

La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil

Joaquín María RIVERA ÁLVAREZ

Departamento de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Recibido: 6 junio 2005

Aceptado: 13 junio 2005

RESUMEN

El Gobierno español ha presentado una reforma del Código Civil que introducirá la custodia compartida en nuestra legislación. Este modelo de guarda es excepcionalmente permitido por nuestros tribunales si los padres acuerdan este en situaciones especiales que prueben que la custodia compartida es la mejor elección para beneficiar a los hijos. La nueva legislación no cambiará esta concepción. Quizás introduzca cambios en la visión de los abogados y sus clientes que contemplarán esta nueva posibilidad en sus negociaciones.

Palabras clave: guarda, custodia, custodia individual, custodia conjunta.

The joint custody: the genesis of the new article 92 of the civil code

ABSTRACT

The Spanish government has presented a civil code's reform that will introduce the joint custody in our legislation. That model of guardianship is exceptionally passed by the courts if his or her parents agreed with it in such a special situations that prove that the joint custody is the best election to benefit the children. The new legislation would not change this approach. Perhaps it introduces changes in the vision of the lawyers and his or her customs that contemplate this new possibility in their negotiations.

Key words: guardianship, custody, sole custody, joint custody.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto y naturaleza de la custodia alterna o mal llamada compartida o conjunta. 3. Atribución alternativa a ambos cónyuges de guarda y custodia en la jurisprudencia menor de nuestro país y crítica de la doctrina. 4. La génesis de la norma. 5. Crítica a la norma.

1. INTRODUCCIÓN

Las crisis familiares suponen, mayoritariamente, el fin de la convivencia de los padres y, por ende, la de los hijos con uno de aquellos. Esta nueva situación

puede estar regulada convencionalmente por los padres o por los jueces y tribunales cuando aquellos soliciten el divorcio, la separación legal o la nulidad matrimonial, o soliciten la guarda y custodia de hijos menores en los casos de parejas no matrimoniales —art. 748.3 y 4 de a la LEC—. En el proceso, cada uno de los progenitores o adoptantes puede tener la pretensión de que recaiga sobre ellos la denominada «guarda y custodia» de sus hijos. En principio, no es usual el planteamiento de un cuidado de los hijos compartido por ambos. Y ello por que, tradicionalmente, se ha entendido que estas crisis familiares determinan que uno se quede con los hijos, conviviendo y cuidando de ellos —lo que se ha denominado atribución de la guarda y custodia, conforme a lo dispuesto en los arts. 90, 92, 103, 156 y 159 del CC—, y otro sólo tendrá el derecho a comunicarse y visitarlos —conforme a lo dispuesto en los art. 94, 103 y 160 del CC—. A partir de esa petición de los padres, el Ordenamiento ordena que las decisiones judiciales sobre atribución de la guarda y custodia se justifiquen, no en los intereses de aquellos, sino en la de los hijos menores o incapacitados. Se dice que se debe buscar el «beneficio» o «interés superior» del menor; concepto indeterminado que debe ser, en cada caso concreto, vislumbrado a partir de la realidad vivida en la familia por los operadores jurídicos¹. Éstos, para encontrar ese beneficio, son ayudados por los profesionales de la psicología y el trabajo social que redactan informes muy valorados por los Tribunales.

No obstante, a lo largo de estos últimos años, ha ido planteándose la «guarda y custodia compartida» como una forma de resolver las situaciones en donde, siendo los dos progenitores adecuados para la custodia, no haya uno de ellos que «venza» en juicio al otro en este tema. El Congreso de los Diputados ha aprobado el pasado 21 de abril de 2005 un Proyecto para la reforma de una serie de artículos del Código Civil relativos tanto a las causas de divorcio y separación, como a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, dentro del Título IV del Libro I. Entre las normas reformadas se encuentra el art. 92 del Código Civil que, en su nueva redacción, ha venido a introducir legislativamente el concepto de la mal llamada «guarda compartida o conjunta»².

¹ Dice la Sentencia de la AP de Córdoba (Sección 2ª) de 14 de Julio de 2003 (Aranz. Civ.-2003/1480): «Pues bien este interés de los niños que no debe ser medido, en el caso que nos ocupa, bajo parámetros de confort material, a nivel del derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico (derecho francés «son besoin de paix, de stabilité, de tranquillité... est son équilibre psychique quel faut mettre au premier rang») o al amplio concepto de bienestar aplicando el «Wellfare principle» anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor».

² Así se propone el siguiente texto: «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 decidir, en beneficio

Es propósito de estas líneas: primero, aclarar el concepto de guarda compartida y, en segundo lugar, realizar una crítica de esta nueva redacción, a la vista de la experiencia de los Tribunales y de la reflexión de la doctrina sobre la figura. Es interesante indicar que, desde sus inicios, la iniciativa legislativa ha estado marcada por la confrontación social. Las asociaciones de padres o madres separadas y asociaciones de juristas han intervenido más en sus resultados que algunas instituciones al servicio de nuestro Gobierno, como son las de la Comisión General de Codificación, el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial. Resulta del todo punto inconveniente por cuanto el resultado legislativo se ve afectado, como veremos por opiniones y pretensiones que, si fuera adecuada la técnica legislativa, nunca aparecerían.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA CUSTODIA ALTERNA O MAL LLAMADA COMPARTIDA O CONJUNTA

Antes de entrar en la guarda compartida, conviene realizar una serie de aclaraciones sobre el concepto de «guarda y custodia» en el entorno de la patria potestad. Necesitamos aclarar el sentido del mismo, para lo cual adoptamos metodológicamente la conjugación de la norma jurídica con la realidad. De lo contrario nos veríamos avocados a sufrir en nuestra sistemática no pocas antinomias producto de análisis excesivamente conceptualistas o apegados a soluciones de derecho comparado que no se conjugan con nuestro Ordenamiento. Nos encontramos en un terreno movedizo; es difícil conseguir la conceptualización de la guarda a partir del hecho de la falta de convivencia de los padres con los hijos ya que se ha construido, no sobre bases formalistas, sino sobre la realidad de la crisis ma-

de los hijos, que la patria potestad sea ejercitada total o parcialmente por uno de los cónyuges. 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 del 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, oír a los mayores de doce años y, si lo considera preciso, a los menores que tengan suficiente juicio, 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 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, aún cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, 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».

trimonial y la necesidad de mantener las responsabilidades derivadas de la patria potestad en el no conviviente. Pero es más, la construcción legal tampoco es suficientemente flexible, por cuanto se aprecia que «sus reglas generales son con frecuencia insuficientes y quedan desbordadas por las necesidades y circunstancias del caso concreto³».

En este punto debemos hablar del ejercicio de la patria potestad, como concepto general, y la guarda y custodia, como concepto especial, que aparece ante la realidad de la falta de convivencia de los hijos con cualesquiera de sus padres. A partir de su significado veremos si sus rasgos nos sirven para definir lo que es la guarda y custodia mal llamada compartida. Diferenciamos en nuestro Código Civil dos grupos de normas que tratan del cuidado, custodia o guarda de los menores. El primero, a la vez, se descompone en dos: aquella regulación general de la patria potestad, en donde nos encontramos con los arts. 156 y 159 del CC; y más específicamente, la que se produce en la regulación de los efectos comunes al divorcio, separación legal y nulidad del matrimonio, en donde hallamos el art. 92, 4º párrafo⁴. Este último artículo parece separar el «ejercicio» total o parcial de la patria potestad del «cuidado» de los hijos⁵. De esta misma manera podríamos interpretar el art. 159 del Código Civil («si los padres viven separados y no decidieran de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad»). Ahora bien, estas normas podrían confrontarse con la del art. 156, último párrafo, del Código Civil. En ella se dice que si los padres viven separados, «la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva», si bien se matiza después: «Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio». Como se ve en dicho artículo no hay distinción entre ejercicio de la patria potestad y atribución de la guarda y custodia. De donde se deduce que, en dicha norma, debemos reinterpretar sistemáticamente su tenor literal para indicar que aquél padre que no convive puede compartir el ejercicio de la patria potestad si así dispone el Juez, si bien la guarda y custodia deberá ser atribuida a quien conviva con el menor —salvando las situaciones de custodia alternativa que veremos—⁶.

