de tiempos iguales a los progenitores para el cumplimiento del cuidado personal de los hijos. No se trataba de defender la superioridad del derecho de los padres a estar en compañía de sus hijos sobre el *bonum filli*, sino de armonizar ambos principios. La no

²⁰⁸ LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel (“El Procedimiento Contencioso de Separación y Divorcio: Guía Práctica y Jurisprudencia”, Editorial Colex, Séptima Edición, Madrid, España, 2003, p. 172) además sostenía: “como la petición sobre la custodia de los hijos ha de ir dirigida a lo que sea más beneficioso para ellos, no siempre lo ha de ser que la custodia la tengan ambos progenitores de forma alternativa bajo el pretexto de que así son ambos padres los que pueden influir en la educación de los menores y participar de su formación integral, pues el cambio de vivienda, de usos y costumbres e incluso de la forma de relación entre uno y otro de los progenitores, pueden producir desconcierto en los niños”.

²⁰⁹ NAVARRO FAJARDO, J.: “El Derecho a la Custodia de los Hijos de los Padres Separados”, BIMJ, año XXXIII, núm. 1,189, 2, 1979, Pp. 4-5. Citado por LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida de los Hijos”, Editorial La Ley, Madrid, 2008, Pp. 414 y 415.

discriminación de los progenitores por razón de su sexo y el supremo interés de los hijos no eran antitéticos, sino complementarios.

Así mismo, **RAMÍREZ GONZÁLEZ-ARBULO RUFANCOS**²¹⁰ sostienen que la custodia compartida es la mejor fórmula posible y que si bien no es una panacea universal, si puede ser útil cuando se dan ciertos requisitos (comunalidad educativa y de entorno y mínima disposición a la coparentalidad). Añaden que sería necesario explicar y tabular los criterios de atribución de las custodias infantiles, pues dicha regulación reduciría la arbitrariedad judicial y orientaría en particular a los magistrados no especializados en la materia.

Jurisprudencialmente,²¹¹ se atendía a la adecuación de la custodia compartida a la realidad del caso concreto y es en este ámbito en el que no siempre era fácil encontrar sentencias que admitieran la guarda compartida.²¹² En general se partía de la consideración de que este sistema de guarda era poco aconsejable,²¹³ pero aún así se admitía en algunos casos.²¹⁴

²¹⁰ RAMÍREZ GONZÁLEZ, Marta; ARBULO RUFANCOS, Begoña: “¿Cómo Actuaríamos si Los Menores Fuesen Nuestros Clientes?”, en VV.AA: “Los Hijos Menores de Edad en Situación de Crisis Matrimonial”, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2002, p. 281

²¹¹ Vid. TAPIA PARREÑO, José Jaime: “La Custodia Compartida en la Doctrina de las Audiencias Provinciales” en “Custodia Compartida y Protección de Menores”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pp. 216-219; PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 48-52

²¹² MONTERO AROCA, Juan: “Guarda y Custodia de los Hijos”, Op. Cit., p. 34-35. Cfr. MONTERO AROCA, Juan: “El Convenio Regulador...” Op. Cit., p. 116-117

²¹³ ESPARZA OLCINA, Carlos: “La Guarda Compartida”, Op. Cit. p. 203-207

En este sentido, la SAP de Palencia, Sección 1ª, de 13 de febrero de 2001 (Resolución número 45/2001, ponente: D. Ángel Santiago Martínez García), en su FD 3º, dice: “la custodia compartida resulta claramente perjudicial para los intereses de la menor”. En el mismo sentido la SAP de Guadalajara,

Los Jueces de Primera Instancia estimaban, en general, que la guarda y custodia compartida presentaba mayores inconvenientes que ventajas, así al denegar este sistema ponían de manifiesto que era preferible que las circunstancias geográficas y sociales no perjudicaran el entorno del hijo con un excesivo peregrinaje del domicilio de un progenitor al del otro. Por su parte las Audiencias, aunque menos reacias a este tipo de cuidado, la admitían²¹⁵ sólo excepcionalmente, a petición de ambos progenitores y siempre que su relación fuere relativamente aceptable, es decir, era imprescindible que no se apreciara conflictividad²¹⁶ entre los progenitores.

Sección 1ª, de 9 de abril de 2002 (Resolución número 126/2002, ponente: Dª María Ángeles Martínez Domínguez), FD 1º.

También, la SAP de Girona, Sección 2ª, de 9 de febrero de 2000 (Resolución número 65/2000, ponente: D. José Isidro Rey Huidobro), en su FD 2º, consideró a la guarda compartida como una “permanente fuente de conflictos con repercusión perniciosa en el estado de los hijos menores (...)”.

Asimismo, la SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 22 de julio de 2004 (Resolución número 495/2004, ponente: Dª Montserrat Nebrera González), establece en su FD 2º que “la guarda compartida genera inseguridad en los efectos económicos y en la identificación de la persona responsable en primera instancia del seguimiento de los avatares de la menor, máxime cuando, como en el presente caso, se trata de una adolescente (...)”.

²¹⁴ Por ejemplo, la SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22 de abril de 1999 (Resolución número 379/1999, ponente: D. Vicente Ortega Llorca), en la cual la guarda compartida se adopta de oficio por el Juez (FD 6º).

²¹⁵ En este sentido, la SAP de Girona, Sección 2ª, de 20 de octubre de 2004 (Resolución número 342/2004, ponente: D. Joaquim Fernández Font), que, en su FD 1º, señalaba que difícilmente se puede ignorar que el sistema de guarda y custodia compartida es cada vez más frecuente en los pactos entre parejas rotas, sean matrimoniales o no.

Por su parte, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 25 de octubre de 2002 (Rollo número 1067/1998, ponente D. José Ángel Chamorro Valdés), confirmaba la sentencia de primera instancia que fijó un sistema de guarda compartida por periodos de tres meses, argumentando la Sala, con base en el informe pericial psicológico, que ambos progenitores reunían condiciones para asumir la guarda y custodia y que ambos podían brindar a los hijos un medio organizado y establecer cuidados, afecto y atención (FD 3º).

²¹⁶ En ese sentido, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 9 de julio 2004

Así, La SAP de Valencia, Sección 10ª, de 7 de junio de 2005 (Resolución número 343/2005, ponente: D. José Bonet Navarro), desestima el recurso de apelación interpuesto por el padre de la hija por el que se solicitaba la atribución de la guarda compartida de la misma. La Sala, aunque considera que existen circunstancias “parcialmente favorables” para el establecimiento de la custodia compartida, no acoge la pretensión paterna por entender que es necesaria para su efectividad “la actitud positiva de ambas partes” (padre y madre) “porque la compartida es una forma de guarda muy exigente en cuanto a sus presupuestos de adopción” (FD 2º). De este modo, la actitud reticente de la madre es causa suficiente, a juicio del Tribunal, para rechazar este sistema de custodia.

Por el contrario, la SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 17 de septiembre de 2004 (Resolución número 358/2004, ponente: D. Mariano Zaforteza Fortuny), confirmó la sentencia apelada que otorgó a ambos progenitores la custodia compartida de la hija, a pesar de la mala relación de aquellos, siendo determinante las consideraciones contenidas en el informe del Servei d’Infància, Adolescència i Família del Consell Insular de Menorca, en el cual se establecía que “una vez que se iniciaron los diálogos con los progenitores ambos priorizaron las necesidades de su hija, se concienciaron de la difícil situación emocional en la que se encontraba la misma y se dispusieron a buscar la solución de mutuo acuerdo...lo que dio como resultado el

(Resolución número 452/2004, ponente: D. José Ángel Chamorro Valdés), en su FD 3º, declaró que: “la guarda y custodia compartida requiere la existencia de armonía y una relación satisfactoria entre los progenitores que no concurren en el supuesto enjuiciado”.

régimen propuesto en dicho informe, y que fue recogido en la sentencia de primera instancia...” (FD 2º).

Por otro lado, para conceder la custodia compartida, también se insistía en la necesidad de estilos homogéneos de vida por parte de los progenitores, en la proximidad de los domicilios²¹⁷ de estos, así como en la alta edad de los hijos.²¹⁸ Por último, cabe destacar la necesidad de la ausencia de obstáculos laborales por parte de ambos progenitores y de contar con la anuencia de los correspondientes informes psicológicos.

Al no concurrir la totalidad de dichas circunstancias, se consideraba que el establecimiento de un sistema de custodia compartida podría constituir una fuente de conflictos que, inevitablemente, causarían perjuicio psicológico y emocional en el hijo, situación que era preciso evitar.

²¹⁷ Así, la SAP de Girona, Sección 2ª, de 28 de febrero de 2001 (Resolución número 108/2001, ponente: D. José Isidro Rey Huidobro), consideró adecuado para la hija, fijar el sistema de guarda compartida; valorando, entre otros, que “el hecho de tener ambos progenitores el domicilio en la misma localidad y en relativa proximidad, facilita los eventuales cambios domiciliarios y no afecta a las relaciones sociales de la hija (escolares, de amigas, actividades extra académicas) que pueden seguir manteniéndose sin cambio alguno”. (FD 3º)

²¹⁸ En ese sentido, la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª, de 28 de febrero de 2005 (Resolución número 90/2005, ponente: Dª. Mónica García de Yzaguirre), en su FD 2º, dijo: “tampoco son aconsejables las situaciones de custodia compartida como la que propugna el recurrente en menores de 12 años sin que exista acuerdo entre los progenitores”. También, la SAP de Lugo, Sección 2ª, de 26 de mayo de 2005 (Resolución número 188/2005, ponente: Dª. María Luisa Sandar Picado), denegó la solicitud del padre de una custodia compartida alterna por anualidades, por considerar que no era lo más idóneo para los intereses de la hija, dada su edad, y su opinión rechazando tal posibilidad. (FD 2º)

Existían también casos en los que se denegaba la adopción de la guarda y custodia compartida alegando que el legislador era contrario a este sistema al no haberlo incluido en el texto legal,²¹⁹ aunque, por otra parte, se aceptaba que no estaba prohibida y es sobre esta base y aunado a circunstancias que la justificaban, que se adoptaba dicho régimen en algunas sentencias.²²⁰

²¹⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. p. 113

Así, la SAP de Granada, Sección 3ª, de 30 de mayo de 2000 (Resolución número 490/2000, ponente: D. Antonio Mascaró Lazcano), que revocó la sentencia del Juez a quo que fijó un sistema de guarda y custodia compartida; argumentando, entre otros motivos, que el legislador no ha contemplado tal posibilidad. (FD 1º)

En el mismo sentido, la SAP de Palencia, Sección 1ª, de 10 de febrero de 1999 (Resolución número 36/1999, ponente: D. Mauricio Bugidos San José), señaló que “los Arts. 90 y 92 del Código Civil al regular la opción de custodia de los hijos en el supuesto de separación o divorcio de los padres, no prevén en concreto la posibilidad de que la custodia pueda ser concedida de forma compartida al padre y a la madre, aunque tampoco lo prohíben, pero del hecho de esa falta de previsión se revela que en la mente del legislador no estuvo la concesión de la custodia de ese modo con carácter general, sin duda ante la problemática que suscitaría en una situación de crisis matrimonial y, por lo tanto, de las relaciones entre los progenitores que éstos se hubieran de poner de acuerdo hasta para las cuestiones más mínimas en relación con el cuidado y atención de los hijos, razón por la cual, y si bien es cierto que una situación ideal podría derivar en esa atribución de custodia compartida, tal atribución, cuando se hace, lo es en base a una situación en que las circunstancias no sólo lo permitan sino que así lo aconsejen”. (FD 2º)

²²⁰ Así, la SAP de Girona, Sección 2ª, de 20 de octubre de 2004 (Resolución número 342/2004, ponente: D. Joaquim Fernández Font), confirmó la sentencia del Juez a quo que atribuyó la custodia compartida a ambos progenitores, considerando que “la legislación que se cita repetidamente como infringida no resulta aplicable al presente caso. La normativa que sí resulta de aplicación es el Codi de Família, y no el Art. 90 y demás concordantes del Código Civil. De la redacción del Art. 76.1.a del CF no se desprende una prohibición del régimen de custodia compartida entre los dos progenitores. Como mucho podría decirse que, al igual de lo que sucede con el Código Civil, dicha posibilidad no ha sido expresamente contemplada por el Legislador, pero lo que no puede afirmarse es que haya sido prohibida.” (FD 1º)

Así, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 25 de octubre de 2002 (Recurso número 1067/1998, ponente: D. José Ángel Chamorro Valdés), establecía un sistema de guarda compartida por periodos de tres meses bajo el argumento de que ambos progenitores reunían condiciones para asumirla y que ambos podían brindar a los hijos un medio organizado, estableciendo cuidados, afecto y atención. (FD 3º).

Por otro lado, este tipo de guarda debía solicitarse²²¹ por ambos progenitores²²² y, en algunos casos, se excluía la posibilidad de fijarla de oficio por el Juez.

Sin embargo, existían sentencias que fijaban de oficio²²³ la medida; la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 14 de marzo de 2005

²²¹ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María (“Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 200), destaca que la custodia compartida no era una medida demasiado solicitada; se pedía en un 22% de los casos de procedimientos contenciosos que son, aproximadamente, un 10% del total de divorcios. Agrega que entre el 80 y el 85% de los casos, la custodia de los hijos menores no es objeto de discusión en el seno de un procedimiento matrimonial.

²²² GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. p. 116

Así, la SAP de Girona, Sección 2ª, de 27 de enero de 2004 (Resolución número 29/2004, ponente: D. José Isidro Rey Huidobro. FD 2º) que exige predisposición de los dos progenitores al asumirla.

²²³ Fue pionera en decretar una custodia compartida de oficio la SAP de Valencia, Sección 6ª, de 1 de septiembre de 1997 (Rollo número 75/1996), y posteriormente la de 3 de octubre de 1997 (Resolución número 813/1997, ponente: D. Vicente Ortega Llorca. FD 6º), 22 de abril de 1999 (Resolución número 379/1999, ponente: D. Vicente Ortega Llorca. FD 8º) y de 2 de febrero de 2000 (Resolución número 116/2000, ponente: D. Vicente Ortega Llorca. FD 4º y 5º).

ROMERO COLOMA, Aurelia María (“La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 10.), opina que dejar a la iniciativa del Juez una decisión tan importante, una medida tan trascendental como lo es la guarda y custodia compartida es, cuanto menos, aventurarse a dictar una medida que, en muchas ocasiones, puede que no llegue a ser cumplida, ya que las circunstancias personales y profesionales (y laborales), así como los

(Resolución número 135/2005, ponente: D^a Margarita Noblejas Negrillo), se pronunció al respecto, de la adopción judicial de oficio de la custodia compartida, en su FD 2º: “Finalmente, en cuanto al caso interesa, hemos de señalar que la posibilidad de acordar un régimen de guarda y custodia compartida no es contrario a las previsiones de los Arts. 76.1 y 82.2 CF, ni de los Arts. 81, 86, 90 A) y 103 CC, pues obedece a circunstancias procedentes y concurrentes apreciadas en torno al favorecimiento del interés de los menores, sin olvidar la realidad social que en casos concretos presenta posibilidades favorables al mantenimiento de esa guarda y custodia compartida en tanto no resulte perjudicial sino enriquecedora para el desarrollo de los mismos. Por otro lado, al referirse la guarda y custodia a materia de interés público, es susceptible de ser tratada ampliamente por el órgano jurisdiccional, incluso de oficio, sin afectar al principio dispositivo, y siempre teniendo presente el interés de los menores, tal como proclama el Art. 92.2 CC y 82.2 CF, que prevalece, indiscutiblemente, por encima del interés de sus progenitores”.

RIVERO HERNÁNDEZ²²⁴ señalaba que habían muy pocos casos en los que se otorgaba una guarda compartida, concretamente en Cataluña se situaron casos entre el 1,53 y el 3,35%, con lo cual los Jueces de Primera Instancia estimaban, en general, que eran mayores los inconvenientes que las ventajas que comporta la guarda compartida.

domicilios de cada uno de los progenitores pueden llegar a hacer inviable —e imposible— esta medida.

²²⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: “Efectos de la Crisis Matrimonial Respecto de los Hijos. Estudio Judicial (Juzgados de Catalunya)”, Revista Jurídica de Catalunya, nº 3, 2003, p. 674

Por otro lado, es interesante la STC de 15 de enero de 2001,²²⁵ que denegó el amparo solicitado por la madre contra la SAP de Valencia, Sección 6ª, de 1 de septiembre de 1997 (Rollo número 75/1996) que había otorgado de oficio la custodia compartida del hijo a ambos progenitores, sin que el padre la hubiera solicitado en el recurso de apelación que impugnaba la sentencia de primera instancia que inicialmente atribuyó la guarda y custodia exclusiva a la madre. La Sala sostuvo que “en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de ius cogens, por tratarse de un instrumento al servicio del Derecho de familia. La naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional stricto sensu (aquella que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del Juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados (...), en ese sentido, la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la Sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir ex officio (...), por esa razón, el órgano de apelación, al modificar en interés del hijo el régimen de guarda y custodia decidido en la instancia, no hizo sino actuar las potestades que legalmente tiene atribuidas.”

En conclusión, la custodia compartida se reservaba para casos en que concurrían circunstancias especiales que así lo aconsejaban,

²²⁵ STC, Sala Segunda de 15 de enero de 2001, Resolución número 4/2001, ponente: D. Tomás S. Vives Antón, FD 4º.

siendo viable sólo a instancia de ambos padres y, excepcionalmente, cuando fuera rigurosamente avalada por la capacidad de ambos para ostentarla.

Hemos estudiado la situación de la custodia compartida antes de ser introducida jurídicamente en el Código Civil, ahora corresponde realizar el análisis de su introducción en dicho cuerpo legal.

3.1.2 Después de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio.

Para introducirnos en esta temática, es necesario partir de la actual redacción del Art. 92²²⁶ del CC, que fue reformado por la Ley 15/2005, dando como resultado la siguiente regulación:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

²²⁶ Este artículo ha sido redactado conforme a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 09-07-2005, pp. 24458-24461).

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento el régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se

refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Durante la tramitación del proceso de divorcio, el Juez debe adoptar ciertas medidas relacionadas con la guarda y custodia de los hijos. Así, el Art. 92 del CC, en su apartado primero, establece que “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos” y, en el segundo, que “el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, introduce de una manera expresa la figura de guarda y custodia compartida. Lo hace, en primer lugar, en la exposición de motivos, explicando que los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. Así mismo, nos dice, que se determinará la forma en que el hijo se relacionará con el progenitor que no conviva con él y se procurará la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad.

Con ello, la reforma del Código Civil acoge la necesidad de que se establezca una mayor implicación por parte del padre y la madre, tras la separación o divorcio, estableciendo la posibilidad de que ambos puedan obtener la custodia.

No obstante, las buenas intenciones del legislador, en dicha reforma no se concreta el contenido del sistema de custodia

compartida. Como primer punto, es preciso el estudio de la diversa terminología que utiliza el legislador para referirse a una misma figura. Veamos con detalle las diferentes opiniones de la doctrina al respecto.

3.1.2.1 Cuestiones terminológicas.

Es importante destacar la confusión²²⁷ del Legislador en cuanto a la definición de la figura que introduce con la Ley 15/2005, pues en su preámbulo habla de “ejercicio de forma compartida”, “guarda conjunta”²²⁸ y “guarda y custodia compartida”, de la misma manera lo hace en la redacción del Art. 92 del CC, en el cual relaciona estos términos, concretamente en los apartados 7 (guarda conjunta), 5 (ejercicio compartido de la guarda y custodia) y 8 (guarda y custodia compartida), utilizándolos indistintamente para referirse a una misma

²²⁷ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: (“El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., p. 62) considera que la confusión terminológica es reflejo de una confusión conceptual. Destaca que el pretendido efecto pedagógico exigía el uso de un lenguaje más cuidadoso y más apropiado con el principio que se pretende implantar, que es el de corresponsabilidad en el ejercicio de las funciones parentales. Además, agrega, que el legislador hubiera sido más congruente con la debida homogenización de la institución en el ámbito europeo que utiliza el término de ‘responsabilidad parental’ en lugar de ‘patria potestad’.

²²⁸ GARCÍA PASTOR, Milagros (“La Situación Jurídica...” Op. Cit., p. 100) sostiene que esta modalidad no es entendible sin un concepto amplio de guarda que englobe la responsabilidad general del niño. En este contexto esta fórmula quiere expresar que se encomienda la responsabilidad del niño a ambos progenitores y no el cuidado directo del mismo. Resalta, a su vez, que en España esta figura no tiene razón de ser, puesto que la guarda solo comprende el cuidado personal, y dado que este conlleva necesariamente la convivencia, solo uno de los progenitores puede ser guardador cuando los padres no conviven entre sí.

institución. Estas expresiones han sido objeto de críticas por la doctrina,²²⁹ como veremos a continuación.

Así, **PINTO ANDRADE**²³⁰ sostiene que esta guarda ni es conjunta ni se comparte, sino que se alterna entre los progenitores en el lugar de estancia y/o en el tiempo. Por ello, considera más adecuado hablar de “**custodia alterna,**²³¹ **alternada,**²³² **alternativa**²³³ **o sucesiva**”.

²²⁹ MONSERRAT QUINTANA, Antonio (“La Custodia Compartida...”, Op. Cit., Pp. 6 y 8) sostiene que si bien esa laxitud es aceptable desde el punto de vista del uso ordinario del lenguaje, no parece lo más adecuado en un texto legal tan importante como el Código Civil. Considera, además, que la expresión ‘custodia compartida’ es manifiestamente ambigua e incluso inapropiada debido a que el conjunto de derechos y deberes que derivan de la paternidad-maternidad resulta de difícil encaje en el término ‘custodia’ o en su homónimo ‘guarda’ pues las madres y los padres no *custodian*, ni *guardan* a sus hijos, sino que los tienen en su compañía y cuidado, cumpliendo el deber inalienable de promover y asegurar el desarrollo de su personalidad, que comprende la prestación de los alimentos en sentido amplio, pero también y casi sobre todo, asegurando la atmósfera afectiva que el hijo necesita para su desenvolvimiento personal y social. SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María (“Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 198) comenta que el legislador además de no definir dicha institución, no hace indicación de contenidos y de posibles variantes o modalidades.

²³⁰ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 41.

²³¹ Así, PÉREZ MAYOR, Adrián: (“La Entelequia de la Custodia Compartida o Alterna en los Procedimientos Contenciosos”, Revista Jurídica de Cataluña [Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona] número 3, julio-septiembre de 2007, pp. 807-818, La Ley [1397/2007], Barcelona, p. 809.) que considera este término como el que mejor se adapta a las características y circunstancias de la figura introducida en la Ley 15/2005. Señala, además, que si la custodia es convivencia y deriva del haz de derechos-deberes que comporta la potestad o responsabilidad parental sobre los hijos, mantener el término ‘custodia compartida’ resulta contradictorio y antinómico con lo que acaece tras la crisis conyugal, ya que lo que sí se dará es una custodia (como acción y efecto de custodiar) en exclusiva de uno y otro de los progenitores durante unos determinados periodos de tiempo.

²³² En este sentido, ROMERO COLOMA, Aurelia María (“La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 14) para quien el término ‘custodia compartida’ o ‘guarda compartida’ es inexacto desde el punto de vista gramatical pues se hace evidente que la guarda y custodia de los hijos, cuando los

En esta misma línea **TENA PIAZUELO**,²³⁴ sostiene que las denominaciones de custodia compartida o custodia conjunta, parecen sugerir, equivocadamente, que todavía se conserva una comunidad de vida entre los progenitores del hijo, cuando en realidad este tipo de guarda tiene como presupuesto básico la crisis de convivencia que provocan la ruptura de la pareja. Por ello considera correcto utilizar el término de “**guarda alternada**” pues supone que los padres se reparten por períodos mas o menos amplios la compañía o convivencia del hijo, sucediéndose o alternándose en el ejercicio de las funciones de guarda.

De igual manera, **SAN SEGUNDO MANUEL**²³⁵ considera que el término de custodia compartida sólo cabe cuando el núcleo familiar está unido. Señala, además, que se puede compartir la responsabilidad o la patria potestad, pero en ningún caso la custodia, pues cuando los progenitores están separados la ejerce uno u otro, pero no la comparten.²³⁶ Por lo que estima más exacto hablar de “**custodia alternativa**”.

progenitores están separados y/o divorciados, no puede ser, literalmente, compartida. Por tanto, opina que la dicción correcta es la de ‘**custodia alternada**’ o ‘**custodia por períodos alternados**’, y de la misma forma en lo referente a la dicción de ‘guarda’: ‘**guarda alternada**’ o ‘**guarda por períodos alternados**’. En el mismo sentido, DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María: “Instituciones Jurídicas de Protección...”, Op. Cit. P. 254

²³³ Vid. RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María: “La Custodia Compartida: Génesis...” Op. Cit., p. 146 y siguientes, TAMBORERO Y DEL PINO, Ramón: “La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit.; ESPARZA OLCINA, Carlos: “La Guarda Compartida”, Op. Cit. p. 202

²³⁴ TENA PIAZUELO, Isaac: “La Guarda Compartida...”, Op. Cit., p. 38

²³⁵ SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa: “Maltrato y Separación: Repercusiones...”, Op. Cit., p. 141

²³⁶ De igual forma, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis (“La Reforma del Código Civil en Materia de Separación y Divorcio”, en Revista Sepin Persona

Por su parte, **GUILARTE MARTÍN-CALERO**²³⁷ sostiene que la guarda ni es conjunta ni se comparte, sino que se alterna, dado que no hay una cotitularidad en la facultad de guarda sino una titularidad sucesiva o alterna. Siendo lo adecuado hablar de “**guarda o custodia alterna**²³⁸ **o alternativa**” en los casos en que las posiciones de guardador y titular del régimen de visitas, comunicación y estancias se alternan periódicamente, según lo dispuesto en el convenio regulador o en la sentencia de nulidad, separación o divorcio.

Por el contrario, **LATHROP GÓMEZ**²³⁹ aunque considera que la denominación “alternada o sucesiva” pone el énfasis en la rotación de residencias y, en este sentido, podría entenderse que es la designación más adecuada para referirse a la figura jurídica que regula la Ley 15/2005. No obstante, en su opinión, también lo es la de “**custodia compartida**” o “**custodia conjunta**” si por ellas

y Familia, número 45, junio de 2005, páginas 16 y siguientes; del mismo autor: “Reflexiones en Relación con...” Op. Cit., p. 92) sostiene que “no estamos aquí en rigor ante un supuesto de ‘custodia compartida’, sino de ‘custodia sucesiva o alternativa’, pues los progenitores no viven juntos, y no pueden en consecuencia compartir el cuidado cotidiano de los hijos.

²³⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 135, 155 y 179. En un artículo posterior llamado: “La Custodia Compartida Alternativa...”, Op. Cit., p. 13, esta autora, “consciente del arraigo de la expresión custodia compartida” considera “pertinente aludir en la denominación, a la alternancia definitoria de este sistema” y por ello termina inclinándose por la denominación ‘**custodia compartida alternativa**’.

²³⁸ Al respecto, GARCÍA PASTOR, Milagros (“La Situación Jurídica...” Op. Cit., p. 97) opina que estamos ante ‘Guarda Alternada’ cuando el hijo viva por periodos alternos con uno y otro de sus progenitores. En estos casos, la alternancia se establece a veces por periodos cortos (quince días o un mes) y otras veces por periodos largos (habitualmente por años).

²³⁹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida y Corresponsabilidad...”, Op. Cit., p. 10.

entendemos no sólo el ejercicio de la corresponsabilidad familiar, que alude a un principio mucho más amplio, sino también y, especialmente, a la participación en el cuidado propiamente dicho del hijo, independientemente de la alternancia de domicilios, pues, la custodia puede seguir compartiéndose aunque no exista una rotación estricta de residencias o la alternancia rigurosa de la convivencia.²⁴⁰ Así, agrega, el cuidado personal compartido de los hijos puede verificarse a través de diversos modelos de convivencia: a) mediante la designación de un progenitor principal con quien el hijo viva la mayor parte del tiempo; b) a través de una alternancia más o menos preestablecida del hijo en los domicilios de cada uno de sus padres, y c) más excepcionalmente, mediante la rotación parental en la vivienda asignada a los hijos.

De igual manera, **GODOY MORENO**²⁴¹ opina que el término “*guarda y custodia compartida*” es absolutamente válido para definir todas aquellas situaciones en que la potestad-función de cuidado del hijo es referida respecto de ambos progenitores, pues el participio “compartida”, no añade más connotación al concepto de guarda que el de considerar que la titularidad de esta potestad es ostentada por más de un sujeto, en concreto por el padre y la madre.

²⁴⁰ En el mismo sentido, DE PÁRAMO ARGÜELLES, Matilde (“La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit. p. 4) para quien las denominaciones insertas en el Art. 92 del CC son mas bien una determinación terminológica aleatoria y que, junto con la Jurisprudencia y la doctrina, presuponen el principio general de correspondencia parental. Esto es, se está definiendo el sistema que regirá el cuidado personal del hijo, sin necesidad de habitar bajo el mismo techo con él.

²⁴¹ GODOY MORENO, Amparo: “La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 8.

A nuestro juicio, no debe hacerse una interpretación estricta del término “compartida”, pues aunque los progenitores no convivan simultáneamente con los hijos, sí están compartiendo el cuidado alternativamente. Es por esto que considero correcta la denominación de guarda y custodia compartida o guarda y custodia compartida alternativa, mejor esta última para denotar la realidad en la alternancia que existe en el cuidado que los progenitores hacen de sus hijos en cada momento que los tienen consigo.

3.1.2.2 Tendencia doctrinal respecto a la introducción de la guarda y custodia compartida en la Ley 15/2005.

Parte de la doctrina se muestra reticente²⁴² a este sistema de guarda, sobre todo cuando no es solicitada por ambas partes, asimismo se dice que no existen pautas de actuación o de valoración

²⁴² VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos (“Matrimonio y Divorcio”, Op. Cit., p. 170), considera que el dejar al hijo bajo el cuidado de uno solo de sus progenitores, sin perjuicio de que el ejercicio de la patria potestad sea ejercido de forma conjunta (tomar decisiones importantes acerca de la salud o educación, por ejemplo), es algo en lo que se ha insistido siempre con buen tino y criterio sano. Asimismo, sostiene que tratar de conformar a todos con esta solución (guarda y custodia compartida), que en la práctica no tiene buena cara, es jugar malignamente con los intereses del niño, pues no hay manera de adoptar dicho régimen sin fastidiarlo, salvo que cada uno de los padres viva en una casa distinta, aunque separadas por una pared medianera; En tal supuesto, para el hijo será lo mismo entrar a su casa por un puerta vecina, porque en una casa estará su madre y en la otra, su padre. Concluye que esta forma de custodia no es ni cercanamente posible si los padres viven separados por una enorme distancia o en pueblos vecinos. Por lo que, ese niño jamás tendrá amigos duraderos, ni un ambiente normalizado por los usos y costumbres.

GODOY MORENO, Amparo (“La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 3.) opina que el sistema de custodia compartida no es *per se* ni intrínsecamente bueno, ni intrínsecamente malo, tan sólo acoge tales calificativos cuando la adaptación de sus planteamientos jurídico-teóricos se hace con fortuna o sin ella, respecto de la situación que se da en la realidad de las cosas.

del modo en que esta custodia compartida se puede llevar a la práctica.

En el aspecto económico se argumenta que el principal problema en este sistema de custodia deviene en el elevado coste económico que supone a causa de la duplicación de gastos y de la generación de gastos nuevos, como el derivado de adquirir una vivienda con unas características y ubicación determinadas.²⁴³

También se discute que la alternabilidad en la guarda de los hijos con cada uno de sus progenitores en períodos similares, es algo que destruye toda idea de protección de los intereses del hijo.²⁴⁴

Por el contrario, **TORRES PEREA**²⁴⁵ concluye que la única vía para conseguir que el hijo se sienta integrado tanto en el entorno de su madre como el de su padre es mediante el ejercicio compartido de la guarda y custodia. Afirmando que, en muchas ocasiones cuando uno de los progenitores crea una nueva familia, las visitas esporádicas de su hijo, pueden hacerle sentir un intruso en el nuevo núcleo familiar paterno.

²⁴³ ALASCIO CARRASCO, Laura/MARÍN GARCÍA, Ignacio: “Juntos Pero No Revueltos...”, Op. Cit., p. 20

²⁴⁴ Al respecto, RODRÍGUEZ, Tayli A. (“Custodia Compartida: Una Alternativa que Apuesta por la no Disolución de la Familia”, en Revista Futuros, número 9, Volumen III, Sección Prevención y Resolución de Conflictos, 2005. <http://www.revistafuturos.info>), sostiene que la simple alternancia no provoca ningún trastorno en el menor y que, lo que si puede ocasionar serios daños es la conducta irreflexiva y enfrentada de los padres; aun así es siempre menor que los severos traumas que acarrea la ausencia de uno de los progenitores durante la infancia y la adolescencia.

²⁴⁵ TORRES PEREA, José Manuel de: “Interés del Menor y Derecho...” Op. Cit., p. 258

En esta línea **SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS**²⁴⁶ argumenta que la custodia compartida garantiza el derecho de los hijos a mantener su imprescindible relación con sus padres cuando la convivencia se rompe.

GUILARTE MARTÍN-CALERO,²⁴⁷ la considera como un sistema más de guarda y custodia, válido y eficaz si se dan las circunstancias que recomiendan su adopción.

Por su parte, **GONZÁLEZ MORENO**²⁴⁸ señala que la custodia compartida es una de las principales medidas de política legislativa para implementar el principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el seno de las relaciones familiares. En ese sentido, solo mediante el ejercicio compartido de la guarda de los hijos después de la ruptura de la convivencia, se puede impulsar un cambio social que mantenga el reparto equilibrado del cuidado y atención de los hijos como una corresponsabilidad parental, independiente de la relación afectiva y de la convivencia de la pareja.

HERRERA CAMPOS,²⁴⁹ sostiene que por medio de la custodia compartida se puede entender que lo que se quiere es sencillamente mantener una normalidad familiar como sino se hubiera producido la

²⁴⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: “Propuesta de Nueva Reforma del Artículo 92 del Código Civil con el Reconocimiento de la Custodia Compartida como Régimen Preferente y Consecuencia Necesaria del Principio de Corresponsabilidad”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009 p. 162

²⁴⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 154

²⁴⁸ GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: “El Principio de Igualdad...”, Op. Cit., p. 408.

²⁴⁹ HERRERA CAMPOS, Ramón: “Algunas Consideraciones Entorno...”, Op. Cit., p. 142.

ruptura de la pareja y, la única diferencia con la situación anterior a la ruptura, es que los progenitores ya no viven juntos.²⁵⁰ Entonces, lo que se pretende es que los hijos noten lo menos posible la ruptura de la vida familiar.

Finalmente, **ROSALES**²⁵¹ opina que solo la custodia compartida, siempre que sea posible, puede asegurar que los hijos sufran lo menos posible las desavenencias derivadas de la ruptura de sus padres, garantizando, además, que los hijos no experimenten el divorcio parental del progenitor que se ve obligado a abandonar el domicilio familiar.

3.1.2.3 Sobre la regulación de la guarda y custodia compartida en la Ley 15/2005 de 8 de julio.

La doctrina²⁵² es unánime en cuanto a las críticas que genera la regulación de la guarda y custodia compartida en el Art. 92 del

²⁵⁰ En ese sentido, PINTO ANDRADE, Cristóbal (“La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 43), sostiene que la custodia compartida se caracteriza por tratar de crear la ficción consistente en procurar el mantenimiento de una normalidad familiar que realmente se ha perdido: todo queda más o menos igual en cuanto a la relación que tienen los hijos con sus progenitores, con la salvedad de que estos ya no viven juntos.

PÉREZ GALVÁN, María (“Problemas Prácticos en el Régimen de Guarda y Custodia Compartida”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Tribuna, Editorial La Ley, p. 1.) considera que el sistema de guarda y custodia unilateral, salvo que esté así acordado de mutuo acuerdo por las partes a la vista de las circunstancias de la familia, es el que menos se parece al que existe vigente en el matrimonio, y al deseable para que la familia siga existiendo con solidaridad.

²⁵¹ ROSALES, José Carlos: “Desigualdad y Exilio en la Custodia de los Hijos”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, primera edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 247

²⁵² PÉREZ MAYOR, Adrián (“La Entelequia de la Custodia Compartida...” Op. Cit., p. 813.) Opina que pretender la atribución de la custodia compartida en un

CC, podemos encontrar opiniones en las que se califica a este precepto de farragoso y poco claro en muchos puntos, al mezclar el proceso de mutuo acuerdo y el contencioso en un precepto que se refiere a este último.²⁵³

Así mismo, **MARÍN GARCÍA DE LEONARDO**,²⁵⁴ sostiene que el problema es que el Art. 92 del CC ha sido reformado sin atender al interés del niño²⁵⁵ sino, mas bien, a las reivindicaciones de distintos colectivos, con lo que el resultado no es satisfactorio. Agrega que la disposición legal adolece de una terminología incorrecta; se aprecia la falta de conexión entre los distintos párrafos y no se sabe muy bien para qué supuestos reserva el legislador la facultad decisoria del Juez y por qué se ha exigido en este caso la petición de una de las partes cuando ello resulta contrario al criterio mantenido en materia de hijos. Sostiene que las materias sobre atribución de la vivienda

proceso contencioso es algo utópico e, inclusive, tal legítima aspiración puede verse truncada de aplicar restrictivamente el Art. 92 del CC en supuestos consensuales, lo que supone un atentado al principio de la autonomía de la voluntad. En este sentido y por lo que respecta a la custodia compartida, califica de regresiva a la Ley 15/2005.

²⁵³ PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: “Patria Potestad” Op. Cit., p. 193. En la misma línea, RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: “Ejercicio de la Patria Potestad...”, Op. Cit., p. 50

²⁵⁴ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa: “Problemas que Genera...” Op. Cit., p. 4

²⁵⁵ En este sentido, SEISDEDOS MUIÑO, Ana (“Las Medidas Relativas a los Hijos en los Procesos de Divorcio y de Separación Matrimonial: Primera Aproximación al Nuevo Texto del Código Civil (Ley 15/2005), Aranzadi Civil-Mercantil, número 22/2005, Sección Estudio, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006 [BIB 2005/2649], p. 9) considera que de haberse mantenido el favor filii como criterio general para la determinación del régimen de guarda, se habría logrado una regulación más sencilla y coherente. Todo lo contrario que sucede en la regulación actual que bombardea a los Jueces con una absurda enumeración de las valoraciones que han de efectuar, que además de ser por una parte redundante y por otra incompleta, pone de manifiesto una gran desconfianza del legislador hacia los Jueces que deben tomar las decisiones en esta materia.

conyugal y las prestaciones de alimentos debían haberse reformado y el legislador no lo ha hecho, con lo cual se corre el riesgo, en algunos casos, de disfrazar peticiones de guarda y custodia compartida que en realidad persiguen intereses patrimoniales.

En opinión de **GONZÁLEZ MORENO**,²⁵⁶ el legislador Español se ha mostrado vacilante y ha acometido tímidas²⁵⁷ reformas, mediatizadas por determinados grupos de opinión, además de que la regulación es confusa y poco definida sobre las posibilidades de articulación práctica de la custodia compartida.

Por su parte **ORTUÑO MUÑOZ**,²⁵⁸ considera que desde el punto de vista de la técnica legal pocos preceptos pueden encontrarse en el Código Civil con tantos cortes o añadidos, matizaciones y precauciones, y, en definitiva, con tantas incongruencias y deficiencias terminológicas y sistemáticas, que son el resultado de una intensa batalla durante la tramitación parlamentaria²⁵⁹ de la Ley 15/2005. Destaca que la nueva regulación

²⁵⁶ GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: “El Principio de Igualdad...” Op. Cit., p. 357

²⁵⁷ En igual sentido, GARCÍA RUBIO, María Paz/OTERO CRESPO, Marta (“Apuntes sobre la Referencia...” Op. Cit. pp. 89 y 94) quienes agregan que “la intención del legislador español de 2005 ha sido la de seguir la senda normativa de los sistemas jurídicos de países europeos cercanos, si bien los pasos dados han sido muy tímidos y no siempre han seguido la mejor dirección (...) a pesar de su reconocimiento expreso y de su teórica promoción al insertarse en el texto legal, la llamada custodia compartida es vista con prevención y hasta con desconfianza por el legislador, por lo que su acogida está llena de cautelas que no parecen muy coherentes con aquella teórica promoción”.

²⁵⁸ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (“El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., pp. 37, 41, 69 y 70), también destaca que la reforma permite la entrada de modalidades de corresponsabilidad y de participación equitativa e igualitaria de ambos progenitores.

²⁵⁹ Vid. al respecto, ALASCIO CARRASCO, Laura/MARÍN GARCÍA, Ignacio: “Juntos Pero No Revueltos...”, Op. Cit. Pp. 14 y 15

es confusa, lo que refleja las dudas²⁶⁰ del legislador sobre el sistema que introduce y que a su vez considera el mejor posible en beneficio de los hijos, pero también lo contempla como fuente de riesgos. Aunado a lo anterior tampoco existe definición de la custodia compartida en la ley.

Por otro lado, **PÉREZ GALVÁN**²⁶¹ califica la reforma de “parca, timorata y da pie a que no todos los Jueces accedan a entrar en el fondo del asunto cuando las partes no han alcanzado el acuerdo deseable antes de llegar al Juzgado, encontrándonos con situaciones de indefensión e impotencia en las que el Fiscal, sin haberse leído siquiera el caso ni razonar el porqué, se opone a la guarda y custodia compartida”.

CASTÁN,²⁶² sostiene que la regulación que hace el legislador es prudente en cuanto a los requisitos de que rodea a la figura que introduce, pero apunta que siendo una norma que tiene por destinatarios a los hijos menores de edad, unas dosis de prudencia no son en absoluto criticables.

²⁶⁰ Al respecto, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: (“Criterios de Atribución de la Custodia...”, Op. Cit., p. 6) argumenta que el legislador, se mostró más preocupado de regular en qué supuestos no debe acordarse el sistema de custodia compartida que de establecer los presupuestos objetivos, las condiciones materiales y particulares que necesariamente deben concurrir para que prospere este sistema de guarda. Agrega que la regulación de la custodia compartida recogida en los Arts. 90 y 92 del CC es un ejemplo de mala técnica legislativa y jurídica.

²⁶¹ PÉREZ GALVÁN, María: “Problemas Prácticos en el Régimen...”, Op. Cit., p. 2.

²⁶² CASTÁN, José: “La Guarda Compartida” en El Notario del Siglo XXI, Revista Online del Colegio Notarial de Madrid, número 11, Sección Opinión, enero-febrero de 2007 (www.elnotario.com).

En conclusión, el legislador introduce con desconfianza²⁶³ y con carácter excepcional la figura de la guarda y custodia compartida, partiendo de esto, resulta difícil sostener que el legislador ha optado por valorar prioritariamente la introducción de esta figura en la realidad familiar post-conyugal.

Aunque los principios de coparentalidad y corresponsabilidad parental han sido introducidos en la legislación con ocasión del reconocimiento expreso de la guarda y custodia compartida, los términos en que ha sido regulada no son suficientes para afirmar que constituye el prototipo a implementar en las relaciones paterno-filiales una vez sobrevenida la crisis matrimonial o de pareja, con lo cual el legislador no concibe esta institución como prioridad a adoptar para superar la instalación automática de la guarda unilateral como sistema de cuidado de los hijos.²⁶⁴

²⁶³ En igual sentido, SEISDEDOS MUIÑO, Ana: ¿Realmente el Código Civil, Tras la Reforma de 2005, Ha Facilitado el Establecimiento de la Custodia Compartida en los Supuestos de Ruptura Matrimonial? (Una Crítica de la Vigente Regulación Española) ponencia desarrollada en el I Congreso Internacional sobre Divorcio y Separación: ¿Custodia Compartida? Facilitar la Coparentalidad en Beneficio del Menor, celebrado el 26 y 27 de mayo de 2011 en la Universidad del País Vasco (sede San Sebastián). Esta autora argumenta que aunque el objetivo de la reforma era facilitar la aplicación de la custodia compartida, ello no se ha conseguido, ya que con la redacción anterior el único criterio que el Juez debía de tener en cuenta para adoptar la medida era el beneficio de los hijos, en cambio con la nueva redacción del Art. 92 del CC, aunque admite y regula expresamente la custodia compartida, lo cierto es que el legislador parece ser que la considera peligrosa, desconfía de la misma, poniendo trabas y requisitos que antes no estaban y desconfía de los jueces que tienen que aplicar la nueva norma.