El segundo grupo de normas que conviene examinar está en el entorno de intervención administrativa en situaciones de riesgo o desamparo de menores sometidos a patria potestad o tutela. En el art. 172.2 del Código Civil se indica cla-

³ Rivero Hernández, F. (2000)»: Comentario a los arts. 92 a 94», en Rama Alavesa, J.-Moreno Flores, REM. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, II-1º, Libro Primero (Títulos I a IV), Barcelona: 917.

⁴ García Pastor, M. (1997): *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid: 5-6.

⁵ «Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos».

⁶ Así García Pastor, M. (1997): 75.

ramente que «cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la autoridad competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo que sea necesario»; lo cual puede traducirse en un acogimiento familiar o residencial. Concentrándonos en el acogimiento familiar, diremos: primero, que dicho acogimiento no es incompatible con el mantenimiento de la titularidad y el ejercicio de relevantes funciones por parte de los padres o tutores; segundo, que el acogimiento «produce la plena participación del menor en la vida de la familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral» —como nos dice el art. 173.1 del CC—. De todo lo cual se deduce que el acogedor ejerce la guarda, cuyo contenido está determinado por facultades o deberes vistos. Tercero, que, como ocurre en las crisis familiares, los padres o tutores no convivientes realizarán las correspondientes visitas como régimen relacional típico.

Como vemos podemos concluir:

- 1.º Que hay que partir de una identidad total entre el concepto de «cuidado» de los padres con el de guarda y custodia, si bien parece mucho más apropiado el último para delimitar las funciones que recaen exclusivamente en el progenitor conviviente. Así al menos lo ve la jurisprudencia menor que incide en dicha categoría y no en la de cuidado⁷. Ambos conceptos son, como veremos, más limitados que el de ejercicio de la patria potestad ya que suponen la concentración de algunas de las funciones derivadas de la misma en un solo progenitor. Esta posición nuestra no es aceptada por toda la doctrina que ve la atribución de la guarda y custodia como algo equivalente al «pleno ejercicio de la patria potestad, y sus mismas facultades, derechos y obligaciones, si bien con ciertas limitaciones y algún matiz⁸». Sin embargo al autor, que proclama una cierta identidad entre ejercicio y guarda, no se le escapa que algunos de los derechos y facultades todavía permanecen en el no conviviente por razón

⁷ Así lo ve Montero Aroca, J. (2001): *Guarda y custodia de los hijos (La aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Valencia: 22 destacando algunas decisiones: así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª) de 28 de enero de 1999 (AC 1999/ 4309) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 22 de marzo de 1999 (DER 1999/3106. García Pastor, M. (1997): 70, concluye sobre este problema que «la exclusión de la palabra guarda del Código Civil no tiene ninguna significación especial, pudiendo considerarse que para la guarda y cuidado de los hijos son expresiones sinónimas, igual que lo son para la jurisprudencia.

⁸ Rivero Hernández, F. (2000): 931; Roca Trías, E. (1993): «Comentario al Art. 92», en Ministerio de Justicia, *Comentarios al Código Civil*, I, Madrid: 390. En Godoy Moreno, A. (2003): «La Guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y Guarda alterna», en AAVV, *Diez años de abogados de familia*, Madrid: 320 y ss se habla, propiamente, de modelo restringido de guarda en España, por diferencia a otros ordenamientos, indicando: «y es que la normativa española distingue, perfectamente, entre lo que es la potestad de guarda (o de custodia) y lo que es ejercicio de la patria potestad, en tanto que la primera se refiere al aspecto personal, convivencial e inmediato del cuidado del hijo, mientras que el segundo se reconduce a la responsabilidad integral sobre el menor o facultad de decisión respecto de los temas que le afecten».

de ser titular de la patria potestad, calificándolos como «límites» lo cual es inexacto ya que son propiamente facultades que permanecen compartidas por ambos progenitores o adoptantes, unos por que permanezcan por decisión judicial o acuerdo de ambos, otros por que así lo determina la ley⁹.

Decimos que partimos de que la atribución de la guarda y custodia no significa la concentración del ejercicio de la patria potestad sobre un único padre conviviente. Y ello por cuanto el ejercicio comprende algunas decisiones sobre educación, formación y respecto a la salud de los hijos, que deben ser compartidas por ambos, el conviviente y el que no lo es. Sin embargo, no estamos completamente de acuerdo con la posición de García Pastor (1997: 75) que dice: «podemos afirmar que la guarda encomienda las funciones parentales que requieren el contacto constante entre el adulto y el niño, pero no concede el poder de decidir cómo se habrán de desarrollar tales funciones». A cuya posición se unen los que consideran que la atribución de la guarda y custodia «no implica el desplazamiento de una parte del contenido de la misma (Patria potestad) hacia uno de los titulares» ya que «el padre y la madre tienen el deber de atender las necesidades cotidianas de sus hijos mientras éstos estén en su compañía (independientemente de que esta convivencia sea la habitual o la derivada de un régimen de visitas) y ambos tienen la obligación de cuidar de los menores, de una forma más abstracta o menos cercana si se quiere, aun cuando no los tengan consigo¹⁰».

- 2.º Que las normas describen la guarda y custodia como un deber afectado por el hecho de la no convivencia de uno o ambos padres con sus hijos, a partir de lo que el legislador describe como poder de decisión del Juez sobre quién de los padres «ha de quedar los sujetos a patria potestad» —como nos dice, por ejemplo, el art. 103.1º del CC—. Expresamente, la redacción normativa pretende la elección entre los progenitores de aquel a quien deberá ser atribuida la guarda y custodia, debido a la presunción de la falta de convivencia de los progenitores o adoptantes en las crisis matrimoniales. La redacción de la norma del actual art. 92 del CC es alternativa, o uno u otro. De la misma manera, por esta visión, pide el legislador no separar a los hermanos entre sí¹¹. De ahí que se con-

⁹ Así Rivero Hernández, F. (2000): 932, Roca Trías, E. (1993): 390 consideran que permanece la misma posición jurídica en cuanto al asentimiento o la audiencia que debe prestar ambos para la adopción de estos por un tercero (art. 177.2. 2º y 3.2º del CC), audiencia para los expedientes de dispensa de edad para el matrimonio y emancipación por concesión judicial o por concesión paterna (arts. 48, 341.3, 317 y 320 del CC).

¹⁰ Sainz Torres, M. (2000): «El menor en las situaciones de crisis familiar», en Lázaro González, I.: *Los menores en el Derecho Español*, Madrid Pág. 231.

¹¹ Lo cual plantea interesantes decisiones de las audiencias provinciales, en donde como norma general se pretende no separar a los hermanos, como se ve en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 26 de julio de 1993 (Aranz. Civ. 1993/1574). Todo ello sin perjuicio de que, excepcionalmente, por la diferencia de edad, pueda admitirse dicha separación.

sidere que, frente a la realidad de la guarda de uno de los progenitores, el otro tiene un derecho de visita *in genere* y de vigilancia y control sobre la actividad del conviviente¹². Ahora bien, no se trata sólo de un deber de control de la actividad del progenitor conviviente sino también de colaboración con éste en las situaciones en donde no pueda atender suficientemente al menor; todo lo cual hace en atención a que hay un deber genérico de velar por el menor que, la no convivencia, no deja de eximirle¹³.

Este esquema normativo aparentemente bien construido tiene, sin embargo, diferentes críticas que realizar:

- a) La identificación de la guarda y custodia como deber no debe hacernos olvidar su carácter ambivalente. Esta supone también el ejercicio cotidiano de la patria potestad, en el sentido de que el sujeto conviviente tiene plena autonomía para la realización e intervención sobre los actos de vida diaria del menor, de modo que él interviene sobre la cotidianeidad del menor y/o incapacitado¹⁴. Se concentra en él, no sólo un hipotético derecho a tener en su compañía al menor —salvo en los periodos de visitas dispuestas de común acuerdo o por decisión del juez—, sino también las decisiones cotidianas relativas a la alimentación, vestido, educación y formación del menor¹⁵. La relevancia del hecho de la convivencia está en su importancia en el momento en que se construye la personalidad nueva del menor ya que éste necesita del refuerzo en lo afectivo de sus padres para su bienestar psicológico, espiritual y moral. Ahora bien, si esta capacidad decisoria varía tal cotidianeidad de modo importante, será necesaria contar con la voluntad del otro progenitor o adoptante no

¹² Rivero Hernández, F. (2000): 933. Zanón Masdeu, L. (1996): *Guarda y custodia de los hijos*, Barcelona: 71 a 74.

¹³ Así García Pastor, M.: Ob.cit., Págs. 86-87.

¹⁴ Habla propiamente, a la hora de describir las actuaciones que corresponden al guardador, de la inmediatez: García Pastor, M. (1997): 81, 85, 88. Por otra parte la autora diferencia entre poder de decisión de los titulares de la patria potestad y autonomía de actuación del guardador, en la pág. 93-94 debe criticarse por cuanto el reconocimiento de la autonomía a un sujeto, en el ámbito de un poder de decisión conjunto, supone autodeterminación y concentración de ese poder decisorio.

¹⁵ Montero Aroca, J. (2001): 22, plantea que sólo afecta el hecho de la crisis familiar a la tenencia de los hijos y la obligación de alimentos —que se convierte en dineraria en el progenitor o adoptante no conviviente—, mientras que «el resto de los deberes y facultades, a los que se refiere el art. 154 del CC, como contenido de la patria potestad, podrán seguir siendo ejercidos de modo conjunto por los dos progenitores». Frente a él, Rivero Hernández, F. (2000): 931 indica que «el cónyuge que ostenta el derecho de guarda tiene las obligaciones y también los derechos... de velar por esos hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, le compete también, en principio, y salvo que otra cosa disponga el Juez, el derecho y deber de representarlos y administrar sus bienes. El derecho de guarda determina generalmente (salvo estudios fuera de casa, por ejemplo), la residencia del hijo, y éste tiene el domicilio de su guardador. A este último le compete el dirigir su educación y formación moral, controlar en su caso su correspondencia y sus relaciones con otras personas... todo ello en principio, y sin perjuicio de ciertos derechos que competen a este titular de la misma».

conviviente —dado que se considera que estamos ante un ejercicio extraordinario de la patria potestad—¹⁶. Como se ve, no es que el padre no conviviente tenga un derecho a ser informado¹⁷ —dentro de denominado derecho de vigilancia o control de no progenitor—, sino que debe participar en la decisión. Así lo expresa adecuadamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4ª) de 8 de Mayo del 2003¹⁸.

«Las discusiones y desavenencias de los progenitores o sus diferentes criterios o formas de educar —salvo que la situación generada afectara gravemente al pleno desarrollo de la misma personalidad humana del menor— son circunstancias fácticas que, por sí solas, no revisten la entidad o relevancia suficiente para justificar la modificación de las medidas relativas al régimen de visitas. Tales disfunciones no deben repercutir en las relaciones personales del menor con sus progenitores, sino que han de ser corregidas mediante el ejercicio responsable, por parte de ambos progenitores, de las facultades inherentes a la Patria Potestad; pues no puede olvidarse que sigue correspondiendo a ambos progenitores la titularidad y el ejercicio compartido de la misma y, por tanto, ambos han de actuar de consuno —de forma responsable y siempre en beneficio del menor— en todas aquellas cuestiones relevantes para la formación, desarrollo integral y prevención de la salud del hijo, debiendo abstenerse de adoptar o imponer decisiones unilaterales y sometiendo— conforme a lo prevenido por el artículo 156 del CC— a la decisión judicial las controversias que puedan surgir en el ejercicio de las responsabilidades derivadas de la filiación».

Es cierto que, en ocasiones, la guarda de los hijos se ve como carga o encargo del que se derivan varias responsabilidades (alimentarlos, instruirlos, educarlos... etc.)¹⁹, pero, en el entorno de la crisis matrimonial, se debe ver ésta dentro de la propia naturaleza de la patria potestad como función, ya que los padres ven la atribución como derecho y no como carga a los efectos de tener a su hijo en su compañía²⁰.

- b) Por otra parte, conviene tener presente que la atribución de la guarda y custodia no supone exoneración de la obligación del padre no progenitor

¹⁶ Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª) de 16 de febrero de 1999 (JUR 1999/87518) planteando la especialidad del art. 92 frente al 156 del CC, para indicar que el ejercicio debe ser compartido por ambos cónyuges. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 1999 (*DER 1999*, 25565) nos dice que «serán adoptadas conjuntamente por ambos progenitores las decisiones relativas a la elección de centro escolar, sometimiento a intervenciones quirúrgicas, participación en viajes o actividades de riesgo o cualesquiera otras que puedan afectar gravemente al armónico desarrollo de los niños».

¹⁷ Rivero Hernández, F. (2000): 933.

¹⁸ JUR 2003/228964. En la misma línea García Pastor, M. (1997): 88.

¹⁹ Rivero Hernández, F. (2000): 927.

²⁰ Godoy Moreno, A. (2003): 319.

de «velar» por sus hijos, tal como se ve genéricamente en el art. 110 del CC²¹. De ahí que se diga correctamente que el progenitor no conviviente, en el momento en que está ejercitando su derecho de visitas, debe «velar» por sus hijos —como dice el art. 103.1º del CC—; ya que este hecho no excluye las responsabilidades de los padres o tutores —como nos recuerda el art. 172.2.2º párrafo del CC—. Como nos dice García Pastor (1997: 92) el derecho-deber de velar —como deber de cuidado que impone una especial diligencia— aparece ante el hecho de la falta de convivencia para cada uno de los progenitores o adoptantes, sea guardador o no. De donde se deduce que, en estos tiempos en donde está disfrutando limitadamente de la compañía del hijo, debe procurarle los alimentos, vestido, preocuparse de su educación y formación, si bien, en el caso del no guardador, estas labores no tienen tanta intensidad y poder de determinación como si estuviéramos en el caso de que tuviera atribuida la guarda y custodia. Es más, somos de la opinión de que la realización de tales deberes se debería realizar conforme a los criterios del cónyuge conviviente en la medida de que el menor no debe percibir un conflicto en las cuestiones ordinarias ya que pudiera aprovecharse de tales circunstancias para reducir la autoridad parental²². Lo cual no quiere decir que no deba haber cierta discrecionalidad en el modo de actuar; arbitrio que es siempre legítimo conforme al principio de libre desarrollo de la personalidad, tanto del padre no conviviente como del hijo, en su propio ámbito relacional.

- c) La atribución de la guarda y custodia como concentración de facultades y deberes de realización diaria está fuertemente condicionada por cuestiones patrimoniales; especialmente, cuando la mujer o el hombre están subordinados a las rentas obtenidas de su pensión compensatoria o de la pensión de alimentos que reciben por sus hijos. De donde se deduce que la pretensión de atribución de la guarda y custodia sin atender a los medios patrimoniales, puede afectar a la capacidad decisoria del progenitor conviviente de modo negativo²³.

Nuestro legislador se plantea la utilización de una terminología anglosajona de la figura de estudio, calificándola como guarda o custodia «compartida o con-

²¹ Todo ello derivado del carácter funcionalista de la patria potestad o también del carácter de padre —tal como se ve en el Art. 111 del CC—; así Roca Trías, E. (1999): *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Madrid.