²⁶⁴ DE PÁRAMO ARGÜELLES, Matilde: “La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 8

Incluso, como sostiene **TENA PIAZUELO**,²⁶⁵ la regulación de la custodia compartida ha sido meramente coyuntural o de ocasión y, en el fondo, poco realista. Así, este nuevo sistema de custodia resulta más restrictivo que el silencio del Código Civil, pues aunque este no se refería expresamente a la custodia compartida antes de la reforma, tampoco la prohibía. La doctrina reconocía su posibilidad y algunos Tribunales, en casos concretos, llegaron a aplicarla. En cambio, con la nueva regulación, la viabilidad de la custodia compartida depende del acuerdo de los progenitores; pues de otro modo, sin el acuerdo, la posibilidad de que se adopte por el Juez tiene carácter excepcional.²⁶⁶

3.1.3 Guarda y custodia compartida consensuada.

Es el párrafo quinto²⁶⁷ del Art. 92 del CC, el que se refiere a la posibilidad de compartir el ejercicio de la guarda y custodia señalando que esta se acordará por una de las siguientes formas:

²⁶⁵ TENA PIAZUELO, Isaac: “Custodia Compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿Niños de Primera?”, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, número 1, Pp. 79-98, Editorial Aranzadi, Navarra 2011, Pp. 82-83

²⁶⁶ Al respecto, resulta interesante lo expuesto en la STS, Sala 1ª de lo Civil, de 7 de julio de 2011 (Resolución número 496/2011, ponente: Dª Encarnación Roca Trías), en su FD 7º, según la cual: “la interpretación del Art. 92.5, 6 y 7 CC, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios antes explicitados y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, 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.”

²⁶⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, (“Comentarios a los Preceptos Reformados por Las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio”, en “El Nuevo Derecho Matrimonial”, Editorial Dykinson, Madrid, España, 172

1. Cuando los padres así lo acuerden en la propuesta del convenio regulador que se presenta junto a la demanda de separación, nulidad y divorcio (Art. 777 de la LEC).

Este acuerdo implica madurez psicológica, sentimental y colaboración entre los progenitores, un recíproco reconocimiento de aptitudes parentales, para realizar un proyecto común de educación de los hijos y el grado de intervención de los progenitores en ella.²⁶⁸

2. Durante el desarrollo del proceso, es decir, en los casos en que se pase del procedimiento contencioso de separación/divorcio (Art. 770.5 de la LEC y 86 del CC.) a uno de mutuo acuerdo, como aquellos contenciosos donde exista acuerdo entre los cónyuges en este punto. En último caso, se distinguen dos situaciones:

2007, p. 68) considera que la redacción de este párrafo quinto es muy deficiente, pues desde el punto de vista sistemático no se debe incluir en el Art. 92 en sede de solución contradictoria o contenciosa de la separación o el divorcio, la palabra Convenio o propuesta de convenio. La regulación del convenio debe ser materia del Art. 90 que lo reglamenta. Además considera incorrecta la expresión "se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos *cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador*" pues en los Convenios no se "solicita" nada. Se pacta. Este pacto podrá ser o no, aprobado u homologado por el Juez, pero los otorgantes convienen (por eso se llama Convenio). Por otra parte considera excesiva la medida imperativa de que el juez "*adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido*". En cuanto a las garantías, nada se concreta al respecto y no queda claro cuáles son estas medidas.

²⁶⁸ Al respecto, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 22 de febrero de 2005 (Resolución número 153/2005, ponente: Dª Carmen Neira Vázquez), en su FD 2º, resolvió positivamente la solicitud de guarda y custodia compartida del padre, valorando la voluntad del hijo que solicitaba también que sus padres ejercitaran la guarda de forma compartida, además se valoró, fundamentalmente, que dicho sistema de guarda requería para su establecimiento unas condiciones y circunstancias que sí concurrían en la situación familiar en estudio: un proyecto común, comunicación y flexibilidad.

- a. Cuando la petición surge después de haberse emitido un dictamen por especialistas: En este caso el Juez debe valorar el contenido del informe y la solicitud de los progenitores, después de lo cual podrá decidir sobre la solicitud de guarda y custodia compartida;
- b. Cuando la petición se formula sin que exista informe de especialistas: En esta situación, cuando no queden claros los motivos, alcance y repercusión del acuerdo, el Tribunal deberá recabar dicho informe y, una vez que se emita y valoren las circunstancias concurrentes, decidir lo que se considere más apropiado en interés del hijo.

En cualquiera de estos casos, el proyecto de guarda compartida ha de ser específico y concreto, siendo necesario el detalle y la regulación de períodos de tiempo, forma de entrega de los hijos, estancias, aspectos educativos, sanitarios, cuestiones de coordinación en la vida diaria, pensión alimenticia, etc. Los progenitores podrán establecer la modalidad de guarda y custodia compartida que consideren más conveniente.

Este acuerdo de los progenitores sobre la guarda y custodia compartida, no obliga al Juez a otorgarla por el solo hecho de la solicitud de aquellos, sino pues, como lo dice el 92.6 del CC “antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal,²⁶⁹ y oír a los hijos menores de edad que

²⁶⁹ En este caso, el informe favorable o desfavorable no resulta vinculante para el Juez. Dicho informe puede ser el general del procedimiento del Art. 777.5 de la LEC, que se refiere a las cláusulas del convenio regulador atinentes a los hijos menores o incapacitados, y habrá de ser un informe específico

tengan suficiente juicio²⁷⁰ cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio niño, valorar las alegaciones²⁷¹ de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella,²⁷² y la relación que los

carente de regulación procedimental, pues no hay informe en el Art. 770 de la LEC, sin perjuicio de que el Fiscal conteste a la demanda.

²⁷⁰ Aunque lo manifestado por el hijo no vincula al Juez, considero que si concurre una expresa oposición por parte del niño a la adopción de la custodia compartida, el Juez, debería desestimar la aprobación de la medida, valorando la edad y el grado de madurez del hijo y asesorándose en todo caso por los especialistas en la consideración de la incidencia perjudicial o desaconsejable para el hijo.

La intención del legislador es evitar que los problemas derivados de la crisis matrimonial incidan en los hijos, al imponer que las medidas se tomen teniendo siempre en cuenta el beneficio de estos, a quienes escuchará siempre que tengan suficiente juicio.

Tanto en el Art. 777.5 como en el Art. 770 regla 4ª, de la LEC se prevé dicha audiencia.

²⁷¹ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., p. 47. Considera que el escuchar las alegaciones de las partes en la comparecencia y en el juicio, destaca la trascendencia de la intermediación judicial y de la presencia física de las partes en el proceso de familia. La intención del legislador es la de evitar las alegaciones por medio de los escritos de los abogados y reforzar este contacto directo entre el Juez y los progenitores que proporciona la intermediación.

²⁷² En el proceso contencioso (Art. 770 de la LEC) en el que se llegue al acuerdo concreto de la guarda compartida, puede entenderse que la comparecencia aludida en el Art. 92.6 del CC es la vista del juicio verbal, porque después de la misma sólo excepcionalmente pueden practicarse actos de prueba, pero ya no alegaciones. Esto quiere decir que en la vista las partes pueden alegar y probar en torno a la conveniencia de su acuerdo sobre guarda compartida y que el Juez puede incluso acordar prueba de oficio sobre ella.

En el procedimiento de mutuo acuerdo (Art. 777 de la LEC) no existe la comparecencia aludida en el Art. 92.6 del CC, ni las alegaciones, ni la prueba practicada en ella. Presentada la solicitud con la propuesta de convenio, el Juez cita a los progenitores para su ratificación y, en su caso, concede a esas partes un plazo para que completen la documentación y para practicar la prueba pedida por las partes o acordada de oficio para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta del convenio regulador. En este plazo se oirá al Fiscal y a los hijos. Puede equipararse la comparecencia a la audiencia de ratificación.

padres mantengan entre sí²⁷³ y con sus hijos²⁷⁴ para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

En ese sentido, los progenitores someten a la decisión judicial las propuestas contenidas en dicho acuerdo para su posterior homologación²⁷⁵ o rechazo,²⁷⁶ si el convenio ofrece alguna duda sobre el contenido y extensión de alguna de las medidas que forman parte del mismo, el Juez solicitará en el acto de ratificación las oportunas aclaraciones a los interesados, para luego hacer las observaciones y matizaciones que estime oportunas en la sentencia.

²⁷³ Al respecto, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa (“Problemas que Genera...” Op. Cit., p. 6) sostiene que el acuerdo respecto de la custodia compartida debe interpretarse en relación a los hijos, no atendiendo a la literalidad del precepto que se refiere a las relaciones que los progenitores mantengan entre sí.

²⁷⁴ PINTO ANDRADE, Cristóbal (“La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 73), sostiene que estas dos circunstancias no son las únicas que deberá evaluar el Juez al momento de decidir, sino que además tendrá que sopesar también muchas otras circunstancias que en el precepto no se mencionan: edad, situación laboral, ubicación de los domicilios, estado de salud, voluntad de los menores, situación económica, etc. Este autor califica la enumeración contenida en el Art. 92.6 del CC de incongruente, incompleta y a la vez, redundante.

²⁷⁵ Al respecto, el Art. 90.2º del CC, en el que se establece el deber que tiene el Juez competente de aprobar los acuerdos sobre las materias que forman parte del convenio regulador. Dicha regla general no es absoluta y tiene sus excepciones legales, como lo son la de aquellos acuerdos que sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, los cuales han de ser rechazados.

²⁷⁶ El Juez podrá rechazar dicho acuerdo invocando que, con ello, se vulnera el interés superior del hijo o se causa un perjuicio grave a uno de los progenitores (Art. 90.2 del CC). La denegación o no aprobación ha de hacerse mediante resolución motivada y en tal caso los cónyuges, dentro del plazo de diez días legalmente previsto (Art. 777.7 de la LEC), deberán someter a la consideración del Juez una nueva propuesta de convenio sobre los puntos no aprobados en el anterior. Es decir, el Juez ha de dar una explicación fundada del por qué de su actuación denegatoria y además ha de conceder a los progenitores la oportunidad de rectificar.

El Juez, al examinar el convenio, no ha de actuar con rigor sino con flexibilidad,²⁷⁷ y cuando algo de su contenido llame su atención, antes de adoptar cualquier decisión, debe escuchar atentamente las explicaciones de los progenitores y, en su caso, a los hijos y luego adoptar una decisión.

SARAVIA GONZÁLEZ,²⁷⁸ considera que el problema conforme a la normativa sustantiva y procesal vigente, se presenta cuando el Juez, de manera motivada, rechaza la aprobación de un acuerdo y los progenitores insisten en el mismo o no proponen nuevo convenio, ya que el legislador obliga al Juez a resolver sobre la cuestión (Art. 777.7 de la LEC) y la medida que se vea afectada por ello no puede quedar vacía de contenido. Todo ello implica que el Juez en un proceso de mutuo acuerdo, tenga que resolver sin posibilidad de practicar prueba, cuestiones sobre las que han surgido diferencias, aunque no hayan sido queridas, ni introducidas por las propias partes. De todas maneras, el Art. 777.8 de la LEC, establece que el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges, podrá ser recurrido en apelación. (Art. 455 de la LEC)

²⁷⁷ En algunas ocasiones puede que resulte aconsejable mantener el acuerdo alcanzado, aunque se dude de su eficacia futura, es decir, a veces es preferible esperar y ver cómo se proyecta lo acordado antes de promover un cambio. Sin olvidar que existen mecanismos legales que permiten que el convenio aprobado pueda ser revisado después de un tiempo de vigencia. Arts. 775 y 777.9 de la LEC.

²⁷⁸ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 222

3.1.3.1 Naturaleza jurídica del convenio regulador.

Según **GIL MIQUEO**,²⁷⁹ la esencia del convenio regulador se aprecia en su etapa previa a la ratificación o en la determinación del valor del convenio que adolece de homologación.

La Jurisprudencia en general considera que el convenio regulador debe ser considerado como un negocio jurídico de Derecho de Familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal, requiere la aprobación judicial, como condición determinante de su eficacia jurídica.²⁸⁰

En este sentido, la STS, Sala 1ª de lo Civil, de 22 de abril de 1997 (Resolución número 325/1997, ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) señala, en su FD 1º que, en cuanto al convenio, deben distinguirse tres supuestos:

1. El convenio regulador, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de Derecho de Familia;
2. El convenio aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva;
3. El convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto

²⁷⁹ GIL MIQUEO, Javier: "El Convenio Regulador" en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (Coordinador) Et. Al: "Derecho de Familia", Editorial Bosch, S.A., Primera Edición, Barcelona, 2011, p. 337

²⁸⁰ Al respecto, la STS, Sala 1ª de lo Civil, de 26 de enero de 1993 (Resolución número 14/1993, ponente: D. Antonio Gallón Ballesteros), añade, en su FD 3º, que "la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a este del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses, querido por las partes."

más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el Art. 90 del CC.

Así, se considera que al convenio regulador puede reconocérsele un carácter transaccional²⁸¹ que debe someterse a la aprobación judicial lo cual no le priva del carácter de negocio jurídico que tiene como manifestación de la autorregulación de los intereses de las partes, limitándose el Juez a homologarlo en función de velar por la defensa de la legalidad y después de comprobar que no es gravemente perjudicial a los derechos y deberes de los progenitores y de los intereses del hijo.²⁸² Es precisamente su homologación judicial lo que dota al convenio regulador de fuerza ejecutiva.

Este acuerdo no tiene carácter definitivo, de esta manera puede ser solicitada su modificación en cualquier momento, sobre todo si su actual ejecución pudiera perjudicar al niño. Entonces, el convenio puede ser modificado judicialmente o por medio de la presentación de uno nuevo. Un mínimo de seguridad jurídica implica que la regla general es la inalterabilidad de esas medidas y la excepción de posibilidad de modificación que será sólo factible cuando se produzcan alteraciones permanentes y no meramente

²⁸¹ GIL MIQUEO, Javier (“El Convenio Regulador”, Op. Cit., p. 340) sostiene que si por carácter transaccional se entiende que las partes deben hacerse prestaciones recíprocas, ello no es de tal forma. Pues, es cierto que este negocio jurídico puede tener como objetivo al igual que la transacción, poner fin a un juicio pendiente, pero no es de la esencia el que las partes se hagan concesiones recíprocas. Tampoco, añade, es necesario que las cargas sean equivalentes; por ejemplo, un padre podría, dentro de los límites de la ley, contraer cargas mucho más pesadas que el otro que contrae obligaciones más leves.

²⁸² LÓPEZ ORDIALES, Julio Jesús. “Custodia Compartida. Cuestiones...” Op. Cit., p. 289; GIL MIQUEO, Javier: “El Convenio Regulador”, Op. Cit., p. 339

transitorias, sin que deban tenerse en cuenta las pequeñas fluctuaciones y deberá rechazarse de plano toda alteración ocasionada por dolo o culpa.²⁸³ Entonces, la resolución firme aprobando lo establecido en el Convenio regulador, evidentemente no producirá efectos de cosa juzgada, Art. 222 de la LEC.

3.1.3.1.1 Control efectivo del convenio regulador.

Como hemos dicho, siendo todo convenio regulador una manifestación del modo en que los progenitores autorregulan sus intereses de forma particular, no por ello el Juez debe limitarse a la aprobación del mismo sin más.

La custodia compartida es un sistema en el que se hace necesario, a tenor de las circunstancias que sean concurrentes, el control de su idoneidad en beneficio, no de los intereses de los progenitores, sino de los hijos menores, por encima del que puedan suponer aquellos que es el más beneficioso.

En principio, el Juez debe respetar lo pactado por los progenitores, salvo que lo convenido sea lesivo o perjudique a los hijos, o que las circunstancias que llevaron a aquellos a firmar el convenio regulador (posteriormente no ratificado), hayan cambiado en el momento de tomar la decisión judicial.

Así, el Juez asegurando el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad y protección de la prole puede rechazar el convenio a pesar del acuerdo de los cónyuges sin contravenir con

²⁸³ SAP de Córdoba, Sección 2ª, de 14 de julio de 2003 (Resolución número 177/2003, ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) (FD 2º)

ello el principio civil de justicia rogada, atemperado en esta materia.²⁸⁴

La posibilidad del rechazo total del convenio regulador, es admitida por la mayoría de la doctrina siempre que se desprenda del contenido del mismo algún perjuicio a los hijos o a los progenitores; también sería posible una denegación parcial de aquellas cláusulas que produzcan dicha lesión.

El Art. 777.7 de la LEC dispone que en caso de no aprobarse en todo o en parte el convenio regulador, se concederá un plazo a los progenitores para proponer un nuevo convenio limitado, en su caso, a los puntos no aprobados; si transcurre el plazo sin que los progenitores presenten un nuevo acuerdo o si han presentado uno nuevo sin ofrecer una propuesta adecuada, el Juez adoptará la decisión que estime pertinente; asimismo, en el caso de rechazar el convenio regulador por contener un perjuicio a los hijos o a los progenitores, el Juez dictará una resolución en forma de auto en tal sentido.

Debe tenerse en cuenta que el modo y la forma en la atribución de la guarda y custodia compartida en alternancia, va a influir en gran parte o en todas las medidas que se acuerden atinentes a los hijos (atribución del uso de la vivienda, régimen de visitas, comunicación y estancias, pensiones alimenticias, etc.), por lo que el rechazo de estas propuestas puede afectar en su totalidad al convenio propuesto en esta materia.

²⁸⁴ STS, Sala 1ª de lo Civil, de 14 de febrero de 2005 (Resolución número 97/2005, ponente: D. José Almagro Nosete)

3.1.3.2 Audiencia del hijo.

La audiencia del niño encuentra asidero legal en el Art. 24²⁸⁵ de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁸⁶ y en el Art. 12²⁸⁷ de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Además, el derecho del hijo a ser escuchado y la conveniencia de su audiencia están directamente vinculados con el principio general del interés del niño, que aparece detallado en los Arts. 39 de la CE, 2 y 11.2 de la LOPJM. El objeto de dicha audiencia es que el niño exprese su opinión sobre los asuntos que le afectan y que están siendo objeto del procedimiento judicial, constituye un instrumento para conocer su situación y sus deseos, pero no es un criterio de decisión en sí mismo, sino que el Juez realiza una valoración de

²⁸⁵ En concreto, el Art. 24 de la Carta señala:

“1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. (...)”

²⁸⁶ Diario Oficial de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2007, C 303/1.

²⁸⁷ Este precepto dice:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

dicha opinión con el objetivo de averiguar cuál de las medidas a adoptar satisface de mejor manera el interés superior del niño.²⁸⁸

Así, lo que expresen y cuenten los hijos es importante, por eso tal audiencia debe practicarse en un lugar idóneo y ambiente adecuado para que pueda expresarse con libertad y confianza.

En ese sentido, no deberá practicarse en el acto de la vista, ni en el acto de la comparecencia. Debe hacerse de manera separada y en un lugar en el cual el niño se encuentre lo más relajado y confiado posible. Tampoco debe desarrollarse en presencia de los progenitores, sólo han de estar presentes el Ministerio Fiscal (Art. 749.2 de la LEC), el Juez y, en algunos casos, cuando resulte aconsejable, un técnico del gabinete psico-social. En definitiva, se ha de evitar cualquier formalidad que pueda incomodarlo.

La Ley 15/2005 reformó el Art. 92.2 del CC y el Art. 777.5 de la LEC, suprimiendo la obligación de oír a los hijos siempre que fueran mayores de 12 años, por la obligación del Juez de velar por su derecho a ser oídos, siempre que deba adoptar cualquier medida en orden a la custodia, al cuidado y educación de los mismos. Esta audiencia podrá ser acordada cuando se estime necesaria, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de las partes o miembros del equipo

²⁸⁸ GOIRIENA LEKUE, Agurtzane: “La Suficiencia de Juicio del Menor y el Criterio de Oportunidad en los Procesos de Separación y Divorcio”, en Diario La Ley, de 19 de noviembre de 2007, número 6823, Año XXVIII, referencia D-248, Sección Doctrina, Editorial La Ley, (LA LEY 6271/2007) p. 3

técnico judicial o del propio hijo cuando este último tenga suficiente juicio.²⁸⁹

La justificación a esta modificación legal radica en la necesidad de proteger a los hijos de los efectos negativos que produce en ellos su presencia y exploración en un Juzgado, motivo por el cual la previsión legal ha de establecer esa citación con carácter potestativo en función de las circunstancias. Es objeto de crítica que no se derogara esta misma obligación en los Arts. 770.4º de la LEC²⁹⁰ y 159 del CC, que tratan sobre el proceso matrimonial y de la separación, respectivamente.

En cuanto a las posibles formas de llevar a cabo la exploración de un niño, pueden señalarse las siguientes posibilidades:²⁹¹

1. A través de un representante que designe el propio niño.

El Art. 9.2 de la LOPJM admite esta forma de audiencia. El representante podría ser cualquier persona y su función se limitaría a transmitir los deseos del niño sin poder tener ninguna otra participación en el proceso.

2. Entrevista del niño por personas expertas. La declaración de

²⁸⁹ Al respecto, considero que es importante que se valore si el niño tiene la capacidad de entendimiento que le permita manifestar una opinión coherente y de acuerdo a sus intereses de manera razonada.

²⁹⁰ GOIRIENA LEKUE, Agurtzane (“La Suficiencia de Juicio del Menor...”, Op. Cit., p. 5) considera que al poner en conexión lo dispuesto por los Arts. 92.6 del CC y 770.4 de la LEC, prevalecería esta última disposición en aplicación del principio de legalidad procesal, por lo que en los procedimientos contencioso el Juez dará audiencia obligatoriamente a los hijos que sean mayores de 12 años y a los menores de 12 años si poseen suficiente juicio.

²⁹¹ Vid. FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: “Las Últimas Reformas Legales en España sobre el Derecho a Contraer Matrimonio y en Materia de Separación y Divorcio. Puntos de Reflexión”, Revista Jurídica Aequalitas, número 17, julio-diciembre 2005, Zaragoza, España, Pp. 34-35

especialistas ante el Juez y las partes aportaría, dentro del proceso, los datos obtenidos en la exploración, su parecer personal y su opinión profesional.

3. **Exploración a través de los representantes legales o terceras personas.** Siendo por medio de representantes legales –es decir, sus progenitores– se evitaría la presencia del hijo de forma innecesaria en el Tribunal. Por otro lado, en cuanto a terceras personas, estas podrían ser familiares, profesores del centro educativo o cualquier persona que mantuviera una especial relación de confianza con el niño. El Art. 9.2 de la LOPJM admite, también, esta posibilidad.
4. **Exploración al niño por parte del Juez.** En esta situación, es necesario cierto grado de madurez del niño y se debe permitir la presencia del Ministerio Fiscal. El Art. 770.4 in fine de la LEC señala, al respecto, que: “En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”. En este aspecto la regulación es insuficiente pese a su carga notable de buenas intenciones. Se dice que se garantizará la audiencia en condiciones idóneas para la salvaguarda de los intereses del menor, pero no se especifica qué condiciones.²⁹²

La exploración, aparte de corresponderse con el derecho de audiencia que tiene el niño, puede servir para que el Juez, de oficio

²⁹² FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: “Las Últimas Reformas...”, Op. Cit., p. 34

o a instancia del Ministerio Fiscal, pueda acordar alguna prueba complementaria de las ya practicadas.

La opinión expresada por los niños en la exploración judicial es relevante, aunque no vincula directamente al Juez y debe interpretarse de conformidad con el resto de pruebas practicadas, sin negarle trascendencia, sobre todo atendiendo a la edad y al grado de madurez de los hijos. En ese sentido, la opinión de los hijos es un factor elemental para la disposición de la custodia compartida, que suele resultar determinante cuando han cumplido catorce años, dadas la dificultad y la discutible conveniencia de forzar la ejecución de un sistema de custodia contrario a la voluntad del niño.²⁹³

De hecho, en algunos casos la opinión del niño puede tener su origen, no en una decisión personal y propia, sino condicionada por interferencias parentales (también denominada síndrome de alienación parental^{294 295}), o bien obedecer al deseo de disminuir la tensión o stress de un conflicto interno de lealtades.²⁹⁶

²⁹³ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: “Propuesta de Nueva Reforma...” Op. Cit., p. 158.

²⁹⁴ Sobre este tema, Vid. ampliamente, COLUMNA, Luis Miguel: “Interferencias Parentales: El Síndrome de Alienación Parental”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, Pp. 103-113; ARCH MARÍN, Mila: “El Síndrome de Alienación Parental desde la Perspectiva de la Psicología Forense”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, Pp. 123-126; GONZÁLEZ ORVIZ, María Eloina: “Modelos de Guarda y Custodia...”, Op. Cit., Pp. 37-40

²⁹⁵ Según ARCH MARÍN, Mila (“El Síndrome de Alienación Parental...” Op. Cit., p. 124), este síndrome implica un proceso más o menos consciente de un adulto –custodio o no custodio del niño- para propiciar un alejamiento físico y afectivo del hijo con el otro progenitor.

3.1.3.3 Relación que los progenitores mantengan entre sí y con sus hijos.

El presupuesto del que parte la custodia compartida, es el mantenimiento de una relación viable y de colaboración entre los progenitores.²⁹⁷

La audiencia de los progenitores y los hijos, y el dictamen del equipo técnico son indispensables para tener conocimiento de la existencia de una relación viable exenta de todo tipo de conflicto y enfrentamiento trascendente. Por consiguiente, ante un convenio regulador en el que se solicite la custodia compartida, se deberá contestar a las preguntas y aclaraciones que soliciten, tanto el Juez como el Ministerio Fiscal, pues muchos acuerdos puede que no estén firmemente asumidos, planteándose numerosos problemas en la fase de ejecución.

En definitiva, para tomar la decisión, el Juez deberá obtener la firme convicción de que ambos progenitores tienen la capacidad real de compartir el conjunto de responsabilidades parentales de tal forma que el interés del hijo quede garantizado.²⁹⁸

GONZÁLEZ ORVIZ, María Eloina (“Modelos de Guarda y Custodia...”, Op. Cit., p. 37) define al síndrome de alienación parental como el trastorno que desarrolla el hijo al que se ha sometido a la alienación parental y consiste en un conjunto de conductas y síntomas que el niño ha aprendido a desarrollar y que le impiden vincularse afectivamente con uno de sus progenitores, el padre o madre excluido, además de empujarle a contribuir en la campaña de denigración de éste.

²⁹⁶ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 70

²⁹⁷ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., p. 63

²⁹⁸ Al respecto, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 4 de abril de 2006 (Resolución número 225/2006, ponente: D. Eladio Galán Cáceres), desestimó

La SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 12 de enero de 2007 (Resolución número 26/2007, ponente: D. José Pascual Ortuño Muñoz), en su FD 2º, sostiene que “La aptitud para compartir la custodia requiere unas condiciones especiales en ambos progenitores, puesto que de lo contrario, la ausencia de una regulación estricta de las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental, como ocurre en otras modalidades de custodia, coloca a los hijos menores en situaciones de grave riesgo, ante la ausencia de criterios comunes y la multiplicación de conflictos que pone de relieve la casuística en la ejecución de sentencias, de muy difícil solución rápida y eficaz. Por ello, para los casos en los que pueda resultar procedente la custodia compartida, impone el Art. 92.6 in fine del CC, que el Juez ha de indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda, así como la idoneidad de la modalidad de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia respecto al caso concreto y la personalidad y necesidades de los menores de que se trate, (...) la actividad de compartir requiere una especial predisposición psicológica en ambos progenitores, que se asemeja más a un estado mental, fruto del esfuerzo conjunto por favorecer a los hijos comunes pese a la ruptura de la relación de pareja, que a una situación jurídica, puesto que implica un grado de consenso, de respeto y de colaboración, que excluye en la práctica la posibilidad de poder ser impuesta coactivamente por los tribunales.”

la petición de custodia compartida realizada por el padre, razonando que esta exige “una permanente y absoluta colaboración y positiva comunicación entre los progenitores frente a la diversa problemática, cotidiana o no, que plantea la convivencia con los hijos, circunstancias que, desgraciadamente, no se dan en el supuesto examinado.” FD 2º

Así mismo es elemento determinante la buena relación de cada uno de los progenitores con los hijos, de modo que estos estimen posible convivir con aquellos alternadamente. Esta relación puede ser susceptible de excluir la constitución del sistema de custodia compartida, de la misma forma que determina la atribución de la guarda exclusiva al otro progenitor. Una mala relación con uno de los progenitores es valorada para excluir la custodia compartida en la jurisprudencia.²⁹⁹

GUILARTE MARTÍN-CALERO³⁰⁰ considera que la valoración de la relación que los progenitores tienen entre sí y con sus hijos es un criterio determinante, pues las trabas y dificultades del progenitor custodio a la relación del hijo con el otro progenitor son, junto con otros aspectos, el origen del distanciamiento entre estos.

Con respecto a la actitud del progenitor guardador de entorpecer las relaciones entre los hijos y el progenitor no custodio, **GONZÁLEZ MORENO**³⁰¹ apunta que la mayoría de resoluciones judiciales carecen de una modulación en las funciones tuitivas del progenitor custodio, a quien las propias sentencias suelen otorgar el control de la vida del hijo, así como de una especificación en cuanto al contenido del deber que tiene como guardador de facilitar material y moralmente, aún más, propiciar las relaciones personales entre el

²⁹⁹ Así, la SAP de Sevilla, Sección 2ª, de 10 de octubre de 2007 (Resolución número 473/2007, ponente: D. Andrés Palacios Martínez), que confirmó la sentencia del Juez a quo que había atribuido la guarda y custodia de las hijas a la madre, atendiendo a la mala relación de las hijas con su padre. (FD 2º)

³⁰⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 177-178

³⁰¹ GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: “El Principio de Igualdad...”, Op. Cit., p. 382-383.

otro progenitor y el niño,³⁰² en cuyo interés están establecidas; proporcionar información sobre el hijo (su salud, su estado anímico, sus estudios, sus amistades) y colaborar con el otro progenitor para su cumplimiento. Resalta, además, lo inusual que es encontrar sentencias que adviertan al progenitor custodio que dificultar estas relaciones y contactos entre los hijos y el no guardador puede suponer incurrir en responsabilidades por incumplimiento de deberes propios de su función tutelar, incluso la modificación del sistema de guarda y custodia a causa de esas interferencias.

En ese sentido, agrega, que debe darse un puntual cumplimiento del régimen de relaciones personales acordado sin incurrir en abuso de derecho, ni en actuaciones de mala fe. Una de las razones que subyace en la habitual problemática derivada del régimen de visitas, comunicación y estancias, es que el interés de los hijos no está en el primer plano de las preocupaciones de sus progenitores, sino que anteponen su enfrentamiento personal, actitud que debería ser penalizada por el ordenamiento jurídico pues vulnera el derecho de los niños a obtener y mantener un contacto y relación de forma regular tanto con su madre como con su padre, relación que sólo puede ser restringida o excluida judicialmente cuando sea necesario de acuerdo con el mejor interés del hijo.

³⁰² Al respecto, TAMAYO HAYA, Silvia (“Igualdad Parental y Principio...” Op. Cit. p. 116.), apunta que cada progenitor tiene un deber de respetar “los ligámenes del niño con su otro padre” que se plasma en el denominado “principio del progenitor más generoso”, según el cual en los casos en que se haya de otorgar la custodia en exclusiva, será factor determinante para asignarla a uno u otro de los progenitores, la capacidad que cada cual muestre para favorecer el contacto significativo y continuo del niño con el otro progenitor.

Por otro lado, es necesario acotar que la ausencia de conflictividad entre los progenitores, no debe exigirse en sentido estricto, pues ello puede transformar la custodia compartida en una figura de nula aplicación, de relevancia puramente teórica, considerando que no existen crisis matrimoniales libres de discrepancias.³⁰³

En ese sentido, para que la custodia compartida tenga éxito, se necesita de un mínimo entendimiento entre los progenitores y un máximo esfuerzo para que la alternancia en el cuidado del hijo sea lo más efectiva posible, este contacto debe limitarse a discutir sobre las cuestiones relativas a sus deberes como progenitores y establecer las reglas comunes respecto de la educación y formación del hijo durante la convivencia que cada uno tenga con ellos.³⁰⁴

Sin embargo, la ausencia de conflicto no supone un requisito sine qua non para el establecimiento de la guarda y custodia

³⁰³ DE PÁRAMO ARGÜELLES, Matilde: “La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 8

Al respecto, la STSJ de Cataluña, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 3 de marzo de 2010 (Resolución número 9/2010, ponente: D. Carlos Ramos Rubio) que en su FD 1º, señaló que la exigencia de entendimiento y consenso entre los progenitores “no puede extremarse hasta el punto de hacer depender el otorgamiento de la custodia compartida –o, en su caso, el mantenimiento de la misma– de una armonía prácticamente imposible de obtener tras cualquier crisis matrimonial”

³⁰⁴ La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, “sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores”, apunta, tomando como base los argumentos jurisprudenciales, que “para admitir la guarda y custodia compartida debe valorarse especialmente la existencia una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común. (vid. SSAAPP de Las Palmas nº 327/2004, de 15 de abril y Barcelona nº 140/2004, de 3 de marzo)”.

compartida,³⁰⁵ es decir, la cordialidad de las relaciones aunque deseable no es imprescindible, sino que lo fundamental es que los progenitores mantengan un proyecto educativo común respecto al cuidado y educación de los hijos, y no en las relaciones que los progenitores mantengan entre sí, que en la mayoría de los casos, no van a ser muy cordiales.³⁰⁶ En definitiva, puede existir desarmonía siempre y cuando no perjudique al desarrollo personal del niño.

Resulta interesante lo expuesto por la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 12 de enero de 2006 (Resolución número 23/2006, ponente: Dª. María Dolores Viñas Maestre), según la cual “se ha vinculado la estabilidad emocional de los niños, con la necesaria ausencia de conflictividad entre los padres, sin analizar en ocasiones el origen o causa de esta conflictividad, que a veces tiene por causa única y exclusiva el sentimiento de pérdida que para uno de los progenitores supone la custodia exclusiva atribuida al otro.” (FD 1º)

En ocasiones, la tensión existente entre los progenitores, se disminuye cuando ejercen de forma compartida la custodia de sus hijos. Así, en la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 25 de octubre de 2002 (Recurso número 1067/1998, ponente: D. José Ángel Chamorro Valdés) en la que se confirmó la sentencia apelada en la cual se atribuyó una custodia compartida, valorando el resultado del informe

³⁰⁵ LATHROP GÓMEZ, Fabiola (“Custodia Compartida de los Hijos”, Op. Cit., pp. 445-446), considera que “el elemento esencial es el reconocimiento mutuo de las capacidades parentales, independientemente de la ruptura producida”.

³⁰⁶ Al respecto, la SAP de Barcelona, Sección 18ª de 4 de julio de 2007 (Resolución número 338/2007, ponente: Dª. María Dolores Viñas Maestre): “(...) la falta de entendimiento o la existencia de conflictividad entre ambos padres, no es motivo suficiente para denegar la custodia compartida.” (FD 1º)

psicológico en el que constaba que durante el ejercicio de la custodia compartida se produjeron vivencias satisfactorias en los niños en cuanto a la disminución de la tensión entre los progenitores, agregando que este sistema de guarda ha facilitado la conservación del contacto y relación personal entre ellos, “atemperando demandas de elección, exclusividad o pérdida, lo que es vivido por los niños de forma positiva”. (FD 3º)

3.1.3.4 Cautelas para el eficaz cumplimiento del sistema de guarda y custodia compartida.

El Art. 92.5 CC también establece que el Juez, al aprobar el acuerdo de guarda y custodia compartida, deberá adoptar, a través de resolución fundada, las cautelas³⁰⁷ pertinentes para el eficaz cumplimiento del sistema de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.³⁰⁸ La intención del legislador es apartar a los hijos de la crisis, la cual únicamente debe afectar a los progenitores, preservándoles de cualquier circunstancia que pudiera perjudicar su desarrollo integral como sería la vulneración del derecho de los

³⁰⁷ Si bien no se especifica las garantías que el Juez puede establecer para dicho cumplimiento, estas quedarán sometidas a la consideración del mismo tras valorar los supuestos planteados (medidas de uso de la vivienda familiar, concreción de la pensión alimenticia, fijación de una cuenta común en la que ambos progenitores ingresen las cantidades oportunas para satisfacer las necesidades del hijo, etc.).

³⁰⁸ Al respecto, VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos (“Matrimonio y Divorcio”, Op. Cit., p. 168), sostiene que la no separación de los hermanos, salvo causa extraordinaria, parece bastante desvanecida en el texto actual. Para este autor la custodia compartida se traduce en una separación de los hermanos, repartiéndolos entre ambos progenitores para satisfacer a ambos. Afirma que la ley no establece con claridad cuáles pueden ser los motivos que autoricen esta solución; solamente habla de la intervención de psicólogos, y otras opiniones entre las que cuentan la de los propios menores.

hermanos a relacionarse entre sí que deberá quedar oportunamente garantizado aunque se acordara la separación de los mismos.³⁰⁹

El legislador se muestra aquí temeroso y desconfiado y denota la intención de hacer prevalecer la custodia exclusiva, toda vez que para este sistema la implantación de dichas cautelas, al amparo de los Arts. 90 y 91 del CC, tienen un carácter facultativo.³¹⁰

Como señala, **GUILARTE MARTÍN-CALERO**,³¹¹ el legislador no especifica las cautelas que pueden adoptarse y, por ello, el Juez goza de un amplio margen para establecer las disposiciones que tenga por conveniente y que podrán ser diversas, tales como establecer una obligación de comunicación de las decisiones que afecten al hijo en cada período de convivencia, de buscar el acuerdo para las decisiones importantes, de abstenerse de dificultar la relación de los hijos con el otro progenitor, la obligación de seguir algún tipo de tratamiento psicológico, el seguimiento periódico por parte del equipo psicosocial del desarrollo y cumplimiento del régimen establecido, etc.

³⁰⁹ CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “La Determinación en la Guarda y Custodia de los Menores en los Supuestos de Crisis Matrimonial o Convivencial de sus Progenitores. Especial Consideración de la Guarda y Custodia Compartida Tras la Ley 15/2005, de 8 de julio” en *Actualidad Civil*, Nº 15, Quincena del 1 al 15 Sep. 2007, Pág. 1738, Tomo 2, Editorial La Ley (LA LEY 2911/2007), Madrid, España, 2007, p. 2

³¹⁰ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 72

³¹¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 173-174, de la misma autora: “La Custodia Compartida Alternativa...”, Op. Cit., p. 23

También puede resultar conveniente establecer una guarda compartida provisional por un período de tiempo determinado³¹² y valorando el desarrollo de esta, decidir de forma definitiva sobre el sistema de guarda y custodia, determinando la continuación de la alternancia o, al ser inviable, atribuir la custodia exclusiva al progenitor que haya demostrado una mayor capacidad para el diálogo y el cumplimiento del derecho del hijo a relacionarse con su otro progenitor.

Este artículo deberá interpretarse en relación con las medidas tuitivas previstas en el Art. 158 del CC relativas a la patria potestad en general.

3.1.4 Guarda y custodia compartida contenciosa.

Conforme al Art. 92.8³¹³ del CC, para que pueda otorgarse la guarda y custodia compartida en el ámbito contencioso, se necesita de la concurrencia de ciertos requisitos:

³¹² Este es el caso de Francia, que modificó el Código Civil en materia de Autoridad Parental mediante Ley 2002-305 de 4 de marzo de 2002, relativa a la Autoridad Parental. Así, en el nuevo Art. 373-2-9, párrafo 2º del Código Civil Francés, se contempla la posibilidad de residencia alterna de los hijos incluso en el procedimiento contencioso, pero el texto legal plantea que, en caso de así ordenarlo el Juez, se establecerá un período de prueba por un plazo determinado a fin de evaluar el impacto sobre el niño antes del fallo definitivo.

³¹³ IVARS RUÍZ, Joaquín (“Del Por Qué el Art. 92.8 del Código Civil y la Excepcionalidad de la Custodia Compartida Contenciosa son Contrarios al Favor Filii”, Revista Actualidad Jurídica Aranzadi, número 796, 15 de abril de 2010, Sección Opinión, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010, p. 1) considera que este precepto evidencia el desacierto del legislador, al desconocer el significado, alcance y proyección del denominado interés superior del niño esclavizando la custodia compartida a la excepcionalidad, al informe favorable del Ministerio Fiscal y a la absolutización, en el sentido de que solo de esta manera se proteja el interés del niño. Argumenta que estas

* Necesita ser solicitada por el progenitor.³¹⁴

Así, es necesario que uno de los progenitores solicite el ejercicio compartido de la guarda y custodia. (Arts. 770, 771 y 773 de la LEC). Esta solicitud puede realizarse en la demanda, en la contestación-reconvención, en la vista del juicio, en las conclusiones del juicio, es decir, en cualquier fase del proceso contencioso.³¹⁵

* Es necesario el informe³¹⁶ favorable del Ministerio Fiscal, sin el cual el Juez no puede adoptar la medida.³¹⁷

prevenciones se justifican por la desconfianza a los progresos que provengan de un sistema que pretende una igualación de los periodos de estancia de los hijos con sus padres y no por una aparente protección del interés del menor.

Por otra parte, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén (“Propuesta de Nueva Reforma...” Op. Cit., p. 164) opina que este artículo puede ser útil para prevenir el denominado síndrome de alienación parental, en el sentido de que uno de los progenitores puede solicitar la guarda y custodia compartida cuando advierte que el otro está induciendo en el hijo dicho síndrome.

³¹⁴ No es necesario que esta petición sea única o principal, sino que basta que se plantee con carácter alternativo o, incluso, subsidiario. Así mismo, esta solicitud puede ser presentada tanto por el demandante en su escrito de demanda como por el demandado en el escrito de reconvención (Art. 770 regla 2ª.d) de la LEC).

Sobre la adopción de la custodia compartida con la solicitud de un progenitor, Vid. la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007 (Resolución número 102/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors), entre otras.

³¹⁵ Se plante la cuestión sobre la posible solicitud de la custodia compartida en segunda instancia, a pesar de no haberlo hecho en la primera. En este punto la jurisprudencia es diversa: La SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 19 de junio de 2007 (Resolución número 303/2007, ponente: Dª. María Dolores Viñas Maestre. FD 2º) la permite, pero la SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 4 de julio de 2007 (Resolución número 481/2007, ponente: Dª. María José Pérez Tormo. FD 3º) la rechaza, con base en el Art. 456.1 de la LEC.

³¹⁶ El Ministerio Fiscal puede presentar su informe bien al contestar la demanda o también en el propio acto de la vista. En el primer caso estará limitado por el contenido de la demanda. En el segundo caso, también se encuentra limitado ya que la regulación del acto de la vista solo permite su

- * Se requieren concretas exigencias en la fundamentación de la resolución judicial.

Ha de razonarse que la medida adoptada de custodia compartida es la única que protege adecuadamente el interés superior del niño. La sentencia debe argumentar, por tanto, las razones en virtud de las cuales se descartan otros sistemas posibles de custodia y que llevan a considerar a la guarda compartida como la única opción idónea.³¹⁸

Con respecto a este último requisito, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 31 de octubre de 2006 (Resolución número 654/2006, ponente: D. Eduardo Hijas Fernández), en su FD 5º, dice: “...Cierto es que una rigurosa y literal aplicación del otro requisito exigido por el

intervención previa a la práctica de la prueba así como en las conclusiones finales tras la misma (Arts. 443 y 770 de la LEC).

³¹⁷ En la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007 (Resolución número 102/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors), se otorgó la custodia compartida solicitada por el padre con la oposición de la madre, existiendo informe favorable del Ministerio Fiscal.

³¹⁸ Según PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: (“Patria Potestad”, Op. Cit., p. 193), “hubiera sido más correcto incidir, no en que esa sea la única forma de proteger adecuadamente el interés superior del niño, sino en que sea la mejor fórmula de las posibles”.

PINTO ANDRADE, Cristóbal (“La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 73) sostiene que la palabra “sólo” no debe interpretarse de forma absoluta, sino relativa, en el sentido de que la solución adoptada es, en su caso, la menos mala. Lo que no cabe hacer es interpretar el precepto legal en términos tan estrictos que supongan exigir que en el caso concreto este sea el único sistema posible y que los demás sean absolutamente inviables, pues ello supondría lesionar el interés de los hijos en mantener la relación integral con sus progenitores. En el mismo sentido, CASTÁN, José: “La Guarda Compartida”, Op. Cit.