²² No se trata exclusivamente de un deber sin facultades decisorias, como sería en el caso de absoluta privación, como nos indica el art. 111 del CC en el último párrafo declara: «*Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos*».

²³ Rivero Hernández, F. (2000): 928 así indica cuando, en los casos en donde no aparezca claramente cual de los cónyuges merece la custodia de los hijos, indicando que «con todo, habrá de decidirse por aquél que ofrezca mejores garantías para la satisfacción de las necesidades materiales y morales de los hijos, teniendo en cuenta las circunstancias económicas, culturales, familiares y ambientales, así como la propia personalidad moral de cada progenitor».

junta»²⁴. Dicha calificación es equívoca por cuanto no se trata, solamente, de que el Juez atribuya la guarda y custodia a uno de los cónyuges si bien ambos ejercen conjunta o simultáneamente la patria potestad— como vemos que, de hecho, se produce en la mayoría de las decisiones de nuestros Tribunales— sino que atribuye conjuntamente a ambos la guarda y custodia, lo cual supone un reparto sucesivo y relativamente igualitario del tiempo de convivencia entre los progenitores o adoptantes; de modo que, realmente, ejercen de modo ordinario y cotidiano la patria potestad alternativamente a partir del hecho de la separación o falta de convivencia de ambos cónyuges. Por eso, se prefiere calificar la figura como guarda o custodia alterna o alternativa²⁵. También esta acepción permite diferenciarla de la guarda o custodia repartida o distributiva²⁶, en la cual unos hijos se quedan con el padre y otros con la madre. Esta manera de usar los términos es esencial para poner de manifiesto que la guarda y custodia puede ser concebida en nuestro Ordenamiento como concepto autónomo ya que no se confunde con el de ejercicio de la patria potestad, comprensivo enteramente de lo que son todas las facultades y deberes que impone la patria potestad a los padres²⁷.

Es cierto que, a partir de lo dicho, se puede diferenciar, tal como se hace en Estados Unidos, entre el caso en donde el menor reside con uno de los progenitores o adoptantes, si bien se reparten el tiempo de convivencia los dos (*joint legal*

²⁴ Así nos lo dice. Tamborero y del Río, R. (2003): «La guarda y custodia compartida», en AAVV.: Diez años de abogados de familia, Madrid: 516. Indicando que fue California el primer estado de los Estados Unidos que adoptó la custodia compartida, existiendo la custodia individual (*sole custody*) de la compartida (*joint custody*) en donde se reparte de forma más o menos similar las responsabilidades entre ambos padres.

²⁵ García Pastor, M. (1997): 97. Ragel Sánchez, L.F. (2003): *Nulidad, separación y Divorcio en la jurisprudencia*, Editorial Reus, Madrid; 105. Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 17 de febrero de 1998 (Aranz. Civ 1998, 4985). También la califica así, Rivero Hernández, F. (2000): 929. También en la enmienda num.12, 18 y 19 del Grupo parlamentario de Izquierda Republicana (ERC) (*BOCG, Congreso de los Diputados*, de 15 de marzo de 2005, Serie A. Núm. 16-8).

²⁶ Godoy Moreno, A. (2003): 323. Posibilidad que admiten las Sentencias de la AP de Granada (Sección 3ª) de 1 de Octubre de 2002 (JUR 2002/283003), de la AP de Murcia (Sección 1ª) de 21 de noviembre de 2000 (JUR 2001/ 77320), a partir de las extraordinarias circunstancias debidas al grave enfrentamiento de los progenitores y el visto bueno del Gabinete psicológico en su informe, y de la AP de Alicante (Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2000 (2001/84864), esta última estimándolo, a partir de la petición de la madre y el Ministerio Fiscal, debido a las circunstancias excepcionales— sin especificar—, indicando que «contenido del artículo 92/4 del Código Civil sobre la conveniencia de no separar a los hermanos es solamente admonitorio, carácter que debe ceder ante situaciones fácticas acreditadas, teniendo en cuenta además que el trato entre los hermanos puede continuar ya que acuden al mismo colegio y la convivencia debe completarse procurando que el régimen de visitas sea conjunto.» También en la Sentencia de la AP de Badajoz (Sección 2ª) de 19 de junio del 2001 (JUR 2001/248826) a partir de la unión afectiva entre madre e hija menor de edad.

²⁷ Godoy Moreno, A. (2003): 324. Así se planteó esta diferencia de Ordenamientos, español y anglosajón en la Sentencia de la AP de Castellón (Sección 2ª) de 24 de julio de 2003 (Aranz. Civ.- 2003/1095) que dice: «En ese sentido, lo que ostenta el demandante es el derecho a la patria potestad compartida. El principio general de nuestro ordenamiento es que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad. Concepto distinto es el de custodia, que la sentencia de divorcio atribuye a la madre ya que determina, en virtud de lo convenido por los progenitores, que los menores residirán con la madre. Asimismo de la prueba practicada se deduce que el demandante no vive con los menores ni siquiera en períodos cortos de tiempo y con el presente procedimiento no trata de vivir con ellos, sino que éstos vuelvan a residir en Inglaterra con su madre, es decir, no pretende su guardia y custodia».

custody), de los casos en los cuales el niño vive con los dos progenitores, repartiéndose la convivencia por igual en la residencia de ellos (*joint physical custody*)²⁸. También se diferencia en modalidades de distribución del tiempo, por periodos cortos o más largos (*hared custody*). Es más, algunos autores intentan distinguir a partir de la mayor o menor amplitud en el reparto del tiempo, entre custodia compartida y alterna²⁹. Diferenciándose, la primera, en cuanto supone la atribución de tiempos de corto espacio —por días o semanas— frente a la segunda en donde la atribución es más extensa —por meses o años—. Sin embargo, la pretensión de que se comparta la guarda y custodia cuando se alterna en periodos muy cortos de tiempo, al suponer de hecho la necesidad de acuerdo en el cumplimiento de las funciones y toma de decisiones relativas a alimentación, vestido, sustento, educación, supone una visión demasiado «naif» de las cuestiones ya que, cotidianamente, cada uno de los progenitores o adoptantes procuran este acuerdo también cuando es más prolongada la convivencia. De modo que no es un rasgo calificador el «compartir» decisiones sino que lo que define tal tipo de guarda y custodia es el de repartirse el tiempo entre ambos progenitores o adoptantes, la alternancia en la convivencia o tiempo de estancia con el menor. Lo cual no quiere decir la desaparición del derecho de visitas ya que, en función de repartos de tiempo por periodos excesivamente extensos, deberá mantenerse éste.

Por último, también hay quien diferencia los casos de guarda alterna, entre aquellos en donde se ejercita conjuntamente la patria potestad, de aquellos en los que se alterna o se ejercita exclusivamente o parcialmente distribuida. Mientras que, en el primero los progenitores o adoptantes comparten todas las responsabilidades durante todo el tiempo —variando sólo el hecho de la convivencia—, en el segundo, se ejerce exclusivamente la responsabilidad en su periodo por cada progenitor; en el tercero hay uno sólo de ellos que tiene el ejercicio a pesar del hecho de la convivencia, o en el cuarto hay funciones en manos de uno de los progenitores y otras en el otro³⁰. Esta distinción, como vamos a ver, afecta al problema visto de la necesidad de diferenciar entre guarda y custodia y ejercicio de la patria potestad. Entendemos, no obstante, que no es posible hablar propiamente de guarda y custodia alterna sin que se atribuyan el ejercicio cotidiano de la patria potestad en su ámbito diario, cotidiano. Por eso rechazamos que, en nuestro Ordenamiento, sea posible atender a esta distinción.

3. ATRIBUCIÓN ALTERNATIVA A AMBOS CÓNYUGES DE GUARDA Y CUSTODIA EN LA JURISPRUDENCIA MENOR DE NUESTRO PAÍS Y CRÍTICA DE LA DOCTRINA

La pretensión de la mal llamada custodia compartida ha ido creciendo en nuestro Tribunales a partir de los últimos años noventa del pasado siglo. Inicialmen-

²⁸ Tamborero y del Río, R. (2003): 516 y 517.

²⁹ Claramente en Montero Aroca, J. (2001): 30: indicando que «aunque en esta manera de semestres alternos no se produce una guarda realmente compartida, sino alternativa y sucesiva».

³⁰ Godoy Moreno, A. (2003): Pág. 329 y ss

te es correcta la apreciación de que nuestro legislador de 1981, aquel que redactó el art. 92 del Código Civil, no se planteó dicha modalidad ya que partía de la dicotomía entre padre conviviente al que se atribuía la guarda y custodia del hijo y padre no conviviente que tenía el derecho a relacionarse con el mismo. Pero, es más, había una cierta conformidad en que la mujer fuera la que tradicionalmente tuviera la guarda y custodia de sus hijos, especialmente cuando estos tuvieran poca edad. La realidad actual de esta afirmación parte de una tendencia jurisprudencial que nace de anteriores regulaciones que dieron preferencia a las madres en un primer momento de la vida de los hijos, preteriendo a los padres —art. 159 del CC antes de la reforma de la Ley 11/90, de 15 de octubre—. Modificada la norma, la doctrina, los jueces y tribunales han tenido que cuestionarse si dicha atribución era conforme con el «interés del menor»³¹. A continuación, vamos a referir una serie de decisiones sobre dicho aspecto. Nos concentraremos en un periodo de tiempo (2000 y 2001) y en las situaciones de normalidad, identificadas éstas como aquellas en donde ninguno de los progenitores vive en alguna condición o circunstancia que dificulte la atribución de la guarda y custodia sobre él³². También, para evitar la distorsión en el razonamiento jurídico, evitamos en lo posible las sentencias de modificación de medidas atribuidas inicialmente en un procedimiento de separación o divorcio debido a la necesidad de justificar la alteración significativa de las circunstancias en que se dictó originariamente las disposiciones de guarda y custodia.

Destacamos, en cuanto su argumentación, una resolución judicial, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª) de 24 de noviembre de 1989³³ que nos muestra la justificación de esta tendencia. Indica que «desde la perspectiva humana y social existen principios informadores para determinar a quién corresponde la custodia y la guarda de los hijos: a) la mayor vinculación de la madre con los hijos, especialmente cuando son pequeños, dada su vinculación biológica y psicológica con los mismos; b) la importancia de los primeros años que, según los sociólogos y psicólogos, marca la personalidad de los hijos, y que por ley natural se desarrolla en su primera etapa a través de la relación madre e hijos; c) solo excepcionalmente parece aconsejable la concesión de la custodia de los hijos al padre, ya que por la dedicación profesional o por su psicología no siempre puede asumir las funciones propias de la madre. Pero también es cierto que cada uno de estos principios expuestos pueden ser objeto de revi-

³¹ Sainz Torres, M. (2002): 234. García Pastor, M. (1997): 67.

³² Las situaciones son muy diferentes, como enfermedades, deficiencias, convivencia con extraños que deriven en un impedimento para que se atienda adecuadamente al menor. La jurisprudencia menor de las audiencias es muy diversa sobre estas situaciones y su incidencia. Me interesa resaltar como las decisiones de Audiencias son variables en algún caso, por ejemplo, el cambio de domicilio de la madre puede motivar el cambio de la atribución en la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12ª) de 20 de septiembre del 2001 (JUR 2002/3713) —al afectar a la estabilidad emocional del menor— frente a la de Zamora de 12 de septiembre del 2001 (Aranz. Civ. 2001/1937).

³³ (RGD 1990, Pág. 8211-8213) se debe tener presente que dicha argumentación jurídica no fue aplicada al caso concreto ya que la resolución judicial atribuyó al padre la guarda y custodia.

sión, sobre todo en las sociedades avanzadas en las que en ocasiones los papeles se invierten, debido principalmente a la incorporación de la mujer al sistema productivo». Esta argumentación puede haber sido aplicada apriorísticamente en algunas de las decisiones de los Tribunales cuando se dan similares condiciones y circunstancias entre progenitores o adoptantes³⁴. Sin embargo, esta posición no debe considerarse como general ya que, a consecuencia de ciertos cambios sociales, el hombre va participando, cada día más activamente, en las labores de atención personal de sus hijos. Por ello, la mayoría de decisiones cuando prefieren la atribución de la patria potestad a la mujer, la consideran como la más adecuada, procurando justificar la decisión a partir de una serie de hechos —relación de convivencia o afectiva previa a la demanda— pruebas —esencialmente, los informes psico-sociales, sin perjuicio de testificales que justifican la preferencia de un progenitor u otro³⁵— o la elección razonada y razonable del menor³⁶; salvo en el caso de que, por la elección, se separe a hermanos, pues en general se rechaza pudiendo esta circunstancia favorecer a los padres, o a las madres³⁷. Res-

³⁴ Claramente, en situaciones de infantes, en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª) de 29 de septiembre de 2000 (JUR 2000/302290) que, al no poder atender a ninguna prueba en contra, revoca una decisión de primera instancia que había atribuido al padre la guarda y custodia, para evitar cambio de residencia y amistades; de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) de 14 de julio de 1998 (Aranz. Civil 1998/1429), en un caso de menores de 7 y 5 años a partir del hecho de la ausencia de informes que desequilibraran el papel de alguno de los cónyuges, también en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 26 de julio de 1993 (Aranz. Civ. 1993/1574), para un menor de corta edad y Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1ª) de 15 de Julio de 1998 (Aranz. Civ. 1998/1387) para un caso en que la madre trabajaba. En el periodo de 2000-2001, en la Base de Datos Aranzadi se han podido encontrar otras 7 sentencias, lo cual implica una proporción muy minoritaria.

³⁵ Así, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª) de 10 de diciembre de 2002 (JUR 2003/82230) —a pesar de la acusación de sexismo—, y de 16 de enero de 1996 (Aranz. Civ. 1996/58) en la que, en contra del Convenio, se daba la circunstancia de la convivencia de las hijas de 8 y 5 años con la madre. En el periodo de 2000 a 2001, se encuentran 26 decisiones lo cual es un criterio mayoritario en la Base de Datos Aranzadi.

³⁶ A partir de la necesidad de que no se quede en un mero formalismo el hecho de oírles: así Rive-ro Hernández, F. (2000): *El Interés del menor*, Madrid: 229. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1ª) de 19 de diciembre del 2000 (JUR 2001/66498) en donde, a pesar de la atención pasada a la hija, se acude a este criterio: «En efecto, en autos ha quedado sobradamente demostradas las excelentes aptitudes y actitudes educativas y afectivas del demandante con su hija menor, e incluso ha quedado probado que en épocas pasadas ha sido él quien, de los dos progenitores, ha dedicado más tiempo a la educación y cuidados de la menor. También ha quedado suficientemente probado, y no ha sido discutido por la demandada, que en la actualidad el progenitor se ocupa directamente de su hija todo el tiempo que su trabajo y las medidas provisionales hasta ahora vigentes le permiten, atendiendo directamente sus tareas escolares y el fomento de sus aficiones. Pero esta situación, que no debería ser excepcional sino, como en este caso, consecuencia directa de los deberes paterno filiales, y que es deseable se mantenga en el futuro de forma ajustada a la edad y la evolución de la menor en cada momento, ha sido valorada positivamente por la propia menor, quien, desde un grado de madurez resaltado por la propia juzgadora, ha declarado estar satisfecha con el actual régimen de visitas.

³⁷ La Sentencia de la AP de Tarragona (Sección 1ª) de 7 de noviembre de 2001 (JUR 2002/19436) en donde, en una situación de divorcio, el padre había obtenido la atribución en primera instancia de dos de sus hijos gemelos, manteniendo la madre a una hermana sobre la base de un conflicto parental y no de los hijos con sus progenitores, lo que determina el mantenimiento de la guarda a favor de la madre. O en la Sentencia de la AP de Murcia (Sección 1ª) de 10 de julio de 2001 (JUR 2001/268963) en que el

pecto a esto último, teniendo presente que, en situaciones en donde ya hay una voluntad de mayores de 12 años que, a pesar de suponer separación de hermanos, es razonable, esta última determinará la posibilidad de repartirse la guarda y custodia de los hijos, como hemos visto anteriormente³⁸.