Por su parte, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (“Criterios de Atribución de la Custodia...”, Op. Cit., p. 10) considera que esta exigencia constituye un portillo abierto a la denegación de la custodia compartida cuando en el procedimiento el solicitante no logra probar la bondad del sistema e incluso, a veces, su superioridad frente a la custodia exclusiva.

precepto examinado, esto es el de que ‘solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor’ podría conducir, en la inmensa mayoría de los casos, a la exclusión del sistema de alternancia en la custodia que contempla la reforma legal; no podemos, sin embargo, olvidar que tal requisito debe ser interpretado y aplicado en cada caso concreto bajo la inspiración del repetido principio del favor minoris que, por el rango de las normas en que aparece consagrado (Arts. 39 de la CE y 2 y 11.2 de la LOPJM) debe prevalecer sobre cualquier otro condicionante sustantivo o procesal. Ello nos lleva a concluir que, a salvo de las hipótesis excluyentes recogidas en el apartado número 7 del referido precepto, y concurriendo los requisitos exigidos en el número 8, la posible sanción judicial de la custodia compartida será viable cuando la misma se revele como la solución más idónea para el sujeto infantil, en orden a favorecer, por el contacto regular y fluido con uno y otro progenitor, un desarrollo armónico y equilibrado de aquel en sus distintos aspectos, paliándose así, las nocivas consecuencias que, para el mismo, conlleva, por regla general, la ruptura convivencial de quienes asumieron la responsabilidad de traerle al mundo”.

FORCADA MIRANDA,³¹⁹ considera que es prácticamente imposible la concurrencia de hecho de los requisitos indicados en el Art. 92.8 del CC que permitan imponer una guarda compartida cuando una de las partes no la desea. En esta línea, agrega, que ya es difícil encontrar las circunstancias que la hagan posible en caso de procesos consensuales, pero cuando una de las partes no la desea, es muy difícil su imposición e imposible fundamentarla en que

³¹⁹ FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: “Las Últimas Reformas...”, Op. Cit., p. 37

sólo de esa forma se va a proteger el interés superior del niño, que normalmente será contrario a mantenerlo con un progenitor que no quiere compartir tal custodia con el otro.

Por su parte, **SÁNCHEZ-LAFUENTE**³²⁰ entiende que la custodia compartida debe presentarse ante la custodia exclusiva, como la opción más beneficiosa para el niño.

Por otro lado, **GONZÁLEZ MORENO**,³²¹ considera contradictorio que el Art. 92.4 del CC, permita que el Juez pueda decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los progenitores, decretando un ejercicio compartido, y que no pueda acordar, en beneficio de los hijos, una custodia compartida si uno de los progenitores no la solicita y si el fiscal no la aprueba.

En la misma línea **PINTO ANDRADE**,³²² comenta que el Juez se ve atado de pies y manos cuando observa que en un caso concreto puede adoptarse una custodia compartida (deseo de los hijos, informes psicosociales, etc.), pero falta la solicitud formal de algún progenitor, teniendo que decidirse por una custodia en exclusiva que no necesita ser solicitada por las partes,³²³ ni informe favorable del

³²⁰ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: “Ejercicio de la Patria Potestad...”, Op. Cit., p. 77

³²¹ GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: “El Principio de Igualdad...”, Op. Cit., p. 399.

³²² PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 61 y 62.

Vid. al respecto, SAP de Oviedo, Sección 5ª, de 26 de septiembre de 2006. (Resolución número 294/2006, ponente: D. José Luis Casero Alonso. FD 3º)

³²³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (“Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 163) comenta que hubiese sido preferible sólo excluir el sistema de guarda compartida en el proceso contencioso cuando existiese acuerdo de

Ministerio Fiscal. En ese sentido, el principio general del interés del niño queda quebrantado, pues en la atribución judicial de la custodia compartida rige absolutamente el principio dispositivo, por lo cual no puede ser adoptada de oficio.

Con respecto a la imposición judicial de la custodia compartida sin solicitud consensuada de ambas partes, podemos encontrar en la doctrina diferentes opiniones:

SÁNCHEZ-LAFUENTE,³²⁴ cuestiona la conveniencia de adoptar la custodia compartida cuando no existe el acuerdo de los progenitores, pues sostiene que este sistema busca que ambos, en beneficio del hijo, continúen participando en su desarrollo y educación, y no sería en absoluto beneficioso que durante los períodos de convivencia los progenitores llevaran a cabo estas labores de cuidado de forma inconexa, sino que por el contrario, exige que se pongan de acuerdo fijando hábitos comunes de higiene, alimentación o de estudio.

En ese sentido, **CARRASCO PERERA**³²⁵ comenta que sin la voluntad cooperativa de ambos progenitores, la custodia compartida termina siendo impracticable, pues para que hubiera lugar a la misma, ellos tendrían que ser capaces de reproducir después de la ruptura una situación colaborativa similar a la existente antes de aquella.

los padres en el sistema de guarda exclusivo, es decir, uno como guardador y el otro titular del régimen de visitas, comunicación y estancias.

³²⁴ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: “Ejercicio de la Patria Potestad...”, Op. Cit., p. 78

³²⁵ CARRASCO PERERA, Ángel: “La Custodia Compartida”, Aranzadi Civil, nº 22/2004, BIB 2004/1797, Pamplona, 2005

Así mismo **MEDINA LAPIEZA**,³²⁶ sostiene que la adopción de la custodia compartida debe limitarse exclusivamente a los casos en los que existe acuerdo entre los progenitores y nunca por imposición judicial, pues la custodia compartida es un proceso que requiere mucho más esfuerzo por parte de ambos, y mayor nivel de renuncia personal en atención al interés del hijo, y su propia esencia está apoyada en el entendimiento y el diálogo; elementos incompatibles con la imposición que supone una resolución judicial en vía contenciosa.

Agrega que el interés del niño debe tener en cuenta muchos factores, como asegurarle una vida digna, protegerlo del impacto de la violencia de sus padres y procurar que sus necesidades emocionales y económicas queden cubiertas, siendo precisamente de todo ello de lo que puede quedar desamparado y desprotegido ante una custodia compartida forzada. Además, arguye que los hijos advertirían una diferencia en el nivel de vida cuando estén con el padre y cuando estén con la madre, resultando perjudicial y penoso para los mismos. En ese sentido concluye, que mientras lo ideal es

³²⁶ MEDINA LAPIEZA, Carmen: “La Polémica Custodia Compartida”, en La Garnacha, Nº 30 del mes de Julio, pp. 38-41, (Colegio Provincial de Abogados de Cádiz) Cádiz, España. 2005, p. 38.

También en contra de la custodia compartida en sede contenciosa, ALEMANY ROJO, Ángela: “Custodia Compartida, ¿Cómo?”, artículo publicado en la página Web de la Asociación de Mujeres Juristas Themis, p. 2. <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos/Familia/index.htm>

ALZATE MONROY, Patricia: “¿La Guarda y Custodia Compartida versus el Síndrome de Alienación Parental?”

<http://www.am-abogados.com/blog/page/14/>

GODOY MORENO, Amparo: “La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 20. Es vista con recelo por TAMBORERO Y DEL RÍO, Ramón: “La Guarda y Custodia...”, Op. Cit., p. 2. TAMBORERO Y DEL PINO, Ramón: “La Guarda y Custodia...”, Op. Cit.

lograr un entorno equilibrado y armónico para los niños, con esta medida impuesta, se va a conseguir un empobrecimiento y carencia de sus necesidades vitales; por lo que la custodia compartida, en los términos del Art. 92.8, supondrá un claro perjuicio para ellos.

Por el contrario, **TORRES PEREA**,³²⁷ sostiene que tal postura desconoce la finalidad buscada por la norma en este punto, esto es favorecer el interés del niño. En ese sentido, la alternativa que se propone con tales críticas beneficiará al progenitor beligerante y perjudicará al conciliador, pues bastaría con que uno de los progenitores se negara para que impusiera su criterio. Además, dichas posiciones olvidan que lo importante en este punto es proteger el derecho de los hijos a poder relacionarse con plena libertad con cualquiera de sus padres.³²⁸

Así también, **MARÍN GARCÍA DE LEONARDO**,³²⁹ sostiene que si la medida se adopta en un proceso contencioso es obvio que habrá discrepancias entre los progenitores. El Art. 92.8 del CC se establece

³²⁷ TORRES PEREA, José Manuel de: “Interés del Menor y Derecho...”, Op. Cit., p. 257.

³²⁸ En este sentido, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 31 de octubre de 2006 (Resolución número 654/2006, ponente: D. Eduardo Hijas Fernández), confirma la sentencia del Juez a quo que atribuyó la custodia compartida del hijo, por considerarlo más beneficioso para este, ya que la oposición de una de las partes a dicha atribución “no constituye un obstáculo insalvable para su sanción judicial” (FD 5º), señalando la Sala que dicho régimen tampoco supone necesariamente una distribución absolutamente igualitaria del tiempo de permanencia del común descendiente con ambos progenitores, sino una implicación intensa de ambos en las funciones inherentes a la patria potestad, de conformidad con el principio de corresponsabilidad parental. (FD 6º), la distribución temporal ha de establecerse en función de los intereses del hijo y la disponibilidad de los padres, siendo esto lo que hace la Sala al fijar las estancias adaptándolas a las jornadas laborales de sus progenitores. (FD 6º)

³²⁹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa “Problemas que Genera...” Op. Cit. p. 6

en el marco del desacuerdo, por lo cual sería una incongruencia admitir la custodia compartida sólo en los casos de acuerdo de los cónyuges, porque estamos en un proceso sin acuerdo. En este sentido, resulta un avance que ya se vayan acordando decisiones de guarda y custodia compartida a pesar de estar uno de los progenitores en contra.

ORTUÑO MUÑOZ,³³⁰ considera que este artículo es un instrumento a disposición del Juez para evitar que se bloquee toda posibilidad de custodia compartida en aquellos casos en los que, aun concurriendo en teoría las condiciones idóneas, por imposición no razonable del progenitor más cercano a los hijos, todo acuerdo en este sentido sea inviable. En estos casos esta posibilidad excepcional actuaría como elemento de reflexión o incluso de presión hacia el progenitor no colaborador. Sostiene, además, que hubiera sido más útil haber previsto para estos casos la obligatoriedad de que asistieran a un proceso de mediación para que se intentaran buscar soluciones consensuadas.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS,³³¹ considera que si lo más importantes es el interés del niño y este se entiende reflejado en un derecho a mantener relaciones adecuadas e igualitarias con sus progenitores, la falta de acuerdo entre estos o su falta de sintonía no puede frustrar tal derecho, de modo que ante tales actitudes es preciso buscar una fórmula que incluso obligue a los padres a cambiar de actitud para respetar y satisfacer el legítimo interés del

³³⁰ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., Pp. 72-73

³³¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: “Propuesta de Nueva Reforma...” Op. Cit., p. 162

hijo en mantener una relación con su otro progenitor lo más completa posible. En ese sentido, se habrá de prever la intervención de un mediador o del propio Juez, y solicitar de los progenitores un programa relativo al hijo, advirtiéndoles de su obligación de respetar el derecho del este a disfrutar del otro progenitor, y de las posibles consecuencias de su incumplimiento.

TAMAYO HAYA³³² considera que es posible que esta medida no resulte aconsejable si la relación entre los progenitores no es pacífica y no muestran visos de colaboración. No obstante, la conflictividad no tiene por qué suponer, por sí misma, un rechazo total, ya que si bien puede no ser el sistema ideal, tampoco lo es para conseguir una relación pacífica el de atribución exclusiva a uno de los progenitores;³³³ ya que este sistema no garantiza una mejora en sus relaciones y, por ende, una mayor estabilidad del hijo, sino que, por el contrario, en muchas ocasiones dificulta aún más la relación dada la desigualdad que genera, tanto afectiva como económica. Con lo cual, en definitiva, parece más correcto estimar que la conflictividad existente entre los progenitores sea valorada

³³² TAMAYO HAYA, Silvia: “La Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 701

³³³ CASTILLA BAREA, Margarita (“Notas sobre la Guarda y Custodia de los Hijos a Propósito de la Aragonesa Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres”, en Aranzadi Civil-Mercantil, número 7/2010, Sección Estudio, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2010 [BIB 2010/1563] p. 14), sostiene que ningún tipo de guarda y custodia está, ni debe necesariamente estar, al servicio del entendimiento entre los progenitores, sino al servicio de la mejor conciliación de la relación entre cada uno de aquellos y sus hijos, y es en este punto que tanto su propia esencia, como la práctica, demuestran que el régimen de custodia compartida es más equitativo, al situar al padre y a la madre en pie de igualdad respecto a las posibilidades de relacionarse cotidianamente con sus hijos y de influir en su desarrollo y en la formación integral de su personalidad.

junto con otras circunstancias para determinar si es el sistema más idóneo.³³⁴

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA³³⁵ está de acuerdo en que se admita la posibilidad, en sede contenciosa, de otorgar la custodia compartida cuando las circunstancias lo aconsejen (cercanías de domicilios del padre y la madre, cercanía de ambos domicilios con el centro educativo) una vez valorada la relación de los progenitores entre sí y de estos con su hijo, y así resulte de la exploración del mismo y del informe pericial. Por el contrario se muestra en desacuerdo con la redacción de este párrafo que dice que se atribuirá de forma compartida la custodia si *"sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor"*. Lo que nos dice el legislador es que, a falta de acuerdo entre los cónyuges, la custodia compartida queda condicionada a que no haya ninguna alternativa. Esto es, el hijo no estará bien viviendo con su padre, tampoco se protegerán sus intereses viviendo con su madre y solo si vive de forma alterna con ambos se preservarían sus derechos.

³³⁴ PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita ("La Guarda y Custodia Compartida y su Incidencia en la Pensión Alimenticia", en Diario La Ley, de 29 de junio de 2009, número 7206, Año XXX, referencia D-234, Sección Tribuna, Editorial La Ley, [LA LEY 12967/2009], p. 2), entiende que la custodia compartida puede ser una medida adecuada en situaciones diversas que deben ser examinadas en cada caso, pero que admiten cierto grado de discrepancia o tensión entre los progenitores, si ambos son capaces de preservar a sus hijos, evitando transmitirles sus propios conflictos. En ese sentido, considera que no es preciso un óptimo nivel de entendimiento para que pueda prosperar un sistema de guarda equitativo entre los padres.

³³⁵ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, "Comentarios a los Preceptos Reformados..." Op. Cit., p. 71

Por su parte, **LATHROP GÓMEZ**³³⁶ considera que el desacierto del Art. 92.8 del CC, radica no tanto en la posibilidad de ordenar la custodia compartida ante el silencio del otro progenitor (quien puede no haber solicitado para sí la custodia unilateral e incluso puede no querer ejercerla), sino más bien en la viabilidad de su imposición contra la negativa expresa y seria a participar con el otro en el cuidado del hijo.³³⁷

Sostiene además, que la imposición de la custodia compartida, en los casos en que uno de los progenitores guarde silencio, podría reflejar la aplicación de nuevas directrices introducidas en el Derecho de Familia Español, es decir, principios de corresponsabilidad familiar y continuidad parental que buscan, entre otros aspectos, establecer la igualdad de roles entre el padre y la madre en el modelo familiar y fortalecer su coparticipación en el cuidado del hijo.

En nuestra opinión debe fijarse este sistema si de lo estudios y la entrevista con el hijo y los padres puede colegirse que el otro progenitor, aún y cuando no ha solicitado la custodia exclusiva o compartida, es también apto para ejercerla conjuntamente. Por lo cual, esta excepción, no puede fijarse como regla general en los casos en que sea solicitada por uno de los padres; se tendrán que valorar las circunstancias del caso concreto.

³³⁶ LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida de los Hijos”, Op. Cit., p. 441

³³⁷ En el mismo sentido, DE PÁRAMO ARGÜELLES, Matilde (“La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 7), para quien la hostilidad de los progenitores impide la realización de un proyecto educativo común e imposibilita el ejercicio normal y adecuado de las esferas individuales de coparticipación en la crianza de los hijos.

Dentro de esta excepción legal, la posibilidad de imponer la custodia compartida sería también de aplicación limitada, pues tendría que ser aplicada por el Juez con mucho cuidado, en aras de proteger el interés del niño, pues adoptar este sistema cuando existe oposición expresa al establecimiento de la custodia compartida por parte de uno de los progenitores, revelaría una actitud manifiestamente contraria a la implantación del nuevo sistema, y proseguir con ella podría implicar un aumento de la litigiosidad que conlleva la hostilidad de los padres³³⁸ y no hace posible la realización de un proyecto educativo común y del ejercicio normal y adecuado en la coparticipación de los progenitores en la crianza de su hijo.³³⁹

Así, es el Juez a quien le corresponde tomar la última decisión sobre la conveniencia o no de adoptar dicha medida, en aras de proteger el interés superior del hijo.

Tal como establece la SAP de Alicante, Sección 9ª, de 24 de abril de 2009 (Resolución número 237/2009, ponente: D. José Manuel Valero Díez), en su FD 1º, “la guarda y custodia compartida se contempla como una medida de carácter excepcional si no existe acuerdo entre los progenitores al respecto, aun con informe del Ministerio Fiscal, pues en este caso la atribución compartida no se torna preceptiva para el Juez, sino que únicamente se otorga a éste la facultad de acordarla (Art. 92.8 del CC) en atención a las

³³⁸ En estos casos deben existir pruebas contundentes sobre el beneficio concreto que la decisión judicial de adoptar la guarda compartida produzca en la formación del hijo cuyos padres se encuentran enfrentados.

³³⁹ Al respecto, Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida de los Hijos”, Op. Cit., pp. 443

circunstancias y tomando siempre en consideración el superior interés del menor por encima de cualquier otro.”

Así lo hace también la STSJ de Cataluña, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 8 de marzo de 2010 (Resolución número 10/2010, ponente: D. José Francisco Valls Gombau) que sostiene en su FD 2º: “La guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos –SSTSJC 29/2008, de 31 de julio, 24/2009, de 25 de junio–, sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (*art. 79.2 CF*), teniendo en cuenta la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras circunstancias similares, teniendo siempre en cuenta el preferente interés de los menores.”

Sobre la interpretación que debe darse a la redacción del Art. 92.8 del CC, la STS, Sala 1ª de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (Resolución número 579/2011, ponente: Dª Encarnación Roca Trías), en su FD 3º, ha expuesto lo siguiente: “La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el

Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el Art. 92.8 CC , ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.”

Por otro lado, la guarda y custodia no puede ser decidida por el Juez de oficio si no ha sido solicitada por ambos progenitores o excepcionalmente por uno de ellos, aun y cuando los informes psicológicos incorporados a las actuaciones y el mismo interés del niño pudieran aconsejar la adopción de la medida, puesto que la nueva regulación parte del criterio inexcusable de que la medida debe regirse por el principio dispositivo o de justicia rogada.³⁴⁰

Lo más aconsejable que es el legislador se hubiese limitado en estos casos a exigir lo siguiente:

- Dictamen emitido por técnicos especialistas de cuyo contenido se desprenda como factible y conveniente una guarda y custodia compartida.³⁴¹

Cuando la Ley se refiere a especialistas (Art. 92.9 del CC),

³⁴⁰ CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “La Determinación en la Guarda...”, Op. Cit., p. 6.

GARCÍA RUBIO, María Paz/OTERO CRESPO, Marta (“Apuntes sobre la Referencia...” Op. Cit. p. 101) consideran un retroceso del legislador de 2005 el que no se pueda fijar de oficio la guarda y custodia compartida.

³⁴¹ DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María: “Instituciones Jurídicas de Protección...”, Op. Cit., p. 259

éstos habrán de ser, sobre todo, médicos, psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales o educadores. Dicho dictamen debe contener las siguientes características: 1) Al ser un medio de prueba no debe de aportar hechos al proceso. 2) Ser una prueba pericial en la que los conocimientos científicos deben referirse, por lo general a la psicología infantil y a las relaciones interpersonales. 3) Puede ser acordado de oficio por el Juez. El valor probatorio³⁴² de los informes de los especialistas es determinante en la práctica forense, fundamentalmente el realizado por el gabinete adscrito al Juzgado. Su apreciación debe realizarse por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica (Art. 348 de la LEC).

- Informe no vinculante del Ministerio Fiscal;
- Valoración por el Juez de las circunstancias concurrentes, en especial, la repercusión que sobre el niño tendrá la proyección inmediata y futura de tal régimen.

3.1.4.1 Informe del Ministerio Fiscal en el caso del Art. 98.2 del CC.

En cuanto a la exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal, como uno de los requisitos para poder otorgar la custodia

³⁴²

La prueba pericial persigue recabar juicios o valoraciones sobre hechos conforme a los principios de una ciencia o práctica, no siendo su objeto o finalidad versar sobre la existencia misma de los hechos que han de apreciarse, ni la averiguación de un hecho material, además la prueba pericial no vincula al Juez quien puede prescindir de esta prueba si no la estima necesaria o conveniente.

compartida, la doctrina³⁴³ es unánime en considerar este precepto atentatorio a la libertad de decisión del Juez.

Así, **MONTERO AROCA**,³⁴⁴ opina que con ello se está desconociendo uno de los elementos claves de la función del Ministerio Fiscal y de las decisiones judiciales. El Fiscal en todos estos procedimientos asume una función de mero dictaminador o informante, en el sentido de que es oído sobre lo que se estima más favorable para los hijos menores o incapacitados, pero en modo alguno su informe puede llegar a vincular la decisión judicial respecto al acuerdo de este tipo de guarda.

³⁴³ Al respecto, PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 67; SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 285 y 286. VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos (“Matrimonio y Divorcio”, Op. Cit., p. 171) sostiene que en todo caso, nada podrá hacer el Juez por su cuenta si el Ministerio Fiscal no emite un dictamen favorable, lo que significa que, bien visto, la decisión jurisdiccional depende de la voluntad de quien carece de jurisdicción.

Así mismo, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa (“Problemas que Genera...” Op., Cit. p. 5) sostiene que esta cuestión nos lleva a plantear si no cabe una decisión favorable a la guarda compartida por parte del Juez cuando el informe del Ministerio Fiscal es desfavorable. Apunta que resulta criticable haber limitado la facultad decisoria del Juez. Agrega que sobre este punto, ya se ha reclamado una interpretación sistemática en el sentido de que esta circunstancia no impida que el Juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el niño. Concluye que no puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del Juez, por lo que considera urgente que se dé una interpretación flexible que deje el peso de la decisión, en beneficio del niño, al Juez y no al Ministerio Fiscal, ya que el informe de este debe ser un elemento a tener en cuenta, pero nunca decisivo para la resolución judicial.

³⁴⁴ MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José; ARENAS GARCÍA, Rafael: “Separación y Divorcio Tras la Ley 15/2005”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 143.

LÓPEZ ORDIALES,³⁴⁵ considera que este requisito no debe restringir la capacidad del Juez en orden a acordar un sistema u otro de custodia, pues sólo el interés del niño condiciona su atribución.³⁴⁶

Por su parte, **MIRANDA ESTRAMPES**,³⁴⁷ sostiene que la exigencia del informe favorable adquiere una verdadera dimensión protectora de los intereses de los hijos dada su condición de defensor legal de los mismos como plasmación concreta de su verdadera misión constitucional (Art. 124 de la CE). Opina que la preceptividad de dicho informe no limita la potestad jurisdiccional, pues el Juez mantiene intactas sus opciones de decisión correspondiéndole, en última instancia, acordar su adopción o no en atención al principio del interés superior del niño.

SÁNCHEZ-LAFUENTE,³⁴⁸ argumenta que el informe favorable del Fiscal refuerza la excepcionalidad que debe revestir la adopción de la

³⁴⁵ LÓPEZ ORDIALES, Julio Jesús: “Custodia Compartida. Cuestiones...” Op. Cit., p. 291

³⁴⁶ En esta línea, HERNANDO RAMOS, Susana: “El Informe del Ministerio Fiscal...” Op. Cit., p. 4.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (“Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit., p. 162) sostiene que aún cuando constatada la procedencia de la guarda compartida como sistema que mejor protege el interés del niño, no haya solicitud en tal sentido o exista informe desfavorable del Ministerio Fiscal, el interés del niño es el principio rector en el procedimiento para la adopción del régimen de guarda, de suerte que sólo aquel interés puede determinar la atribución exclusiva o compartida de la guarda y custodia.

MAÑÉ TARRAGÓ, Pilar (“La Guarda y Custodia Compartida...”, Cit.) considera que lo más ajustado a Derecho es que el informe del fiscal resulte un elemento más a tener en cuenta, pero nunca decisivo para la resolución judicial.

³⁴⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: “La Protección de Menores...”, Op. Cit., p. 31

³⁴⁸ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta (“Ejercicio de la Patria Potestad...”, Op. Cit., Pp. 76, 77). Esta autora considera también que existe informe

custodia compartida en vía contenciosa, funcionando a modo de filtro, y en garantía del bienestar del niño. Agrega, además, que es posible que el Juez no acuerde este sistema de custodia, aunque el Fiscal haya informado positivamente sobre la misma, de manera que la decisión sobre la adopción de la custodia compartida corresponde siempre al Juez.

ESPARZA OLCINA,³⁴⁹ sostiene que el informe favorable del Ministerio Fiscal, implica la atribución de funciones jurisdiccionales a esa institución, y en consecuencia, la infracción del Art. 117 de la CE.

Así mismo, en el II Encuentro Nacional de Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales y Abogados de Derecho de Familia, organizado por la Asociación Española de Abogados de Familia y el Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25

favorable aunque el Ministerio Fiscal se limite a manifestar su no oposición a la adopción de la custodia compartida.

³⁴⁹ ESPARZA OLCINA, Carlos: “La Guarda Compartida”, Op. Cit. p. 209.

En la misma línea, CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 5; HERNANDO RAMOS, Susana: “El Informe del Ministerio Fiscal...” Op. Cit., p. 5. IVARS RUÍZ, Joaquín (“Del Por Qué...” Op. Cit., p. 4) considera que el Art. 92.8 del CC “arrincona su propia constitucionalidad alejándose notoriamente de ella, básicamente por el adjetivo “*favorable*” que se añade a la exigencia del preceptivo informe del Ministerio Fiscal. Se viola con ello el artículo 117 de la CE al supeditar la decisión jurisdiccional a ese requisito de procedibilidad, sin que el Juez o Tribunal pueda sentenciar autónomamente. La concesión al Ministerio Fiscal de este privilegio de veto en un área sometida a decisión judicial obstaculiza desde el poder ejecutivo la función primordial del Poder Judicial de juzgar, atropellando su independencia. Además, la necesidad de contar con esta exigencia para acordar el modelo de custodia compartida embarga de origen al Juez o Tribunal para entrar en el fondo del asunto, no satisfaciendo el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE. En definitiva, impide que pueda acordarse aquello valorable en favor del interés superior del menor, atentando a la norma constitucional de los artículos 117 y hasta el 14, incluso el principado de su artículo 39 como deber de protección de los menores.”

de noviembre de 2005, se acordó, por mayoría, que: El informe desfavorable del Ministerio Fiscal no impedirá en todo caso al Juez, aprobar la guarda y custodia compartida si entiende que es lo más adecuado para el niño, porque, de estimarse lo contrario, ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del Juez. Si bien se estima conveniente que se suprima que el informe del fiscal tenga que ser favorable, limitándose a indicar, como en el caso de la custodia compartida por acuerdo de los progenitores, que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo.³⁵⁰

Jurisprudencialmente, la custodia compartida es denegada, por no concurrir ninguno de los requisitos del Art. 92.8 del CC, en los siguientes casos:

En la SAP de Madrid, Sección 22ª, 18 de octubre de 2005 (Resolución número 683/2005, ponente: D. Eduardo Hijas Fernández), que denegó la solicitud de guarda y custodia compartida hecha por el padre, por existir, entre otras cosas, el informe desfavorable del Ministerio Público. (FD 2º)

También, la SAP de Valencia, Sección 10ª, de 22 de febrero de 2006 (Resolución número 125/2006, ponente: D. Carlos Esparza Olcina), en su FD 1º argumentó que no procede el establecimiento de la custodia compartida ya que “no ha sido interesada por ninguno de los progenitores, que por cierto, mantienen unas relaciones bastante

³⁵⁰ Vid. BLANDINO GARRIDO, María Amalia: “Tratamiento de las Concretas...”, Op. Cit., p. 223; SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 236; Cuestión de inconstitucionalidad número 8912-2006, planteada por la AP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª, en relación con el Art. 92.8 del CC. FD 2º.

tensas; además, los dictámenes del Ministerio Fiscal no han sido favorables a esta modalidad (folios 234 y 308), y por último, no parece que sea la única forma de salvaguardar el interés de los hijos, pues la custodia paterna se perfila como idónea”.

Asimismo, la SAP de Córdoba, Sección 3ª, de 1 de marzo de 2006 (Resolución número 45/2006, ponente: D. Pedro José Vela Torres), en su FD 3º, razona que no procede acordar la custodia compartida ya que los hijos mayores no están conformes con ella, el Ministerio Fiscal no ha informado favorablemente y el padre no dispone de una vivienda que facilite que sus hijos mayores puedan realizar sus estudios con la comodidad, aislamiento y concentración que requieren, no resultando por otro lado aconsejable establecer un régimen para la hija pequeña diferente al de sus hermanos mayores.

Finalmente, la SAP de Murcia, Sección 4ª, de 28 de enero de 2010 (Resolución número 46/2010, ponente: D. Juan Antonio Jover Coy), deniega también la custodia compartida, razonando, en su FD 2º, que: “En el presente caso es evidente que no hay acuerdo de los padres (...) tampoco hay informe favorable del Ministerio Fiscal, que al folio 81 vuelto expuso que con la situación actual estaban suficientemente protegidos los intereses de los menores. Y nada indica que la guarda y custodia compartida sea la única forma de proteger adecuadamente el interés superior de las menores...”

3.1.4.1.1 Sobre la posible inconstitucionalidad del Art. 92.8 del CC.³⁵¹

La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª, en fecha 13 de septiembre de 2006 (Rollo número 291/2006, ponente Dª Mónica García de Yzaguirre)³⁵² ha planteado cuestión de inconstitucionalidad en relación con el Art. 92.8 del CC, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005 de 8 de julio, por posible vulneración de los Arts. 14, 24, 39 y 117 de la CE, al supeditar la decisión jurisdiccional sobre la guarda y custodia compartida, a petición de uno solo de los progenitores, a la existencia de un informe favorable del Ministerio Fiscal.

La Sala, en su Razonamiento Jurídico 2º, sostiene que la duda sobre la constitucionalidad de la norma proviene del adjetivo “favorable” que se añade a la exigencia del preceptivo informe del Ministerio Fiscal, por cuanto califica el sentido que ha de revestir el dictamen del Ministerio Público, el cual ha de ser necesariamente propicio, y a cuya existencia se supedita la decisión jurisdiccional de

³⁵¹ Vid. ampliamente, IVARS RUÍZ, Joaquín: “Del Por Qué...” Op. Cit., p. 4; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: “La Protección de Menores...”, Op. Cit., Pp. 22-31, PÉREZ MAYOR, Adrián: “La Entelequia de la Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 810. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: “Propuesta de Nueva Reforma...” Op. Cit., p. 160-161. Redacción de Publicaciones Civiles La Ley: “El Régimen de Guarda y Custodia Compartida”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Dossier, Editorial La Ley. Se realiza una selección de resoluciones judiciales que abordan algunas de las cuestiones más problemáticas de la guarda y custodia compartida (pensión de alimentos, régimen de comunicaciones y estancias, atribución del uso de la vivienda familiar, etc.)

³⁵² Cuestión de inconstitucionalidad número 8912-2006, admitida a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional mediante providencia de 14 de abril de 2010. BOE número 103, de 29 de abril de 2010, p. 37,508

acordar la custodia compartida como un requisito previo de procedibilidad sin el cual el Juez o Tribunal no pueden juzgar.

Continúa diciendo la Sala que, no se puede obviar sin más lo que dice el Art. 92.8 del CC, optando por no aplicarlo y atender a lo que dice el apartado 6º del mismo Art. 92 del CC (“el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal”).

Más adelante, señala una posible vulneración del Art. 117 de la CE (exclusividad de la potestad jurisdiccional) argumentando que si el Ministerio Fiscal no emite informe alguno sobre la custodia compartida interesada por una de las partes (pese a su presencia en el acto de la vista), o su informe es neutro sin mostrarse ni a favor ni en contra, o bien, finalmente, es contrario al establecimiento de un régimen de custodia compartida, el Juez o Tribunal no podrá otorgarla. (RJ 3º)

En ese sentido, al no contar con informe favorable ni siquiera va a poder el órgano jurisdiccional examinar y enjuiciar la cuestión, es decir, entrar en el fondo del asunto, lo cual supone un ataque a la independencia de los Jueces y Tribunales por la que precisamente el Ministerio Público ha de velar (Art. 124 de la CE) y traslada la decisión en última instancia al Ministerio Fiscal.

Con este apartado, además, se quiebra el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24 de la CE) puesto que no es posible revisar jurisdiccionalmente estos actos. La parte nunca podría pretender ante los Tribunales que se alterara el sentido del informe del Ministerio Público evacuado en un proceso civil sobre custodia de menores, lo que supondría no controlarlo jurisdiccionalmente. (RJ 4º)

Por otro lado, se atenta contra el principio de igualdad (Art. 14 de la CE) en la medida que, cuando los progenitores están de acuerdo en la petición de la guarda y custodia compartida el informe del Ministerio Fiscal no es necesario que sea favorable. El acuerdo o desacuerdo de los padres no puede justificar la facultad materialmente decisoria del Ministerio Público en un caso y no en el otro. Se pone de manifiesto la diferencia de trato legal sin causa justificada. (RJ 5º)

Se señala que supone también una vulneración del Art. 14 de la CE, entendiendo la Sala que la discrepancia –o simplemente la falta de acuerdo por el silencio o rebeldía de uno de los progenitores- entre las partes en el proceso, no resulta un motivo razonable para basar el tratamiento jurídico distinto –y único en nuestro ordenamiento jurídico- del carácter vinculante o no vinculante para el Juez de la posición no favorable del Ministerio Fiscal en las peticiones de custodia compartida de menores, y por lo tanto lesiona la igualdad ante la ley.

Finaliza la cuestión de inconstitucionalidad con la posible infracción del Art. 39 de la CE, argumentando la Sala que en el caso del Art. 92.8 del CC, se supedita a otras consideraciones el interés superior del menor, interés que no puede siquiera entrar a valorarse por el Juez en el caso en que el Fiscal no informe favorablemente a la custodia compartida solicitada por uno de los progenitores, y que, sin embargo, ha de ser el criterio relevante en todos los demás casos que afecten al menor, incluso en la custodia compartida a petición de ambos cónyuges, pese al informe no favorable del Ministerio Fiscal en dicho caso.

También la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, con fecha 20 de enero de 2010 (Rollo número 193/2008)³⁵³ ha incoado cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el Art. 92.8 del CC, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por posible vulneración de los Arts. 9.3, 14, 18, 24, 39 y 117.3 de la CE, cuestionando la eficacia constitucional del Art. 92.8 del CC, en relación a que se pueda acordar la custodia compartida a solicitud de uno solo de los padres, no hallándose el otro progenitor ni el Ministerio Fiscal, de acuerdo con la fijación de tal medida.

Así, en su FD 1º, sostiene que la inexistencia del requerido informe favorable del Ministerio Fiscal, impide a la Sala valorar -a efecto de fundamentar una posible decisión favorable al establecimiento de la custodia compartida- si solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (Art. 92.8 inciso final del CC), de modo que de esta manera se imposibilita el ejercicio efectivo de la exclusividad de la potestad jurisdiccional, en orden a considerar los muy diversos condicionantes que configuran el interés superior del menor. En ese sentido, considera que al informe favorable se le atribuye una “función de veto” para poder decidir la custodia compartida en sede contenciosa.

Considera que no existe una justificación razonable para el trato desigualitario que se establece en el Art. 92 del CC, para los supuestos de guarda y custodia compartida tanto en sede de mutuo acuerdo como en sede contenciosa. Asimismo, entiende la Sala que

³⁵³ Cuestión de inconstitucionalidad número 776-2010, admitida a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional mediante providencia de 19 de mayo de 2010. BOE número 136, de 4 de junio de 2010, p. 48,273

se lesionan las exigencias vinculadas no solamente al interés superior del menor (Art. 39 de la CE), sino también el derecho a la intimidad familiar (Art. 18.1 de la CE). Todo ello, tropieza con el sistema de protección jurídica de los intereses constitucionales superiores de los menores, desde la perspectiva del ejercicio real de la potestad jurisdiccional cuya exclusividad descansa legalmente a los efectos de su impulso efectivo únicamente en los Jueces y Tribunales en casos sometidos a los mismos.

Por último, el Juzgado de Primera Instancia de Murcia, en Auto de 6 de junio de 2007 (Resolución número 655/2007, ponente: D. Fernando Ferrín Calamita), en su FD 1º, señala que “...el Art. 92.8 CC es claramente inconstitucional por vulnerar el Art. 117 del CC.” Además relaciona las Conclusiones de los Encuentros de Jueces de Familia en noviembre de 2005 en los que se dijo: “En cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el Ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el Juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del Juez...”³⁵⁴

³⁵⁴ Vid. Redacción de Publicaciones Civiles La Ley: “El Régimen de Guarda y Custodia Compartida”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Dossier, Editorial La Ley, pp. 2-7. En esta sección, se realiza una selección de resoluciones judiciales que abordan algunas de las cuestiones más problemáticas de la guarda y custodia compartida (pensión de alimentos, régimen de comunicaciones y estancias, atribución del uso de

3.1.5 Causas de inadmisión de la guarda y custodia compartida en el Código Civil.

Según, el Art. 92.7³⁵⁵ del CC, la guarda y custodia compartida no procederá cuando:

1. Cualquiera de los padres esté incurso³⁵⁶ en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

la vivienda familiar, etc.)

³⁵⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz/OTERO CRESPO, Marta (“Apuntes sobre la Referencia...” Op. Cit. p. 99) sostienen que la redacción de este precepto denota falta de rigor técnico y las muchas dudas interpretativas que puede conllevar. Para empezar no existe ningún concepto jurídico-penal que pueda denominarse “estar incurso en un procedimiento”. Parece evidente que no se ha querido equiparar la situación con la de estar presente en un procedimiento penal, puesto que se puede estar en él de muchas maneras, como imputado, como víctima, como testigo, como perito, etc. Se debió aludir a “estar condenado” o, la que más parece haber sido la probable voluntad del legislador, “estar imputado”, puesto que el texto menciona el procedimiento, pero no la necesidad de sentencia. Siendo esta la interpretación de la fórmula cabe plantear dudas respecto a su legitimidad, ya que a quien aún no ha sido condenado y puede resultar absuelto se le está imponiendo una pena indirecta restringiendo el contacto con sus hijos, lo cual no parece muy conforme con el principio de presunción de inocencia.

³⁵⁶ MONTERO AROCA, Juan (“Separación y Divorcio...”. Ob. Cit., p. 144.) sostiene que, “estar incurso” es una expresión carente de contenido técnico-jurídico, si bien debe entenderse equivalente a ser imputado, sin perjuicio de que no debería estimarse que el mero hecho de que uno de los progenitores haya presentado una denuncia contra el otro supone estar incurso o ser imputado; la imputación debe ser hecha por el Juez de instrucción. Lo anterior, continúa, no pasa de ser una mera disquisición, pues si un progenitor ha presentado una denuncia contra el otro imputándole uno de estos delitos es imposible pensar en la guarda compartida, aunque se trate de una imputación falsa, pues el hecho mismo de presentar una denuncia hace inviable la guarda compartida.

MONSERRAT QUINTANA,³⁵⁷ sostiene que el término “incurso”, permite un buen número de actuaciones -no siempre de buena fe- del cónyuge que pretenda impedir a toda costa la guarda y custodia compartida, como sería la mera denuncia, para que la medida no pueda adoptarse.

La norma no se refiere concretamente a condenado, imputado ni denunciado. Pareciera que el legislador estaría prejuzgando, pues estar incurso en un proceso penal no significa ser culpable, por lo cual se estaría sancionando a este progenitor al negarle la posibilidad de compartir con el otro, el cuidado de sus hijos.

Al respecto, **PÉREZ MAYOR**,³⁵⁸ sostiene que este apartado quebranta el principio de presunción de inocencia, lo que supone un atentado a la seguridad jurídica e incentivará las denuncias falsas haciendo un uso perverso de la Ley con móviles totalmente espurios.

PINTO ANDRADE,³⁵⁹ opina que el término “estar incurso”, en un sentido técnico jurídico, parece equivalente a “estar imputado” por el Juez de Instrucción o de Violencia contra la Mujer o incluso por la simple incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, no bastando el mero hecho de la presentación de una denuncia. Sin embargo, en la práctica, probablemente esta última circunstancia sea

³⁵⁷ MONSERRAT QUINTANA, Antonio: “La Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 7.

³⁵⁸ PÉREZ MAYOR, Adrián: “La Entelequia de la Custodia Compartida...” Op. Cit., p. 813. En el mismo sentido, MAÑÉ TARRAGÓ, Pilar: “La Guarda y Custodia Compartida...”, Cit.; ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 12;

HERNANDO RAMOS, Susana (“El Informe del Ministerio Fiscal...” Op. Cit., p. 7.), sostiene que dicha cautela debería haberse previsto para el caso de que existiera una sentencia firme de condena.

³⁵⁹ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 71

suficiente para que el Juez considere inviable la adopción de la custodia compartida.

LATHROP GÓMEZ³⁶⁰ considera que la imprecisión del legislador no ha sido casual, sino que ha querido comprender el mayor número de supuestos presentables previniendo, de alguna forma, concesiones equivocadas de este tipo de guarda. En este sentido entiende que el legislador se refiere al individuo acusado y, en su caso, condenado, y a aquel contra el cual existe imputación formal, es decir, a quien ya se le ha denunciado en sentido estricto una vez admitida a trámite la denuncia o querella.

De esta forma, no es necesario que se haya dictado sentencia condenatoria para que quede excluida la custodia compartida, lo cual implica que si se ha interpuesto formalmente querella o denuncia por estos delitos en contra de uno de los progenitores, no cabe establecer esta modalidad de cuidado si se encuentra pendiente el juicio respectivo. En cambio, sí podría solicitarse si dicho progenitor resulta absuelto, en cuyo caso podrá iniciar un procedimiento de modificación de medidas definitivas por cambio de circunstancias (Art. 775 de la LEC).

Por su parte **MARÍN GARCÍA DE LEONARDO**³⁶¹ sostiene que en la práctica pueden surgir problemas por la posibilidad de emplear el mecanismo de iniciar un proceso penal como medio de impedir la guarda y custodia compartida, instrumentalizando dicho proceso para

³⁶⁰ LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida de los Hijos”, Op. Cit., p. 422

³⁶¹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa: “Problemas que Genera...” Op. Cit., p. 7

conseguir pretensiones civiles que deben dilucidarse en el orden civil. Argumenta que hubiera sido deseable adoptar la cautela cuando existiera una sentencia firme de condena. Concluye que la aplicación literal de la norma podría vulnerar el principio constitucional de presunción de inocencia al inhabilitar a cualquier progenitor para obtener el pronunciamiento legal de custodia compartida por la simple denuncia de un supuesto delito.

Al respecto, La SAP de Valencia, Sección 10^a, de 10 de febrero de 2009 (Resolución número 82/2009, ponente: D. Carlos Esparza Olcina), en su FD 1^o, dice: “...por lo que se refiere a la denuncia interpuesta por la demandante contra el demandado, que ha dado lugar a la emisión de una prohibición de acercamiento se estima, en relación con la previsión del artículo 92.7 del CC, que dicha denuncia no puede impedir el establecimiento de la guarda compartida habida cuenta de que no consta que los hechos que la han motivado revistan la suficiente gravedad como para suponer un obstáculo efectivo al sistema de guarda fijado; por otro lado, la Sala comparte las valoraciones que hace la sentencia recurrida sobre el momento de la denuncia, posterior a la emisión del informe pericial que recomienda la custodia compartida, y después también de la vista del juicio que fue suspendida a instancias de la demandante para instruirse del informe e intentar alcanzar un acuerdo”.

2. Cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios³⁶² fundados de violencia³⁶³ doméstica.

En el caso de violencia de género en los términos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género;³⁶⁴ el Juez Civil perdería competencia para seguir conociendo del asunto (Art. 87.ter de la LOPJ), en este caso, el Juzgado de Violencia contra la Mujer, le requerirá de inhibición y será quien decida el régimen de custodia más adecuado (Art. 49 bis.3 de la LEC).