De la misma manera, dicha preferencia suele romperse cuando los padres o los abuelos paternos han tenido un régimen de convivencia único, previo, beneficioso para el menor o se da en ellos una clara intención de buscar el bienestar del hijo por encima del de la madre que no puede romperse por el simple hecho de la pretensión de la madre —preferentemente unido a un informe favorable psicosocial—³⁹. También se da a partir de la voluntad del menor, cuando «su voluntad razonada y razonable puede ser expresión de unos sentimientos e intereses más valiosos que la propia voluntad *per se*»⁴⁰. Y por último, no se concede cuando supone la medida la separación de hermanos que conviven con el padre, salvo que se considere que no les afecta excepcionalmente⁴¹.

Curiosamente, en algunas decisiones sobre guarda y custodia «compartida» se establece expresamente que no puede establecerse una elección, destacando la solución propuesta en una separación contenciosa por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) de 22 de abril de 1999 (AC 1999/4941): «En el caso de autos, tanto el padre como la madre desean cuidar de sus hijos. De otro lado, 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 dis-

padre trata de mediatizar a través del hijo el conflicto, lo que determina el mantenimiento a favor de la madre de su atribución. En la Base de Datos de Aranzadi se han encontrado 12 decisiones en el periodo de tiempo contemplado.

³⁸ Por expresa voluntad de los hijos mayores que culpabilizaba a la madre de la separación, en la Sentencia de la AP de Sevilla (Sección 6ª) de 26 de septiembre de 2000 (2001/18744) o tienen un gran distanciamiento, como en la Sentencia de la AP de Baleares (Sección 4ª) de 29 de junio del 2000 (JUR 2001/270617). Se han encontrado otras 5 decisiones en el periodo de tiempo y base de datos.

³⁹ Se plantean 22 decisiones en este sentido en la base de datos y en el periodo de tiempo, por lo que es un criterio adoptado y relevante en las decisiones de la jurisprudencia menor.

⁴⁰ Sentencias de la AP de Alava (Sección 1ª) de 26 de diciembre del 2001 (JUR 2002/217457), de la AP de Zaragoza (Sección 5ª) de 27 de julio de 2001 (JUR 2001/262328) —basándolo en que ambos progenitores son adecuados y en la buena relación del padre con la abuela materna—. También a partir de una situación de conflictividad entre progenitores y en donde el hijo se escapa, no hay otra posibilidad de conceder el cambio por voluntad del menor en la Sentencia de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 16 de Octubre de 2001 (JUR 2002/15748). Se encuentra en otras 13 decisiones del periodo de tiempo.

No así, al verlo como un capricho y problemas relacionales con su madre del menor en la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12ª) de 21 de febrero de 2000 (Aranz. Civ.- 2000/2969), de la AP de la Coruña (Sección 2ª) de 4 de febrero de 2000 (JUR 2000/90810), de la AP de Gerona (Sección 1ª) de 10 de enero de 2001 (JUR2001/131783). En contra la Sentencia de la AP de Ávila de 5 de junio (JUR 2001/324705) por ser la madre más adecuada al ser más madura a pesar de la voluntad de la menor de 6 años —a partir del informe técnico—. También en contra la Sentencia de la SP de Cáceres (Sección 1ª) de 19 de marzo de 2001 (JUR 2001/140792), al reinterpretar el deseo de los menores de evitar que su padre abandone el pueblo.

⁴¹ Sentencias de la AP de Granada (Sección 3ª) de 20 de diciembre del 2000 (JUR 2001/120163) o en la de la AP de Sevilla (Sección 6ª) de 23 de julio de 2001 (JUR 2002/11843), en caso de hermanos de un solo vínculo.

tingos 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 sus hijos».

2. Frente a las denominadas carencias que, desde la perspectiva personal y jurídica, se planteaba en la guarda unipersonal, nació la custodia compartida. Es interesante rescatar algunos argumentos en donde se destacaba en la atribución única la carga excesiva en el desempeño del cargo, el empeoramiento de la situación económica, la creación de un vínculo afectivo de dependencia entre madre e hijo que, junto con la pérdida de la figura del padre, derivaba en graves repercusiones psicológicas en éste, la marginación y superficialidad de la relación paterno filial⁴². Todas estas evidencias derivan en que se planteen nuevas formulas, entre ellas la de la custodia compartida. Si bien esta posibilidad no fue reconocida si nacía como pretensión de uno de los demandantes a partir de que entendiera más improbable que los jueces se la concedieran unilateralmente⁴³, sino por entender éstos que era la opción más ajustada para guardar los intereses del menor, a partir de la búsqueda de la justicia del caso concreto. Por el contrario, son escasos los argumentos generales en nuestro ámbito, así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) de 22 de abril de 1999⁴⁴:

«El régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un salvable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que se tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del 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 convivencia provoca, antes o después, el enfrentamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor».

Como nos indica Montero Aroca (2001: 34 y ss.), la posibilidad de atribución de la guarda y custodia aparece a partir de dos argumentos en la jurisprudencia: 1º) Su admisibilidad es posible si así se atiende mejor al interés o beneficio del menor o incapacitado. El art. 90. A) del CC, a pesar de no contemplarlo expresamente, permite que los propios progenitores o adoptantes pueden conve-

⁴² García Pastor, M. (1997): 96-97.

⁴³ Montero Aroca, J. (2001): 33. Bermúdez Ballesteros, M.S. (2001): «Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial», *Aranzadi Civil*: 1878. Así no es argumento el que haya una igual o parecida idoneidad de los progenitores: Sentencia de AP de Las Palmas (Sección 4ª) de 4 de Octubre de 2004 (2004/304396).

⁴⁴ Aranz.Civ. 1999/4941.

nir lo que consideren oportuno, y el juez considerarla, a partir del tenor general del art. 92 del CC⁴⁵; 2º) Para que se satisfaga tal interés han de ser ambos adecuados para el ejercicio de la guarda y custodia y darse una serie de circunstancias excepcionales, así se contempla en las situaciones siguientes: viviendas de los padres en el mismo edificio que evitan la modificación de su entorno⁴⁶; por consideraciones materiales⁴⁷; por razones laborales⁴⁸; por dificultades para convivir con la nueva pareja del progenitor que inicialmente debería ser el custodio⁴⁹; o por las necesidades afectivas o formativas que requiere el menor⁵⁰. Todo ello, a partir de una cierta uniformidad o semejanza de criterios respecto a la forma de vida que ha de tener el menor —desde la perspectiva personal y social—, en su educación y formación, junto con una actuación coordinada de los progenitores

⁴⁵ Godoy Moreno, A. (2003): 317, 335-336. Expresamente destacan las Sentencias de la AP de Barcelona (Sección 18ª) de 10 de marzo de 2005 (JUR 2005/116227) y 10 de febrero de 2005 (JUR 2005/80554) que dicen: «Y en cuanto a la guarda y custodia compartida, diremos que la posibilidad de acordar un régimen así no es contraria 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.

⁴⁶ Destacamos la Sentencia de la AP de Valencia (Sección 6ª) de 2 de febrero de 2000 (JUR 2000/96686) que impone, sin atender a las pretensiones contradictorias, la guarda «compartida».

⁴⁷ Sentencia de la AP de Alicante (Sección 4ª) de 7 de julio de 1997 (Aranz. Civ. 1997/1591).

⁴⁸ Esencialmente, en el Auto de la AP de Baleares (Sección 5ª) de 27 de febrero de 2001 (JUR 2001/138971), junto al deseo de los menores.