Si existen indicios de violencia de género,³⁶⁵ el Juzgado de Primera Instancia, no solo no debe adoptar la custodia compartida, sino que debería citar a comparecencia al fiscal y a las partes y

³⁶² MORÁN GONZÁLEZ, María Isabel (“El Ministerio Fiscal...”, Op. Cit. p. 104-105) sostiene que sería importante que la referencia a esta materia quedara estructurada sin fisuras de interpretación, quedando excluida de manera taxativa la mera sospecha, que no puede por sí sola, determinar de manera automática la exclusión de la guarda y custodia compartida. Agrega que es necesario la aportación de pruebas o datos que sin duda, reflejen la situación de violencia en el hogar familiar.

En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, María Paz/OTERO CRESPO, Marta: “Apuntes sobre la Referencia...” Op. Cit. pp. 99-100.

³⁶³ SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa (“Maltrato y Separación: Repercusiones...”, Op. Cit. p. 144) considera que el problema que representa la custodia compartida reviste una especial crudeza para aquellas familias que están inmersas en un entorno violento. Cuando la mujer decide separarse, el padre violento solicita la custodia compartida como medio para seguir controlando, acosando y maltratando a su ex pareja a través del maltrato potencial o real a los hijos. Este es el drama que encierra la custodia compartida, que es solicitada por hombres que representan los dos extremos del arco: padres maravillosos que se han encargado de atender con cuidado y cariño a sus hijos, y maltratadores.

³⁶⁴ BOE número 313, de 29 de diciembre de 2004, p. 42,166

³⁶⁵ Estos casos se definen en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

deberá continuar tramitando el proceso civil hasta recibir la solicitud de inhibición del Juzgado de Violencia contra la Mujer (Art. 49 bis.2 de la LEC)

Los Arts. 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se refieren a la existencia de un inculpado por violencia de género, en cuyo caso el Juez podrá suspender el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia de los menores y/o ordenar la suspensión de visitas a sus descendientes. De este modo, si previamente existe una sentencia que acuerde una guarda y custodia compartida, la posterior denuncia por violencia de género permitiría al Juez acordar la suspensión de dicha medida al amparo del mencionado Art. 65, siempre que las circunstancias así lo justifiquen y, en especial, si ello puede ocasionar daño a los hijos.

En este caso, el régimen de comunicación y estancia, podría suspenderse (Art. 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género) o bien, cuando la violencia no afecte a los hijos, puede recurrirse a sistemas alternativos como el intercambio de los niños en el Punto de Encuentro Familiar.

El Art. 158.4 del CC, nos dice que el Juez deberá adoptar las medidas que estime convenientes para apartar al hijo de cualquier peligro, como por ejemplo, suspender el contacto directo y regular con el agresor.

No obstante, también se corre el riesgo de incoar falsas denuncias que desvirtúen la búsqueda del mayor beneficio de los

hijos y que pueden perseguir la finalidad de sembrar la duda sobre la conveniencia de adoptar la custodia compartida.

Este ha sido el supuesto de hecho fallado por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Castellón en Sentencia de 20 de julio de 2005 (Expediente número 1359/2004), según la cual los cónyuges contrajeron matrimonio en 2002 habiendo tenido un hijo en 2003, posteriormente la esposa promueve demanda de separación y, al mismo tiempo denuncia al marido por malos tratos, lo que dio lugar a la incoación de diligencias previas y a la transformación en juicio de faltas, dada “la levedad de los hechos denunciados que no permiten hablar de violencia de género”, circunstancia contraria a la relación correcta que mantenían los cónyuges entre sí hasta el cese de la convivencia, y con la óptima relación que ambos habían mantenido con su hijo.

Como consecuencia de la denuncia, el Juzgado de Instrucción número 1 de Castellón (diligencias previas número 1485/2005) adoptó como medida respecto del hijo, la guarda y custodia compartida, medida puesta en práctica durante un mes, sin que se produjera ningún tipo de problemas. Esta medida fue modificada por el Juzgado de Primera Instancia atribuyendo provisionalmente la guarda y custodia del hijo menor a la madre.

Posteriormente, al decretar el divorcio, el Juzgado de Castellón resolvió declarar disuelto el matrimonio y atribuyó a los progenitores la guarda compartida del hijo, entendiendo que en este caso era la medida más favorable para el interés del niño, lo que fue respaldado

por el informe favorable del Ministerio Fiscal y por varios dictámenes de especialistas en el mismo sentido.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación con fecha 18 de octubre de 2005 (número 219/2005), solicitando la revocación de la sentencia de instancia, que posteriormente fue confirmada por la SAP de Castellón de la Plana, Sección 2ª, de 23 de octubre de 2006 (Resolución número 154/2006, ponente: D. Pedro Javier Altares Medina. FD 2º).

De lo anterior se desprende la necesidad de poner atención a las posibles denuncias falsas³⁶⁶ sobre violencia intrafamiliar que puedan presentarse y que buscan instrumentalizar el proceso penal con el fin de obtener la custodia unilateral para uno de los progenitores, situación en la cual se buscan intereses propios y no se tiene en cuenta el beneficio del hijo quien a la larga resultará perjudicado.

GUILARTE MARTÍN-CALERO,³⁶⁷ sostiene que además de quedar excluida la guarda compartida en los supuesto previstos en el Art. 92.7 del CC, debe asimismo excluirse, si existe acuerdo sobre el sistema de guarda exclusivo y sino se reúnen los condicionantes fácticos mínimamente exigibles para augurar el éxito del sistema de guarda compartida, por lo tanto, en los casos en que la relación entre los padres haya llegado a un deterioro sin paliativos, deberá prescindirse de este sistema, pero teniendo muy en cuenta que

³⁶⁶ Sobre este punto, vid. IVARS RUÍZ, Joaquín: “Guarda y Custodia Compartida: Aspectos Procesales y Sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia”, Segunda Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2008, Pp. 66-68

³⁶⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 166-167

precisamente en estos casos deberá garantizarse el régimen de visitas, comunicación y estancias y otorgar la guarda al progenitor “menos envenenado” con la ruptura, a fin de evitar la pérdida de la figura del progenitor no custodio.

Se deniega la custodia compartida con base en el Art. 92.7 en:

La SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 9 de marzo de 2007 (Resolución número 193/2007, ponente: Dª. María José Pérez Tormo), en base a indicios fundados en violencia doméstica (FD 3º).

También en la SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 12 de abril de 2007 (Resolución número 279/2007, ponente: D. Juan Miguel Jiménez de Parga), se rechaza con fundamento en la existencia de una condena penal firme, por la comisión del delito de lesiones leves contra su pareja sentimental. (FD 2º)

Asimismo en la SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 24 de mayo de 2007 (Resolución número 379/2007, ponente: D. Paulino Rico Rajo), se deniega por seguirse procedimiento de diligencias previas por violencia sobre la mujer. (FD 2º)

Además en la SAP de Madrid, Sección 24ª, de 26 de junio de 2007 (Resolución número 869/2007, ponente: Dª. Miriam de la Fuente García), el Juez no accede a la solicitud por la existencia de sentencia penal firme condenatoria por una falta del Art. 620 del CP cometida contra la esposa. (FD 3º)

Finalmente, en la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3ª, de 27 de noviembre de 2007 (Resolución número 529/2007, ponente: D. Ricardo Moyano García), el Juez no la adopta por la

existencia de una sentencia penal firme condenatoria por falta de coacciones contra la esposa. (FD 1º)

3.1.6 El resultado de los informes legalmente exigidos.

El Art. 92.9 del CC, establece que el Juez antes de pronunciarse sobre la guarda y custodia, de oficio o a instancia de parte, puede recabar³⁶⁸ el dictamen de especialistas debidamente cualificados, referidos a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del sistema de custodia de los hijos. En ese sentido, se permite al Juez asesorarse por especialistas que desde su óptica profesional van a poder ponderar la conveniencia o no de la fijación de la medida, atendida la circunstancia de la oposición a la misma por parte de uno de los progenitores. Así, la finalidad de esta disposición legal es ayudar al Juez a formar su opinión, a efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés de los hijos, recordando que el resultado de estos informes no vincula, en manera alguna, la decisión del Juez.³⁶⁹

En opinión de **CASTILLO MARTÍNEZ**,³⁷⁰ el tenor del precepto debería haber incluido el carácter preceptivo del dictamen de los especialistas en estos supuestos, habida cuenta de la significativa

³⁶⁸ En la SAP de Ávila, Sección 1ª, de 18 de mayo de 2007 (Resolución número 108/2007, ponente: D. Jesús García García), se anula la sentencia del Juez a quo, entre otras cosas, por no haberse recabado el informe del Equito Técnico Judicial, con el cual se puede determinar la conveniencia de la adopción del sistema de custodia compartida para el hijo. (FD 1º y 2º)

³⁶⁹ En este sentido, la STS, Sala 1ª de lo Civil, de 7 de abril de 2011 (Resolución número 252/2011, ponente: Dª. Encarnación Roca Trías), FD 4º

³⁷⁰ CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “La Determinación en la Guarda...” Op. Cit., p. 9

relevancia que para el Juez tendría la valoración por parte del profesional (Equipo Técnico o perito psicólogo) de las específicas circunstancias de la situación a resolver.

Este dictamen es una prueba pericial cuya finalidad es proporcionar al Juez elementos, basados en los conocimientos de dichos especialistas, que le permitan adecuar a la realidad de cada familiar, el pronunciamiento relativo a la guarda y custodia de los hijos, optando por la guarda compartida o la exclusiva, fijando un régimen de visitas, comunicación y estancias más o menos amplio y estableciendo las garantías pertinentes para el buen funcionamiento del sistema de guarda adoptado.

En ese sentido, el informe pericial psicológico emitido por el Equipo Técnico proporciona al Juez elementos precisos y preciosos para resolver.³⁷¹ Por ello, si propone como sistema adecuado para el hijo la custodia exclusiva y se limita a desaconsejar la custodia compartida, el Juez no se aparta de la propuesta,³⁷² y, en cambio, si

³⁷¹ SAP de Madrid, Sección 24ª, de 22 de Febrero de 2007. (Resolución número 272/2007, ponente: D. Francisco Javier Correas González. FD 1º)

DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María (“Instituciones Jurídicas de Protección...”, Op. Cit., p. 263) comenta que la intervención de los equipos psicosociales en los procedimientos de familia, garantiza una mayor calidad y eficacia de la resolución a dictar y una visión más ampliada y completa del asunto en el que haya resultado necesaria su opinión.

³⁷² Así, la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 26 de julio de 2007 (Resolución número 400/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors), que denegó la solicitud de custodia compartida, tomando en consideración el contenido del informe psicológico según el cual la custodia compartida les generaría a los hijos “unos niveles de inestabilidad emocional y de comportamiento susceptibles de padecer trastornos psicológicos” (FD 4º)

También la SAP de Salamanca, Sección 1ª, de 24 de mayo de 2007 (Resolución número 201/2007, ponente: D. Jesús Pérez Serna), que confirmó la sentencia del Juez a quo que atribuyó la guarda exclusiva de la hija a la madre, valorando el contenido del informe psicológico en el cual no se

puede hacerlo en el caso de que se propongan la custodia compartida.³⁷³

Así lo hace la SAP de Madrid, Sección 24ª, de 11 de Abril de 2007 (Resolución número 482/2007, ponente: D. Francisco Correas González), en su FD 1º, según el cual: “No deben tenerse en cuenta otros informes periciales existentes en autos que tienden a una guarda y custodia compartida que, en puridad jurídica, es un contrasentido con la medida nuclear solicitada y concedida de separación física de cuerpos y rompimiento del vínculo matrimonial; y no debe tenerse en cuenta la guarda y custodia para las partes por periodos alternativos que según constante doctrina jurisprudencial es altamente perjudicial para los hijos por el continuo cambio de domicilio, o de costumbre dentro del domicilio familiar si quienes cambian son los padres...”.

ESPARZA OLCINA³⁷⁴ señala que hay algunos casos en los que a pesar de que en la teoría el sistema de guarda compartida no es el más indicado, resulta que acaba por establecerse porque esa no idoneidad teórica no resiste el contraste con la realidad, puesta de relieve en un informe pericial psicológico o social, que recomienda continuar con el sistema porque ha dado buenos resultados.

precisaba la posibilidad y efectividad de la guarda y custodia compartida. (FD 3º)

³⁷³ En este sentido, la STS, Sala 1ª de lo Civil, de 7 de abril de 2011 (Resolución número 252/2011, ponente: Dª. Encarnación Roca Trías), que confirmó la SAP de Palma de Mallorca que revocó la sentencia del Juez a quo que había atribuido la guarda y custodia compartida de los hijos a ambos progenitores, aún cuando los informes psicosociales recomendaban dicha medida y había informe favorable del Ministerio Fiscal al respecto. FD 1º y 4º

³⁷⁴ ESPARZA OLCINA, Carlos: “La Guarda Compartida”, Op. Cit. p. 206

En ese sentido, el dictamen efectuado por psicólogos y trabajadores sociales, si bien ofrece en su contenido elementos esenciales, debe ser analizado por el Juez como un instrumento meramente orientativo, pues resulta evidente que son los progenitores quienes mejor conocen su situación personal y familiar y no se debe dejar a personas ajenas a ese círculo, decisiones tan importantes como lo es la relativa a la guarda y custodia compartida.

El objetivo de los dictámenes es dilucidar si los progenitores gozan de la necesaria capacidad y aptitud para el correcto ejercicio de la patria potestad, así como de las circunstancias personales que rodean a los hijos, y, en armonía con todo ello, decidir lo que se estime más adecuado con relación a la guarda y custodia compartida.³⁷⁵

Por ello, en la realización del dictamen, el especialista debe tener en cuenta aspectos como: El reparto del tiempo en la alternancia, edad del hijo, ubicación de los domicilios, situación económica y laboral de los progenitores, existencia de parejas sentimentales, creencias religiosas, conducta y corresponsabilidad, etc.³⁷⁶ Además, es importante la opinión del hijo especialmente cuanto mayor grado de madurez tenga.

En este sentido, la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 1 de octubre de 2007 (Resolución número 471/2007, ponente: D. Enrique Anglada Fors), en su FD 1º, valoró de manera positiva e importante

³⁷⁵ ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 12.

³⁷⁶ Vid. ampliamente, SIMÓN GIL, Marta: “Aportaciones del Trabajo Social...”, Op. Cit. Pp. 197-201.

la opinión de la hija respecto de la guarda y custodia compartida solicitada por su padre. Así, se establece que “...partiendo del resultado de la prueba practicada en esta segunda instancia y especialmente del informe...y de la expresiva y clarificadora exploración judicial de la hija de los litigantes, de 12 años de edad, en la que ha explicado a los miembros del Tribunal y a la representante del Ministerio Público, con meridiana claridad y determinación, amén de con suma madurez y firmeza, cuál es su voluntad y deseo...esto es, el permanecer idéntico tiempo con cada uno de sus progenitores, "pero no un día con cada uno, como hace ahora, ya que ello es un lío y le resulta muy complicado a los efectos de su organización diaria", lo que viene a representar la admisión de una custodia plenamente compartida, para así poder mantener la relación paterno-filial de manera equitativa y evitar, de este modo, la percepción de pérdida que tiene respecto de uno de sus progenitores...”, por todo ello, en su FD 3º concluye que “...en el presente caso, atendido al primordial y fundamental principio del "favor filii",...debe otorgarse la guarda y custodia de la hija compartida por idénticos períodos de tiempo entre sus dos padres.”

3.1.7 Responsabilidad civil dimanante del Art. 1903.2 del CC.³⁷⁷

Esta disposición legal no ha sido reformada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, para adecuarla en lo referente al tema de la guarda y custodia de los hijos.

³⁷⁷ Este artículo concretamente dice: “Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda”.

Al respecto, y partiendo del supuesto de que la guarda y custodia es compartida, nos preguntamos: Cuando el hijo comete un daño material estando bajo la guarda de uno de sus progenitores, ¿se debe entender a su vez que se encontraba bajo la guarda de ambos y por ello responsabilizarles solidariamente?, o ¿habrá de considerarse la situación fáctica de guarda en el momento en el cual el niño cometió el ilícito civil, y declarar únicamente responsable al progenitor guardador que en ese momento ejercía su cuidado?³⁷⁸

Considero que si el presupuesto del que parte la figura de la custodia compartida es el de corresponsabilidad parental, ambos progenitores deben ser responsables solidariamente de los actos ilícitos civiles cometidos por sus hijos, independientemente de quién estaba ejerciendo en ese momento la guarda.

3.2 LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.

Durante el transcurso del año 2010 y lo que va del 2011 se han aprobado cuatro leyes autonómicas en las que se regula el sistema de custodia compartida:

1. La primera de ellas ha sido la Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres,³⁷⁹ de la Comunidad Autónoma de

³⁷⁸ GARCÍA RUBIO, María Paz/OTERO CRESPO, Marta: “Apuntes sobre la Referencia...” Op. Cit. p., 103

³⁷⁹ TENA PIAZUELO, Isaac (“Custodia Compartida en Aragón...”, Op. Cit., p. 81), considera el Título de esta Ley “...un tanto enrevesado que, a lo mejor, debería haberse referido no al ‘ante’, sino al ‘post’. Pues aunque la Ley

Aragón,³⁸⁰ actualmente derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas;³⁸¹

Este Código, en su Libro Primero, Título II, Capítulo II, Sección 3ª: “Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo”, concretamente en el Art. 75.2 establece: “La finalidad de esta Sección es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar.”

Luego, en el Art. 80.2 dice: “El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea mas conveniente (...)”. Más adelante en el apartado 5 del mismo artículo señala: “La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.”

Aunque no esté expresamente mencionado en el articulado, la verdadera finalidad de esta normativa es la de promover la

permita una previsión de consecuencias (en el pacto de relaciones familiares), lo que realmente importa es lo que suceda tras la ruptura de la convivencia (si alguna vez la hubo) de los progenitores.”

³⁸⁰ BOE número 151/2010, de 22 de junio de 2010, p. 54,523

³⁸¹ BOA número 63/2011, de 29 de marzo de 2011, p. 6,490

implantación del sistema de custodia compartida en los casos de ruptura de la convivencia de los progenitores.³⁸²

Así, la normativa Foral Aragonesa, con lo dispuesto en el Art. 80.2, transforma el carácter excepcional que tiene la custodia compartida en el Art. 92.8 del CC cuando no resulta de un acuerdo entre los progenitores y, en su lugar, la establece como un sistema preferente de custodia.^{383 384}

Para lograr el objetivo, el legislador Aragonés dota al Juez de un amplio margen de decisión para poder adoptar el sistema de custodia compartida sin restricciones, sin estar determinado por la voluntad de los progenitores, ni del parecer favorable del Ministerio Fiscal.

Esto supone, como sostiene **GONZÁLEZ DEL POZO**,³⁸⁵ un importante cambio del posicionamiento del Juez ante la controversia de los progenitores sobre el sistema de custodia, pues ahora no

³⁸² En igual sentido, GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: “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”, Diario La Ley de 29 de diciembre de 2010, número 7537, año XXXI, Editorial La Ley. p. 1

³⁸³ CASTILLA BAREA, Margarita (“Notas sobre la Guarda y Custodia...”, Op. Cit., p. 32), considera que la normativa aragonesa no establece la preferencia absoluta del régimen de custodia compartida, que deberá ceder ante la guarda individual cuando el Juez, de la ponderación de las circunstancias concurrentes, extraiga la conclusión de que esta última favorece en mayor medida el beneficio de los hijos.

³⁸⁴ OGAZÓN RIVERA, Cristina (“La Guarda y Custodia Compartida Tendría que ser por Imperativo Legal” y “Reflexiones Sobre la Guarda y Custodia Compartida”, en <http://www.serveisisede.com/articulos.html>) se muestra a favor de que la custodia compartida sea el régimen preferencial, es decir, la regla general y no la excepción.

³⁸⁵ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: “Análisis Crítico de las Medidas...”, Op. Cit. p. 2

deberá esforzarse en razonar si la custodia compartida es el sistema de guarda más beneficioso para el hijo, sino que, presumirá la mayor idoneidad de tal sistema de guarda para preservar y proteger los intereses del niño, y razonará, según el caso, por qué resulta más conveniente fijar la custodia unilateral, cuando así sea solicitado por el progenitor. Dicho en otras palabras, la custodia individual será decretada solo en aquellos casos en que el Juez se persuada de que es más conveniente para los hijos que el régimen de custodia compartida, justificando esta solución con abundancia de argumentos que deberá extraer del resultado que arroje la indagación de las circunstancias específicas de los miembros de la familia.³⁸⁶

Entonces, el Juez, para fijar el sistema de custodia compartida, tendrá en cuenta el plan de relaciones familiares³⁸⁷ que deberá presentar cada uno de los progenitores, atendiendo, además, a los criterios establecidos en el Art. 80.2: “...a) La edad de los hijos. b) El arraigo social y familiar de los hijos. c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. f) Cualquier otra circunstancia

³⁸⁶ CASTILLA BAREA, Margarita: “Notas sobre la Guarda y Custodia...”, Op. Cit., p. 27.

³⁸⁷ Sobre esta temática, Vid., ampliamente: GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: “Comentarios Sobre el Ámbito de Aplicación y el Contenido del Pacto de Relaciones Familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón”, Diario La Ley de 16 de diciembre de 2010, número 7529, año XXXI, Editorial La Ley. Pp. 1-7

de especial relevancia para el régimen de convivencia.”³⁸⁸

Asimismo, el Juez para valorar el sistema de custodia que sea más conveniente para el interés de los hijos, antes de adoptar su decisión, podrá, según el Art. 80.3, “...de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.”

Finalmente, se excluye la atribución de la guarda y custodia compartida y de la exclusiva o unilateral cuando el progenitor, conforme al Art. 80.6 “...esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.”

Al respecto de este articulado, es necesario destacar la diferencia con el Art. 92.7 del CC, pues se prohíbe, en los supuestos señalados, otorgar no sólo la custodia compartida, sino también la custodia exclusiva. Por otra parte, no basta que cualquiera de los

³⁸⁸ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo (“Análisis Crítico de las Medidas...”, Op. Cit. p. 7.), echa en falta que la normativa no exprese qué circunstancias favorecen el establecimiento de una custodia compartida o de una custodia exclusiva, dejando a la libre valoración judicial qué factores son los positivos y cuáles los negativos para establecer cualquiera de esos dos sistemas de custodia.

progenitores esté incurso en un proceso penal, sino que se exige que haya sido dictada una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

2. La segunda normativa reguladora de la custodia compartida es la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, de la Comunidad Autónoma de Cataluña;³⁸⁹

En esta ley, no se establece expresamente la preferencia por la custodia compartida, pero de la redacción de sus preceptos se deduce la preceptividad de su adopción. Así, adopta un modelo de corresponsabilidad parental compartida a través de un plan de parentabilidad que debe incorporarse al proceso judicial para su aprobación.

El Art. 233-8.1, establece que la ruptura de la relación matrimonial no altera las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos, “en consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente”. Luego, en el Art. 233-8.2, establece: “Los cónyuges, para determinar como deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de coparentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9”.

El plan de coparentalidad debe contener el lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente, debiendo incluir, asimismo, reglas que permitan determinar a qué progenitores le corresponde la

³⁸⁹ BOE número 203/2010, de 21 de agosto de 2010, p. 73,429

guarda en cada momento, así lo establece el Art. 233-9.2.b). De la redacción de este precepto se desprende claramente la referencia al sistema de custodia compartida. Luego, en el literal c) de la misma disposición se refuerza la idea del ejercicio compartido de la custodia cuando establece “la forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen”.

Si este plan no es aprobado o no hay acuerdo, es el Juez quien va a determinar cómo se va ejercitar esa guarda y custodia, atendiendo a unos criterios previamente establecidos en la ley,³⁹⁰ así queda establecido en el Art. 233-10.2: “La autoridad judicial, sino existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.”

Esta regulación dota de gran importancia al lo acordado por los progenitores tanto en el convenio regulador (Art. 233-3.1: “Los pactos adoptados en convenio regulador deben ser aprobados por la autoridad judicial, salvo los puntos que no sean conformes con el

³⁹⁰ Según el Art. 233-11, estos criterios son: La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de sus padres, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares; la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de sus hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo a su edad; la actitud de cooperación de los padres entre ellos a fin de asegurar la estabilidad de los hijos y garantizar las relaciones de estos con los dos progenitores; el tiempo de dedicación de cada uno de los progenitores hacia sus hijos antes de la ruptura y las tareas que ejercían para procurarles el bienestar; la opinión de lo hijos; los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento; y, la situación de los domicilios de los padres, así como los horarios y actividades de estos y de los hijos.

interés de los hijos menores.”), en el plan de parentalidad (Art. 233-10.1 “la guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijo”), como en el acuerdo al que lleguen en el proceso de mediación familiar respecto al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental, el cual se considera, en principio, adecuado para los intereses del niño; la no aprobación del acuerdo debe fundamentarse por el Juez atendiendo a criterios de orden público e interés del hijo. Art. 233-6.6

Por otro lado, se excluye la atribución de la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los cuales los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. De esta manera, no basta con estar “incurso dentro de un proceso penal”, para que pueda denegarse la atribución de la custodia compartida. La regulación contenida en este precepto la considero atinada, pues es congruente con el derecho de presunción de inocencia que le asiste al imputado mientras no sea condenado formalmente; y, además, protege los intereses del hijo a no verse privado de la figura parental por el hecho de haberse presentado una denuncia en sede penal.

Asimismo, tampoco podrá atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas, todo ello con base en la protección de sus intereses. Así lo establece el Art. 233-11.3

3. La tercera normativa sobre custodia compartida, es la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, de la Comunidad Foral de Navarra,³⁹¹

Esta ley presenta un modelo de custodia compartida, en un plano de equidad, permitiendo que sea el Juez el encargado de decidir cuál es el sistema de custodia más idóneo dependiendo del caso. La prioridad es el interés de los hijos y se intenta conciliar las querencias de los padres.

Así se deduce de lo manifestado en su Exposición de Motivos: “la regulación actual contenida en el Código Civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres, condicionándose al informe favorable del Ministerio Fiscal. La presente Ley Foral pretende corregir estos supuestos, en línea con la realidad social actual, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores.”

Así, en su Art. 1.2, establece: “La finalidad de la Ley Foral es adoptar las medidas necesarias para que la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores atienda al interés superior de los mismos y a la igualdad de los progenitores, y facilitar el acuerdo de estos a través de la mediación familiar”.

³⁹¹ BOE número 87/2011, de 12 de abril de 2011, p. 37,538

Luego, en su Art. 3.1, señala que los padres por separado, o de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos sea ejercida por ambos o por uno de ellos. Además, en el apartado 2º del mismo artículo, establece que en caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los progenitores, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la individual, oyendo al Ministerio Fiscal y previo dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos. Nótese que en esta disposición no se hace referencia a un informe favorable del Ministerio Fiscal respecto a la solicitud de la guarda compartida por uno solo de los progenitores, como sí lo hace el Art. 92.8 del CC.

En el Art. 3.3, se establecen los criterios a los que el Juez deberá atender para decidir el sistema de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores. Estos criterios son exactamente los mismos que con anterioridad había establecido el Código de Derecho Foral Aragonés en su regulación sobre custodia compartida, agregando la Ley Navarra dos: b) la relación existente entre los padres y la actitud de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos padres y sus familias extensas; y g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado.

Tal como lo establece en su Art. 3.4, la decisión del Juez buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los

progenitores en las relaciones con sus hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos.

Si el Juez adopta la custodia compartida, deberá fijar un régimen de convivencia de cada uno de los progenitores con sus hijos, atendiendo a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos padres el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad. (Art. 3.5)

Con respecto a los casos en los que no procede la atribución de la custodia tanto compartida como exclusiva al progenitor, el Art. 3.8 establece los mismos que el Código de Derecho Foral Aragonés en su Art. 80.6, pero agregando que las medidas adoptadas en esos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme, que en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal. Además establece que la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos.

4. Por último, tenemos la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunidad Valenciana.^{392 393}

³⁹² BOE número 98/2011, de 25 de abril de 2011, p. 41,873

³⁹³ Esta ley ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional interpuesto por el Gobierno Español, porque la ley, a juicio del Ejecutivo, regula instituciones civiles que carecen de antecedentes en el ámbito de la legislación foral civil valenciana y, por lo tanto, excede las competencias de la comunidad autónoma para la conservación, desarrollo y modificación del derecho civil foral valenciano y vulnera las competencias

Esta ley da prioridad al acuerdo entre los padres a través de un pacto de convivencia familiar regulado en el Art. 4 apartados 1º y 2º.³⁹⁴ Si el acuerdo no es posible se adopta el principio general de custodia compartida, Art. 5.2: “Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la

exclusivas del Estado sobre legislación civil. Argumentan que la Constitución, en su Art. 149, reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación civil, "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, donde existan". El Gobierno recalca que la norma valenciana, "no puede encontrar amparo" en la competencia exclusiva que reconoce el estatuto de autonomía (Art. 49.1.2), "dado que no desarrolla ninguna disposición del derecho civil de la comunidad autónoma", por lo que excedería sus competencias. (ver noticia en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/07/01/valencia/1309530801.html>).

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 19 de julio de 2011, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 3859-2011, promovido por el Presidente del Gobierno, contra la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Haciendo constar que por el Presidente del Gobierno se ha invocado el Art. 161.2 de la CE, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso (4 de julio de 2011).

394

Artículo 4. *Pacto de convivencia familiar.*

1. Cuando los progenitores no convivan o cuando su convivencia haya cesado, podrán otorgar un pacto de convivencia familiar, en el que acordarán los términos de su relación con sus hijos e hijas.
2. El pacto de convivencia familiar deberá establecer, al menos, los siguientes extremos:
 - a) El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores.
 - b) El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación.
 - c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar.
 - d) La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas.

oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.” Pero también, se habilita al Juez para decidir la custodia individual atendiendo a las circunstancias de cada caso: cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior de los hijos e hijas menores, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. Art. 5.4.

Los criterios que el Juez debe considerar antes de fijar el sistema de guarda se encuentran regulados en el Art. 5.3: La edad de los hijos, que en caso de ser lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño, el cual deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores;³⁹⁵ la opinión de los hijos cuando tuvieran madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años; la dedicación que se daba a la familia antes de la ruptura de pareja, así como el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos y la capacidad de cada progenitor; los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan; arraigo social, escolar o familiar de los hijos; las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; la disponibilidad de cada uno de ellos de mantener un trato directo con cada hijo; y, cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

Una vez el Juez fije el sistema de custodia, podrá, según las circunstancias del caso, establecer un control periódico de la

³⁹⁵ Esta disposición abandona la idea tradicional sobre que los hijos de muy corta edad deben permanecer con la madre, reconociendo la necesidad que tienen los niños del contacto con ambos progenitores.

situación familiar y valorando los informes psicológicos, sociales, etc., podrá determinar un nuevo régimen de guarda. Art. 5.5

La atribución de la guarda y custodia queda excluida en los supuestos establecidos en el Art. 5.6 que establece los mismos que el Código de Derecho Foral Aragonés en su Art. 80.6, pero agregando “siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor.” y que “cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares.”

Es necesario resaltar, que la aprobación de las legislaciones aragonesa y catalana hizo que el legislador Español se planteara la conveniencia de priorizar la custodia compartida frente a la custodia exclusiva o unilateral. Así, el Senado aprobó con fecha 21 de julio de 2010 una moción que instaba al Gobierno a “realizar las modificaciones legales necesarias para que la custodia compartida sea considerada como modelo preferente en los procesos de separación o divorcio, siempre en defensa del interés superior del menor y del derecho de los hijos a disfrutar de una adecuada relación paterno filial con su padre y su madre”.³⁹⁶

³⁹⁶ Publicada en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Senado, Serie I, número 500, de fecha 19 de julio de 2010, número de expediente 662/000128. Vid., al respecto: HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: “Sobre la Necesidad de una Nueva Regulación de la Guarda y Custodia Compartida”, en Revista Actualidad Civil, número 10, Quincena del 16 al 31 Mayo de 2011, Tomo 1, Editorial LA LEY, (LA LEY 6638/2011), p. 1131

Considero que la custodia compartida no debe ser una medida aplicable automáticamente, hacerlo implica llegar al extremo³⁹⁷ de considerarla como la única solución favorable al interés del niño y aplicable para todos los casos que se le presenten al Juez. En la determinación de la custodia no existen fórmulas generales que se puedan aplicar a todos los casos, sino que se debe atender a la realidad del caso concreto según la situación familiar y siempre en beneficio del niño. En ese sentido, la preferencia no deviene en acordar siempre la custodia compartida, sino que, si en el caso concreto, tan beneficiosa para el niño es la custodia compartida como la individual, se optará por la compartida.³⁹⁸

La STSJ de Cataluña, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 20 de diciembre de 2010 (Resolución número 44/2010, ponente: D. José Francisco Valls Gombau), sostuvo en su FD 3º que es el interés superior de los hijos el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida, siendo que su aplicación debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los hijos afectados, procurando su implantación cuando resulta beneficiosa para ellos, de tal modo que no puede decirse que la

³⁹⁷ CASTILLA BAREA, Margarita (“Notas sobre la Guarda y Custodia...”, Op. Cit., p. 17), argumenta que “los movimientos pendulares hacia extremos opuestos son siempre perniciosos y, a pesar de la dificultad que ello entraña, lo sensato es tratar de buscar el equilibrado punto medio. Ni la custodia compartida es la panacea que va a remediar todos los males que produce en los hijos la ruptura de los padres –que inevitablemente afectará y cambiará en alguna medida la vida de aquellos y de estos–, ni tampoco la custodia individual es el demonio del que huir a toda costa.”

³⁹⁸ Vid. ALASCIO CARRASCO, Laura: “La Excepcionalidad de la Custodia Compartida Impuesta (Art. 92.8 CC). A Propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010”, InDret, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), número 2, abril de 2011, Barcelona, p. 11

guarda y custodia compartida constituye una situación excepcional frente a la custodia monoparental o que haya de primar una de ellas frente a la otra pues es el interés del hijo el criterio preferente.

Hemos desarrollado el contenido jurídico de la custodia compartida, estudiando la temática desde la legislación civil, hasta la legislación autonómica. Corresponde en el capítulo siguiente, desarrollar las medidas relacionadas con la atribución de la guarda y custodia compartida que el legislador olvidó adecuar a este nuevo sistema: La pensión alimenticia, el uso de la vivienda familiar (aspectos materiales), y el régimen de visitas, comunicación y estancias (aspecto personal). Finalmente, considero de gran importancia relacionar la custodia compartida con la mediación familiar, como instrumento facilitador para el acuerdo de los progenitores en lo atinente a las responsabilidades que tendrán respecto de sus hijos y la manera en que se relacionarán con ellos.

CAPÍTULO IV.

ASPECTOS MATERIALES Y PERSONALES RELACIONADOS CON LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

Generalidades.

Como apunté anteriormente, en el presente capítulo haremos una breve referencia, en lo sustancial, a los aspectos materiales y a los aspectos personales relacionados con la Guarda y Custodia Compartida, incluidos en los primeros, básicamente, la pensión de alimentos y el uso y disfrute de la vivienda familiar y, en los segundos, el régimen de visitas, comunicación y estancias. Finalmente, nos referiremos al tema, en la actualidad de mucho interés por su creciente evolución y practicidad, de la Mediación Familiar como instrumento útil para la resolución de conflictos. Desde luego, estos tres apartados los estudiaremos desde la perspectiva de la Guarda y Custodia Compartida que es el tema central de nuestro análisis.

Dado que el Legislador deja vacíos considerables en la Ley, principalmente en los dos primeros aspectos relacionados con la guarda y custodia compartida, cuestión que es importante subsanar vía reforma, en nuestro análisis hacemos énfasis a los aspectos generales establecidos en el CC, de manera especial en la doctrina y, particularmente, en la jurisprudencia, lo cual nos brindará un panorama general de cómo son resueltos actualmente los casos que se presentan atendiendo a las características especiales de cada uno de ellos. Así pues, se plantearán distintos supuestos en los que,

según proceda de acuerdo a la legislación vigente, se les brindará una potencial respuesta o se planteará la necesidad de establecer medidas adicionales para resolverlos.

ASPECTOS MATERIALES.

Como anteriormente lo hemos señalado, dentro de los elementos materiales a los que nos referiremos en nuestro estudio se encuentra, en primer lugar, la pensión de alimentos y, en segundo lugar, el uso y disfrute de la vivienda familiar. Pasamos ahora a referirnos, de manera concreta, al primero de ellos, aplicado al tema principal que nos ocupa: La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos.

Definición de Alimentos.

Antes de referirnos en concreto a la pensión de alimentos es conveniente recordar en qué consisten los alimentos en general a efecto de tener claridad sobre la definición de los mismos y qué es lo que se incluye en ellos.

Es el Código Civil el cuerpo de ley que regula lo relativo a los alimentos bajo el epígrafe titulado “De Los Alimentos Entre Parientes” regulado en el Título VI, y mas concretamente, en los Arts. 142 al 153, ambos inclusive. La prestación de alimentos, por tanto, se constituye como una obligación de carácter legal existente entre los cónyuges y los parientes cercanos. Nótese que, de lo anteriormente expuesto, se puede establecer que los cónyuges y los parientes cercanos constituyen dos categorías distintas. Ello se debe a que aquellos, no son en sí parientes, sino mas bien, dos personas, en

general, que no pertenecen a un mismo seno familiar pero que deciden libremente llevar una vida en común con el objeto de formar una familia. De otra parte, parientes, en este caso, cercanos, son aquellos que están unidos por un vínculo de consanguinidad. Es por ello que la denominación de “alimentos entre parientes” es solo apropiada de manera parcial, pues solo incluye a quienes están ligados por un lazo de consanguinidad, mas no así a los cónyuges, quienes en realidad carecen de este vínculo, aunque para los efectos jurídicos puedan entenderse abarcados en aquella categoría.

Así lo señala, por ejemplo, **LASARTE**, quien al respecto establece: “La denominación legal (y tradicional) de alimentos *entre parientes* es correcta relativamente, pues solo vincula a algunos parientes (parientes en línea recta y hermanos) y, de otro lado, a los cónyuges (los cuales, conviene reiterarlo, no son técnicamente parientes, aunque sea relativamente castizo referirse a la mujer en el lenguaje popular como *mi parienta*).”³⁹⁹

Dentro del matrimonio los alimentos constituyen una prestación –podríamos decir– complementaria entre los cónyuges y de estos para con los hijos. Una vez roto el vínculo matrimonial, los deberes conyugales cesan más sin embargo, la prestación de alimentos se mantiene como una obligación en los términos y dentro de los límites que la ley establece. El fundamento de esta obligación obedece a razones de solidaridad familiar que, aunque la convivencia conyugal se haya disuelto, conviene mantener sobre todo en caso de

³⁹⁹ LASARTE, Carlos: “Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil IV”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Quinta Edición, Madrid, 2006, p. 407.

necesidad de alguna de las partes ante la abundancia y solvencia de las otra.

¿Pero en qué consisten los alimentos?. La respuesta la encontramos en el Art. 142 del CC. el cual, literalmente, dice:

“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.⁴⁰⁰

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.”⁴⁰¹

En el Art. 143 del CC, por otra parte, se estipula quiénes son los obligados por ley a darse recíprocamente alimentos. Este artículo concretamente establece:

“Están obligados recíprocamente a darse alimentos, en toda la extensión que señala el artículo precedente:

⁴⁰⁰ La prestación de alimentos en concepto de educación e instrucción al alimentista mayor de edad mientras su formación no haya concluido por causa suya resulta comprensible si tomamos en cuenta, por una parte, la reducción de la mayoría de edad a los dieciocho años según lo establece el artículo 315 del CC, y por otra, el tiempo que tarda en años obtener una sólida educación hasta llegar al nivel universitario, lo cual alarga el tiempo de dependencia de los jóvenes.

⁴⁰¹ Llama la atención la inclusión dentro del concepto de alimentos, los gastos de embarazo y de parto, cuando es evidente que la mujer embarazada precisa de atención médica especializada. Consideramos que las razones que tuvo el legislador responden a la finalidad de establecer y dejar muy en claro que la mujer embarazada soltera puede reclamar estos gastos de sus progenitores o ascendientes.

1º. Los cónyuges

2º. Los ascendientes y descendientes

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación”.

De las disposiciones anteriormente citadas podemos ver que los alimentos pueden subdividirse, tal como lo establece, a su vez, la doctrina, en alimentos en sentido amplio y alimentos en sentido estricto.

Los alimentos en sentido amplio son aquellos que se deben los cónyuges y los ascendientes y descendientes en la forma y extensión en que lo establece el Art. 142 del CC.

Los alimentos, en sentido estricto, son los que se deben los hermanos en forma restringida, tal como lo establece el Art. 143, inciso final.

En virtud de lo anterior, pasamos a ocuparnos concretamente de los alimentos que los progenitores deben a sus hijos al sobrevenir la ruptura matrimonial.

4.1. PENSIÓN DE ALIMENTOS.

Por imperativo constitucional, los progenitores deben de “prestar asistencia de todo orden a los hijos” –asistencia que, naturalmente, incluye la contribución a los alimentos– con

independencia de que estos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (Art. 39.3 de la CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (Art. 92 del CC), o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (Arts. 110 y 111 in fine del CC); “alimentos” que, conforme al Art. 142 del CC, incluyen el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación de los hijos, y que deben satisfacerse en medida “proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe” (Art. 146 del CC).⁴⁰²

Los alimentos a los hijos menores de edad tienen como único y exclusivo fundamento, la relación paterno-filial. Es una obligación que tienen los progenitores respecto de sus hijos, cuya función es la de mantenerlos, prestándoles cuidado y educación, así como una formación integral (Arts. 92 y 154.1 del CC). Asimismo, los padres están obligados a prestar alimentos a sus hijos mayores de edad, cuando no hayan terminado su formación por causa que no les sea imputable.

Esta obligación que tienen los progenitores de prestar alimentos a sus hijos, se configura como una “deuda alimentaria” (Art. 148 del CC), que puede definirse como “la que afecta a una persona, llamada alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada alimentista, lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, o dicho con palabras legales, las necesidades mínimas para subsistir”, incluyendo los gastos de continuación de la formación

⁴⁰² STC, Sala 2ª, de 14 de marzo de 2005 (Resolución número 57/2005, ponente: Dª. Elisa Pérez Vera), FD 4º

durante la mayoría de edad sino se ha acabado por una causa que no sea imputable al alimentado (Art. 142 del CC). Esta deuda, “precisa la existencia de un nexo de parentesco entre el alimentante y el alimentista, así como una situación socio-económica suficiente en el primero y deficiente en el segundo” (Arts. 143 y 148 del CC).⁴⁰³

Además, esta obligación de dar alimentos se caracteriza⁴⁰⁴ por: Ser **personalísima**, lo que conlleva ser irrenunciable, intransmisible, inembargable y que no puede compensarse con lo que el alimentista deba al obligado a prestarlos.⁴⁰⁵ Es **indisponible**, es decir, se prohíbe la transacción sobre alimentos futuros, esto es, sobre el derecho a percibir alimentos (Art. 1814 del CC). También el derecho a percibir alimentos es **imprescriptible**, no obstante la acción para reclamar el cumplimiento de las pensiones alimenticias atrasadas prescribe por el transcurso de 5 años (Art. 1966.1 del CC).

Por su parte, la jurisprudencia entiende que las deudas alimenticias tienen el carácter de **deudas de valor**, “que como tal autoriza las medidas de protección frente a las alteraciones monetarias, ya que en la deuda de alimentos no debe regir el principio nominalista del dinero”,⁴⁰⁶ “de modo que el alimentista

⁴⁰³ STS, Sala 1ª de lo Civil, de 23 de febrero de 2000 (Resolución número 151/2000, ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. FD 1º).

⁴⁰⁴ BLANDINO GARRIDO, María Amalia: “Tratamiento de las Concretas...” Op. Cit., Pp. 257, 258. Vid. también, JIMÉNEZ LINARES, María Jesús: “La Modificación de la Pensión de Alimentos a Hijos Menores por Alteración de las Circunstancias”, Aranzadi Civil-Mercantil, Volumen III, Sección Estudio, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999 (BIB 1999/1272), p. 3

⁴⁰⁵ Sin embargo, podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas. Art. 151 del CC

⁴⁰⁶ STS, Sala 1ª de lo Civil, de 9 de octubre de 1981 (Resolución número 356/1981, ponente: D. Jaime de Castro García). Considerando 3º.

acreedor reciba mediante las prestaciones sucesivas una suma dineraria con el valor real que tenía la cantidad en la fecha en que fue establecida.”⁴⁰⁷

Finalmente, esta obligación de dar alimentos se distribuye de forma proporcional entre los progenitores de forma mancomunada, “quienes, en un mismo grado, están llamados a soportar esta obligación natural, de carácter primario y especial protección, tanto durante la minoría como tras la mayoría de edad de los hijos, en tanto no alcancen la suficiencia económica y continúen viviendo en el núcleo familiar”.⁴⁰⁸

Así, el establecimiento de la pensión alimenticia puede acordarse por los progenitores en el convenio regulador o puede ser fijada por el Juez en el caso que no se llegue a ese acuerdo, siempre conforme al ***principio de proporcionalidad***.

Al respecto, el Art. 146 del CC establece que, para fijar la pensión alimenticia se debe valorar el caudal de los bienes de que pueda disponer el alimentante, las necesidades del alimentista y la situación del progenitor a cuyo cuidado haya quedado el hijo común.

El principio de proporcionalidad tiene en cuenta que, para cada progenitor, la contribución está valorada conforme a su situación concreta, de manera que con la mutua aportación se cubran las necesidades del hijo, tales como la alimentación, el vestido, la educación, el ocio, en una cuantía suficiente, no sólo para cubrir el

⁴⁰⁷ ATS, Sala 1ª de lo Civil, de 31 de octubre de 1996 (Recurso número 9/1996, ponente: D. Alfonso Villagómez Rodil). FD 3º

⁴⁰⁸ SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 12 de mayo de 2009 (Resolución número 304/2009, ponente: D. Pascual Martín Vila) FD 3º

mínimo vital imprescindible, sino para mantener, en la medida de lo posible, una situación similar o parecida a la que se mantenía durante la normalidad de la convivencia familiar.⁴⁰⁹

El patrimonio de uno y otro de los progenitores, deberá, también, ser valorado, así como el régimen económico matrimonial, que ellos hayan pactado.

Por su parte, el Art. 149 del CC, también dispone, como forma de satisfacer los alimentos, que se mantenga en la propia casa al que tiene derecho a ellos. Este precepto nos sirve como pauta o criterio a tener en cuenta al momento de fijar las pensiones de alimentos en supuestos en que la guarda resulta compartida entre ambos progenitores.

Debe tomarse en cuenta, además, el Art. 103.3º del CC, que considera contribución a las cargas familiares, el trabajo que uno de los cónyuges dedica a la atención de los hijos comunes sujetos a la patria potestad.

Al respecto, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 12 de diciembre de 2005 (Resolución número 800/2005, ponente: D. José Ángel Chamorro Valdés), en su FD 2º, indicó que “la contribución del progenitor apartado de los hijos a los alimentos ha de fijarse tomando como referencia no solo sus ingresos sino también las efectivas necesidades de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (Arts. 1319 y 1362 del CC) y los recursos y disponibilidades del guardador (Arts. 93, 145-1 y 1438 del CC),

⁴⁰⁹ Al respecto, Vid. DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María: “Instituciones Jurídicas de Protección...” Op. Cit. p. 268

aunque en la contribución de éste haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (Arts. 103 y 1438 del CC).”

4.1.1 Pensión alimenticia y guarda y custodia compartida.

Según **ORTUÑO MUÑOZ**,⁴¹⁰ la custodia compartida no significa exoneración de las cargas alimenticias, ni su distribución anárquica, sino una ordenación consensuada y predeterminada de las mismas, que sea justa, equitativa -en el sentido de que ha de aportar más quién más tiene-, y que prevea un sistema consensuado de toma de decisiones respecto de su devengo, lo que equivale a que ha de estar garantizada una relación fluida entre los progenitores y, finalmente, que esté dotado de suficientes garantías recíprocas, tanto de cumplimientos, como de previsión de los incumplimientos.

En ese sentido, la guarda y custodia compartida no exige la aplicación del criterio de proporcionalidad que exige el Art. 146 del CC, y es que, como hemos dicho, las pensiones de alimentos se fijan, no sólo en atención a las necesidades del alimentista y la capacidad económica del obligado al pago, sino también en atención a la capacidad económica de ambos progenitores (Art. 145 del CC).

Todo ello implica que deba concretarse el modo en que ambos progenitores van a contribuir a satisfacer las necesidades de los hijos, admitiéndose, incluso, formas de colaboración o prestaciones directamente abonadas a terceras personas, como por ejemplo, el pago directo al colegio, entidad médica, etc. Es decir, la pensión podría adoptar, en su totalidad o parte, la forma de pago directo de

⁴¹⁰ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., p. 69

los gastos del niño, o lo que es lo mismo, no siempre la pensión tiene que adoptar la forma de entrega de un determinado numerario al otro progenitor.

Lo más razonable es que, debido al mayor compromiso que adquieren los progenitores en cuanto al necesario entendimiento en los asuntos que conciernen al hijo, se establezca una contribución individualizada atendiendo a sus respectivas capacidades económicas y las necesidades de aquél, debiendo cada uno abonar una suma mensual para la cobertura de las necesidades ordinarias del niño. Lo expuesto es compatible, también, con la fijación de un porcentaje de contribución para la cobertura de las necesidades o gastos extraordinarios.⁴¹¹

⁴¹¹ Según la SAP de Barcelona, Sección 12^a, de 12 de mayo de 2009 (Resolución número 304/2009, ponente: D. Pascual Martín Villa), se entiende por gastos extraordinarios, “aquellos que resulten imprescindibles, imprevisibles y no periódicos, contraponiéndose a los estrictamente alimenticios cubiertos por el importe de la pensión de alimentos, y a los extraescolares, de naturaleza potestativa y de realización consensuada, sin perjuicio de su ulterior recurso, en caso de discrepancia en orden a su conveniencia, ante la autoridad judicial.” (FD 3º).

El gasto extraordinario tiene como naturaleza la de ser puramente eventual, falto absolutamente de continuidad o permanencia prolongada en el tiempo, siendo esta circunstancia la que aconseja mantenerlo al margen de la pensión de alimentos establecida. Vid. JIMÉNEZ LINARES, María Jesús: “La Modificación de la Pensión de Alimentos...”, Op. Cit., p. 8

Estos gastos extraordinarios, cuando concurren, deben ser satisfechos por mitad por ambos progenitores, mientras que los gastos extraescolares (viajes, excursiones, estancias escolares, etc.), que no participan de los caracteres de gastos extraordinarios y ordinarios deberán ser satisfechos por un cincuenta por ciento por cada uno de los progenitores, siempre que conste acuerdo sobre su realización, resolviendo la autoridad judicial, en caso de discrepancia sobre la necesidad o conveniencia de los mismos, sin ulterior recurso. SAP de Barcelona, Sección 12^a, de 11 de junio de 2009 (Resolución número 409/2009, ponente: D. Agustín Vigo Morancho), FD 2º

TAPIA PARREÑO,⁴¹² considera que, cuando ambos progenitores tengan parecidos ingresos y/o patrimonio y la custodia compartida sea por períodos alternos, no parece lógico que se haya de realizar una asignación económica a favor de los hijos, sin perjuicio de que los gastos escolares y los extraordinarios se dividan por mitad.⁴¹³ En caso contrario, es necesario establecer los alimentos que uno de los progenitores debe abonar al otro en los períodos de tiempo que este tenga bajo su cuidado a los hijos.⁴¹⁴

En la misma línea, **LÁZARO PALAU**,⁴¹⁵ considera que, en el caso de guarda y custodia compartida, cada progenitor, en principio, deberá soportar y sufragar los gastos de manutención cuando los hijos permanezcan con él. En cuanto a los demás gastos, se pueden adoptar varias modalidades: ser satisfechos por mitad cuando se produzcan, calcular un porcentaje de contribución para la cobertura de necesidades extraordinarias, abrir una cuenta bancaria común con aportaciones mensuales equitativas de cada parte, fijar sumas finales que compensen lo anticipado por uno de los progenitores, etc. Lo expuesto no es incompatible con la existencia de una prestación alimenticia por el progenitor que sea más solvente económicamente.

⁴¹² TAPIA PARREÑO, José Jaime: “La Custodia Compartida...”, Op. Cit. p. 241

⁴¹³ Así lo hace la SAP de Valencia, Sección 10ª, de 22 de julio de 2005 (Resolución número 485/2005, ponente: D. Carlos Esparza Olcina), en la cual cada progenitor sufragará los gastos alimenticios de los hijos en el momento que los tengan bajo su cuidado, y los gastos extraordinarios serán satisfechos por mitad por cada uno de los progenitores.

⁴¹⁴ MONTERO AROCA, Juan: “Separación y Divorcio...”. Ob. Cit., p. 148.

⁴¹⁵ LÁZARO PALAU, Carmen María: “La Pensión Alimenticia...” Op. Cit. p. 94. Vid. También, ESPARZA OLCINA, Carlos: “La Guarda Compartida”, Op. Cit. p. 202

4.1.2 Pensión alimenticia y la Ley 15/2005 de 8 de julio.

La Ley 15/2005, en su Exposición de Motivos, no se refiere a la posibilidad de establecer modificaciones en el modo y forma en que el Juez ha de establecer la obligación de pago de la pensión alimenticia a favor de hijos menores de edad o económicamente dependientes en función de lo que se establezca respecto a la guarda y custodia. Asimismo no han resultado modificados los preceptos relativos a la obligación de pago de alimentos y al modo de determinación de la cuantía.

Así, en el Art. 90 del CC -convenio regulador- la ley 15/2005, sólo ha modificado el encabezado y el apartado A) de dicho artículo, sin alterar la redacción el resto del precepto, el cual se concreta en la contribución de cada progenitor a los alimentos, así como sus bases de actualización y garantías (Art. 90.D del CC). En ese sentido, no existen reglas previstas específicamente para el sistema de custodia compartida.

En lo atinente al proceso contencioso, el Art. 92 del CC continúa manteniendo que la separación, la nulidad o el divorcio no eximen a los progenitores de sus obligaciones para con los hijos, sin agregar nada referente a la pensión de los hijos en los casos de custodia compartida. Conforme al Art. 93 del CC, el Juez deberá determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos de los hijos.

Entonces, la Ley 15/2005 no ha alterado la regulación relativa a la obligación de pago de alimentos ni los criterios para la

determinación de su cuantía en los supuestos de custodia compartida.

No obstante, el legislador omitió pronunciarse respecto a la pensión alimenticia, la doctrina⁴¹⁶ y la jurisprudencia han sentado precedentes en cuanto a los presupuestos y formas para fijar la pensión alimenticia en caso de custodia compartida.

Según **PÉREZ SALAZAR-RESANO**,⁴¹⁷ en los convenios reguladores podrán admitirse fórmulas que tengan en cuenta la situación de custodia compartida o de periodos de tiempo muy igualitarios entre los progenitores. Agrega que los pactos son admisibles aun cuando superen el esquema básico de establecimiento de una prestación ordinaria de un progenitor al otro, a través del pago de una pensión. El contenido de esa contribución o el modo y forma de abonarla puede revestir fórmulas diversas en atención a lo que se haya pactado respecto a la guarda y custodia.

En ese sentido, cabe cualquier sistema que los progenitores puedan establecer, con tal de que se garantice el derecho de los

⁴¹⁶ CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “La Determinación en la Guarda...” Op. Cit., p. 12; DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María: “Instituciones Jurídicas de Protección...” Op. Cit. p. 269; ESPARZA OLCINA, Carlos: “La Guarda Compartida”, Op. Cit. p. 210; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 174-175; también de la misma autora: “La Custodia Compartida Alternativa...”, Op. Cit., Pp. 24 y 25; PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: “Tratado de Derecho de Familia...” Op. Cit., Pp. 270-271; PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: “Patria Potestad”, Op. Cit., p. 200; PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 87; ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 14, entre otros.

⁴¹⁷ PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: “Patria Potestad”, Op. Cit., p. 200

hijos a ser educados y mantenidos por aquellos y el derecho irrenunciable de los hijos a percibir alimentos.⁴¹⁸

Entonces, en un convenio regulador los progenitores pueden establecer un sistema de pago convencional (aportación de una pensión en la cuenta del otro progenitor) o bien establecer otros sistemas de pago de la pensión. Las fórmulas son variadas y pueden presentarse en distintas modalidades,⁴¹⁹ entre las que destacan las siguientes:

1. El establecimiento de un fondo común o una cuenta bancaria⁴²⁰ en la que ambos progenitores abonen una cantidad de dinero mensual previamente pactada en la que se cargarían determinados gastos fijos del hijo, por ejemplo, el pago del centro educativo, comedor escolar, etc. A partir de esa cobertura inicial, podría fijarse, que el resto de los gastos que

⁴¹⁸ Vid. CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “La Determinación en la Guarda...” Op. Cit., p. 12

⁴¹⁹ Vid. PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: “Patria Potestad”, Op. Cit., p. 201; PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 87; TAMAYO HAYA, Silvia: “La Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 682

⁴²⁰ En relación, Vid. ESPARZA OLCINA, Carlos: “La Guarda Compartida”, Op. Cit. p. 210; HERRERA FUENTES, Pedro Joaquín: “Análisis de las Reformas más Importantes Introducidas por la Ley 15/2005 de 8 de julio”, Revista Jurídica de Canarias I, abril 2006. Pp. 70 y ss.

PINTO ANDRADE, Cristóbal (“La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 87) y GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (“Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. p. 175), comentan que esta fórmula parece la solución más adecuada pues se evitan las discusiones sobre el carácter ordinario o extraordinario de los gastos y sobre todo más respetuosa con el criterio de la proporcionalidad que rige en materia de alimentos y que es exigible con independencia de la naturaleza del gasto.

el hijo genere sean sufragados por el progenitor que en el periodo concreto ejerza su guarda.⁴²¹

SARAVIA GONZÁLEZ⁴²² comenta que esa cuenta bancaria puede estar abierta a nombre de ambos progenitores y del hijo, y sólo podrá disponer de ella el progenitor que esté ejerciendo su guarda, para sufragar las necesidades alimenticias del hijo. También el dinero puede ser ingresado en una cuenta que el progenitor custodio le haya indicado al otro, en la cual pueden figurar como cotitulares los hijos, sin necesidad de que ambos progenitores figuren como titulares comunes de una sola cuenta, lo que en algunas situaciones puede evitar conflictos. Agrega que este sistema puede generar problemas derivados del mal uso que haga uno de los progenitores de las cantidades aportadas o del incumplimiento de su obligación, lo cual podría conllevar una modificación posterior del sistema de guarda y custodia compartida y, en su lugar, establecer

⁴²¹ En la SAP de Zaragoza, Sección 2ª, de 29 de marzo de 2011 (Resolución número 180/2011, ponente: Dª. María Elia Mata Albert), en su FD 5º, se estableció como forma de contribución a los gastos que cada progenitor ingresara mensualmente en una cuenta bancaria abierta a tal efecto a nombre de ambos, la cantidad de 200 euros, sufragando los gastos extraordinarios por mitad cada uno.

También la SJPI número 7 de Sevilla de 9 de septiembre de 2009 (Resolución número 449/2009, ponente: D. Francisco de Asís Serrano Castro), en su FD 4º, dispuso que ambos progenitores abrieran una cuenta bancaria mancomunada en la que cada uno ingresaría una cantidad mensual de 250 euros, y en caso de que los gastos superen el importe anterior, deberán ser asumidos en una proporción del 50% por cada progenitor, consensuando previamente la necesidad del desembolso.

En la SAP de Palma de Mallorca, Sección 4ª, de 29 de Mayo de 2007 (Resolución número 246/2007, ponente: D. Miguel Álvaro Artola Fernández), se fijó las necesidades de los hijos en 1000 euros que deberían sufragar mensualmente los progenitores en una proporción del 60% para el padre y 40% para la madre y los gastos extraordinarios por mitad. (FD 2º)

⁴²² SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., Pp. 245 y 246

otro, atendiendo a las circunstancias sobrevenidas por la actuación no diligente de uno de los progenitores.

CASTILLO MARTÍNEZ,⁴²³ considera que la determinación de un fondo o caja común⁴²⁴ sería la solución práctica más aconsejable para canalizar los ingresos periódicos y también las aportaciones extraordinarias de ambos progenitores.

2. Podría fijarse una cláusula en la que se establezca que cada progenitor contribuirá al pago de los gastos de su hijo durante los períodos en que estuviera bajo su custodia,⁴²⁵ fijándose una

⁴²³ Vid. CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “La Determinación en la Guarda...” Op. Cit., p. 13

⁴²⁴ Al respecto, Vid. DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María: “Instituciones Jurídicas de Protección...”, Op. Cit. p. 270

⁴²⁵ En este sentido, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 25 de octubre de 2002 (Recurso número 1067/1998, ponente: José Ángel Chamorro Valdés), en la consta que el Juez a quo dispuso que cada progenitor asumiría todos los gastos correspondientes a los hijos durante el trimestre que cada uno los tuviera bajo su guarda y custodia, sin que ninguno debiera satisfacer al otro una pensión alimenticia.

Por su parte en la SAP de Castellón de la Plana, Sección 2ª, de 14 de octubre de 2003 (Resolución número 279/2003, ponente: D. José Luis Antón Blanco), consta que el Juez a quo estableció que cada progenitor contribuyese a las necesidades de la hija cuando la tuvieren bajo su guarda, siendo que los gastos extraordinarios de ropa, escolares, médicos y análogos, así como los extraordinarios, se sufragarán por mitad entre ambos.

SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María (“Guarda y Custodia Compartida...” Op. Cit., p. 244), considera que no es válido este tipo de modalidad en la que ambos progenitores cumplan con su obligación alimenticia asistiendo y atendiendo directamente al hijo durante los periodos que con ellos respectivamente pasen, pues ello podría dar lugar a situaciones de desequilibrio no deseadas. Agrega que el establecimiento de un régimen de relación de los hijos con cada uno de sus progenitores que, prácticamente, equipare la estancia de dicha descendencia con uno y otro, necesariamente tiene que tener su reflejo al tiempo de fijar el importe de la pensión de alimentos. Ahora bien, en cualquier caso, incluido el supuesto de custodia compartida, se hace necesario que, en el convenio regulador o, en su caso,

obligación de contribuir a los gastos extraordinarios⁴²⁶ en la proporción en la que se pacte. En este caso, los progenitores deberían hacer un previo examen de los periodos que el hijo estará bajo la guarda de cada uno de ellos, a fin de valorar si económicamente se respeta el principio de proporcionalidad respecto a las obligaciones alimenticias que cada uno ha de asumir cuando el hijo esté bajo su cuidado.

Según **SARAVIA GONZÁLEZ**,⁴²⁷ este sistema sólo sería posible cuando la alternancia sea por largos períodos de tiempo que coincidan con el devengo de gastos importantes (por ejemplo, cursos escolares), además es necesario que las economías de ambos progenitores sean similares y la distribución de tiempos sea coincidente. En el caso de existir desigualdad de ingresos entre ambos progenitores o disparidad importante en los períodos de tiempo que los hijos estén con cada uno de ellos, uno de los progenitores deberá entregar al otro, una cantidad dineraria y este

en la resolución judicial, se incluya una cláusula o medida relativa a la prestación de alimentos y su forma de actualización.

⁴²⁶ DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María (“Instituciones Jurídicas de Protección...” Op. Cit. p. 269), comenta que: “...esta fórmula puede provocar desequilibrio entre los progenitores pues, el concepto de **gasto extraordinario** es **indeterminado, inespecífico y su cuantía ilíquida** por su propia naturaleza, necesitando predeterminación y objetivación en cada momento y caso, lo que requiere recabar y obtener del otro progenitor el consentimiento para realizar actos que impliquen cambios sustanciales para el modo de vida del hijo, ello presupone la plasmación de un principio general según el cual los progenitores han de actuar sobre una base de transparencia y de común acuerdo solicitando finalmente la decisión judicial sino es posible de otra manera”.

Vid., también, IVARS RUÍZ, Joaquín: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 172

⁴²⁷ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., Pp. 245 y 246

asumirá el resto de los gastos con sus propios ingresos cuando esté ejerciendo la guarda.

En la misma línea, **CASTILLO MARTÍNEZ**,⁴²⁸ agrega que esta modalidad es posible siempre que los períodos de alternancia se establezcan con criterios igualitarios. Señala que de existir desproporción entre la situación económica de cada progenitor, el desequilibrio podría compensarse mediante el respectivo pago de una cantidad que permita su restablecimiento.

En la SAP de Alicante, Sección 9ª, de 24 de abril de 2009 (Resolución número 237/2009, ponente: D. José Manuel Valero Diez), se estableció que cada uno de los progenitores asumiría los gastos de manutención de la hija cuando la tengan bajo su cuidado y, en cuanto a los demás gastos ordinarios y extraordinarios, se precisó que serían satisfechos en un 60% por el padre y en un 40% por la madre, teniendo en consideración la superioridad económica del primero, tal como se desprendía de la documentación que obró en los autos. (FD 2º)

IVARS RUÍZ,⁴²⁹ comenta que dentro del concepto de gastos extraordinarios deben integrarse aquellas cantidades que se vayan a devengar en virtud de ciertas actividades que realice el hijo, y que se acomoden al uso del entorno social en que se desarrolle su vida diaria, siendo normales y frecuentes para lograr la integración del mismo en la sociedad que le rodea, comprendiendo su formación integral otros aspectos del conocimiento en áreas que exceden de lo

⁴²⁸ Vid. CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “La Determinación en la Guarda...” Op. Cit., p. 13

⁴²⁹ IVARS RUÍZ, Joaquín: “Guarda y Custodia Compartida...” Op. Cit. p. 174

que es habitual en la enseñanza obligatoria, con matices más propios de una actividad lúdica o recreativa, pero también necesaria para el para el desarrollo personal, familiar y social del hijo.

3. Cada progenitor es responsable directamente de los gastos de alimentación del hijo en los periodos que le corresponda ejercer la guarda, y se puede establecer una prestación pecuniaria fija a cargo de uno de los progenitores que comprenderá gastos puntuales, determinando claramente, quién paga y en qué conceptos, por ejemplo, todos los gastos del centro escolar o universidad, incluidos libros, matrícula, material escolar, uniformes; o distribuir gastos de ropa y ocio por periodos, por ejemplo, uno paga la ropa y vestuario de verano y el otro el de invierno, los gastos de ocio por meses, etc.

En este sentido, la STSJ de Cataluña, Sala 1^a de lo Civil y Penal, de 5 de septiembre de 2008 (Resolución número 31/2008, ponente: D. Enrique Anglada Fors), en la cual consta que la sentencia del Juez de Primera Instancia, estableció que cada progenitor asumiría los gastos de alimentos en sentido amplio de las hijas en el periodo en que las tuvieran bajo su guarda. Fijando a cargo del padre el pago de los recibos que se generen por la educación de las hijas, el cual abonaría directamente a los correspondientes centros educativos, así como el pago de la mutua media de las hijas y el pago de los gastos de móvil de estas.

4. También puede fijarse una pensión a favor de uno de los progenitores, para ello es necesario que el progenitor que la abone tenga una mejor situación económica, esta pensión

lógicamente deberá cuantificarse.⁴³⁰ Este pago se hará efectivo en el periodo que el progenitor necesitado ejerza la guarda de los hijos.

Al respecto, en la SAP de Oviedo, Sección 4ª, de 17 de abril de 2009 (Resolución número 151/2009, ponente: Dª. María Nuria Zamora Pérez), en la cual se establecía el sistema de custodia compartida por meses alternos, se fijó, sobre la base de la peor situación económica de la madre, una pensión a cargo del padre a abonar en los meses en que la hija estuviera bajo la guarda de aquella. (FD 3º)

La circunstancia consistente en que uno de los progenitores carece de ingresos o son insuficientes, no puede alegarse como un obstáculo para el establecimiento de una custodia compartida. En tales casos el otro progenitor deberá hacerse cargo de los gastos del hijo, por medio del pago de una pensión de alimentos y acumulativamente, del pago directo de ciertos gastos.⁴³¹

PÉREZ MARTIN,⁴³² sostiene que la atribución de cuotas alimenticias no puede quedar al pacto diario y tácito, sino que es necesario estipular una obligación dineraria para que el que menos tiempo custodie y alimente en especie a los hijos o el que más capacidad económica tenga, equilibre su cuota de contribución a tales devengos.

⁴³⁰ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 87

⁴³¹ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 245

⁴³² PÉREZ MARTIN, Antonio Javier: “Tratado de Derecho de Familia...” Op. Cit., p. 270 y 271

En cambio, si ambos progenitores tienen ingresos suficientes para atender sus necesidades y las del hijo durante el período en que convivan con él, es posible que no sea necesario fijar una pensión alimenticia, sin perjuicio de compartir los posibles gastos extraordinarios.

Asimismo en la determinación de la pensión alimenticia, debe valorarse la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, pues ello representa una forma importante de colaborar en el sostenimiento de los hijos, máxime cuando esa vivienda se encuentra sometida a cuotas hipotecarias que necesariamente deben seguir siendo pagadas.

Además, se debe valorar que cuando es el hijo quien permanece en la vivienda familiar y son los progenitores quienes se alternan en el uso, al terminar el periodo de guarda correspondiente uno de ellos tiene que salir del domicilio familiar, debiendo incurrir en los gastos de un nuevo alojamiento.

En el caso de los procesos contenciosos, **PÉREZ SALAZAR-RESANO**⁴³³ opina que es complicado establecer modalidades de pago diferentes al de fijación de una cuantía que un progenitor abone al otro. Sin embargo, es normal que tras la adopción de una custodia compartida, uno de los progenitores se responsabilice de la asunción del pago de determinados gastos fijos como los del centro educativo o entidades médicas. Para cuantificar la pensión se tendrá en cuenta la cobertura de dichos gastos fijos que uno de los progenitores asume pagar y, posteriormente, se valorará si corresponde o no la

⁴³³ PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: "Patria Potestad", Op. Cit., p. 202

fijación de una cantidad añadida, en función del principio de proporcionalidad y del tiempo en que se haya distribuido la guarda del hijo.

En principio los gastos extraordinarios del hijo deberán satisfacerse de una forma equitativa, esto es, al 50% entre ambos progenitores. La posibilidad de establecer únicamente el sistema de asunción de gastos fijos por ambos y de compartir los gastos extraordinarios sin que se establezca una cuantía concreta de pensión, deberá de estar, en todo caso, en relación con la situación económica de cada uno de los progenitores, de forma que se garantice la cobertura de las necesidades del hijo.

DEL VAS GONZÁLEZ,⁴³⁴ considera que el Juez procederá a la determinación de los alimentos que cada uno de los progenitores deberá abonar al otro en los períodos de tiempo en que este último tenga bajo su guarda a los hijos.

En la SAP de Valencia, Sección 10^a, de 21 de febrero de 2011 (Resolución número 156/2011, ponente: D. José Enrique de Motta García-España), se estableció que cada uno de los progenitores cubrirá los alimentos de la hija en los periodos en que la tengan bajo su guarda, y el resto de los gastos como colegio y ropa serán abonados por ambos cónyuges, a cuyo fin abrirán una cuenta en la que se ingresarán mensualmente por parte del padre la cantidad de 350 euros y por parte de la madre 225 euros, siendo los gastos extraordinarios abonados al 50%. (FD 10º)

⁴³⁴ DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María: “Instituciones Jurídicas de Protección...” Op. Cit. p. 270

También en la SJPI de Sevilla, número 7, de 8 de abril de 2011 (Resolución número 223/2011, ponente: D. Francisco de Asís Serrano Castro), se dispuso que cada progenitor asumirá los gastos ordinarios para la atención de las necesidades alimenticias de sus hijos durante los periodos que asuman su cuidado y atención habitual, abriendo una cuenta mancomunada, en la que se realizarán todos los pagos domésticos, y se ingresarán por ambos progenitores la cantidad mensual de 250 euros para cubrir los gastos de estudios y de atención sanitaria que precisen los hijos y que no cubra el sistema de Seguridad Social. Además, los gastos extraordinarios serán cubiertos al 50% entiendo por tales los que resulten excepcionales, imprevisibles, no periódicos, acomodados a las circunstancias económicas de ambos progenitores, necesarios y previamente consensuados. (FD 7º)

Por otro lado, con respecto a la normativa autonómica, el Código de Derecho Foral de Aragón, en su Art. 82.3, establece: “El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y, si es necesario, fijará un pago periódico entre los mismos”.

GONZÁLEZ DEL POZO,⁴³⁵ entiende que esta disposición, al advertir la hipótesis del establecimiento de un sistema de custodia compartida, establece de forma tácita la posibilidad de que la contribución de cada progenitor no consista en una obligación de pago de la pensión en dinero a satisfacer periódicamente por uno de

⁴³⁵ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: “Comentarios Sobre el Ámbito...”, Op. Cit., p. 6

los progenitor hacia el otro, sino en otro tipo de aportación, ya sea en especie o en la responsabilidad directa frente a los terceros del pago de determinados gastos ordinarios de los hijos.

Esta disposición jurídica admite la posibilidad de que el Juez pueda establecer que determinados gastos ordinarios fijos de los hijos sean satisfechos por uno o por ambos progenitores en la proporción que se fije, o bien distribuir entre ellos el pago de tales gastos. También cabe combinar tal posibilidad con el establecimiento de un pago periódico entre los mismos, recíproco o tan solo de uno a otro.

En cuanto a los gastos extraordinarios, el Art. 82.4 los divide en necesarios y no necesarios, en cuanto a los primeros serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. En cuanto a los segundos, se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

El Código Civil Catalán, también ha regulado la pensión alimenticia en los casos de custodia compartida, y así establece en su Art. 233-10.3 que “la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente.”

Por otro parte, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunidad Valenciana, establece en su Art. 7.1 que en defecto de

pacto de convivencia familiar, el Juez determinará, en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, la cantidad que estos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos menores de edad.

También en su apartado 3º señala que los gastos extraordinarios serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos, y, a falta de acuerdo, el Juez decidirá el modo en que deberán ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo y de si el régimen de convivencia es compartido o no. Establece además que los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca el Juez.

Por último, conforme a lo establecido en su apartado 4º, el Juez decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos, en función del régimen de convivencia que con los mismos se haya establecido.

Finalmente, decir que la Ley 15/2005, en la Disposición Adicional Única, prevé la creación de un Fondo de Garantía de Pensiones,⁴³⁶ con el fin de que el Estado garantice el pago de

⁴³⁶ Sobre este punto, Vid. GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “Protección de los Menores...” Op. Cit., Pp. 58 y 59; ampliamente, MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: “Comentarios a la Disposición Adicional Única de la Ley 15/2005” en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente y otros: “Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio: Ley 15/2005, de 8 de Julio”, editorial Lex Nova, primera edición, Valladolid, España, 2005, Pp. 303-306; HINOJAL LÓPEZ, Silvia, MONTERO CASILLAS, Mónica: “Fondo de Garantía del Pago de

alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos. Esta regulación legal específica se ha concretado por medio del Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.⁴³⁷

4.2 ATRIBUCIÓN DEL USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

GENERALIDADES.

Otro de los aspectos comunes que debe tenerse en cuenta tras la separación o el divorcio, es el tema del uso y disfrute, no solo de la vivienda familiar como estructura física destinada a la habitación, sino también de los objetos de uso ordinario que hay en ella, punto que, de no ser acordado por las partes involucradas en el

Alimentos” en Diario La Ley, de 21 de febrero de 2008, número 6888, año XXIX, referencia D-52, Sección Tribuna, Editorial La Ley (LA LEY 1075/2008).

⁴³⁷ BOE número 299, de 14 de diciembre de 2007, p. 51,371. Este decreto tiene como objetivo establecer las bases sobre las que se articulará el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos creado por medio de la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 (BOE número 311 de 29 de diciembre de 2006, p. 46,309), que lo dotó con 10 millones de euros destinados a garantizar el pago de los alimentos. Posteriormente, con la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, en su Art. 62, se dispuso que la dotación al fondo ascendería a 10,000 miles de euros en el año 2008, destinados a la concesión de anticipos a cuenta del pago de alimentos reconocido a favor de los hijos menores de edad en los casos correspondientes, así como a la atención de los gastos que su gestión ocasione. Disponiendo además que los retornos procedentes de sus reintegros y reembolsos incrementarán las dotaciones del propio fondo.

convenio regulador, debe ser necesariamente resuelto por el Juez en el proceso judicial respectivo.

Concepto de vivienda familiar.

La SAP de Cádiz, Sección 5ª, de 15 de noviembre de 2007 (Resolución número 577/2007, ponente: D. Ramón Romero Navarro), en su FD 1º, define la vivienda familiar como “aquella en la que se produce el normal y cotidiano desenvolvimiento de la vida de la familia, por ello el CC habla en singular no pudiendo extrapolarse el concepto y la problemática derivada de dicho uso con el de las segundas viviendas y los pactos que puedan establecer al respecto los cónyuges. En definitiva, solo es vivienda familiar la que normal y usualmente se usa como tal sin que el régimen de protección y uso de aquella pueda extenderse a otras, máxime cuando la finalidad que guía a la ley no es otra que la protección de la familia y especialmente a los hijos en su entorno habitual, con independencia de a quién pertenezca aquella.”

El derecho de uso de la vivienda familiar se caracteriza por su provisionalidad y por su temporalidad.⁴³⁸ Tiene como naturaleza jurídica la de ser: un **derecho singular**, que se constituye “ope sententiae” y cuya duración depende del mantenimiento de los requisitos que condicionan la sanción del Art. 96.1 del CC.⁴³⁹ Además **no tiene naturaleza de derecho real**, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a

⁴³⁸ STS, Sala 1ª de los Civil, de 10 de febrero de 2006 (Resolución número 100/2006, ponente: D. Pedro González Poveda). FD 2º

⁴³⁹ STS, Sala 1ª de lo Civil, de 14 de julio de 1994 (Resolución número 709/1994, ponente: D. Luis Martínez Calcerrada Gómez). FD 3º

ninguno de los cónyuges.⁴⁴⁰ Cuando se atribuye judicialmente al cónyuge no propietario es un ***derecho oponible a terceros***, que como tal debe tener acceso al Registro de la Propiedad, cuya extensión y límites viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares, todo ello sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho Inmobiliario Registral.^{441 442}

Normalmente el uso y disfrute de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al progenitor a quien le sea atribuido su cuidado. Esta atribución se hace, no tanto en beneficio de uno de los progenitores, sino en interés de los hijos, aunque indirectamente se vea favorecido aquel al que se le haya confiado la guarda y custodia de los mismos.⁴⁴³ En este sentido, los hijos son, en primer lugar, los destinatarios cardinales y, por ende, también ha de serlo quien ostente su custodia. No obstante, podrá pactarse el uso y

⁴⁴⁰ STS, Sala 1ª de lo Civil, de 29 de abril de 1994 (Resolución número 381/1994, ponente: D. Eduardo Fernández Cid de Temes). FD 4º

⁴⁴¹ STS, Sala 1ª de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992 (Resolución número 1148/1992, ponente: D. José Almagro Nosete). FD 2º

⁴⁴² No obstante, la RDGRN de 18 de octubre de 2003, en su FD 2º sostiene que, el derecho de uso de la vivienda familiar no puede inscribirse si el bien está inscrito a favor de un tercero que no interviene en el procedimiento, por falta de tracto, pues, de otro modo, se quebrantaría el principio constitucional de salvaguarda jurisdiccional de derechos e intereses legítimos y proscripción de la indefensión (Art. 24 de CE), así como principios registrales de salvaguarda judicial de los asuntos, de tracto sucesivo y legitimación (Arts. 1, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria), los cuales impiden inscribir un título no otorgado por el titular registral o resultante en un procedimiento en el que no ha sido parte. (BOE número 282, de 25 de noviembre de 2003, p. 41,692)

⁴⁴³ SAP de Madrid, Sección 22ª, de 29 de diciembre de 2005 (Resolución número 835/2005, ponente: Dª. Carmen Neira Vázquez). FD 2º

disfrute de la vivienda familiar para el progenitor no custodio, siempre y cuando el progenitor guardador garantice un inmueble adecuado para el cuidado de los hijos a su cargo. A su vez, puede ser viable pactar el uso y disfrute del inmueble por espacios de tiempo claramente determinados.⁴⁴⁴

Así también, tomando como ejemplo el nuevo Código Civil de Cataluña y tal como lo señala **GIL MIQUEO**, “fuera del acuerdo de los cónyuges, o si este no fuera apropiado, el nuevo Código Civil de Cataluña concede al Juez la posibilidad de otorgar el uso de la vivienda familiar, si bien de forma excepcional, al cónyuge que no tiene la guarda de los hijos comunes si es el más necesitado y el cónyuge quien tiene la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de sus hijos.”⁴⁴⁵ (Art. 233-20.4)

Cuando existen varios hijos, resulta particularmente especial la determinación del uso y disfrute de la vivienda familiar cuando uno de los cónyuges ostente el cuidado de parte de ellos y el otro la ejerza respecto de la otra parte. En este caso, tal como lo determina el Art. 96.2 del CC, será el Juez competente quien resuelva lo pertinente.

Podría inicialmente pensarse que, en caso de que los consortes no tengan hijos, el uso y disfrute de la vivienda familiar correspondería al propietario de la vivienda; sin embargo, el interés

⁴⁴⁴ Cfr. GIL MIQUEO, Javier: “El Convenio Regulador”, Op. Cit. p. 348

⁴⁴⁵ ídem

que prepondera es el del consorte mas necesitado⁴⁴⁶ quien podrá usar y disfrutar de la vivienda por el tiempo que prudencialmente se determine, atendidas las circunstancias personales y socioeconómicas de los esposos (Art. 96.3 del CC).⁴⁴⁷ Conviene, también, mencionar que, por regla general, el mantenimiento general y gastos ordinarios de la casa en este caso, corresponderán al cónyuge que se encuentra usando la residencia, lo cual, evidentemente, resulta comprensible, además de justo.

Valga recalcar que el cónyuge titular de la vivienda familiar, no podrá disponer de ella sin el consentimiento del otro cónyuge a quien se le ha atribuido el uso de la vivienda. Sin embargo, podrá disponerse del inmueble si media autorización judicial (Art. 96 inciso final del CC). En caso de que el cónyuge titular efectúe un acto de disposición de la vivienda familiar sin contar con el consentimiento del cónyuge usuario o, en su defecto, sin la autorización judicial, se aplicará lo establecido en el Art. 1322 del CC, que faculta al cónyuge usuario para instar la anulación del acto.

Ahora bien, si ambos cónyuges son co-propietarios de la vivienda, igualmente podrá asignarse su uso y disfrute al más necesitado según las circunstancias, sin embargo, ambos continuarán

⁴⁴⁶ El consorte más necesitado puede ser, por ejemplo, aquel que adolece de una enfermedad o tiene alguna incapacidad debidamente comprobada para trabajar.

⁴⁴⁷ Debe tenerse en cuenta que lo que se discute no es la propiedad de la vivienda familiar, sino el uso de la misma, por lo que el propietario no corre ningún riesgo de perderla, sino que mas bien la cede a quien más la necesita por un tiempo determinado, que generalmente es fijado durante el tiempo que dure dicha necesidad. Debe decirse que esta situación es una excepción a la regla general de atribución de la vivienda al propietario privativo de la misma.

siendo solidariamente responsables frente a terceros, salvo que se estipule un régimen especial al respecto, o bien en el convenio regulador, o según lo resuelva el Juez en la sentencia de acuerdo a lo que estime pertinente.

Si la vivienda es alquilada, igualmente podrá asignarse a uno de los cónyuges de acuerdo a los criterios especificados anteriormente. Sin embargo, si el uso de la vivienda familiar fuese atribuida al cónyuge no arrendatario, este podrá continuar el contrato de arrendamiento pero, en todo caso, deberá comunicarlo al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, tal como lo regula el Art. 15 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.⁴⁴⁸

Un aspecto interesante de mencionar lo constituye el caso de que la vivienda se encuentre hipotecada. En tal caso, si la hipoteca subyace a nombre de los dos, por ejemplo en un cincuenta por ciento para cada uno de ellos, dicha obligación deberá ser cumplida en los mismos términos independientemente de a quien corresponda el uso de la misma. Por otro lado, si la obligación hipotecaria corresponde en un cien por cien a uno de los cónyuges, difícilmente el otro asumirá dicha carga, aunque sea en parte, aun y cuando le corresponda su uso.

Después de haber realizado un somero análisis de esta temática en términos generales, refiramos ahora a ella pero en cuanto a su relación y aplicación al tema de la guarda y custodia compartida.

⁴⁴⁸ BOE número 282, de 25 de noviembre de 1994, p. 36,129

4.2.1 Uso y disfrute de la vivienda familiar y la guarda y custodia compartida.

La Ley 15/2005 que reforma el Código Civil en cuanto a la custodia compartida, tampoco hace mención de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en relación con dicho sistema de guarda.

El legislador olvidó reformar las disposiciones pertinentes con el fin de regular el criterio a seguir para la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida. Por lo que, como ya antes lo hemos mencionado, a falta de acuerdo, debe ser el Juez quien deberá determinar, en tales casos, a cuál de los progenitores se atribuye el citado uso, lo que deberá hacer atendiendo a las circunstancias concurrentes y de forma motivada, teniendo en cuenta el interés más necesitado de protección u otros criterios que se puedan llegar a establecer como más adecuados.

La jurisprudencia hace una interpretación flexible del Art. 96 del CC,⁴⁴⁹ estableciendo, en algunos casos, derechos de uso temporales

⁴⁴⁹ Este artículo, en concreto, dice: “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.”

de la vivienda familiar, y generalmente la atribución de ese derecho de uso viene fundamentada, en el estricto contenido y extensión del Art. 96.1 del CC el cual, según **PÉREZ SALAZAR-RESANO**,⁴⁵⁰ deviene inservible por cuanto el niño va a quedar al cuidado de ambos progenitores, en periodos alternos.

GONZÁLEZ DEL POZO,⁴⁵¹ sostiene que la simple existencia del párrafo 1.º del Art. 96 del CC, constituye una rémora para la consecución de acuerdos de guarda y custodia compartida y determina, en muchos casos, la negativa a aceptar este sistema por parte del cónyuge que cree ostentar mejores condiciones personales, laborales, económicas y familiares que el otro, para obtener la custodia exclusiva de los hijos y, con ella, el uso de la vivienda.

En el caso de mutuo acuerdo, son los propios progenitores, a través del convenio regulador, quienes deciden sobre el uso de la vivienda, con lo cual no cabe plantearse mayores problemas, ya que el propio Art. 96 del CC, establece la prioridad del pacto. Puede suceder que los progenitores estén de acuerdo con el sistema de custodia compartida y que disientan en cuanto a la medida del derecho de uso de la vivienda familiar, o también puede existir disconformidad en todo. Por tanto, puede darse el caso de que el Juez establezca una custodia compartida sin acuerdo. En ambos supuestos lo ideal sería flexibilizar la interpretación imperativa del Art.

⁴⁵⁰ PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita: “Patria Potestad”, Op. Cit., p. 203

⁴⁵¹ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: “El Derecho de Uso de la Vivienda Familiar en los Supuestos de Guarda y Custodia Compartida”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Tribuna, Editorial La Ley, p. 1.

96.1 del CC, con el fin de que, en el caso concreto, el Juez acuerde con respecto a la medida, la solución que considere más adecuada.

Por su parte, **ORTUÑO MUÑOZ**⁴⁵² sostiene que la regla general del Art. 96 del CC, ya no puede regir en los casos de custodia compartida, en los que se ha de alcanzar un acuerdo “para deshacer la casa”, ya que los niños van a tener dos núcleos residenciales con carácter habitual, uno con cada uno de los progenitores, por lo que no existe razón objetiva para atribuir a uno de ellos la vivienda por razón de la necesidad familiar.

Es preciso valorar los períodos de tiempo que los hijos estarán bajo la guarda de cada uno de sus progenitores y la duración de los mismos, además de la situación económica de cada uno de los progenitores, sus posibilidades de acceso a otras viviendas, si la residencia que constituyó el domicilio familiar es ganancial o privativa, así como el valor de esa vivienda, con el fin de resolver lo que en cada caso resulte mejor.