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) de 19 de abril de 1999 (Aranz. Civ. 1999/4858) en un caso en donde los hijos vivieron inicialmente con el padre en el domicilio familiar al pasar la madre a vivir con su nueva pareja. No es sustancial el cambio, por su carácter provisional, en el caso de la Sentencia de la AP de las Palmas (Sección 4ª) de 11 de noviembre del 2002 (JUR 2002/91343) en donde el niño tuvo inicialmente un conflicto con una de las parejas que tenía el padre.

⁵⁰ Paradigmático el caso de la Sentencia de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 17 de septiembre de 2003 (JUR 2003/27985): «... la orientación psicológica se enmarcaría en una guarda y custodia legal compartida por ambos padres al igual que la patria potestad por su capacidad y porque la situación real de hecho es así. El citado dictamen también pone de manifiesto la convivencia continuada de hecho en la vivienda del padre porque por las circunstancias escolares y la organización de las actividades del menor aparece la más favorable, al tiempo que significa una necesidad importante del menor consistente en saber si la figura paterna va a cumplir las expectativas que él se creó y que resultan claras en un proceso de preadolescencia y la amplia comunicación con la figura materna que es la figura más querida por Fernando, el progenitor con el que ha creado los vínculos más importantes y de la que «aclama» («rechaza») más afecto, destacando finalmente el imprescindible apoyo profesional de Fernando no sólo de apoyo psicopedagógico en las tareas y hábitos de trabajo y estudio sino también de terapia individual por especialistas clínicos que ayuden al control y canalización de sus emociones, a su madurez personal y social, a apoyar su autoestima, a la interiorización de normas y a la ansiedad de la tríada (con las figuras parentales y en este sentido la puesta en común de los padres), para la elección del profesional es imprescindible para que los resultados sean positivos, concluyendo por ello que en este aspecto la experiencia de la madre que cotidianamente ha vivido con su hijo desde su nacimiento y lo ha llevado a diferentes centros y especialistas resulta de gran valor para considerar».

o adoptantes. En estas condiciones se muestra como la solución más beneficiosa para alguna doctrina⁵¹.

Por otra parte, el deseo de los menores de que se atribuya la custodia «compartida» a ambos progenitores ha sido considerado en algunas decisiones. No obstante lo cual, la escasa argumentación de estas decisiones nos lleva a considerar dicha posibilidad en tanto en cuanto se vea como remedio para mantener la estabilidad emocional del menor ante el hecho de la separación o el divorcio de sus progenitores⁵². Otras veces, en algunos informes psicológicos, se plantea la atribución compartida como una forma de resolver problemas relacionales de un progenitor con su hijo —siendo éste considerado el más adecuado para la custodia—⁵³.

También conviene tener presente que los Tribunales, sobre la base de la amplia discrecionalidad que tienen respecto a lo solicitado por las partes, convienen los tiempos de convivencia con los padres y madres, atendiendo al criterio de estabilidad⁵⁴. Lo que no puede llevar a soluciones que, por su aleatoriedad o la dependencia de la voluntad de uno o ambos cónyuges, deriven en inseguridad jurídica⁵⁵, de modo que, los criterios determinados por los Tribunales, sean lo suficientemente precisos que permitan, a cada uno de los cónyuges, en situaciones de conflicto, saber perfectamente cuál es el tiempo de custodia que le corresponde.

Por último, operada la guarda y custodia alterna como régimen establecido convencionalmente, no se altera por las mismas razones de procurar la estabilidad del hijo⁵⁶. Especialmente se mantendrá si se mostró la atribución como un medio eficaz para reducir tensiones y procurar la estabilidad de los

⁵¹ Sainz Torres, M. (2002): 238.

⁵² Así en la Sentencia de la AP (Sección 6ª) de Valencia de 9 de marzo de 2000 (JUR 2000/126442). Por el contrario no la estima la Sentencia de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 8 de junio del 2004 (JUR 2004/315883).

⁵³ A pesar de ello, el Tribunal no estimó el deseo, manteniendo a la madre con su hijo, a pesar de querer estar con su padre: Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18ª) de 20 de noviembre de 2003 (JUR 2004/5877).

⁵⁴ Así la Sentencia de la AP de Gerona (Sección 2ª) de 25 de febrero de 2001 (Aranz. Civ. 2001/1827), establece que «el mantenimiento de la tenencia compartida, aunque en los términos propuestos por el Equipo Técnico, de una semana con cada progenitor, que permitirá continuar con los positivos efectos contrastados, sin la complicación de la alternancia excesiva (cada dos días) que se venía efectuando hasta ahora».

⁵⁵ Así rechaza la Sentencia de la AP de Baleares (Sección 5ª) de 11 de marzo de 2005, el establecimiento de una custodia compartida «dependiente del hecho de que el padre resida o no en Mallorca».

⁵⁶ Sentencia de la AP de la Las Palmas (Sección 4ª) de 4 de Octubre de 2004 (JUR 2004/304396) y de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 17 de junio de 2004 (JUR 2004/315777) —en un caso de divorcio de los padres de un menor con grave minusvalía que convinieron este régimen en la separación— y de 20 de mayo de 2003 (JUR 2003/189089) —en un caso que se reclama perfecta armonía y coordinación—; de la AP de Guadalajara de 9 de abril del 2002 (JUR 2002/153932); de la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 8 de abril de 2002 (JUR 2002/183460), de la AP de Palencia de 10 de febrero de 1999 (Aranz. Civ. 1999/681). Pero no en todos los casos, así en la Sentencia de AP de Tarragona (Sección 3ª) de 22 de junio de 2000 (JUR 2000/283953).

menores⁵⁷, por cuanto de no ser así elegirá plenamente a uno de los progenitores⁵⁸.

3. A pesar de lo visto, se puede declarar que, con carácter general, se rechaza la guarda alterna por considerar que priva a los menores o incapacitados de la necesaria estabilidad en la vida ordinaria. Así se dice que ésta no sólo provoca el cambio del hogar sino la falta de uniformidad en los hábitos y costumbres de vida. Especialmente se destaca la necesidad del menor de «contar con referentes fijos que identifiquen como suyos con facilidad: su habitación, sus juguetes, etc.», sobre todo en la infancia⁵⁹. Hay que destacar también que se rechaza en los casos en donde se plantea contradictoriamente —casi siempre el padre cuando no ha podido conseguir que se le atribuya unilateralmente la guarda—⁶⁰. Por otra parte, se incide en los problemas concretos que surgen o van surgiendo, como son: el hecho del enfrentamiento presente o futuro entre los progenitores⁶¹; o el hecho de que la hija toma para sí la misión de mantener en calma las relaciones entre sus

⁵⁷ Así en la Sentencia de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 25 de octubre de 2002 (JUR 2003/29800): «No obstante lo expuesto del estudio pormenorizado de dicho informe pericial en el que se manifiesta (folio 28) «en la alternancia de convivencia actual, vivencias satisfactorias en los menores en torno a la disminución de tensión entre los progenitores no desando se rompa el equilibrio alcanzado, dicha opción les facilita y mantiene el contacto y relación personal con ambos, atemperando demandas de elección, exclusividad o pérdida lo que es vivido por los niños de forma positiva, actitudes de oposición y rechazo a un cambio, vivencia de grandes dificultades en los padres para llegar a mínimos acuerdos» y también que «a tenor de lo contemplado en circunstancias y personas, atendiendo de forma prioritaria a las necesidades de los menores analizadas es nuestra orientación en su edad y vínculos establecidos se mantenga la actual situación de convivencia con guarda y custodia compartida», hay que concluir que el sistema de guarda y custodia compartido es adecuado para la formación integral de los menores».

⁵⁸ Así en la Sentencia de la AP de Palencia (Sección 1ª) de 9 de febrero de 2005 (JUR 2005/101247).