El Juez también debe tomar en cuenta el número de hijos, el patrimonio, las deudas o el título en virtud del cual se ocupa la vivienda, circunstancias que pueden incidir en la adopción de una solución justa. Incluso, puede suceder que la vivienda familiar sea enajenada en un período mayor o menor de tiempo. Si la vivienda es propiedad de uno de los progenitores y no existe un interés más necesitado de protección, se debe conceder al titular dominical. Si

⁴⁵² ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “El Nuevo Régimen Jurídico...”, Op. Cit., Pp. 67-68

son propietarios ambos progenitores, es de considerar la posible transmisión de aquella.⁴⁵³

TAMAYO HAYA,⁴⁵⁴ también considera que la reforma se ha quedado corta ligando el uso de la vivienda a la custodia de los hijos sin excepciones, cuando en realidad ya no existe una razón objetiva para atribuir a uno de ellos la vivienda por razón de la necesidad familiar. En estos casos, sostiene, salvo que la vivienda sea propiedad privativa de uno de ellos o provenga de algún título de ocupación anterior al matrimonio, se ha de alcanzar un acuerdo para su liquidación. Si existe el acuerdo entre los progenitores no habrá problemas ya que el propio Art. 96 del CC, establece la prioridad del pacto. El problema devendrá en aquellos casos en que con posterioridad se planteen dificultades para el efectivo ejercicio compartido de la custodia y se tenga que proceder a distribuir las funciones o asignarlas a uno solo de las progenitores, en cuyo caso, la vivienda familiar ya no existirá. De ahí que haya de tenerse precaución para que esta institución no se utilice fraudulentamente con estos fines.

Otra posible solución sería aplicar analógicamente a la custodia compartida lo dispuesto en el Art. 96.2 del CC⁴⁵⁵ cuando existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros

⁴⁵³ TAPIA PARREÑO, José Jaime: “La Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 238

⁴⁵⁴ TAMAYO HAYA, Silvia: “La Custodia Compartida...” Op. Cit., p. 681

⁴⁵⁵ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo (“El Derecho de Uso de la Vivienda...”, Op. Cit., Pp. 2 y 3.) señala que propugnar la aplicación analógica de este precepto no resuelve en absoluto la cuestión, porque la disposición se limita a señalar que en tales casos el Juez “resolverá lo procedente”. Se trata, por tanto, de un precepto en blanco, indeterminado, que deja abierta cualquier posibilidad y obliga a definir y fijar los criterios objetivos a que habrá de atenderse el Juez a la hora de resolver “lo procedente”.

bajo la del otro. Debiendo atenderse, principalmente, al interés más necesitado de protección, lo que no implica que no se puedan imponer límites temporales a la atribución del derecho de uso.

Según **PÉREZ MARTIN**,⁴⁵⁶ al no atribuirse la custodia unilateral a ninguno de los progenitores, ya no puede ser de aplicación automática la previsión contenida en el Art. 96.1 del CC, sino que habrá que estar a lo prevenido en el párrafo tercero del citado artículo, esto es, podrá acordarse el uso a favor de un progenitor de forma temporal, siempre que las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Dentro de estas circunstancias habrá que considerar las necesidades de ese progenitor cuando tenga en su compañía a los hijos. Asimismo, agrega, que de no existir ningún interés más necesitado de protección, los cónyuges o progenitores propietarios de la vivienda podrán disponer libremente de ella.

En la misma línea, **ESPARZA OLCINA**,⁴⁵⁷ comenta que los cónyuges podrán pactar y el Juez decidir atribuir la vivienda familiar a uno de los progenitores, aunque no tenga siempre la condición de progenitor custodio; esto en virtud de ser el cónyuge más necesitado de protección, como establece el Art. 96.3 del CC, en el supuesto de que no existan hijos, esa será la justificación de la atribución del uso de la vivienda cuando no tenga a los hijos bajo su guarda, y cuando

⁴⁵⁶ PÉREZ MARTIN, Antonio Javier: “Tratado de Derecho de Familia...”, Op. Cit., p. 270.

⁴⁵⁷ ESPARZA OLCINA, Carlos: “La Guarda Compartida”, Op. Cit. p. 210

Del mismo parecer, ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La Guarda y Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 14.

los tenga, además, ostentará el uso de la morada por su condición de cónyuge custodio.

Por su parte, **CASTILLO MARTÍNEZ**⁴⁵⁸ considera que con la reforma operada por la Ley 15/2005, el legislador desaprovechó la ocasión para modificar la regulación contenida en el Art. 96 del CC, cuyo riguroso tenor, podría haberse visto adecuado a la realidad mediante su oportuna modificación, considerando singularmente que la repercusión de una medida como la guarda y custodia compartida sobre el uso y disfrute del domicilio familiar constituye un aspecto de entidad suficiente como para haber sido previsto por la reforma.

En cuanto al reparto en la alternancia de un domicilio a otro, en la mayoría de los casos es el hijo quien se desplaza, aunque también se puede acordar que sean los progenitores quienes se desplacen de manera que el hijo permanezca en el mismo domicilio. Estos supuestos dependerán de las circunstancias concretas de cada caso, atendiendo, entre otras cosas, a la situación familiar de cada uno de los progenitores quienes pudieren haber constituido otro núcleo familiar que necesariamente no puede descuidar.

Según **MARÍN GARCÍA DE LEONARDO**,⁴⁵⁹ la falta de adecuación de la medida de atribución de la vivienda familiar en el sistema de guarda y custodia compartida puede generar dos tipos de problemas:

1. Que el progenitor solicite la custodia compartida con el único

⁴⁵⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “La Determinación en la Guarda...” Op. Cit., p. 12

⁴⁵⁹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa: “Problemas que Genera...” Op. Cit. p. 7

interés de conseguir la atribución del uso de la vivienda y las pensiones de alimentos.

En este caso, partiendo de que la vivienda, generalmente, es el único bien de los esposos, puede plantearse promover la venta de la vivienda o, si existe más de un bien, un reparto efectivo y real del patrimonio ganancial.

2. Que se mantenga una actitud de obstrucción a la custodia compartida, perjudicando los derechos del niño y del otro progenitor con la finalidad de conseguir dichas prestaciones de naturaleza patrimonial.

En este caso, podría otorgarse la custodia al otro progenitor, y que con ello se terminaría con las verdaderas discusiones que, en ocasiones, no son precisamente por la custodia de los hijos.

A falta de una regulación concreta para los casos de custodia compartida, lo recomendable es hacer una interpretación amplia del Art. 96 del CC, de modo que posibilite soluciones alternativas, tales como:

1. Que el uso de la vivienda se atribuya a los hijos y a los progenitores alternativamente.⁴⁶⁰

⁴⁶⁰ En este sentido la SAP de Palma de Mallorca, Sección 4ª, de 31 de mayo de 2007 (Resolución número 251/2007, ponente: Dª Juana María Gelabert Ferragut), que atribuyó el uso de la vivienda familiar a los hijos comunes, alternándose en el uso de la misma los progenitores por plazos anuales, hasta que proceda la extinción de la copropiedad de la vivienda.

También en el AJPI, número 8 de Gijón, de 22 de junio de 2010 (Recurso número 512/2010, ponente: D. Ángel Luis Campo Izquierdo. FD único), se atribuyó el uso de la vivienda familiar a los hijos, alterándose los progenitores cada seis días en el uso de la misma.

En este caso, los niños permanecen en la vivienda familiar y son los progenitores quienes se desplazan a la misma en los períodos en que les corresponde ejercer la guarda.⁴⁶¹ Esto implica que el progenitor guardador deberá pagar los gastos de la vivienda familiar, en el período correspondiente, salvo pacto en contrario.

DEL VAS GONZÁLEZ⁴⁶² sostiene que este sistema tiene desventajas con respecto a la falta de intimidad de los progenitores, que tras el cese de la convivencia conyugal se ven obligados a compartir un entorno común, aunado a ello la posibilidad de la existencia de nuevas parejas de cualquiera de los progenitores.⁴⁶³ Además, económicamente resulta gravoso, pues supone el mantenimiento de tres viviendas, la de los hijos, en la que se alternan los progenitores y la de cada uno de estos.

⁴⁶¹ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María (“Guarda y Custodia Compartida...” Op. Cit., p. 241), considera que esta fórmula parece difícil de sostener en la práctica, ya que los sucesivos cambios de domicilio de los progenitores podrían dar lugar a posibles controversias y el hecho de que uno de ellos comience una nueva vida sentimental con otra persona podría hacer inviable tal fórmula.

MONTERO AROCA, Juan (“Separación y Divorcio...” Ob. Cit., p. 202), sostiene que esta es una posibilidad poco real, pero no imposible. Señala que, en este caso, no hay propiamente atribución del uso de la vivienda, pues recuérdese que esa atribución es en exclusiva o no lo es.

⁴⁶² DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María: “Instituciones Jurídicas de Protección...” Op. Cit. Pp. 265-268

⁴⁶³ En la misma línea, GAUDET, John, MORENO VELASCO, Víctor: “La Problemática del Uso de la Vivienda Familiar en Supuestos en Custodia Compartida: Reflexión Comparativa España y EE.UU.”, en Diario La Ley, de 21 de mayo de 2009, número 7179, Año XXX, referencia D-183, Sección Tribuna, Editorial La Ley (LA LEY 11689/2009), p. 2

De igual forma, PINTO ANDRADE, Cristóbal (“La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 85) señala que esta opción no siempre será posible, ya no solo desde un punto económico -el mantenimiento de tres viviendas- sino también desde un punto de vista meramente práctico, pues los progenitores pueden haber constituido otro núcleo familiar que no pueden descuidar.

MARTÍN MELÉNDEZ,⁴⁶⁴ también opina que aunque con este régimen se protegería mejor el interés de los hijos –pues les otorga estabilidad y seguridad- para los progenitores, puede suponer grandes inconvenientes, como las sucesivas mudanzas, distanciamiento del lugar de trabajo, cambio de localidad, ambos tendrían que contar con otro alojamiento para los períodos en que no convivieran con los hijos, lo que no siempre será económicamente posible.

Con respecto a los inconvenientes que genera esta modalidad en la atribución del uso de la vivienda familiar, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de 5 de septiembre de 2008 (Resolución número 31/2008, ponente: D. Enrique Anglada Fors), denegó la solicitud de atribución del uso de la vivienda a la hija y a los progenitores alternadamente, señalando que supondría una incomodidad para todos, “amén de una fuente segura de conflictos, que casa mal con la institución de la guarda y custodia compartida” (FD 3º).

No obstante, existen resoluciones en las que el Juez si atribuye el uso alternativo de la vivienda familiar para ambos progenitores en los períodos coincidentes con el del ejercicio de la custodia compartida. Por ejemplo, el AJPI, número 20, de Palma de Mallorca, de 25 de octubre de 2007 (Resolución número 268/2007, ponente: D. Julio Álvarez Merino), en el cual se atribuyó el uso de la vivienda familiar a la hija y a los progenitores alternadamente por períodos mensuales en los que ejercerán la guarda y custodia de la aquella, ya que “de esta manera se evita que la hija sea sometida a

⁴⁶⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: “Criterios de Atribución...”, Op. Cit., Pp. 136-137.

continuos cambios de domicilio y se garantiza la continuidad de la niña en su ambiente cotidiano”. (FD 3º)

También en la SJPI de Sevilla, número 7, de 8 de abril de 2011 (Resolución número 223/2011, ponente: D. Francisco de Asís Serrano Castro), atribuyó el uso de la vivienda familiar por períodos alternos de 3 meses a cada progenitor, en los cuales les corresponde el ejercicio de la guarda y custodia de sus hijos, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y se venda la vivienda o se adjudique, previa compensación a uno de dichos cotitulares. (FD 6º)

GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO,⁴⁶⁵ sostienen que para evitar inconvenientes, debería desligarse del uso de la vivienda, el ejercicio de la patria potestad, pues según su criterio, la vivienda deja de ser familiar con el divorcio y, por ello, con carácter general debería corresponder a su titular, salvo en casos excepcionales y transitorios en los que el otro progenitor estuviese especialmente necesitado de protección y en los que pudiera otorgarse algún derecho de uso que, como regla, debería ser a cambio de un precio.

2. Que se atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección, y, en todo caso, cuando no pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos cuando los tenga bajo su guarda.⁴⁶⁶ Esta situación implica que

⁴⁶⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz/OTERO CRESPO, Marta: “Apuntes sobre la Referencia...” Op. Cit. pp. 96-97

⁴⁶⁶ Tal como lo dice la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 21 de febrero de 2008 (Resolución número 133/2008, ponente: Dª. María Dolores Viñas Mestre): “la atribución del derecho de uso de forma exclusiva a uno de los progenitores con custodia compartida, solo estará justificada cuando su

son los hijos quienes se alternan en el domicilio de cada uno de sus progenitores.⁴⁶⁷

Para atribuir la vivienda, el Juez deberá valorar, entre otras circunstancias, los periodos que los hijos van a pasar con cada uno de sus progenitores y la duración de los mismos, la situación económica de cada uno de los progenitores, apoyos familiares, estado de salud, posibilidades de acceso a otras viviendas, si la vivienda que constituyó el domicilio familiar es ganancial o privativa, así como el valor de esa vivienda, el número de hijos, el patrimonio, las deudas o el título en virtud del cual se ocupa, etc.⁴⁶⁸

En esta modalidad lo recomendable será fijar la atribución del uso con carácter temporal⁴⁶⁹ y hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o extinción del condominio, por un plazo máximo

situación económica le impida cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y ésta no quede garantizada con las aportaciones económicas del otro progenitor o de otra forma”. (FD 2º)

⁴⁶⁷ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María (“Guarda y Custodia Compartida...” Op. Cit., p. 241), considera que esta fórmula parece más viable e incluso recomendable cuando se den las condiciones necesarias para establecer un régimen de guarda y custodia compartida.

⁴⁶⁸ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La Custodia Compartida”, Op. Cit., p. 86

⁴⁶⁹ No lo hace en este sentido la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 26 de mayo de 2008 (Resolución número 358/2008, ponente: Dª. Margarita Blasa Noblejas Negrillo), que en una guarda compartida por semanas alternas se hace atribución del uso de la vivienda familiar a la madre y los hijos hasta que estos alcancen independencia económica, denegando la petición del padre de limitar su duración a seis meses, habida cuenta de su mayor capacidad económica, cuyo sueldo duplica el de la madre, y de haber adquirido el padre otra vivienda, gravada con una hipoteca. La Sala fundamenta que: “(...) la permanencia de los menores en compañía de uno u otro progenitor no se verá gravemente alterada, como podría ocurrir (...) si se viera obligado el progenitor de peor situación económica a desplazarse a otro lugar de residencia o el nuevo domicilio que pasara a ocupar presentara unas características de habitabilidad de muy inferior calidad a las del domicilio en que reside el otro progenitor custodio”. (FD 4º)

razonable, ni demasiado largo, para no convertir en ilusorias las facultades inherentes a los derechos dominicales del cónyuge excluido del uso, ni demasiado corto para evitar que la venta urgente o precipitada de la vivienda desmerezca o perjudique su valor de mercado.⁴⁷⁰

En la SAP de Valencia, Sección 10ª, de 21 de febrero de 2011 (Resolución número 156/2011, ponente: D. José Enrique de Motta García-España), se fijó una custodia compartida por semanas alternas, debiendo proceder los progenitores a la liquidación de la vivienda, bien adjudicándola a uno de ellos, o bien vendiéndola, en un plazo de 15 meses, durante los cuales será usada por la madre, y transcurrido dicho plazo será usada por ambos progenitores alternativamente hasta su venta. (FD 9º)

En esta modalidad no será aplicable el Art. 96.1 del CC y habrá de acudirse al Art. 96.3 del CC, esto, en principio, solo podrá ocurrir si los domicilios de los cónyuges están cercanos, de modo que los hijos puedan mantener su entorno sin ningún problema a pesar de sus desplazamientos periódicos.⁴⁷¹

La SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 9 de noviembre de 2005 (Resolución número 696/2005, ponente: D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón), en una custodia compartida por semanas, revocó la sentencia de instancia, que no hacía atribución del uso de la vivienda, privativa del padre, y la atribuyó a la madre de forma

⁴⁷⁰ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: “El Derecho de Uso de la Vivienda...”, Op. Cit., Pp. 3 y 4

⁴⁷¹ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: “Criterios de Atribución...”, Op. Cit., Pp. 137-139.

temporal por el plazo de 5 años por su menor capacidad económica frente a su esposo y porque tal atribución suponía facilitar el desarrollo del sistema de guarda y custodia compartida, al ubicarse el domicilio familiar en la Ciudad de Barcelona, donde también reside el esposo, mientras que la no atribución del uso a la misma “implicaría que pudiese fijar su residencia en lugar distante del que se encuentra ubicado el del padre, incluso fuera de la Ciudad de Barcelona, lo que ciertamente haría dificultoso el desarrollo del régimen de custodia compartida establecido en la sentencia” (FD 3º)

3. También puede atribuirse el uso de la vivienda a uno solo de los progenitores, que será aquel cuyo lugar de residencia se haya establecido que sea también el de los hijos; esto puede suceder cuando uno de los progenitores tenga asignado el ejercicio de la guarda por mayor tiempo respecto del tiempo que tenga asignado el padre para ejercer el cuidado de los hijos.
4. Existe la posibilidad de que el Juez no asigne la vivienda a ninguno de los progenitores.⁴⁷²

Con ello se propicia, en casos de titularidad compartida del inmueble, la división de la comunidad así constituida, a fin de que cada progenitor pueda obtener los medios económicos precisos para afrontar independientemente las necesidades cotidianas de alojamiento. Incluso se puede efectuar la venta de la vivienda, y en su lugar contar con otras dos viviendas próximas, dignas y

⁴⁷² Así se dispuso en la SJPI número 6 de Zaragoza, de 21 de septiembre de 2010 (ponente: D. Francisco Javier Forcada Miranda), pues los progenitores habían acordado la venta de la vivienda.

adecuadas.⁴⁷³

La SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 29 de junio de 2005 (Resolución número 291/2005, ponente: D. Jaume Massanet Moragues), en un supuesto de guarda compartida, no hizo atribución de la vivienda familiar, propiedad de ambos cónyuges por mitades indivisas, para favorecer la ejecución de los pactos suscritos por ellos dos años antes acordando que la vivienda debía venderse. (FD 5º)

Por el contrario, la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 21 de febrero de 2008 (Resolución número 133/2008, ponente: Dª. María Dolores Viñas Maestre), atribuyó a la hija y a su madre el uso de la vivienda familiar, pero con una duración limitada hasta que se procediera a la efectiva división del inmueble, momento en el que cesará el derecho de uso sobre el mismo, con la finalidad de facilitar la venta. (FD 1º)

La decisión del Juez, para fijar la atribución de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, deberá ser imparcial y objetiva, atendiendo a lo que resulte más razonable y conveniente, según la situación que se analice y se resuelva. Así, ha de valorar todos los datos fácticos que haya podido conocer y atender a las circunstancias de la situación familiar, haciendo uso de las facultades especiales que tiene atribuidas por ley.

Por otra parte, es preciso apuntar las recomendaciones hechas en las VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia,

⁴⁷³ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida...” Op. Cit., p. 242.

Fiscales, Secretarios Judiciales y Abogados de Familia, celebradas en Valencia, en octubre de 2009, en la cual se concluyó que:⁴⁷⁴

- ✓ Se propone la reforma del Art. 96 del CC, de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre los progenitores con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas.

La venta o adjudicación del inmueble sede de la vivienda familiar extinguirá automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente.

- ✓ Hasta que se produzca la reforma legal del Art. 96 del CC, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que:
 - La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos.
 - En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se haga siempre con carácter temporal.

⁴⁷⁴ Texto disponible en la página web de la Asociación Española de Abogados de Familia: www.aeafa.es

- ✓ No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar.

En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido.

En cuanto al Derecho Autonómico, el Código de Derecho Foral de Aragón, establece los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar para los casos de custodia compartida. Así, en su Art. 81.1, dispone: “En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.” Además, en el Preámbulo del Código, el apartado III, parte 10^a, párrafo 13^o, dice: “En la custodia compartida, el criterio de atribución del uso de la vivienda es a favor del progenitor más necesitado, dado el criterio de igualdad que debe prevalecer en este régimen de custodia.”

En ese sentido, el progenitor más necesitado será aquel que

tenga mayor dificultad para acceder a una vivienda, por razones de naturaleza económica o patrimonial. Por ello, el Juez, en el momento de ponderar qué progenitor muestra un interés más necesitado de protección, deberá tomar en consideración los siguientes factores:⁴⁷⁵ La capacidad económica de cada uno de los progenitores, que indicará cuál de ellos posee disponibilidades pecuniarias suficientes para acceder a un inmueble, en propiedad o en arrendamiento, en las proximidades de la vivienda familiar, a fin de destinarlo a casa propia y de sus hijos cuando los tenga en su compañía. En segundo lugar, las posibilidades efectivas de cada uno de habitar una vivienda privativa, distinta de la familiar, ubicada en las inmediaciones de esta. Y, por último, cuando la vivienda familiar sea propiedad de los progenitores, el Juez podrá acordar también su venta si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares, conforme al Art. 81.4 del mismo Código.

También el Código Civil Catalán hace referencia a la regulación del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, así lo hace en el Art. 233-20.1: “También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados” y de manera más expresa en el apartado 3º del mismo artículo: “No obstante lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos: a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores.”

Por su parte la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones

⁴⁷⁵ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: “Análisis Crítico de las Medidas...”, Op. Cit. p. 11

familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunidad Valenciana, establece en su Art. 6.1, que a falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

Agregando que en el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si la misma es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial.

Así mismo establece, que salvo pacto en contrario de los progenitores, no se atribuirá el uso de la vivienda familiar si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se le atribuya el uso es titular de derechos sobre una vivienda que le faculte para ocuparla como una residencia familiar.

Finalmente, en cuanto al domicilio del hijo en los casos de guarda y custodia compartida, la Instrucción de la Fiscalía General

del Estado 1/2006, de 7 de marzo,⁴⁷⁶ determina la necesidad de que se fije un domicilio como parte del contenido de las cautelas procedentes que el Juez deberá adoptar para el eficaz cumplimiento del sistema de guarda establecido.

El problema puede aparecer cuando la guarda y custodia compartida, establecida por convenio o por resolución judicial señala un régimen de convivencia con cada uno de los progenitores muy equilibrado, de tal manera que no se puede determinar cuál debe considerarse residencia habitual del niño, a efectos de empadronamiento.

Los criterios que apunta la citada Instrucción para la determinación del domicilio en los casos de guarda y custodia compartida son los siguientes:

1. Los hijos han de ser empadronados en un solo domicilio.
2. El domicilio preferente será el de aquel de los progenitores con el que en cómputo anual el niño pase la mayor parte del tiempo.
3. En los supuestos en los que los periodos de convivencia estén equilibrados sin que pueda determinarse con cuál de los progenitores pasa el hijo la mayor parte del tiempo, deberán ser en principio los propios progenitores quienes de mutuo acuerdo, elijan de entre los dos domicilios en los que el niño vive, aquél en el que ha de ser empadronado.
4. Si se trata de un proceso contencioso el Juez, como una de

⁴⁷⁶ Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, “Sobre la Guarda y Custodia Compartida y el Empadronamiento de los Hijos Menores”

las cautelas que debe adoptar para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda y si se trata de tiempos de permanencia equilibrados, fijará el domicilio del niño a efectos de empadronamiento, valorando especialmente la conveniencia de tomar como punto de referencia el domicilio en el que ha permanecido hasta la consumación de la crisis matrimonial, siempre que tal domicilio sea uno de aquéllos en los que va a seguir viviendo.

ASPECTOS PERSONALES

4.3 RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS

Generalidades

Al acontecer la crisis matrimonial, si existen hijos, los progenitores o, en su caso, el Juez deben regular la forma en que los padres se relacionarán con los niños. Esta situación hace referencia a lo que tradicionalmente se ha venido denominando como derecho de visitas, el cual se define como un “conjunto de facultades que posibilitan a todo progenitor relacionarse con aquellos de sus hijos con los que, por la particular situación que atraviesa el núcleo familiar, no puede convivir”.⁴⁷⁷ Su finalidad es crear y fomentar un entorno adecuado para el desarrollo integral del niño.⁴⁷⁸

La SAP de Barcelona, Sección 12^a, de 11 de junio de 2009 (Resolución número 409/2009, ponente: D. Agustín Vigo Morancho), en su FD 1º, sostiene que el derecho de visitas o relaciones con los

⁴⁷⁷ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: “Ejercicio de la Patria Potestad...”, Op. Cit., p. 151

⁴⁷⁸ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: “Sentencia de 11 de junio...”, Op. Cit., p. 79

hijos “se entronca con el Derecho Natural y el Derecho Político (Art. 39.3 de la CE) y constituye un efecto directo de la atribución de la guarda y custodia de los hijos a sólo uno de los cónyuges, en cuanto ello no implica la privación o suspensión de la patria potestad.” “Con ello, se trata de distribuir la función de guarda y custodia, como ejercicio concreto de la potestad, atribuyéndole su ejercicio al progenitor que cotidianamente ha de velar por los hijos y cuidarlos, si bien al otro progenitor le sigue correspondiendo la potestad, ejercida de forma conjunta entre ambos, y un correlativo derecho de visitas o de relacionarse con sus hijos.”

El derecho de visitas, comunicación y estancias se encuentra regulado en los Arts. 160.1 y 161 del CC, en sede de patria potestad, los cuales se aplicarán a todas las situaciones en las que falta la convivencia entre los progenitores. También se encuentra regulado en los Arts. 90.A), y 94 del CC, en sede de procesos matrimoniales, que se aplicarán a los supuestos de nulidad, separación y divorcio. Por otra parte, el Art. 103.1 del CC, al regular las medidas provisionales que con respecto a los hijos deben establecerse durante la sustanciación de un proceso de nulidad, separación o divorcio, hace igualmente referencia al derecho del progenitor no custodio a comunicarse con sus hijos y tenerlos en su compañía.

Para referirse a la relación que tiene el progenitor no guardador con su hijo se han utilizado términos distintos: derecho de visitas, derecho de comunicación y estancias, derecho a relacionarse. Estos términos se utilizan indistintamente por la jurisprudencia y por la doctrina, pero el que más críticas recibe es el de “visitas”.

Así, se sostiene que actualmente la denominación “derecho de visitas” es considerado como un término impreciso, pues no incluye la amplitud de las relaciones entre el hijo y su progenitor no custodio o no guardador, esto en virtud de que las relaciones entre ellos no se limitan a la simple visita en sentido estricto,⁴⁷⁹ sino que comprenden otras formas de comunicación e incluso la convivencia durante días o semanas.

LÓPEZ ORDIALES,⁴⁸⁰ opina que se debe aprovechar la tendencia actual a eliminar o evitar los términos "custodio" y "visitas"⁴⁸¹ y sustituirlo por "tiempo de permanencia con los hijos", evitando, de este modo, colocar a los progenitores en situaciones de triunfo o pérdida.

En la misma línea, **PÉREZ VALLEJO**⁴⁸² arguye que el término “visitas” encierra en sí mismo un matiz peyorativo, pues su utilización proyecta la sensación de que tras la ruptura de la pareja, habrá un ganador-vencedor (progenitor que tiene la guarda y custodia) y un perdedor o vencido (el progenitor que los visita); mientras que el “derecho de relación” expresa un contenido mucho más amplio, en

⁴⁷⁹ En este sentido, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: “Sentencia de 11 de junio...”, Op. Cit., 79

⁴⁸⁰ LÓPEZ ORDIALES, Julio Jesús. “Custodia Compartida. Cuestiones...” Op. Cit. p. 300

⁴⁸¹ Según la Real Academia Española, “Visitar” significa: Ir a ver a alguien en su casa por cortesía, atención, amistad o cualquier otro motivo.

⁴⁸² PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Régimen de <<Visitas>> del Progenitor No Custodio. Su Incidencia en la Relación Abuelos-Nietos”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, primera edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2009, Pp. 349-351.

Sobre este mismo punto, Vid. GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: “El Principio de Igualdad...”, Op. Cit., p. 377-383.

cuanto comprende conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, en la que cabe entender incluidas las estancias del hijo durante cierto tiempo en el domicilio del titular o titulares del derecho y, por tanto, también la pernocta independientemente de la edad del niño. Con lo cual, concluye, que, los términos “visitar” y “relacionarse” son distintos, no obstante en la jurisprudencia se usan indistintamente.

Excluir un término de visitas, de uno de comunicaciones y estancias no creemos que sea lo más acertado, pues la manera en que se relaciona el progenitor no guardador con su hijo, no solo puede ser amplia, hasta el punto de incluir pernoctas, sino que además puede suponer el compartir con el niño por unas horas en un determinado día, situación que se encuadra en el término de “visitas”. Por ello, considero que lo más conveniente es referirnos en su conjunto a un “derecho de visitas, comunicación y estancias”.⁴⁸³

Este derecho de visitas, comunicación y estancias se materializa, después de sobrevenida la crisis matrimonial, a través del correspondiente régimen de visitas, comunicación y estancias para el

⁴⁸³ Estos términos tienen significados diferentes, pero están relacionados.

Las visitas son los periodos de tiempo que los hijos pasan con el progenitor con el que no conviven, usualmente denominado, no guardador. Estas visitas se caracterizan porque el progenitor tendrá a los hijos en su compañía por algunas horas.

La comunicación se refiere al hecho de que los progenitores tengan noticias o estén en contacto con su hijo a través de medios como el telefónico o correos electrónicos o postal en los periodos en los que se encuentra en compañía del otro progenitor.

La estancia implica un periodo de tiempo más prolongado e incluye la pernocta. La duración de la estancia dependerá de los condicionantes de cada caso, pudiendo abarcar los periodos de convivencia varios días o semanas, por ejemplo: los periodos vacacionales.

progenitor que no tenga asignada la guarda y custodia de los hijos en exclusiva, y que es también aplicable a los casos de custodia compartida, pues es necesario que el progenitor continúe relacionándose con sus hijos en el periodo en que no esté ejerciendo su guarda, sobre todo si el espacio de tiempo es largo.

En el régimen de visitas, comunicación y estancias, se marcan ciertas pautas que guiarán las relaciones entre el progenitor y sus hijos, es decir, se determinará el tiempo, modo, lugar y demás condiciones en las que se llevarán a cabo los encuentros y estancias, atendiendo al interés de los hijos, pero además a otras circunstancias como la edad de estos, sus horarios escolares, disponibilidad del progenitor en función de su jornada laboral, distancia entre los domicilios, etc.⁴⁸⁴

La naturaleza de dicho régimen, deviene en canalizar la función que también compete al progenitor no guardador de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. En ese sentido, fomenta entre el progenitor y el hijo la relación afectiva. Además, se pretende que el niño continúe beneficiándose del trato con ambos progenitores y evitar el perjuicio que supone para su desarrollo verse privado de la convivencia con uno de sus padres con motivo de la separación.⁴⁸⁵

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo, reconoce que: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de

⁴⁸⁴ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: “Ejercicio de la Patria Potestad...”, Op. Cit., p. 162

⁴⁸⁵ ídem, p. 153

felicidad, amor y comprensión”. Específicamente, el Art. 9.3 dispone que: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

La Constitución Española en su Art. 39 reconoce este derecho al disponer que: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

Así mismo el Código Civil en su Art. 154 establece como deberes y facultades de los progenitores las de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos legalmente y administrar sus bienes. Añadiendo en el Art. 160 que: “Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial”.

Luego, en su Art. 94, párrafo 1º, establece que: “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves

circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”.

Según **DEL VAS GONZÁLEZ**,⁴⁸⁶ las expresiones literales empleadas por el precepto, dan a entender, en todo momento, que estamos hablando sólo de un derecho de los progenitores. Sin embargo, el hecho de que toda la materia relativa a las relaciones paterno-filiales, incluidas las situaciones de crisis matrimonial de los progenitores, esté presidida por el principio del interés superior del niño, nos permite afirmar que, ante todo, nos encontramos ante un derecho del niño.

Entonces, es posible calificar el derecho de visita, comunicación y estancias en función de sus titulares por un lado, como un derecho-deber del progenitor no custodio o no guardador, pues se le concede la posibilidad de relacionarse con sus hijos en cumplimiento de sus deberes inherentes a la patria potestad; y por otro, como un derecho del hijo, pues el contenido del mismo se delimita en interés de los niños, incluso es posible la suspensión de estas relaciones sin con ellas resultan perjudicados.⁴⁸⁷

En ese sentido, la posibilidad legalmente concedida a los progenitores no es sólo un medio de proteger sus relaciones con los hijos, no se les reconoce sólo en cuanto titulares de la patria potestad, sino que más bien se está articulando un sistema de garantía de que los hijos podrán mantener un contacto asiduo con

⁴⁸⁶ DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María: “Instituciones Jurídicas de Protección...” Op. Cit. p. 272

⁴⁸⁷ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: “Ejercicio de la Patria Potestad...”, Op. Cit., p. 154

sus progenitores cuando estos no convivan con ellos. Entendido a contrario sensu, permitirá suspender las relaciones entre el progenitor y sus hijos cuando dichas relaciones, aun siendo beneficiosas para aquél, redunden, por cualquier circunstancia, en perjuicio de este.

Por otro lado, el régimen de visitas, comunicación y estancias es una facultad correlativa a la guarda, dentro de la que se entiende también comprendida el sistema de custodia compartida, en la cual se puede establecer dicho régimen para el progenitor que en ese momento no tiene al niño bajo su guarda.

4.3.1 Régimen de comunicaciones y estancias y guarda y custodia compartida

El Código Civil no establece los parámetros para la fijación del régimen de visitas, comunicación y estancias en los casos de guarda y custodia compartida; el legislador omitió referirse a esta medida derivada de la separación y divorcio de los cónyuges. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina⁴⁸⁸ establecen que aún y cuando exista custodia compartida se mantiene la fijación de dicho régimen para los progenitores en aquellos períodos en los que el hijo esté con uno solo de ellos.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Vid. CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “La Determinación en la Guarda...” Op. Cit., p. 11-12; LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida de los Hijos”, Op. Cit., p. 535; PÉREZ MARTIN, Antonio Javier: “Tratado de Derecho de Familia...” Op. Cit., p. 271.

⁴⁸⁹ El Art. 233-9, del Código Civil Catalán, referido al plan de parentalidad que han de presentar los progenitores en los procesos de nulidad, separación y divorcio, establece en su apartado 2º: “En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos: (...) d) “El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un

Así, **GUILARTE MARTÍN-CALERO**,⁴⁹⁰ sostiene que el régimen de visitas, comunicación y estancias no se limita a los supuestos de guarda exclusiva, pues, aunque se acuerde el sistema de guarda compartida, en cada período el padre o madre es guardador en exclusiva, de suerte que será necesario fijar, también, en aquel sistema este régimen, a no ser que los períodos de alternancia sean muy reducidos, en cuyo caso no es preciso garantizar el derecho a relacionarse con los hijos, pues ya lo hace el propio funcionamiento de la modalidad de ejercicio de guarda elegido. Con excepción de este supuesto, los progenitores alternarán las posiciones de guardador y no guardador con la periodicidad establecida en la resolución judicial.

La extensión del tiempo en la alternancia de la custodia compartida entre los progenitores admite la determinación de períodos temporales bastante amplios que pueden llegar a durar un semestre o incluso un año, hasta la práctica más frecuente por la que se fija la alternancia de uno a tres meses. Esta última posibilidad se viene estimando como la más adecuada a fin de garantizar la estabilidad emocional del niño.

En la SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22 de abril de 1999 (Resolución número 379/1999, ponente: D. Vicente Ortega Llorca), habiéndose fijado una guarda compartida por meses alternos, se dispuso: “...el progenitor que en el correspondiente mes no tenga

progenitor no los tenga con él”, refiriéndose claramente al supuesto de custodia compartida.

⁴⁹⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Comentarios del Nuevo Artículo...”, Op. Cit. Pp. 153; también de la misma autora: “La Custodia Compartida Alternativa...”, Op. Cit., p. 9

encomendada la guarda y custodia podrá tener a los niños en su compañía los fines de semana alternos, de 10 de la mañana del sábado a las 20 horas del domingo, y todos los martes y jueves desde la salida del colegio por la tarde –durante los períodos vacacionales se entenderá desde las 17 horas- hasta las 20 horas; este régimen no sufrirá variación durante las vacaciones escolares”. (FD 8º)

Pero también los Jueces acuerdan la fijación de la custodia compartida por períodos de tiempo más cortos, de duración semanal o quincenal, que por su propia esencia podrían permitir la exclusión de las visitas por parte del progenitor no custodio en cada tramo temporal, llegando alguna resolución⁴⁹¹ a establecer, incluso, períodos de duración inferior a la semanal. Sin duda, en la elección de cada una de las modalidades expuestas, va a tener mucha relevancia la solución que consensuadamente ofrezcan los progenitores, así como, de manera esencial, la consideración de que la opción planteada sea la que más favorezca el interés de los hijos.

En ese sentido, si la custodia compartida se alterna por meses, habrá que fijar el régimen que corresponda de fines de semana y de días intersemanales. Si la custodia se alterna por años, además del régimen señalado anteriormente, deberá pactarse también en los meses de vacaciones.

LÓPEZ ORDIALES⁴⁹² considera que es preciso evitar, en la medida de lo posible, los regímenes "tipo" (fines de semana alternos

⁴⁹¹ Vid. SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007.

⁴⁹² LÓPEZ ORDIALES, Julio Jesús. “Custodia Compartida. Cuestiones...” Op. Cit. p. 300

y mitad de vacaciones) y buscar el "traje a medida" para cada familia.

Al respecto, **CAMPUZANO TOMÉ**⁴⁹³ sostiene que “no es función del legislador establecer fórmulas generales que permitan crear un sistema legal de custodia compartida. Ni se pretende, ni sería lo correcto, fijar unos baremos para distribuir el tiempo de convivencia, ni determinar en todo caso dónde residirá el hijo, ni si serán los progenitores quienes se cambien de domicilio, ni cómo distribuir los gastos, ni siquiera sería posible determinar legalmente a cuál de los progenitores le correspondería la vivienda familiar. De lo que se trata es de conseguir que la ley arbitre un marco lo suficientemente amplio y flexible como para dar cabida en él a todas las posibles opciones de custodia adaptadas a cada caso concreto.”

Por otro parte, en muchas ocasiones no existe una guarda y custodia compartida, propiamente dicha, sino que ambos progenitores comparten el tiempo de permanencia con sus hijos, sin denominarlo de ningún modo concreto. Por ejemplo, uno de los progenitores está en compañía de sus hijos durante los fines de semana y el otro durante la semana lectiva. En este último caso, evidentemente, el progenitor no tendrá un régimen de visitas, comunicaciones y estancias a su favor, pues convive con sus hijos durante la semana escolar. Si la alternancia se pacta para períodos de un mes, trimestre o curso escolar, por ejemplo, el que no tenga a los hijos durante esos periodos bajo su guarda, disfrutará de un régimen de visitas, comunicaciones y estancias con ellos.

⁴⁹³ CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: “La Custodia Compartida...”, Op. Cit. p. 5

En razón de lo anterior, es menester acotar que la guarda y custodia compartida no comporta una igualdad cuantitativa de los lapsos de convivencia, sino que pone fin a la situación en virtud de la cual uno de los progenitores permanece involucrado en la vida del hijo y el otro totalmente ajeno.⁴⁹⁴ En ese sentido, se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos progenitores para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales.⁴⁹⁵

Finalmente, este régimen de visitas, comunicación y estancias puede ser fijado por el Juez dando la mayor flexibilidad y libertad a los progenitores para acordarlo, pero también el Juez puede fijarlo de manera detallada y específica, previendo que aquellos no lleguen a un acuerdo. Este es el caso de la SJPI de Sevilla, número 7, de 8 de abril de 2011 (Resolución número 223/2011, ponente: D. Francisco de Asís Serrano Castro), en la cual se adoptó una guarda compartida de los hijos por periodos alternos de 3 meses a favor de ambos progenitores, y se fijó un régimen de visitas, comunicación y estancias de la siguiente manera: “El progenitor que en cada periodo no asuma la guarda de los hijos, tendrá el derecho y la obligación de relacionarse, comunicar y permanecer con ellos, en la forma que convengan procurando salvaguardar que se mantenga una flexible y constante vinculación paterno y materno-filiar. Subsidiariamente, con carácter mínimo, los hijos menores permanecerán con ese progenitor, temporalmente no custodio, en fines de semanas alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta la entrada el lunes en sus

⁴⁹⁴ LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida de los Hijos”, Op. Cit. p. 536

⁴⁹⁵ RODRÍGUEZ, Tayli A.: “Custodia Compartida: Una Alternativa...”, Op. Cit.

respectivos centros escolares. También permanecerán en su compañía las tardes de los miércoles desde la salida del colegio hasta la mañana del jueves en que los reintegrará a la entrada de clase. En cuanto a los periodos de vacaciones de los niños, los pasarán con uno y otro progenitor por mitades íntegros en consideración a los respectivos calendarios escolares. En caso de discrepancia en los años pares el primer periodo le corresponderá a la madre y el segundo periodo en los años impares y a la inversa en lo que respecta al padre.” (FD 5º).

Hasta aquí hemos estudiado los aspectos materiales y personales relacionados con la custodia compartida, los cuales contienen las medidas referidas a la pensión de alimentos, atribución del uso de la vivienda y régimen de visitas, comunicación y estancias, que no fueron adaptadas por el legislador estatal al sistema de ejercicio compartido de la guarda y custodia que introdujo en la Ley 15/2005, no obstante hemos visto que la doctrina ha establecido algunas posibles soluciones a los problemas que plantea la omisión del legislador en ese sentido. Así como las medidas que el Juez, a pesar de dicha omisión, ha ido adoptando en el caso concreto.

Corresponde ahora ocuparnos del estudio de un instrumento muy útil al servicio de los progenitores, y que está relacionado con la guarda y custodia compartida: La mediación familiar.

OTROS ASPECTOS

4.4 MEDIACIÓN FAMILIAR Y GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Comenzamos el desarrollo de este tema partiendo del Art. 90 del CC, referido al contenido del convenio regulador que los progenitores han de presentar junto con su solicitud de divorcio en los procesos de mutuo acuerdo. En dicho convenio, se ha de especificar, entre otros: “A) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”. De lo expuesto en este apartado, podemos inferir que son los progenitores quienes tienen principalmente la facultad de acordar el sistema de ejercicio de la guarda y custodia de los hijos que se adapte favorablemente a su nueva situación familiar, cuya dinámica y circunstancias son conocidas perfectamente por ellos, sin olvidar que el acuerdo alcanzado en este punto debe garantizar la protección del interés del niño.

En el proceso contencioso de divorcio, el Art. 770.7 de la LEC, establece que: “Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso...para someterse a mediación”.

Con esta disposición se posibilita a los progenitores intentar llegar a un acuerdo, por ejemplo, sobre el régimen del ejercicio de la guarda y custodia de sus hijos, sometiendo su conflicto a un proceso de mediación familiar. Pero, ¿qué es la mediación familiar? y ¿cómo puede ayudar a los progenitores a encontrar la solución a su conflicto?. A estas dos interrogantes pretendemos dar respuesta por

medio del estudio esencial de dicho instrumento, relacionándolo con la figura de la guarda y custodia compartida.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR

En el entorno familiar, la mediación -como instrumento de resolución de conflictos- es especialmente indicada debido a que las soluciones adoptadas por las partes tienden a preservar el vínculo entre los miembros de la familia, a diferencia de lo que sucede generalmente cuando se entabla un proceso judicial, en el cual existe una falta de adecuación de las medidas provocando así un alto grado de incumplimientos que dan lugar a nuevos conflictos derivados de aquellos que no habían sido resueltos anteriormente.⁴⁹⁶

Así, en el proceso de mediación familiar, el mediador interviene a petición de una o ambas partes de un conflicto familiar y trata de promover unas circunstancias adecuadas para lograr una negociación fructífera que cristalice en un futuro acuerdo en el que las partes desactivan el conflicto y regulan sus relaciones a futuro. En ese sentido, la finalidad de la mediación familiar es promover el acuerdo entre las partes en conflicto.⁴⁹⁷

⁴⁹⁶ Vid. ORTEGA GUERRERO, Irene: “El Principio del Interés Superior del Niño en las Situaciones de Crisis Familiar: Una Perspectiva Comparada en el Ámbito de la Unión Europea”, en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Volumen 2, número 3, 2002, p. 106. Esta autora opina que los procesos de separación y divorcio suponen una crisis en los aspectos afectivo, familiar, social y económico, que afecta a los miembros de la pareja negativamente, mermando en muchas ocasiones la capacidad para afrontar la situación de una manera adecuada y teniendo en cuenta, ante todo, a los hijos. (p. 103)

⁴⁹⁷ OROZCO PARDO, Guillermo: “Notas Acerca de la Mediación en el Derecho Español. Comentario a la Ponencia del Prof. Scott H. Hughes sobre la Protección Institucionalizada de los Mediadores en los Estados Unidos”, 316

En palabras de **ORTUÑO MUÑOZ**,⁴⁹⁸ la mediación familiar es “un proceso de construcción y de reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas por un conflicto, en cuyo proceso interviene un tercero imparcial, independiente, cualificado y sin ningún poder de decisión, que es el mediador familiar, para facilitar, a través de la realización de entrevistas confidenciales, la reanudación de la comunicación entre las partes y la autogestión del conflicto dentro del ámbito privado familiar, teniendo en consideración la peculiaridad de las situaciones, su diversidad y la evolución de las relaciones familiares”.⁴⁹⁹

Puede definirse también a la mediación familiar como un instrumento para facilitar la recomposición o la autocomposición de los intereses en conflicto, acercando posturas y cooperando a la reducción del colapso judicial.⁵⁰⁰

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, número 5, 2002, p. 738

⁴⁹⁸ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “Mediación Familiar” en GONZÁLEZ POVEDA, Pedro: “Tratado de Derecho de Familia: Aspectos Sustantivos y Procesales”, Editorial Sepin, Madrid, España, 2005, p. 1104.

⁴⁹⁹ Así, como sostiene PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa (“La Mediación en el Marco del Protocolo Familiar”, en Actualidad Civil, número 9, quincena del 1 al 15 de mayo de 2010, Tomo 1, Editorial La Ley [LA LEY 2439/2010], p. 997 y ss.), a través de la mediación se trata de conseguir una nueva organización familiar fruto del consenso alcanzado por las partes en conflicto, con la ayuda neutral, imparcial y carente de todo poder de decisión de un tercero, el mediador, cuya intervención será solicitada y aceptada por aquéllas en un marco de confidencialidad.

⁵⁰⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac: “La Mediación Familiar” en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (Coordinador) Et. Al: “Derecho de Familia”, Editorial Bosch, S.A., Primera Edición, Barcelona, 2011, p. 159

La mediación se encuadra como un sistema alternativo para resolución de disputas⁵⁰¹ a través del cual las partes en conflicto llegan por sí mismas⁵⁰² a una solución con la ayuda de un mediador quien con su formación, ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento⁵⁰³ para crear un ambiente de colaboración que, por lo general, es impedido en el ámbito contencioso.

En ese sentido, a través de la mediación, se devuelve a las personas en conflicto su protagonismo y su responsabilidad para poder decidir, por sí solas, sobre los aspectos que les afecten de una manera personal y directa,^{504 505} partiendo de la premisa de que

⁵⁰¹ Conocido como ADR (Alternative Dispute Resolution) por sus siglas en inglés.

⁵⁰² En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (“Mediación Familiar”, Op. Cit. p. 1109) sostiene que el principio de autonomía de la voluntad de las partes es el eje sobre el que gravita la esencia de la mediación, que se potencia con la intervención profesional del tercero mediador como facilitador de la comunicación, de la racionalización de los problemas, y como garantía de que la formación de voluntad no va a estar condicionada por ningún tipo de elemento extraño a lo que realmente son los verdaderos intereses de las partes.

⁵⁰³ GONZÁLEZ CANO, María Isabel (“Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, Milagros: “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007, p. 137) sostiene que si el proceso de mediación seguido tiene por efecto que las partes mejoren su comunicación y ello les conduce a la superación de sus diferencias, en la medida que ellas mismas lo han logrado, el grado de compromiso mutuo alcanzado y la satisfacción les llevará a cumplir los acuerdos a los que hallan llegado sin más, así como a perfeccionar el modo en el que se relacionarán en el futuro y en el que mejorarán sus relaciones. Con ello, la mediación habrá cumplido su función al procurar el conocimiento de las personas y fomentar su comunicación, lo cual les permitirá entenderse y, en suma, convivir de un modo tendencialmente menos conflictivo en el futuro.

⁵⁰⁴ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac: “La Mediación Familiar”, Op. Cit., p. 173

⁵⁰⁵ En este sentido, CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (“Mediación en el Ámbito Familiar: Marco Normativo” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, Milagros: “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007, p. 276) sostiene que lo que se busca con la mediación es lograr un mecanismo de

las personas en conflicto tienen la necesidad de seguir relacionadas en el futuro,⁵⁰⁶ pues sin duda el mantenimiento de la relación posterior y el grado de cumplimiento de las decisiones obtenidas puede ser mucho más elevado si ha existido una comunicación y un consenso frente a la imposición de una decisión del Juez tras un proceso contencioso.⁵⁰⁷ En otras palabras, las soluciones amistosas darán lugar a acuerdos más duraderos y estables por cuanto parten de los propios afectados.⁵⁰⁸

Así, la mediación familiar descansa sobre una serie de presupuestos básicos:

- ✓ La separación o el divorcio no han de suponer para los hijos la pérdida de alguno de sus progenitores, debiendo conservarse intactos los vínculos entre aquellos y estos.
- ✓ Las parejas que se separan pueden encontrar por sí mismas las bases del acuerdo que ha de regir sus relaciones posteriores.
- ✓ Los procesos judiciales contenciosos enfrentan a los progenitores y provocan una mayor conflictividad que no

solución de conflictos apto para supuestos concretos necesitados de diálogo y composición. Se trata de un mecanismo complementario en cuanto resulta el adecuado para determinados conflictos que requieren menos auctoritas y más de diálogo, y a los que les resulta insuficiente la intervención, requiriendo un sujeto independiente, neutral, debidamente formado y entrenado para el ejercicio de la función mediadora.

⁵⁰⁶ En igual sentido, CAMUS, Maximiliano (“Mediación Familiar: Ámbito y Especialidad” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, Milagros: “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007, p. 287.) quien comenta que los miembros de una pareja, al tener hijos, saben que desde ese momento algo los une para siempre aunque dejen de convivir.

⁵⁰⁷ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac: “La Mediación Familiar”, Op. Cit., p. 173

⁵⁰⁸ ORTEGA GUERRERO, Irene: “El Principio del Interés Superior...”, Op. Cit., p. 103

favorece el entendimiento y la comunicación entre los padres y sus hijos.

Esta institución se caracteriza por ser voluntaria, confidencial, así como por la intermediación, imparcialidad, neutralidad y objetividad.⁵⁰⁹ En ese sentido, es flexible frente al proceso judicial, pues no existen reglas preestablecidas a las que deban someterse las partes, ni en el ámbito formal o procesal, ni tampoco en cuanto al derecho material, es decir, en cuanto a la ley aplicable a la controversia, con la única excepción de los principios constitucionales y libertades públicas⁵¹⁰ que previenen la indefensión y de las materias de orden público.⁵¹¹

Es preciso resaltar que la característica de confidencialidad en la mediación familiar, constituye un elemento básico para que esta resulte eficaz, pues la información que se maneja a lo largo de su

⁵⁰⁹ Sobre las características de la mediación familiar, Vid., ampliamente MARTÍN-CASALS, Miquel: “Líneas Generales de la Mediación Familiar en España” en GARCÍA GARNICA, María del Carmen y otros: “Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinar”, Editorial Aranzadi, Primera Edición, Navarra, España, 2008, Pp. 34-36; OROZCO PARDO, Guillermo: “Notas Acerca de la Mediación...”, Op. Cit., p. 748; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “Mediación Familiar”, Op. Cit. p. 1112; PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa: “La Mediación en el Marco del Protocolo...”, Op. Cit. Pp. 997 y ss.; RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac: “La Mediación Familiar”, Op. Cit., Pp. 165, 166;

⁵¹⁰ Como la igualdad, la dignidad de la persona, libertad, intimidad personal y familiar, protección de menores e incapaces, protección de la familia, etc.

⁵¹¹ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (“Mediación Familiar” Op. Cit., p. 1179) sostiene que los acuerdos de mediación que se ajusten a estas exigencias básicas solo podrán ser rechazados si a criterio del Juez no son “convenientes” para la familia o para alguno de sus miembros. Agrega que esta valoración de la conveniencia no podrá ser valorada desde la óptica de las propias opiniones y creencias del Juez, sino desde la perspectiva de lo que la sociedad reconoce como ajustado y conveniente que, en materia de derecho privado, quedará condicionado a los principios de intervención mínima y de pluralidad social.

tramitación, afecta a la intimidad de las partes, por lo que resulta merecedora de una especial protección, además de que permite ofrecer a las partes un espacio seguro en el cual abordar su conflicto con sinceridad y honestidad, sin presiones de terceros y sin temor a que lo expresado pueda ser utilizado después en un proceso judicial. Todo lo cual redundará en la creación de un marco que propicie el entendimiento y la colaboración de las partes en conflicto a fin de que puedan alcanzar acuerdos que resulten satisfactorios para ambos y beneficiosos para el conjunto del sistema familiar.⁵¹²

Así mismo, dentro del proceso de mediación, debe respetarse el derecho del niño a ser escuchado, toda vez que sus intereses estén en discusión; por ello es necesario que el hijo sea correcta y debidamente informado sobre la evolución del proceso de mediación y sea oído, con exclusión de aquellos procedimientos, contextos y casos en los cuales ello no responda a su beneficio.⁵¹³

La oportunidad de recibir información sobre el proceso psicolegal que los progenitores y los hijos están viviendo, permite que todos ellos contemplen la posibilidad de afrontar sus diferencias de otra forma, seguramente más próxima a su propia manera habitual de resolver conflictos.⁵¹⁴

⁵¹² CORVO LÓPEZ, Felisa-María: “El Alcance del Deber de Confidencialidad en el Proceso de Mediación Familiar”, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, número 1, Pp. 43-78, Editorial Aranzadi, Navarra 2011, Pp. 45, 76

⁵¹³ LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida de los Hijos”, Op. Cit., p. 547-548

⁵¹⁴ POYATOS GARCÍA, Ana, BOLAÑOS CARTUJO, José Ignacio y otros: “Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos”, Editorial Nau Llibres, Valencia, España, 2003. p. 180

Así, la mediación en contextos judiciales puede ser un apoyo para el Juez, con su aplicación se podrá lograr un aumento en la eficacia de las medidas adoptadas, sustentado en la participación conjunta de la pareja en la toma de decisiones.

Legalmente, a nivel estatal,⁵¹⁵ la mediación familiar encuentra asidero en la Ley 15/2005, de 8 de julio,⁵¹⁶ que declara, en su exposición de motivos, el establecimiento de la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador imparcial y neutral.

Dicha Ley introduce la regla 7ª al Art. 770⁵¹⁷ de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite a las partes solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el Art. 19.4 de la Ley

⁵¹⁵ Vid. ampliamente, sobre la regulación legal de la mediación familiar en España, CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: “Mediación Familiar. Estudio Comparativo de la Normativa Nacional y Autonómica”, en Revista Actualidad Civil, N.º 15, Quincena del 1 al 15 Sep. 2010, Tomo 2, Editorial LA LEY, Pp. 1733 y ss.; GARCÍA PRESAS, Inmaculada: “La Mediación Familiar Desde el Ámbito Jurídico”, Editorial Juruá, Lisboa, 2010, Pp. 117-179; GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: “La Mediación Familiar en España”, (<http://www.ucm.es/centros/cont/descargas/documento12870.pdf>); MAGRO SERVET, Vicente: “La Mediación Familiar”, en Práctica de Tribunales, número 23, Sección Práctica Procesal, Editorial La Ley. (LA LEY 5216/2005), MARTÍN-CASALS, Miquel: “Líneas Generales de la Mediación...”, Op. Cit., Pp. 25-31; OROZCO PARDO, Guillermo: “Notas Acerca de la Mediación...”, Op. Cit., Pp. 731-755, entre otros.

⁵¹⁶ Debe decirse que la “buena” intención del legislador se queda corta en cuanto al marco normativo que introduce con respecto a la mediación familiar, el cual resulta insuficiente, por lo que es necesaria la creación de una ley estatal que se ocupe únicamente de regular esta temática. En el mismo sentido, GARCÍA PRESAS, Inmaculada: “La Mediación Familiar...”, Op. Cit., p. 173

⁵¹⁷ El Art. 770.7 de la LEC, concretamente dice: “7ª Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”

de Enjuiciamiento Civil, para someterse a mediación.

Igualmente, la reforma añade un inciso en el apartado 2 del Art. 777⁵¹⁸ de la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir la aportación con el escrito inicial, del acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación.

Así mismo en la Disposición Final 3^a⁵¹⁹ de la Ley 15/2005, de 8 de julio, se plasma el compromiso por parte del Gobierno de remitir un proyecto de Ley sobre mediación basada en los principios establecidos en la Unión Europea, y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, es necesario acotar que, actualmente, no ha sido aprobada una ley de mediación a nivel estatal. En ese sentido, cabe la crítica al legislador que se limitó a “ajustar” la guarda de los hijos en situaciones de crisis familiar, cuando debería haber buscado la raíz de los problemas originados en esos casos, recurriendo a mecanismos como la mediación. El impulso legal de la mediación familiar debería de haber transcurrido paralelamente con el de la custodia compartida, pero no fue así.⁵²⁰

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, han sido aprobadas las siguientes leyes de mediación familiar: Ley 1/2001, de

⁵¹⁸ El Art. 777.2 de la LEC, concretamente dice: “2. Al escrito por el que se promueve el procedimiento deberá acompañarse (...) incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar.”

⁵¹⁹ Esta disposición concretamente dice: “El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.”

⁵²⁰ TENA PIAZUELO, Isaac: “Custodia Compartida en Aragón...”, Op. Cit., p. 90

15 de marzo de Mediación Familiar de Cataluña,⁵²¹ que ha sido derogada por la Ley Autonómica 15/2009 de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado;⁵²² Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Galicia,⁵²³ modificada por la Ley Autonómica 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género;⁵²⁴ Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana;⁵²⁵ Ley 15/2003, de 8 de abril de la Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Canarias,⁵²⁶ modificada por la Ley autonómica 3/2005, de 23 de junio;⁵²⁷ Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar, de Castilla La Mancha;⁵²⁸ Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León;⁵²⁹ Ley 18/2006, de 22 de noviembre de Mediación Familiar de las Islas Baleares,⁵³⁰ que ha sido derogada por la Ley 14/2010 de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares;⁵³¹ Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid;⁵³² Ley 3/2007, de 23 de marzo, de

⁵²¹ BOE número 91/2001, de 16 de abril de 2001, p. 13,797

⁵²² BOE número 198/2009, de 17 de agosto de 2009, p. 70,785

⁵²³ BOE número 157/2001, de 2 de julio de 2001, p. 23,425

⁵²⁴ BOE número 226/2007, de 20 de septiembre de 2007, p. 38,298

⁵²⁵ BOE número 303/2001, de 19 de diciembre de 2001, p. 48,192

⁵²⁶ BOE número 134/2003, de 5 de junio de 2003, p. 21,879

⁵²⁷ BOE número 177/2005, de 26 de julio de 2005, p. 26,485

⁵²⁸ BOE número 203/2005, de 25 de agosto de 2005, p. 29,486

⁵²⁹ BOE número 105/2006, de 3 de mayo de 2006, p. 17,034

⁵³⁰ BOE número 303/2006, de 20 de diciembre de 2006, p. 44,748

⁵³¹ BOE número 16/2011, de 19 de enero de 2011, p. 6,169

⁵³² BOE número 153/2007, de 27 de junio de 2007, p. 27,653

Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias;⁵³³ Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco;⁵³⁴ Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía;⁵³⁵ Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón;⁵³⁶ Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.⁵³⁷

Por otro lado, en el contexto de la UE, la mediación familiar se ha constituido como una solución eficaz de los conflictos familiares aplicada en los países más desarrollados en políticas sociales y se ha visto impulsada –como solución alternativa a la vía judicial– por la Recomendación 1/1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 21 de enero de 1998⁵³⁸ que ha establecido que la mediación familiar tiende, principalmente, a promover acuerdos, reduciendo el conflicto de intereses entre los miembros de una familia, a proteger el interés de los niños, a disminuir los efectos negativos de la separación o el divorcio, a facilitar la relación entre los progenitores y los hijos, y a reducir los costes económicos y emocionales que la separación y el divorcio representan para el Estado y la familia.

Además, el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27

⁵³³ BOE número 170/2007, de 17 de julio de 2007, p. 30,844

⁵³⁴ BOPV número 34/2008, de 18 de febrero de 2008, p. 3,206

⁵³⁵ BOE número 80/2009, de 2 de abril de 2009, p. 31,274

⁵³⁶ BOE número 115/2011, de 14 de mayo de 2011, p. 49,062

⁵³⁷ BOE número 99/2011, de 26 de abril de 2011, p. 42,283

⁵³⁸ Publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 1 de mayo de 2001, número 1892/2001

de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental –por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. Diario Oficial n° L 338 de 23/12/2003 p. 0001–0029– en su Art. 55.e) impone la cooperación de Autoridades Centrales para “facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios y facilitar, con este fin, la cooperación transfronteriza.” Es decir, se potencia el proceso de mediación en materia de responsabilidad parental como forma idónea de solución de conflictos y en el Art. 46 del mismo Reglamento se sitúa en el mismo plano que a las resoluciones judiciales, los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, y ello como característica innovadora que cubre tales acuerdos con el objetivo de animar a las partes a llegar a acuerdos extrajudiciales en temas de responsabilidad parental, con independencia de si se trata de un acuerdo privado entre las partes o de un acuerdo concluido ante una autoridad.

En definitiva, con el instrumento de la mediación, elevado a rango legal, se contemplan las crisis familiares como un acontecimiento normal, habitual y no traumático del devenir de las relaciones de pareja y se procura la superación de los problemas que en ellas se generan, con el menor coste emocional para todas las partes implicadas, en especial para los hijos.⁵³⁹

⁵³⁹ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “Mediación Familiar”, Op. Cit. p. 1149

4.4.1 La mediación familiar y la responsabilidad parental

La mediación familiar puede considerarse un instrumento que permite a los cónyuges llegar a un acuerdo sobre los efectos de la ruptura y, al mismo tiempo, facilita una comunicación más fluida que les permite mantener una relación posterior estable y pacífica para ejercer conjuntamente sus responsabilidades parentales.

Así, la mediación familiar es el medio óptimo para transformar el derecho abstracto a la “patria potestad”, por el trabajo cooperativo para ejercer la “responsabilidad parental”,⁵⁴⁰ que supone la capacidad de anteponer los intereses del hijo frente a cualquier otro.

Con la mediación, los progenitores atendiendo a su propia situación, disposición de tiempo, etc. decidirán responsablemente por alguno de los sistemas de guarda y custodia de los hijos, ya sea exclusiva o compartida con sus diversas modalidades. En ese sentido, se analiza con más detenimiento qué régimen de guarda y custodia garantiza un mayor bienestar para el niño y cuál se adapta a las posibilidades económicas, laborales y sociales de los progenitores.⁵⁴¹

4.4.2 La mediación familiar y la guarda y custodia compartida

En cuanto a la custodia compartida, para su procedencia y adecuado funcionamiento, es esencial la elaboración de un plan de coparentalidad⁵⁴² o proyecto educativo común al que los progenitores

⁵⁴⁰ ídem p. 1132

⁵⁴¹ LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: “La Mediación Familiar...” Op. Cit., p. 401

⁵⁴² Según LATHROP GÓMEZ, Fabiola (“Custodia Compartida y Corresponsabilidad...”, Op. Cit., p. 7.), los Planes de Coparentalidad o planes de responsabilidad parental, consisten en un documento realizado de común

deben sujetarse en el desarrollo de las respectivas funciones parentales asignadas.

Dicho plan de coparentalidad define las líneas de formación en los más diversos aspectos de la vida del hijo y el grado de intervención de los progenitores en ella. Esto es, se trata de determinar, de manera detallada, las responsabilidades de cada progenitor en lo que respecta al cuidado, residencia, vivienda, alimentos, lapsos de convivencia, manutención de los hijos, distribución de gastos, régimen de comunicación, aspectos sanitarios (revisiones médicas, atenciones en caso de enfermedad, etc.), educativos (material escolar, actividades extraescolares, educación religiosa, etc.) y sociales de los hijos (vacaciones, celebraciones, deportes y actividades de ocio, etc.).⁵⁴³

En este contexto, la mediación familiar es de vital importancia en el proceso de mutuo reconocimiento de las capacidades parentales de ambos progenitores, requisito mínimo para el acuerdo sobre el ejercicio compartido del cuidado de los hijos.⁵⁴⁴ Así, la información y formación en la cultura del acuerdo y el uso de la mediación familiar, hacen mas viable y eficaz la custodia compartida.⁵⁴⁵

Ciertamente, tanto los planes de coparentalidad o proyectos educativos, como el sometimiento a la mediación, precisan de un

acuerdo por ambos padres para el ejercicio de los derechos-funciones que comprende la autoridad parental.

⁵⁴³ LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: “La Mediación Familiar...” Op. Cit., p. 401

⁵⁴⁴ LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida de los Hijos”, Op. Cit., Pp. 548-549

⁵⁴⁵ ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 107

mínimo acuerdo y voluntariedad en los progenitores. Sin embargo, si se reconoce en el niño un derecho fundamental a convivir y ser atendido por ambos padres, los ordenamientos deben darle a este prioridad y fomentar con medidas concretas ese acuerdo mínimo de los cónyuges, disuadiendo a estos de la actitud que se niega a dialogar con consecuencias indeseables para el que no negocie.⁵⁴⁶

En ese sentido, es necesario separar el tema de la custodia de los hijos del escenario de intereses contrapuestos de los progenitores y otros adultos relacionados al escenario conflictivo. Por ello, es primordial situar el tema de la custodia en el ámbito de las funciones parentales y en el de los derechos y necesidades de los hijos,⁵⁴⁷ lo que posibilitará el acuerdo entre los progenitores pues tendrán conciencia de que son los intereses de sus hijos los que deben de prevalecer sobre los propios.

Aunado a lo anterior, en el proceso de mediación los progenitores quedan situados en un plano de igualdad frente al mediador que les ayuda a negociar e intercambiar sus posiciones. Así, este mecanismo fomenta la igualdad entre los padres y la asunción equitativa de los funciones que deben desempeñar frente a sus hijos.

Es por ello, que el acuerdo⁵⁴⁸ de mediación familiar realizado por los propios progenitores, posibilita que sea asumido plenamente

⁵⁴⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: “Propuesta de Nueva Reforma...” Op. Cit., p. 163-164

⁵⁴⁷ ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 107

⁵⁴⁸ Al respecto, ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (“Mediación Familiar”, Op. Cit. p. 1168.) define el acuerdo de mediación familiar como un acto de naturaleza

por ellos, sin visualizarlo como la imposición de un tercero ajeno a la crisis que ha favorecido a uno y castigado al otro, lo que generalmente se vive como una situación de injusticia que desencadena problemas en el cumplimiento posterior del sistema de guarda y custodia establecido.

Como consecuencia, son los progenitores quienes conjuntamente explican a sus hijos la decisión adoptada, garantizando así que estos la entiendan y se sientan protegidos por ambos, sin tener que presentarse ante un Juez para escoger entre uno de sus progenitores, con el consiguiente trauma psicológico que representa para los niños tomar esta decisión.

En definitiva, como acertadamente sostiene **ORTUÑO MUÑOZ**,⁵⁴⁹ las ventajas que presenta el acuerdo de mediación en esta materia, es de mejor calidad que el de mutuo acuerdo negociado sin la intervención de un mediador especializado, puesto que este les habrá hecho ver la relación existente entre el tema de la guarda y custodia, vivienda familiar y pensiones alimenticias y habrán reflexionado respecto al sentido y verdadero significado de los términos legales, aprendiendo a distinguir entre las “visitas”, que es un concepto pasivo y la “comunicación con los hijos”, que es un concepto mucho más activo, que permite la creatividad y la individualización del sistema según la diversidad de situaciones fácticas. Se habrá podido prever el mejor sistema según la edad de

multidisciplinar y, jurídicamente, es un negocio complejo y típico del Derecho de Familia.

⁵⁴⁹ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “Mediación Familiar”, Op. Cit. p. 1135, también del mismo autor: “La Mediación Familiar” en VARELA PORTELA, María José: “Separación y Divorcio”, cuadernos de Derecho Judicial XXIV-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, Pp. 86-87.

los hijos y, en especial, tratar de forma no traumática la problemática de las nuevas parejas y la convivencia de los hijos con las mismas, asegurando para el interés del niño la relación con los miembros de su familia extensa y la presencia del hijo en los acontecimientos familiares.

Asimismo, **ROMERO NAVARRO**,⁵⁵⁰ afirma que la mediación familiar se revela como un recurso útil para hacer posible la custodia compartida en las situaciones en que los progenitores no se ponen de acuerdo, o tienen graves dificultades para lograrlo.

Es fundamental también que el mediador tenga presente al momento de proponer la adopción de acuerdos a los progenitores en conflicto, el interés del niño sobre cualquier otro, pues de otra manera los acuerdos alcanzados no serán aceptados por el Juez por afectar los intereses de los hijos.

Recordemos que es el Art. 770.7 de la LEC el que permite que los progenitores puedan solicitar la suspensión del proceso contencioso de divorcio para poder someterse a mediación, a fin de intentar lograr un acuerdo.

Según la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en adelante Ley Andaluza, en su Art. 2.2 establece que la mediación familiar tiene como finalidad que las partes en conflicto alcancen acuerdos equitativos, justos, estables y duraderos, contribuyendo a la resolución de los procedimientos judiciales ya iniciados.

⁵⁵⁰ ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida...”, Op. Cit., p. 108

Además en su Art. 1.2 señala que podrán ser objeto de mediación familiar los conflictos que en el ámbito privado surjan entre personas unidas por un vínculo conyugal (Art. 3.a), sobre los que las partes tengan poder de decisión, y siempre que guarden relación con asuntos de procedimientos de nulidad matrimonial, separación y divorcio y el ejercicio de la patria potestad. (Art. 1.2.a.d)

Según el Art. 7, las actuaciones de mediación familiar se fundamentarán siempre en la protección de los derechos de las personas menores de edad y de las personas en situación de dependencia.

Partiendo de estos presupuestos jurídicos, los progenitores pueden someterse a un proceso de mediación para acordar lo relativo a la guarda y custodia de los hijos y las medidas derivadas de su ejercicio, dentro del proceso el mediador tratará de ayudarles a alcanzar el acuerdo mutuamente sin tomar partido por ninguno de ellos (Art. 8). En ese sentido no podrá imponer soluciones o medidas concretas, su actuación tendrá en cuenta los intereses de los progenitores y respetará sus distintos puntos de vista y la igualdad de ellos en la negociación. Asimismo, se entiende que la actuación de los cónyuges y del mediador es de buena fe.

En el transcurso del proceso de mediación, pueden surgir las siguientes situaciones:

1. Que los progenitores estén de acuerdo en la custodia compartida y el mediador observe que en este acuerdo no se están protegiendo los intereses del hijo. En este caso, el mediador debe observar lo establecido en el Art. 26.3, relativo a que en el acuerdo

adoptado la prioridad es el interés superior del niño, y con fundamento en ello guiar a los progenitores para que su acuerdo respete los intereses de aquel. Si los progenitores persisten en el mismo acuerdo, el mediador podrá renunciar a continuar con el proceso de mediación, procediendo a dar por finalizado el mismo, en atención a la falta de voluntad de ambos progenitores por alcanzar un acuerdo respetuoso con el interés del niño, todo ello conforme a los Arts. 15.b, 25.d y 26.3., para lo cual levantara un acta dejando constancia de las razones de su renuncia y de la finalización del proceso de mediación.

En este supuesto, los progenitores deben continuar con la tramitación del proceso contencioso, y será el Juez quien decida sobre la atribución del ejercicio de la guarda y custodia.

2. Que los progenitores acuerden un sistema de custodia exclusiva. En este caso, el mediador debe velar porque el acuerdo respete los intereses del hijo y de las partes intervinientes y sino aprecia un daño a dichos intereses, debe dar por terminado el proceso de mediación familiar, conforme al Art. 25.a, procediendo a levantar el acta que deberá ser firmada por los progenitores y el mediador en prueba de conformidad (Art. 23.3). En el acuerdo de mediación se incluirá todo el conflicto y la solución a que hayan llegado los progenitores. (Art. 26.2)

Posteriormente dicho acuerdo será sometido a homologación judicial y será el Juez el encargado de valorar si el mismo no contiene medidas que afecten al interés del niño. Además el

Ministerio Fiscal deberá emitir informe sobre los términos del acuerdo de mediación relativos a los hijos.

3. Que los progenitores acuerden el sistema de custodia compartida. En este caso, también el mediador debe velar porque el acuerdo respete los intereses del hijo y sino aprecia un daño a dichos intereses, debe dar por terminado el proceso de mediación familiar, conforme al Art. 25.a, procediendo de la misma forma señalada en el supuesto 2. En este caso, también el acuerdo será sometido a homologación y será el Juez quien valore si el contenido del mismo y las medidas adoptadas en él, no afectan a los intereses del niño. Asimismo el Ministerio Fiscal emitirá informe sobre dicho acuerdo de mediación en lo concerniente a los hijos.

CONCLUSIONES

I. Respecto de la patria potestad, es necesaria una reforma que modifique la redacción del apartado final del Art. 156 del CC, a fin de conservar el ejercicio compartido de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores, admitiendo excepcionalmente su atribución a uno de ellos en los casos en que así lo determine la protección del interés del niño: situaciones de violencia intrafamiliar, en aquellos casos en que la relación entre los progenitores esté muy deteriorada con el fin de evitar desacuerdos constantes, y cuando exista falta de capacidad, preparación o disposición del progenitor para desempeñar las funciones inherentes a la patria potestad.

El ejercicio compartido de la patria potestad suscitará que los progenitores asuman su corresponsabilidad parental respecto de sus hijos y a su vez posibilitará el éxito en el ejercicio alternado de la custodia compartida.

II. En las situaciones en que no existe una normalidad familiar, la guarda y custodia de los hijos se desprende del conjunto de deberes y facultades que comprende la patria potestad. Así pues, mientras que la guarda y custodia importa el cuidado directo de los hijos, la patria potestad se refiere al ejercicio de los deberes y derechos que tienen los progenitores respecto de aquellos (educarlos, alimentarles, representarlos legalmente, administrar sus bienes, etc.), facultades que continúan manteniendo aún después de la crisis matrimonial siempre que el ejercicio de la patria potestad sea

compartido.

III. La guarda y custodia compartida puede definirse como un sistema legal acaecido tras el cese de la convivencia o por el divorcio, en el cual los progenitores se alternan y suceden en el cuidado de sus hijos ejerciendo los deberes y derechos que la ley les confiere en igualdad de condiciones como asunción del principio de corresponsabilidad parental que debe existir entre ellos, reflejo de un reconocimiento equilibrado de la capacidad de ambos para afrontar la maternidad y paternidad, lo que les permite la adopción de decisiones relacionadas a la crianza, educación, etc. mientras ejercen el cuidado directo de sus hijos.

IV. Del estudio de la figura de la custodia compartida podemos destacar los beneficiosos efectos que produce en las relaciones de padres e hijos, pues estos se adaptan de mejor manera a la nueva realidad familiar y a las consecuencias acaecidas tras la separación de sus progenitores, coadyuvando con ello a evitar el divorcio parental.

Así, este sistema suscita el acercamiento de las relaciones entre padres e hijos, posibilitando que todos asuman de manera sana la crisis familiar derivada de la separación o divorcio de los padres, permitiendo a los hijos sentirse queridos y protegidos por aquellos. Por tanto, aunque la relación conyugal de los progenitores haya finalizado, no debe extenderse esta situación a los hijos, quienes son al final los más afectados en las situaciones de crisis matrimoniales, pues se vuelven espectadores de los conflictos de sus padres.

Además, con su puesta en práctica, este sistema impide o, al menos, disminuye las interferencias de uno de los padres respecto a la relación y comunicación que al otro progenitor le corresponde con su hijo en el momento de ejercer la guarda.

V. Para que el sistema de custodia compartida tenga éxito se requiere una mínima colaboración, comunicación y acuerdo de los padres en cuanto a las responsabilidades que deberán tener en el cuidado y guarda de sus hijos.

Descartamos aquella idea sobre la exigencia de unas excelentes relaciones entre los progenitores para el ejercicio de este tipo de guarda, pues es difícil que no existan conflictos entre ellos en medio de la crisis que les ha llevado a separarse. Así pues, la premisa de la que debe partirse es que los padres colocan los beneficios de sus hijos sobre sus propios intereses. Con esta lógica, se hace más viable el acuerdo en las cuestiones relativas al ejercicio de los deberes que tienen para con sus hijos.

VI. La custodia compartida, puede llevarse a la práctica por medio de diferentes modalidades, cada una será aplicada al caso concreto, que responderá a las circunstancias y situaciones propias de cada familia y atendiendo al mejor interés del niño.

VII. Los progenitores pueden auxiliarse del instrumento de la mediación familiar que les ayudará a lograr un acuerdo en los aspectos relacionados con la adopción de la custodia compartida, en puntos álgidos como los de la pensión alimenticia, uso de la vivienda familiar, reparto en los tiempos de la custodia, etc.

En ese sentido, es importante reiterar que el rol educativo que reviste la mediación familiar, al reforzar y materializar los principios de coparentalidad y de corresponsabilidad parental, es uno de los elementos de los cuales depende el éxito de la custodia compartida, pues coadyuva en la concienciación de los progenitores sobre sus responsabilidades parentales respecto de sus hijos, quienes finalmente resultaran beneficiados.

VIII. En cuanto a la audiencia del niño, resulta de gran importancia tomar en cuenta su opinión y deseo, por eso tal audiencia debe practicarse en un lugar idóneo y ambiente adecuado para que pueda expresarse con libertad y confianza. Debe hacerse de manera separada y en un lugar en el cual el niño se encuentre lo más relajado y confiado posible.

La Ley 15/2005 reformó el Art. 92.2 del CC y el Art. 777.5 de la LEC, suprimiendo la obligación de oír a los hijos siempre que fueran mayores de 12 años, por la obligación del Juez de velar por su derecho a ser oídos, siempre que deba adoptar cualquier medida en orden a la custodia, al cuidado y educación de los mismos. Es objeto de crítica que no se derogara esta misma obligación en los Arts. 770.4º de la LEC y 159 del CC, que tratan sobre el proceso matrimonial y de la separación, respectivamente. Es preciso una reforma en este sentido a fin de uniformar la regulación relativa a la audiencia de los niños valorando en el caso concreto la capacidad que tienen para emitir opinión sin tener que partir de una edad determinada, y teniendo el Juez la libertad de valorar si en el caso que se le presenta es imprescindible escuchar el niño.

Por otro lado, la opinión expresada por los niños en la exploración judicial es relevante, aunque no vincula directamente al Juez y debe interpretarse de conformidad con el resto de pruebas practicadas, sin negarle trascendencia, sobre todo atendiendo a la edad y al grado de madurez de los hijos.

IX. La Ley 15/2005 de 8 de julio, reconoció legalmente la figura de la custodia compartida. En cuanto a la terminología utilizada por el legislador para referirse a este sistema de guarda, tales como “custodia compartida” y “guarda conjunta” podría parecer que se está refiriendo a distintos tipos de guarda y custodia, sin embargo, creemos que estas expresiones se refieren a un mismo tipo de guarda: la custodia compartida en alternancia, en la que los progenitores se alternan en el cuidado de sus hijos por periodos de tiempo más o menos amplios.

Lo más indicado era que el legislador utilizara sólo el término de custodia compartida en alternancia, por ello estimamos que es preciso que se reforme la ley en este sentido.

X. La redacción actual del Art. 92 del CC, es carente de contenido en cuanto a la figura de la custodia compartida, su regulación es superficial, concretamente en aquellos apartados referidos a la solicitud de dicho sistema por parte de uno de los progenitores, al exigir la emisión de un informe favorable del Ministerio Fiscal como requisito indispensable para que el Juez pueda otorgarla. Esta disposición es un atentado a la facultad decisoria que tiene el Juez en un proceso, razón por la que se han presentado cuestiones de inconstitucionalidad del referido precepto.

Parece que el legislador olvidó que se deben proteger los intereses de los hijos y, evidentemente, no lo está haciendo dejando la decisión sobre adoptar o no dicho sistema al Ministerio Fiscal, cuyo informe puede basarse en opiniones personales y creencias prejuiciosas respecto a la eficacia de la custodia compartida cuando es solicitada en sede contenciosa por uno de los progenitores.

Es necesario, por tanto, reformar el apartado 92.8 del CC, en el sentido de eliminar el término “favorable” del informe del Ministerio Fiscal como condición para que se adopte el sistema de custodia compartida. Lo ideal, entonces, será que la disposición exija el informe del Ministerio Fiscal, sin que su opinión—a favor o en contra—interfiera en la facultad decisoria del Juez, además de exigir que su opinión se encuentre debidamente fundamentada, sobre todo cuando sea en contra de la adopción de la guarda compartida.

Por otro lado el Art. 92.7 del CC, que regula los casos en que la custodia compartida no podrá ser adoptada por el Juez, necesita también ser reformado, pues dada su redacción actual se estaría violando el principio constitucional de inocencia, al excluir al progenitor que se encuentre “incurso” en un proceso penal por atentar en contra la vida, integridad física o moral, libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, de la posibilidad que se le otorgue la custodia compartida o, en su caso, la exclusiva. La reforma de este artículo debe ir en el sentido de exigir que exista una sentencia condenatoria firme en el proceso penal en el cual haya sido imputado cualquiera de los progenitores y, con base en ello, excluirlo del ejercicio de la guarda y custodia de sus hijos.

XI. Como hemos visto, la custodia compartida se ha presentado como un gran avance del legislador, pero ello sólo se ha producido cuando existe mutuo acuerdo. En los procesos contenciosos resulta muy difícil, con la actual normativa, otorgar la custodia compartida. Esto es así, por la desconfianza del legislador reflejada en los requisitos que el Juez debe atender para poder otorgar la custodia: Informe favorable del Ministerio Fiscal, y fundamentar que la custodia compartida sea la única medida que garantice la protección del interés del niño.

Reiteramos la necesidad de una reforma sustancial del Art. 92 del CC, que permita una regulación correcta de la custodia compartida, coherente con la realidad familiar actual y que proporcione pautas que faciliten la función juzgadora. Es recomendable que el legislador especifique unos criterios para que el Juez pueda valorar la conveniencia o no de la custodia compartida, a saber: valoración de las relaciones entre los progenitores y de estos con sus hijos, aspectos económicos, valoración de circunstancias relacionadas con el entorno físico y social en el que se llevará acabo la alternancia en el cuidado de los hijos, etc. Esta relación de criterios no tiene porqué ser exhaustiva, sino que lo importante es que se fijen unos criterios base que permitan al Juez concretar la conveniencia de la adopción de un sistema de custodia compartida.

XII. Existen, también, otros aspectos relacionados con la adopción de la guarda y custodia compartida que han sido obviados por el legislador, tales como los referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar, la pensión alimenticia, el régimen de visitas,

comunicación y estancias, la determinación del domicilio del niño, las medidas para garantizar el cumplimiento de dicho sistema, entre otros, los cuales provocan problemas en la práctica judicial diaria, por lo cual es necesario que se reformen las disposiciones relacionadas con dichos aspectos para adecuarlos al sistema de custodia compartida.

Del estudio del Art. 92 del CC se deduce la necesidad de llevar a cabo una interpretación que conceda una cierta viabilidad al precepto más allá, incluso, de lo que se colige del tenor literal. En ese sentido, repetimos, se requiere de una nueva redacción de dicha norma que posibilite la práctica adecuada del sistema de custodia compartida.

XIII. No obstante las deficiencias del precepto legal, la jurisprudencia y la doctrina ofrecen alternativas de cómo solucionar los problemas emanados de la falta de regulación expresa de los aspectos que se derivan de la adopción de este nuevo sistema de guarda.

Incluso las legislaciones autonómicas –aragonesa, catalana y valenciana– que desarrollan esta materia, han incluido en su regulación lo referente al uso de la vivienda familiar y pensión alimenticia cuando se adopte el sistema de custodia compartida.

XIV. Un punto importante a destacar en cuanto a las legislaciones aragonesa, catalana y valenciana, es la preferencia que tiene la adopción de la custodia compartida frente a la custodia exclusiva o unilateral, incluso en defecto de acuerdo.

Al respecto, consideramos que no es beneficioso llegar a extremos en el sentido de que la custodia compartida sea la excepción (tal como lo regula el Código Civil) o el sistema preferente (como el caso de las legislaciones antes citadas). Nos inclinamos más por la solución de que según las circunstancias del caso concreto se adopte un sistema de guarda u otro, todo con el fin de proteger el interés de los hijos. Es en este punto concreto que nos parece acertada la regulación que hace de la guarda y custodia de los hijos la legislación Navarra, pues, en un plano de equidad, permite que sea el Juez el encargado de decidir cuál es el sistema de custodia más idóneo dependiendo del caso, dando prioridad al interés de los hijos y conciliando los intereses de los progenitores.

Así, la reforma del Art. 92 del CC debe ir encaminada a reconocer y posibilitar la adopción de la custodia compartida, pero sin que sea establecida como la regla general, pues esta medida no puede ser aplicada a todos los casos que se presenten ante el Juez, los cuales tienen sus circunstancias concretas y realidades familiares distintas que pueden desaconsejar la adopción de dicho sistema de guarda.

XV. Finalmente, considerando la jurisprudencia que reiteradamente exponen los tribunales, los criterios por los que debe estimarse procedente la adopción de la custodia compartida, deben girar en torno al principio del interés superior del niño que se manifiesta en la favorable repercusión de este sistema de custodia en el desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del niño.

Como toda medida, la custodia compartida reporta tanto ventajas como inconvenientes, pero no por ello debe descartarse automáticamente su aplicación, muchos de los argumentos para desechar la opción de este tipo de custodia se basan en prejuicios personales, en creencias tradicionales que muestran a la madre como la única capacitada para brindar un adecuado cuidado de sus hijos, y con ello, se limita la figura paternal a unas simples visitas, privando a los hijos de disfrutar de ambos progenitores, con quienes mantenían un contacto continuado antes de la crisis matrimonial.

El Juez, por tanto, al momento de tomar su decisión, debe despojarse de criterios personales que supongan prejuicios infundados respecto de este sistema de custodia, y entrar a valorar el conjunto de circunstancias relacionadas con el caso que se le presente. Así, este sistema sólo debe ser denegado cuando de la valoración del conjunto de las circunstancias se desprenda el efectivo perjuicio que representa para el hijo adoptar dicha medida.

Es claro, como hemos venido sosteniendo, que la custodia compartida no será aplicable a todos los casos en los que se solicite, tampoco será aplicable en iguales términos para aquellos casos en los que se adopte, pues las medidas y formas de llevar a cabo dicha guarda dependerán de las circunstancias que se presenten en cada caso concreto, pues lo que es adecuado para unos, no lo será para otros.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES:

- **ALASCIO CARRASCO**, Laura: “La Excepcionalidad de la Custodia Compartida Impuesta (Art. 92.8 CC). A Propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010”, InDret, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), número 2, abril de 2011, Barcelona
- **ALASCIO CARRASCO**, Laura/MARÍN GARCÍA, Ignacio: “Juntos Pero No Revueltos: La Custodia Compartida en el Nuevo Art. 92 CC. La Reforma del Art. 92 CC por la Ley 15/2005, de 8 de Julio”, InDret, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), número 3, julio 2007, Barcelona
- **ALZATE MONROY**, Patricia: “¿La Guarda y Custodia Compartida versus el Síndrome de Alienación Parental?” <http://www.am-abogados.com/blog/page/14/>
- **ARCH MARÍN**, Mila: “El Síndrome de Alienación Parental desde la Perspectiva de la Psicología Forense”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, primera edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2009
- **BAUSERMAN**, Robert: “Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review”, Journal of Family Psychology, Vol. 16, Nº 1, Department of Health and Mental Hygiene, 2002
- **BLANDINO GARRIDO**, María Amalia: “Tratamiento de las Concretas Medidas Definitivas Derivadas de las Sentencias Matrimoniales”, en ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo, BLANDINO GARRIDO, María Amalia y SÁNCHEZ MARTÍN, Pablo: “Las Crisis Matrimoniales: Nulidad, Separación y Divorcio”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010
- **CAMPO IZQUIERDO**, Ángel Luis:
 - “Guarda y Custodia Compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio

Fiscal?”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Tribuna, Editorial La Ley

- “Mediación Familiar. Estudio Comparativo de la Normativa Nacional y Autonómica”, en Revista Actualidad Civil, N.º 15, Quincena del 1 al 15 Sep. 2010, Tomo 2, Editorial La Ley
- **CAMPUZANO TOMÉ**, Herminia: “La Custodia Compartida. Doctrina Jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, Aranzadi Civil, N.º 22/2004, BIB 2005/563, Pamplona, 2005
- **CAMUS**, Maximiliano: “Mediación Familiar: Ámbito y Especialidad” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, Milagros: “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007
- **CANTÓN DUARTE**, José: “Adaptación de los Hijos de Divorciados”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, primera edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2009
- **CARRASCO PERERA**, Ángel: “La Custodia Compartida”, Aranzadi Civil, n.º 22/2004, BIB 2004/1797, Pamplona, 2005
- **CASTÁN**, José: “La Guarda Compartida” en El Notario del Siglo XXI, Revista Online del Colegio Notarial de Madrid, número 11, Sección Opinión, enero-febrero de 2007. www.elnotario.com
- **CASTILLA BAREA**, Margarita: “Notas sobre la Guarda y Custodia de los Hijos a Propósito de la Aragonesa Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres”, en Aranzadi Civil-Mercantil, número 7/2010, Sección Estudio, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2010 (BIB 2010/1563)
- **CASTILLEJO MANZANARES**, Raquel: “Mediación en el Ámbito Familiar: Marco Normativo” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, Milagros: “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007
- **CASTILLO MARTÍNEZ**, Carolina del Carmen: “La Determinación en la Guarda y Custodia de los Menores en los Supuestos de Crisis Matrimonial o Convivencial de sus Progenitores. Especial Consideración de la Guarda y Custodia Compartida Tras la Ley

15/2005, de 8 de julio” en Actualidad Civil, Nº 15, Quincena del 1 al 15 Sep. 2007, Pág. 1738, Tomo 2, Editorial La Ley (LA LEY 2911/2007), Madrid, España, 2007

- **COLUMNA**, Luis Miguel: “Interferencias Parentales: El Síndrome de Alienación Parental”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, primera edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2009
- **CORVO LÓPEZ**, Felisa-María: “El Alcance del Deber de Confidencialidad en el Proceso de Mediación Familiar”, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, número 1, Pp. 43-78, Editorial Aranzadi, Navarra 2011
- **CRESPO ALLUÉ**, Fernando: “La Responsabilidad de los Padres por los Hechos de los Hijos Menores”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Aspectos Civiles y Penales de las Crisis Matrimoniales”, Primera Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009
- **DELGADO DEL RÍO**, Gregorio: “La Guarda Compartida: Opción Preferente”, Editorial Aranzadi, Civitas, Thomson Reuters, primera edición, Navarra, 2010
- **DE LA IGLESIA MONJE**, María Isabel: “Custodia Compartida de Ambos Progenitores”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nº 702, Madrid, España, 2007.
- **DE LA OLIVA VÁZQUEZ**, Antonio: “Derechos y Obligaciones del Progenitor no Custodio para con los Hijos: Problemas y Alternativas”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, primera edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2009
- **DEL VAS GONZÁLEZ**, Juana María: “Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Colección Monografías, Dirigida por María Isabel de La Iglesia Monge, Madrid, 2009
- **DE PÁRAMO ARGÜELLES**, Matilde: “La Guarda y Custodia Compartida: ¿Una Medida Excepcional en Nuestro Derecho Positivo?”, Revista de Derecho vLex, número 75, Diciembre de 2009

- **DÍEZ-PICAZO**, Luis: “El Principio de Protección Integral de los Hijos (tout pour l’enfant)”, en VV.AA., “La Tutela de los Derechos del Menor”, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por GONZÁLEZ PORRAS, J. M., Junta de Andalucía, Córdoba, 1984
- **DRILL**, Rebecca: “Young Adult Children of Divorced Parents: Depression and the Perception of Loss”, *Journal of Divorce*, V. 10, Nº 1-2, 1987
- **ESPARZA OLCINA**, Carlos: “La Guarda Compartida”, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: “Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005”, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006
- **FORCADA MIRANDA**, Francisco Javier: “Las Últimas Reformas Legales en España sobre el Derecho a Contraer Matrimonio y en Materia de Separación y Divorcio. Puntos de Reflexión”, *Revista Jurídica Aequalitas*, número 17, julio-diciembre 2005, Zaragoza, España
- **GARCÍA GARNICA**, María del Carmen: “Protección de los Menores en los Procesos de Separación y Divorcio”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen y otros: “Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinar”, Editorial Aranzadi, Primera Edición, Navarra, España, 2008
- **GARCÍA PASTOR**, Milagros: “La Situación Jurídica de los Hijos Cuyos Padres no Conviven: Aspectos Personales”, primera edición, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997
- **GARCÍA PRESAS**, Inmaculada: “La Mediación Familiar Desde el Ámbito Jurídico”, Editorial Juruá, Lisboa, 2010
- **GARCÍA RUBIO**, María Paz/OTERO CRESPO, Marta: “Apuntes sobre la Referencia Expresa al Ejercicio Compartido de la Guarda y Custodia de los Hijos en la Ley 15/2005”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 8 (febrero de 2006)
- **GARCÍA VILLALUENGA**, Leticia: “La Mediación Familiar en España”, Universidad Complutense de Madrid, (<http://www.ucm.es/centros/cont/descargas/documento12870.pdf>);

- **GARRIGA GORINA**, Margarita: “El Criterio de la Continuidad frente a la Guarda Conjunta”, InDret, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), número 3, julio 2008, Barcelona
- **GAUDET**, John, **MORENO VELASCO**, Víctor: “La Problemática del Uso de la Vivienda Familiar en Supuestos en Custodia Compartida: Reflexión Comparativa España y EE.UU.”, en Diario La Ley, de 21 de mayo de 2009, número 7179, Año XXX, referencia D-183, Sección Tribuna, Editorial La Ley (LA LEY 11689/2009)
- **GIL MIQUEO**, Javier: “El Convenio Regulador” en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (Coordinador) Et. Al: “Derecho de Familia”, Editorial Bosch, S.A., Primera Edición, Barcelona, 2011
- **GITRAMA GONZÁLEZ**, M.: “Notas sobre la Protección Civil del Menor en las Crisis Conyugales”, en VV.AA., La tutela de los derechos del menor, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por GONZÁLEZ PORRAS, J. M., Junta de Andalucía, Córdoba, 1984
- **GODOY MORENO**, Amparo: “La Guarda y Custodia Compartida. Guarda Conjunta y Guarda Alternada”, en Abogados de Familia, número 16, Sección Doctrina, Primer Trimestre de 2000, Editorial La Ley
- **GOIRIENA LEKUE**, Agurtzane: “La Suficiencia de Juicio del Menor y el Criterio de Oportunidad en los Procesos de Separación y Divorcio”, en Diario La Ley, de 19 de noviembre de 2007, número 6823, Año XXVIII, referencia D-248, Sección Doctrina, Editorial La Ley, (LA LEY 6271/2007)
- **GONZÁLEZ CANO**, María Isabel: “Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, Milagros: “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007
- **GONZÁLEZ DEL POZO**, Juan Pablo:
 - “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”, Diario La Ley de 29 de diciembre de 2010, número 7537, año XXXI, Editorial La Ley

- “Comentarios Sobre el Ámbito de Aplicación y el Contenido del Pacto de Relaciones Familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón”, Diario La Ley de 16 de diciembre de 2010, número 7529, año XXXI, Editorial La Ley.
- “El Derecho de Uso de la Vivienda Familiar en los Supuestos de Guarda y Custodia Compartida”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Tribuna, Editorial La Ley
- **GONZÁLEZ MORENO**, Beatriz: “El Principio de Igualdad en el Ámbito del Derecho de Familia: La Custodia Compartida”, en GONZÁLEZ MORENO, Beatriz y otros: “Políticas de Igualdad y Derechos Fundamentales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009
- **GONZÁLEZ ORVIZ**, María Eloina: “Modelos de Guarda y Custodia. Síndrome de Alienación Parental”, Primera Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2010
- **GUILARTE MARTÍN-CALERO**, Cristina:
 - “Comentarios del Nuevo Artículo 92 del Código Civil” en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente y otros: “Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio: Ley 15/2005, de 8 de Julio”, editorial Lex Nova, primera edición, Valladolid, España, 2005
 - “Criterios de Atribución de la Custodia Compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, InDret, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), número 3, julio 2010, Barcelona
 - “El Ejercicio de la Patria Potestad en Situaciones de Ruptura Convivencial”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: “Aspectos Civiles y Penales de las Crisis Matrimoniales”, Primera Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009
 - “La Custodia Compartida Alternativa. Un Estudio Doctrinal y Jurisprudencial”, InDret, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), número 2, abril 2008, Barcelona

- **HERNANDO RAMOS**, Susana: “El Informe del Ministerio Fiscal en la Guarda y Custodia Compartida”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Tribuna, Editorial La Ley
- **HERRERA CAMPOS**, Ramón:
 - “Algunas Consideraciones Entorno a la Custodia Compartida”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009
 - “La Filiación” en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (Coordinador) y otros: “Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones”, Quinta Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009
- **HERRERA DE LAS HERAS**, Ramón: “Sobre la Necesidad de una Nueva Regulación de la Guarda y Custodia Compartida”, en Revista Actualidad Civil, número 10, Quincena del 16 al 31 Mayo de 2011, Tomo 1, Editorial La Ley (LA LEY 6638/2011)
- **HERRERA FUENTES**, Pedro Joaquín: “Análisis de las Reformas más Importantes Introducidas por la Ley 15/2005 de 8 de julio”, Revista Jurídica de Canarias I, abril 2006
- **HINOJAL LÓPEZ**, Silvia, MONTERO CASILLAS, Mónica: “Fondo de Garantía del Pago de Alimentos” en Diario La Ley, de 21 de febrero de 2008, número 6888, año XXIX, referencia D-52, Sección Tribuna, Editorial La Ley (LA LEY 1075/2008)
- **IVARS RUÍZ**, Joaquín:
 - “Del Por Qué el Art. 92.8 del Código Civil y la Excepcionalidad de la Custodia Compartida Contenciosa son Contrarios al Favor Filii”, Revista Actualidad Jurídica Aranzadi, número 796, 15 de abril de 2010, Sección Opinión, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010
 - “Guarda y Custodia Compartida: Aspectos Procesales y Sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia”, Segunda Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2008
- **JIMÉNEZ LINARES**, María Jesús:

- “El Interés del Menor como Criterio de Atribución de la Guarda y Custodia en las Situaciones de Crisis Matrimonial”, en HERRERA CAMPOS, Ramón (Coordinador): “Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada”, Volumen II, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Universidad de Granada, Universidad de Jaén, Almería, 2000
- “La Modificación de la Pensión de Alimentos a Hijos Menores por Alteración de las Circunstancias”, Aranzadi Civil-Mercantil, Volumen III, Sección Estudio, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999 (BIB 1999/1272)
- **KELLY**, Joan: “Children’s Adjustment in Conflicted Marriage and Divorce. A Decade Review of Research”, Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry, Vol. 39, nº 8, 2000.
- **LASARTE**, Carlos: “Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil IV”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Quinta Edición, Madrid, 2006
- **LATHROP GÓMEZ**, Fabiola:
 - “Custodia Compartida de los Hijos”, Editorial La Ley, Madrid, España, 2008
 - “Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial La Ley
- **LÁZARO PALAU**, Carmen María: “La Pensión Alimenticia de Los Hijos. Supuestos de Separación y Divorcio”, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008
- **LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI**, Miguel: “El Procedimiento Contencioso de Separación y Divorcio: Guía Práctica y Jurisprudencia”, Editorial Colex, Séptima Edición, Madrid, España, 2003
- **LÓPEZ ORDIALES**, Julio Jesús: “Custodia Compartida. Cuestiones Procesales” en “La Jurisdicción de Familia: Especialización. Ejecución de Resoluciones y Custodia Compartida”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2008

- **LÓPEZ SAN LUIS**, Rocío: “La Mediación Familiar como Instrumento para la Adopción de la Guarda y Custodia Compartida”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009
- **LUJÁN, ROMERO y SÁNCHEZ**: “Las Figuras Parentales y la Patología del Vínculo en las Relaciones Padre-Hijos. Funciones de la Mediación Familiar”, comunicación presentada en el Congreso Mundial sobre Derechos de la Niñez y la Adolescencia, celebrado los días 14 a 19 de noviembre de 2007
- **MACÍAS CASTILLO**, Agustín: “Guarda y Custodia Compartida: <<Deslocalización>> de los Hijos Como Efecto Legal Inherente al Divorcio. Análisis de la STS de 11 de marzo de 2010”, en Fundamentos de Casación, Revista Actualidad Civil, número 12, quincena del 16-30 de junio de 2010, Tomo I, pp. 1462-1466, La Ley (4435/2010), Madrid.
- **MAGRO SERVET**, Vicente: “La Mediación Familiar”, en Práctica de Tribunales, número 23, Sección Práctica Procesal, Editorial La Ley. (LA LEY 5216/2005)
- **MAÑÉ TARRAGÓ**, Pilar: “La Guarda y Custodia Compartida: Un Logro Importante”, en www.togas.biz/togas/togas56/ de fecha 22 de diciembre de 2005.
- **MARÍN GARCÍA DE LEONARDO**, Teresa: “Problemas que Genera la Actual Regulación de la Guarda y Custodia Compartida en el Proceso Contencioso”, en Diario La Ley, Año XXX, número 7105, de 2 de febrero de 2009, Págs. 4-11 (LA LEY 40228/2008), Madrid, España, 2009. www.diariolaley.es
- **MARTÍN-CASALS**, Miquel: “Líneas Generales de la Mediación Familiar en España” en GARCÍA GARNICA, María del Carmen y otros: “Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinar”, Editorial Aranzadi, Primera Edición, Navarra, España, 2008
- **MARTÍN MELÉNDEZ**, María Teresa: “Criterios de Atribución del Uso de la Vivienda Familiar en las Crisis Matrimoniales (Art. 96, p. 1, 2 y 3 CC): Teoría y Práctica Jurisprudencial”, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005

- **MARTÍNEZ ESCRIBANO**, Celia: “Comentarios a la Disposición Adicional Única de la Ley 15/2005” en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente y otros: “Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio: Ley 15/2005, de 8 de Julio”, editorial Lex Nova, primera edición, Valladolid, España, 2005
- **MEDINA LAPIEZA**, Carmen: “La Polémica Custodia Compartida”, en La Garnacha, Nº 30 del mes de Julio, pp. 38-41, (Colegio Provincial de Abogados de Cádiz) Cádiz, España. 2005
- **MIRANDA ESTRAMPES**, Manuel: “La Protección de Menores: Una Perspectiva Constitucional” en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010
- **MONSERRAT QUINTANA**, Antonio: “La Custodia Compartida en la Nueva Ley 15/2005, de 8 de Julio”, en Práctica de Tribunales, número 23, Sección Estudios, Enero 2006, Editorial La Ley, [LA LEY 5218/2005].
- **MONTERO AROCA**, Juan:
 - “El Convenio Regulador en la Separación y en el Divorcio”, Editorial Tirant lo Blanch, Edición no definida, Valencia, España, 2002
 - “Guarda y Custodia de los Hijos”, Editorial Tirant lo Blanch, Edición no definida, Valencia, España, 2001
- **MONTERO AROCA**, Juan; **FLORS MATÍES**, José; **ARENAS GARCÍA**, Rafael: “Separación y Divorcio Tras la Ley 15/2005”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006
- **MORÁN GONZÁLEZ**, María Isabel: “El Ministerio Fiscal y los Sistemas de Guarda y Custodia: Especial Referencia a la Custodia Compartida y los Criterios de Atribución en Beneficio del Menor” en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010
- **MORENO VELASCO**, Víctor: “Hacia una Adecuada Comprensión del Ejercicio de la Patria Potestad” en Diario La Ley, de 22 de

octubre de 2009, número 7267, Año XXX, referencia D-328, Sección Tribuna, Editorial La Ley (LA LEY 19194/2009)

- **NAVARRO FAJARDO**, J.: “El Derecho a la Custodia de los hijos de los padres separados”, BIMJ, año XXXIII, núm. 1,189, 2, 1979
- **OGAZÓN RIVERA**, Cristina: “La Guarda y Custodia Compartida Tendría que ser por Imperativo Legal” y “Reflexiones Sobre la Guarda y Custodia Compartida”, en <http://www.serveisisede.com/articulos.html>.
- **OROZCO PARDO**, Guillermo: “Notas Acerca de la Mediación en el Derecho Español. Comentario a la Ponencia del Prof. Scott H. Hughes sobre la Protección Institucionalizada de los Mediadores en los Estados Unidos”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, número 5, 2002
- **ORTEGA GUERRERO**, Irene: “El Principio del Interés Superior del Niño en las Situaciones de Crisis Familiar: Una Perspectiva Comparada en el Ámbito de la Unión Europea”, en Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Volumen 2, número 3, 2002
- **ORTUÑO MUÑOZ**, Pascual:
 - “El Nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial”, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006
 - “La Mediación Familiar” en VARELA PORTELA, María José: “Separación y Divorcio”, cuadernos de Derecho Judicial XXIV-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
 - “Mediación Familiar” en GONZÁLEZ POVEDA, Pedro: “Tratado de Derecho de Familia: Aspectos Sustantivos y Procesales”, Editorial Sepin, Madrid, España, 2005
- **PAÑOS PÉREZ**, Alba: “Acerca de la Posible Discriminación a la Hora de Otorgar la Guarda y Custodia de los Hijos”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009
- **PÉREZ GALVÁN**, María: “Problemas Prácticos en el Régimen de Guarda y Custodia Compartida”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Tribuna, Editorial La Ley

- **PÉREZ GIMÉNEZ**, María Teresa: “La Mediación en el Marco del Protocolo Familiar”, en Actualidad Civil, número 9, quincena del 1 al 15 de mayo de 2010, Tomo 1, Editorial La Ley (LA LEY 2439/2010)
- **PÉREZ MARTIN**, Antonio Javier: “Tratado de Derecho de Familia: Procedimiento Contencioso Separación, Divorcio y Nulidad. Uniones de Hecho. Otros Procedimientos Contenciosos. Aspectos Sustantivos. Vol. I y II”, Editorial Lex Nova, Primera Edición, Valladolid, España, 2007
- **PÉREZ MAYOR**, Adrián: “La Entelequia de la Custodia Compartida o Alterna en los Procedimientos Contenciosos”, Revista Jurídica de Cataluña [Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona] número 3, julio-septiembre de 2007, pp. 807-818, La Ley [1397/2007], Barcelona
- **PÉREZ SALAZAR-RESANO**, Margarita:
 - “La Guarda y Custodia Compartida y su Incidencia en la Pensión Alimenticia”, en Diario La Ley, de 29 de junio de 2009, número 7206, Año XXX, referencia D-234, Sección Tribuna, Editorial La Ley, (LA LEY 12967/2009)
 - “La Guarda y Custodia Compartida y el Régimen de Visitas: Los Puntos de Encuentro Familiar”, en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010
 - “Patria Potestad” en GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y otros: “Tratado de Derecho de Familia: Aspectos Sustantivos y Procesales”, Editorial Jurídica Sepin, Madrid, 2005
- **PÉREZ VALLEJO**, Ana María, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: “El Convenio Regulador y Los Procesos Matrimoniales en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Editorial Comares, Granada, España, 2001
- **PÉREZ VALLEJO**, Ana María: “Régimen de <<Visitas>> del Progenitor No Custodio. Su Incidencia en la Relación Abuelos-Nietos”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, primera edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2009

- **PINTO ANDRADE**, Cristóbal:
 - “La Custodia Compartida”, primera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2009
 - “Pactos Matrimoniales en Previsión de Ruptura”, primera edición, editorial Bosh, Barcelona, 2010
- **POUSSIN** Gérard/Lamy, Anne: “Custodia Compartida. Cómo Aprovechar sus Ventajas y Evitar Tropiezos”, Espasa Calpe, Madrid, 2005,
- **POYATOS GARCÍA**, Ana, BOLAÑOS CARTUJO, José Ignacio y otros: “Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos”, Editorial Nau Llibres, Valencia, España, 2003
- **RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE**, Fuensanta: “Ejercicio de la Patria Potestad cuando los Padres No Conviven”, Editorial Aranzadi, primera edición, Navarra, España, 2011
- **RAGEL SÁNCHEZ**, Luis Felipe: “La Guarda y Custodia de los Hijos”, Revista de Derecho Privado y Constitución, núm. 15, enero-diciembre 2001
- **RAMÍREZ GONZÁLEZ**, Marta; ARBULO RUFRANCOS, Begoña: “¿Cómo Actuaríamos si Los Menores Fuesen Nuestros Clientes?”, en VV.AA.: “Los Hijos Menores de Edad en Situación de Crisis Matrimonial”, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2002
- **RAVETLLAT BALLESTÉ**, Isaac: “La Mediación Familiar” en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (Coordinador) Et. Al: “Derecho de Familia”, Editorial Bosch, S.A., Primera Edición, Barcelona, 2011
- **RIVERA ÁLVAREZ**, Joaquín María.: “La Custodia Compartida: Génesis del Nuevo Artículo 92 del Código Civil”, Cuadernos de Trabajo Social, Volumen XVIII, Editorial Universidad Complutense de Madrid, 2005
- **RIVERO HERNÁNDEZ**, Francisco.:
 - “Comentario a los Artículos 92 a 94”, en RAMS ALBESA, J. y MORENO FLORES, R. M.: “Comentarios al Código Civil II-1º Libro Primero (Títulos I a IV)”, Editorial Bosh, Barcelona, 2000

- “Efectos de la Crisis Matrimonial Respecto de los Hijos. Estudio Judicial (Juzgados de Catalunya)”, Revista Jurídica de Catalunya, nº 3, 2003
- “Matrimonio y Divorcio: Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil”, Coordinado por LACRUZ BERDEJO, Madrid, 1994
- **RODRÍGUEZ**, Tayli A.: “Custodia Compartida: Una Alternativa que Apuesta por la No Disolución de la Familia”, en Revista Futuros, número 9, Volumen III, Sección Prevención y Resolución de Conflictos, 2005. <http://www.revistafuturos.info>
- **ROMERO COLOMA**, Aurelia María:
 - “La Guarda y Custodia Compartida: Análisis y Problemática Jurídica”, en Diario La Ley, 8 de noviembre de 2010, Año XXXI, número 7504, Sección Doctrina, Editorial La Ley
 - “La Guarda y Custodia Compartida como Medida Familiar Favorable a los Hijos”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, número 814/2011, Sección Opinión, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011 (BIB 2011/272)
- **ROMERO NAVARRO**, Fermín: “La Custodia Compartida. Una Perspectiva Sociológica. Función del Mediador”, en ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Mediación: Una Visión Plural. Diversos Campos de Aplicación”, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005, p. 91
- **ROSALES**, José Carlos: “Desigualdad y Exilio en la Custodia de los Hijos”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, primera edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2009
- **RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN**, Julia:
 - “El Sistema Tutelar” en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (Coordinador) y otros: “Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones”, Quinta Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

- “Sentencia de 11 de junio de 1996. Relaciones Personales de Abuelos y Nietos Sujetos a la Custodia de la Madre. Derecho del Menor a Ser Oído”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 43, enero-marzo 1997
- **SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS**, María Belén: “Propuesta de Nueva Reforma del Artículo 92 del Código Civil con el Reconocimiento de la Custodia Compartida como Régimen Preferente y Consecuencia Necesaria del Principio de Corresponsabilidad”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009
- **SAN SEGUNDO MANUEL**, Teresa:
 - “Maltrato y Separación: Repercusiones en los Hijos”, en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010
 - “Maltrato y Separación: Repercusiones en los Hijos” en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (Coordinador) Et. Al: “Derecho de Familia”, Editorial Bosch, S.A., Primera Edición, Barcelona, 2011
- **SARAVIA GONZÁLEZ**, Ana María: “Guarda y Custodia Compartida. Principales Novedades de la Ley 15/05 (Cuestiones Sustantivas)” en “La Jurisdicción de Familia: Especialización. Ejecución de Resoluciones y Custodia Compartida”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2007
- **SEISDEDOS MUIÑO**, Ana: “Las Medidas Relativas a los Hijos en los Procesos de Divorcio y de Separación Matrimonial: Primera Aproximación al Nuevo Texto del Código Civil (Ley 15/2005), Aranzadi Civil-Mercantil, número 22/2005, Sección Estudio, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006 (BIB 2005/2649)
- **SIMÓN GIL**, Marta: “Aportaciones del Trabajo Social a la Pericial de Familia”, en TAPIA PARREÑO, José Jaime: “Custodia Compartida y Protección de Menores”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010

- **TALAVERA SÁNCHEZ**, Irma: “La Nueva Regulación de la Guarda y Custodia Compartida”, en La Gaceta Jurídica de Hispacolem, número 6, Sección de Actualidad, marzo de 2007, Granada
- **TAMAYO HAYA**, Silvia:
 - “Igualdad Parental y Principio de Corresponsabilidad tras la Separación o El Divorcio”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009
 - “La Custodia Compartida como Alternativa Legal”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nº 700 (Marzo-Abril de 2007), Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, España, 2007.
- **TAMBORERO Y DEL PINO**, Ramón: “La Guarda y Custodia Compartida, En Duda”, en www.togas.biz/togas/togas56/ de fecha 22 de diciembre de 2005
- **TAMBORERO Y DEL RÍO**, Ramón: “La Guarda y Custodia Compartida”, en VV.AA.: “Diez Años de Abogados de Familia (1993-2002)”, Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley, 2003
- **TAPIA PARREÑO**, José Jaime: “La Custodia Compartida en la Doctrina de las Audiencias Provinciales” en “Custodia Compartida y Protección de Menores”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010
- **TENA PIAZUELO**, Isaac:
 - “Custodia Compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿Niños de Primera?”, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, número 1, Pp. 79-98, Editorial Aranzadi, Navarra, España 2011
 - “La Guarda Compartida y las Nuevas Relaciones de Familia”, en Revista Jurídica Aequalitas, número 18, enero-julio 2006, Zaragoza, España.
- **TORRES PEREA**, José Manuel de: “Interés del Menor y Derecho de Familia: Una perspectiva Multidisciplinar”, Editorial Iustel, primera edición, Madrid, España, 2009

- **VÁSQUEZ IRUZUBIETA**, Carlos: “Matrimonio y Divorcio”, Editorial Dijusa, Primera Edición, Madrid, España, 2005
- **VELA SÁNCHEZ**, Antonio J.: “La Custodia Compartida: ¿Posibilidad o Quimera?”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen y otros: “Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinar”, Editorial Aranzadi, Primera Edición, Navarra, España, 2008
- **ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA**, Luis:
 - “Comentarios a los Preceptos Reformados por Las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio”, en “El Nuevo Derecho Matrimonial”, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2007
 - “Disponibilidad del Objeto en los Procesos Familiares. Especial Consideración de la Custodia de los Hijos” en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis; ABRIL CAMPOY, Juan Manuel; BOIX REIG, Javier y otros: “Temas de Actualidad en Derecho de Familia”, Dykinson, Madrid, 2006
 - “El Menor en las Crisis Familiares” en VV.AA.: “Jornadas Sobre Derecho de los Menores”, Coord. Lázaro González, Isabel/Mayoral Narros, Ignacio, Madrid, 2003
 - “Reflexiones en Relación con la Guarda y Custodia de los Hijos Menores en las Crisis de Convivencia de sus Padres”, en VV.AA.: “La Conflictividad en los Procesos Familiares. Vías Jurídicas para su Reducción”, Dykinson, 2004
 - “La Reforma del Código Civil en Materia de Separación y Divorcio”, en Revista Sepin [persona y familia], número 45, junio de 2005

RECURSOS ELECTRÓNICOS

- Aranzadi Online. Servicio jurídico en línea de la Editorial Aranzadi. Acceso a legislación, jurisprudencia, doctrina y bibliografía: www.westlaw.es
- Boletín Oficial del Estado: www.boe.es
- Centro de Documentación Judicial. Jurisprudencia: www.poderjudicial.es
- Dialnet. Base de datos de doctrina, buscador de documentos. www.dialnet.unirioja.es
- Diario La Ley: www.diariolaley.es
- El Notario del Siglo XXI, Revista Online del Colegio Notarial de Madrid: www.elnotario.com
- InDret, Revista para el análisis del Derecho: www.indret.com
- La Ley Digital. Base de datos de doctrina, jurisprudencia y legislación de la Editorial La Ley. www.laleydigital.es
- Tribunal Constitucional de España. Jurisprudencia. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>
- vLex. Base de datos de doctrina, jurisprudencia y legislación. www.vlex.com

TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional

Resolución y fecha	Nº de Resolución	Ponente
STC, Sala 2ª, de 14/03/2005	57/2005	Dª. Elisa Pérez Vera
STC, Sala 2ª, de 15/01/2001	4/2001	D. Tomás Vives Antón

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Resolución y fecha	Nº de Resolución	Caso
STEDH de 23/06/1993	(Aplicación) 12875/87	Hoffmann vrs. Austria

Tribunal Supremo

Resolución y fecha	Nº de Resolución	Ponente
ATS, Sala 1ª de lo Civil, de 31/10/1996	9/1996 (Recurso)	D. Alfonso Villagómez Rodil
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 27/09/2011	641/2011	Dª. Encarnación Roca Trías
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 22/07/2011	579/2011	Dª Encarnación Roca Trías
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 7/07/2011	496/2011	Dª Encarnación Roca Trías
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 7/04/2011	252/2011	Dª. Encarnación Roca Trías
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 1/10/2010	681/2007 (Recurso)	Dª. Encarnación Roca Trías
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 11/03/2010	94/2010	Dª Encarnación Roca Trías
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 10/03/2010	319/2008	Dª Encarnación Roca Trías
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 8/10/2009	623/2009	Dª Encarnación Roca Trías
STS, Sala 1ª de los Civil, de 10/02/2006	100/2006	D. Pedro González Poveda
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 14/02/2005	97/2005	D. José Almagro Nosete
STS, Sala 1ª de lo Civil, de	887/2003	D. Ignacio Sierra Gil de la

2/10/2003		Cuesta
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 23/02/2000	151/2000	D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 22/05/1999	471/1999	D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 22/04/1997	325/1997	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 31/12/1996	1165/1996	D. José Almagro Nosete
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 17/09/1996	713/1996	D. Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 14/07/1994	709/1994	D. Luis Martínez Calcerrada Gómez
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 25/06/1994	628/1994	D. Teófilo Ortega Torres
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 29/04/1994	381/1994	D. Eduardo Fernández Cid de Temes
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 26/01/1993	14/1993	D. Antonio Gallón Ballesteros
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 11/12/1992	1148/1992	D. José Almagro Nosete
STS, Sala 1ª de lo Civil, de 9/10/1981	356/1981	D. Jaime de Castro García
STS, Sala de lo Civil, de 27/02/1980	74/1980	D. Manuel González Alegre Bernardo

Tribunal Superior de Justicia

Resolución y fecha	Nº de Resolución	Ponente
STSJ de Cataluña, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 20/12/2010	44/2010	D. José Francisco Valls Gombau
STSJ de Cataluña, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 8/03/2010	10/2010	D. José Francisco Valls Gombau
STSJ de Cataluña, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 3/03/2010	9/2010	D. Carlos Ramos Rubio
STSJ de Cataluña, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 5/09/2008	31/2008	D. Enrique Anglada Fors
STSJ de Cataluña, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 31/07/2008	29/2008	D. Carlos Ramos Rubio
STSJ de Navarra, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 30/09/2003	42/2003	D. José Antonio Álvarez Caperochipi

Audiencias Provinciales

Resolución y fecha	Nº de Resolución	Ponente
SAP de Albacete, Sección 1ª, de 6/03/2007	25/2007	D. José García Bleda
SAP de Albacete, Sección 1ª, de 1/12/2003	238/2003	D. Francisco Espinosa Serrano
SAP de Alicante, Sección 9ª, de 24/04/2009	237/2009	D. José Manuel Valero Díez
SAP de Alicante, Sección 4ª, de 27/01/2005	39/2005	D. Manuel B. Flórez Menéndez
SAP de Ávila, Sección 1ª, de 18/05/2007	108/2007	D. Jesús García García
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 11/06/2009	409/2009	D. Agustín Vigo Morancho
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 12/05/2009	304/2009	D. Pascual Martín Vila
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 26/05/2008	358/2008	Dª. Margarita Blasa Noblejas Negrillo
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 21/02/2008	133/2008	Dª. María Dolores Viñas Maestre
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 23/10/2007	638/2007	D. Juan Miguel Jiménez de Parga
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 5/10/2007	618/2007	D. Paulino Rico Rajo
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 1/10/2007	471/2007	D. Enrique Anglada Fors
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 26/07/2007	400/2007	D. Enrique Anglada Fors
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 25/07/2007	539/2007	Dª. María José Pérez Tormo
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 19/07/2007	391/2007	Dª. Ana María García Esquius
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 4/07/2007	338/2007	Dª. María Dolores Viñas Maestre
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 4/07/2007	481/2007	Dª. María José Pérez Tormo.
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 24/05/2007	379/2007	D. Paulino Rico Rajo
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 19/06/2007	303/2007	Dª María Dolores Viñas Maestre
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 12/04/2007	279/2007	D. Juan Miguel Jiménez de Parga
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 16/03/2007	228/2007	D. Paulino Rico Rajo
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 9/03/2007	193/2007	Dª. María José Pérez Tormo

SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 21/02/2007	127/2007	Dª María José Pérez Tormo
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20/02/2007	102/2007	D. Enrique Anglada Fors
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 12/01/2007	26/2007	D. José Pascual Ortuño Muñoz
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 8/01/2007	9/2007	Enrique Anglada Fors
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 20/12/2006	696/2006	D. José Pascual Ortuño Muñoz
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 12/01/2006	23/2006	Dª María Dolores Viñas Maestre
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 9/11/2005	696/2005	D. Juan Miguel Jiménez
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 14/03/2005	135/2005	Dª Margarita Noblejas Negrillo
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 10/02/2005	53/2005	Dª Margarita Noblejas Negrillo
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 9/09/2004	526/2004	D. José Luis Valdivieso Polaino
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 22/07/2004	495/2004	Dª Montserrat Nebrera González
SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 4/03/2000	839/1999-B	D. Antonio López Carrasco Morales
SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 13/09/1999	586/1998	Dª Ana María García Esquius
SAP de Bilbao, Sección 4ª, de 20/03/2007	220/2007	Dª. Reyes Castresana García
SAP de Burgos, Sección 2ª, de 15/12/2003	532/2003	Dª. Arabela García Espina
SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 16/06/2006	269/2006	D. Salvador Castañeda Bocanegra
SAP de Cádiz, Sección 5ª, de 15/11/de 2007	577/2007	D. Ramón Romero Navarro
SAP de Cádiz, Sección 1ª, de 27/05/2002	96/2002	D. Fernando Rodríguez De Sanabria Mesa
SAP de Castellón de la Plana, Sección 2ª, de 14/10/2003	279/2003	D. José Luis Antón Blanco
SAP de Castellón de la Plana, Sección 2ª, de 23/10/2006	154/2006	D. Pedro Javier Altares Medina
SAP de Castellón de la Plana, Sección 2ª, de 26/07/2006	121/2006	D. Pedro Javier Altares Medina
SAP de Córdoba, Sección 2ª, de 24/04/2006	103/2006	D. José Alfredo Caballero Gea
SAP de Córdoba, Sección 3ª, de 1/03/2006	45/2006	D. Pedro José Vela Torres
SAP de Córdoba, Sección 2ª, de 13/05/2004	111/2004	D. Juan Berdugo Gómez de la Torre
SAP de Córdoba, Sección 2ª, de	71/2004	D. Juan Berdugo Gómez

26/03/2004		de la Torre
SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 3/02/2004	49/2004	D. Eduardo Baena Ruiz
SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 16/12/2003	521/2003	D. Pedro Roque Villamor Montoro
SAP de Córdoba, Sección 2ª, de 14/07/2003	177/2003	D. Juan Berdugo Gómez de la Torre
SAP de Girona, Sección 2ª, de 13/10/2009	352/2009	D. José Isidro Rey Huidobro
SAP de Girona, Sección 1ª, de 3/11/2006	408/2006	D. Fernando Lacaba Sánchez
SAP de Girona, Sección 2ª, de 20/10/2004	342/2004	D. Joaquim Fernández Font
SAP de Girona, Sección 2ª, de 27/01/2004	29/2004	D. José Isidro Rey Huidobro
SAP de Girona, Sección 2ª, de 28/02/2001	108/2001	D. José Isidro Rey Huidobro
SAP de Girona, Sección 2ª, de 9/02/2000	65/2000	D. José Isidro Rey Huidobro
SAP de Granada, Sección 3ª, de 30/05/2000	490/2000	D. Antonio Mascaró Lazcano
SAP de Guadalajara, Sección 1ª, de 9/04/2002	126/2002	Dª María Ángeles Martínez Domínguez
SAP de Huelva, Sección 1ª, de 30/03/2007	52/2007	D. Francisco Bellido Soria
SAP de Jaén, Sección 1ª, de 9/05/2005	106/2005	Dª. María Esperanza Pérez Espino
SAP de La Rioja, Sección 1ª, de 10/07/2006	224/2006	D. Víctor Fraile Muñoz
SAP de la Rioja, Sección 1ª, de 25/04/2006	134/2006	Dª. María Del Carmen Araujo García
AAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª, en fecha 13/09/2006	291/2006 (Rollo)	Dª Mónica García de Yzaguirre
SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3ª, de 27/11/2007	529/2007	D. Ricardo Moyano García
SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3ª, de 24/04/2007	160/2007	D. Rosalía Mercedes Fernández Alaya
SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª, de 28/02/2005	90/2005	Dª. Mónica García de Yzaguirre
SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 15/07/2004	465/2004	D. Víctor Caba Villarejo
SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 17/05/2004	320/2004	D. Víctor Caba Villarejo

SAP de Lugo, Sección 2ª, de 26/05/2005	188/2005	Dª. María Luisa Sandar Picado
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 14/05/2008	343/2008	Dª: Carmen Neira Vázquez
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 16/10/2007	613/2007	D. Eladio Galán Cáceres
SAP de Madrid, Sección 24ª, de 11/10/2007	1194/2007	Dª. Rosario Hernández Hernández
SAP de Madrid, Sección 24ª, de 3/09/2007	1054/2007	D. Ángel Sánchez Franco
SAP de Madrid, Sección 24ª, de 26/06/2007	869/2007	Dª. Miriam de la Fuente García
SAP de Madrid, Sección 24ª, de 11/04/2007	482/2007	D. Francisco Correas González
SAP de Madrid, Sección 22ª de 9/03/2007	171/2007	D. Eladio Galán Cáceres
SAP de Madrid, Sección 24ª, de 22/02/2007	272/2007	D. Francisco Javier Correas González
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 31/10/2006	654/2006	D. Eduardo Hijas Fernández
SAP de Madrid, Sección 24ª, de 25/10/2006	1105/2006	D. Francisco Javier Correas González
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 4/04/2006	225/2006	D. Eladio Galán Cáceres
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 24/03/2006	202/2006	Dª. Carmen Neira Vázquez
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 29/12/2005	835/2005	Dª. Carmen Neira Vázquez
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 12/12/2005	800/2005	D. José Ángel Chamorro Valdés
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 29/11/2005	780/2005	D. Eladio Galán Cáceres
SAP de Madrid, Sección 22ª, 18/10/2005	683/2005	D. Eduardo Hijas Fernández
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 22/02/2005	153/2005	Dª Carmen Neira Vázquez
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 9/07/2004	452/2004	D. José Ángel Chamorro Valdés
SAP de Madrid, Sección 22ª, de 25/10/2002	1067/1998	D. José Ángel Chamorro Valdés
SAP de Málaga, Sección 5ª, de 16/07/2003	559/2003	D. Antonio Torrecillas Cabrera
SAP de Murcia, Sección 4ª, de 28/01/2010	46/2010	D. Juan Antonio Jover Coy
SAP de Murcia, Sección 5ª, de 13/02/2007	39/2007	D. Matías Soria Fernández
SAP de Murcia, Sección 1ª, de 5/02/2007	43/2007	D. Francisco Carrillo Vinader
AAP de Navarra, Sección 2ª, de	193/2008 (Rollo)	-----

20/01/2010		
SAP de Oviedo, Sección 4ª, de 17/04/2009	151/2009	Dª. María Nuria Zamora Pérez
SAP de Oviedo, Sección 4ª, de 31/05/2007	211/2007	Dª Nuria Zamora Pérez
SAP de Oviedo, Sección 5ª, de 26/09/2006	294/2006	D. José Luis Casero Alonso
SAP de Oviedo, Sección 5ª, de 13/06/2006	219/2006	D. José María Álvarez Seijo
SAP de Palencia, Sección 1ª, de 13/02/2001	45/2001	D. Ángel Santiago Martínez García
SAP de Palencia, Sección 1ª, de 10/02/1999	36/1999	D. Mauricio Bugidos San José
SAP de Palma de Mallorca, Sección 4ª, de 31/05/2007	251/2007	Dª Juana María Gelabert Ferragut
SAP de Palma de Mallorca, Sección 4ª, de 29/05/2007	246/2007	D. Miguel Álvaro Artola Fernández
SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 28/11/2006	513/2006	D. Santiago Oliver Barceló
SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 29/06/2005	291/2005	D. Jaume Massanet Moragues
SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 6/10/2004	398/2004	D. Miguel Cabrer Barbosa
SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 17/09/2004	358/2004	D. Mariano Zaforteza Fortuny
SAP de Salamanca, Sección 1ª, de 24/05/2007	201/2007	D. Jesús Pérez Serna
SAP de Salamanca, Sección 1ª, de 14/07/1999	502/1999	D. Manuel Antonio Domínguez García
SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 12/03/2007	94/2007	D. Modesto Blanco Fernández del Viso
SAP de Tenerife, Sección 1ª, de 16/10/2006	356/2006	D. Modesto Blanco Fernández Del Viso
SAP de Santander, Sección 2ª, de 3/04/2007	217/2007	D. Bruno Arias Berrioategortua
SAP de Segovia, Sección 1ª, de 9/02/2007	25/2007	D. Andrés Palomo del Arco
SAP de Sevilla, Sección 2ª, de 10/10/2007	473/2007	D. Andrés Palacios Martínez
SAP de Sevilla, Sección 2ª, de 12/02/2007	69/2007	D. Manuel Damián Álvarez García
SAP de Sevilla, Sección 2ª, de 31/01/2007	52/2007	D. Andrés Palacios Martínez
SAP de Toledo, Sección 1ª, de 29/06/2010	171/2010	D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro
SAP de Toledo, Sección 1ª, de 17/09/1998	266/1998	D. Julio Tasende Calvo
SAP de Valencia, Sección 10ª, de 21/02/2011	156/2011	D. José de Motta García-España

SAP de Valencia, Sección 10ª, de 10/02/2009	82/2009	D. Carlos Esparza Olcina
SAP de Valencia, Sección 10ª, de 12/06/2007	398/2007	D. José Enrique de Motta
SAP de Valencia, Sección 10ª, de 27/03/2007	202/2007	D. José Enrique de Motta
SAP de Valencia, Sección 10ª, de 1/03/2006	144/2006	D. José Enrique de Motta
SAP de Valencia, Sección 10ª, de 22/02/2006	125/2006	D. Carlos Esparza Olcina
SAP de Valencia, Sección 10ª, de 22/07/2005	485/2005	D. Carlos Esparza Olcina
SAP de Valencia, Sección 10ª de 7/06/2005	343/2005	D. José Bonet Navarro
SAP de Valencia, Sección 6ª, de 2/02/2000	116/2000	D. Vicente Ortega Llorca.
SAP de Valencia, Sección 6ª, de 22/04/1999	379/1999	D. Vicente Ortega Llorca
SAP de Valencia, Sección 6ª, de 3/10/1997	813/1997	D. Vicente Ortega Llorca
SAP de Valladolid, Sección 3ª, de 13/07/2004	234/2004	D. José Jaime Sanz Cid
AAP de Zaragoza, Sección 4ª, de 9/02/1998	86/1998	-----
SAP de Zaragoza, Sección 2ª, de 29/03/2011	180/2011	Dª. María Elia Mata Albert
SAP de Zaragoza, Sección 2ª, de 31/07/2007	416/2007	Dª. María Elia Mata Albert
SAP de Zaragoza, Sección 4ª, de 15/10/2003	551/2003	D. Eduardo Navarro Peña

Juzgados de Primera Instancia

Resolución y fecha	Nº de Resolución	Ponente
AJPI, número 8 de Gijón, de 22/06/2010	512/2010	D. Ángel Luis Campo Izquierdo
AJPI de Murcia, de 6/06/2007	655/2007	D. Fernando Ferrín Calamita
AJPI, número 20 de Palma de Mallorca, de 25/10/2007	268/2007	D. Julio Álvarez Merino
SJPI número 7 de Sevilla, de 8/04/2011	223/2011	D. Francisco de Asís Serrano Castro
SJPI número 7 de Sevilla, de 9/09/2009	449/2009	D. Francisco de Asís Serrano Castro
SJPI número 6 de Zaragoza, de 21/09/2010	-----	D. Francisco Javier Forcada Miranda