⁵⁹ En las Sentencias de la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) de 26 de enero de 2004 (JUR 2004/70451), de la AP de Albacete (Sección 1ª) de 1 de diciembre de 2003 (JUR 2004/51020), de la AP de Badajoz (Sección 3ª) de 31 de diciembre de 2002 (JUR 2003/75230) —y además el padre es persona con discapacidad—, de la AP de Zamora de 22 de febrero de 2001 (JUR 2001/126478), de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 31 de mayo del 2002 (JUR 2002/200708), de la AP de Gerona (sección 2ª) de 9 de diciembre del 2000 (AC 2000/184), de la AP de Barcelona (Sección 12ª) de 30 de Octubre de 2000 (JUR 2001/62), de la AP de Barcelona (18ª) de 8 de junio de 2000 (JUR 2000/293070), de la AP de Guipúzcoa (Sección 3ª) de 5 de mayo de 1998 (Aranz.- Civ. 1998/7954), de la AP de Jaén de 20 de febrero de 1998 (Aranz.Civ.- 1998/4077), de la AP de Cuenca de 30 de septiembre de 1996 (Aranz. Civ.- 1996/2457) —a partir de las peticiones de los padres en contradicción con la madre o viceversa generalmente—; la Sentencia de la AP de Navarra de 11 de noviembre de 1992 (Aranz. Civ.- 1992/1565).

⁶⁰ Así claramente en las Sentencias de la AP de Valencia (Sección 10ª) de 19 de mayo del 2004 (JUR 2005/2461) —en un caso de extrema tirantez entre progenitores— o en la de 11 de julio del 2003 (JUR 2003/269082 —siendo incluso que los menores desean permanecer en la custodia de la madre— o en de 11 de junio de 2002 (JUR 2002/251323) —con idéntica argumentación todas ellas—, en la de la AP de Córdoba (Sección 2ª) de 14 de julio de 2003 (Aranz. Civ.- 2003/1480), o en la de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 23 de mayo de 2000 (JUR 2000/193229). Lo plantea la madre en el caso de la Sentencia de la AP (Sección 10ª) de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003/93800).

⁶¹ Así en las Sentencias de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 9 de julio de 2004 (JUR 2004/315507), de la AP de Córdoba (Sección 1ª) de 16 de diciembre de 2003 (JUR 2004/20303) —si bien incidiendo también en el problema de la estabilidad—, de la AP de Barcelona (Sección 12ª) de 20 de noviembre del 2003 (JUR 2004/5317), de la AP de Sevilla (Sección 2ª) de 30 de junio (JUR 2003/269023), de la AP de Valencia (Sección 10ª) de 6 de marzo de 2002 (JUR 2002/161729), de AP de Gerona (Sección 2ª) de 9 de

progenitores⁶²; o el hecho de la evidente lejanía entre los hogares de los padres⁶³; los muy diferentes criterios de educación y de entornos familiares⁶⁴; el deseo razonable de los menores de no seguir compartiendo los hogares⁶⁵; el que la petición sea meramente formal por carecer de tiempo para el cuidado⁶⁶. Pero también se incide en que hay una cierta falta de concreción en la petición de la parte en cuanto a las circunstancias bajo las cuales se ejercerá⁶⁷.

También se rechaza con mayor frecuencia si se plantea la residencia compartida de cada uno de los hogares que si sólo se distribuye los tiempos con una sola residencia para el menor⁶⁸; en este último caso, muchas veces se pide como una mejora de un régimen ya de por sí suficientemente amplio de visita —por ejemplo, que permita una semana de cada dos la estancia con el padre⁶⁹ o que permita que la niña esté con el padre durante el día y con la madre de noche, en razón del trabajo de ésta⁷⁰—. Sin embargo, ya hemos indicado que hay importantes diferencias entre, primero, las obligaciones y facultades del progenitor no conviviente en el tiempo de visitas y el del progenitor custodio. Es determinante ver que, los poderes y facultades del último son mayores en atención a su implicación en el ejercicio diario u ordinario de la patria potestad, lo que determina también mayores obligaciones. Pero también, como se ha indicado anteriormente, hay diferencias de hecho, por cuanto la estructura de vida y su cotidianidad es determinada con referencia al hogar. Lo cual, implícitamente, también es visto por los Tribunales que son más amigos de ampliar el régimen de visita que atribuir la guarda y custodia de modo compartido a ambos progenitores⁷¹.

Febrero de 2000 (Aranz. Civ.- 2000, 184) —producido a partir de la atribución compartida de la custodia—, de la AP de Baleares (Sección 5ª) de 20 de Julio de 1999 (Aranz. Civ. 1999/7889), de la AP de Valencia (Sección 8ª) de 14 de junio de 1999 (Aranz. Civ.-1999/7856).

⁶² Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de mayo de 1999 (DER 1999/24119).

⁶³ Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de abril de 1999 (DER 1999/17761) o en obiter dicta en la Sentencia de la AP de la Rioja (Sección 1ª) de 30 de enero del 2004 (JUR 2004/81267).

⁶⁴ En las Sentencias de la AP de Valencia (Sección 10ª) de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003/93800), de la AP de Córdoba (Sección 3ª) de 24 de mayo del 2002 (JUR 2002/190823), y de Valencia de 17 de Septiembre de 1992 (Aranz. Civ. 1992/1243).

⁶⁵ Así la Sentencia de la AP de Madrid (Sección 24ª) de 17 de mayo del 2002 (JUR 2002/222795) ante una nueva pareja de la madre no aceptada aún compartiendo la custodia por convenio regulador.

⁶⁶ Así la Sentencia de la AP de Palencia de 13 de febrero de 2001 (Aranz. Civ. 2001/348).

⁶⁷ Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) de 2 de marzo de 1991 (RGD 1991, Pág. 5408-10) en un caso en donde se plantea por primera vez en segunda instancia la alegación de la custodia compartida, antes había solicitado sólo la atribución de la guarda a favor del padre. O en la Sentencia de la AP de las Palmas (Sección 3ª) de 27 de junio (Aranz. Civ.- 1997/1279), teniendo presente la incoherencia de remitir determinadas actitudes inadecuadas de la madre y pedir la custodia compartida.

⁶⁸ Así en la Sentencia de la AP de Murcia (Sección 1ª) de 15 de diciembre de 2001 (JUR 2002/109560) y de 10 de Mayo de 2000 (JUR 2000/237404).

⁶⁹ En la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18ª) de 10 de marzo de 2005 (JUR 2005/116227).

⁷⁰ Así en la Sentencia de la AP de Las Palmas (Sección 5ª) de 28 de febrero de 2005 (JUR 2005/108942).

⁷¹ Así en la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18ª) de 10 de febrero de 2005 (JUR 2005/80554). Ve esta diferencia la Sentencia de la AP de la Coruña (Sección 6ª) de 7 de mayo del 2002 (JUR 2002/198111).

4. La atribución de la guarda y custodia mal llamada compartida puede determinar una alteración en el régimen de alimentos debidos por el progenitor no conviviente. Y ello, a partir de que, en situaciones de igualdad de haberes y tiempos de alternancia, no debería haber atribución de pensión de alimentos a favor de alguno de los padres⁷² o, al menos, no le corresponde el pago al progenitor durante el tiempo en que convive con los menores⁷³. No obstante, en alguna decisión de Audiencia, se provee un denominado fondo común sobre el que los cónyuges aportan en proporción a sus haberes⁷⁴. De ahí que, en situaciones en donde los caudales de ambos cónyuges varíen sustancialmente, deberá entenderse que puede mantenerse la pensión de alimentos, si bien condicionada o modalizada por el tiempo de convivencia que tiene el alimentante, a partir de lo dispuesto en el art. 145.1º párrafo y 146 de la CC⁷⁵.

4. LA GÉNESIS DE LA NORMA

El nuevo artículo 92 del Código Civil ha tenido una génesis muy controvertida a consecuencia de la influencia de diferentes grupos de presión que han ido alterando la originaria redacción hasta la actual. Resulta curiosa esta reforma ya que, antes, la doctrina consideraba improbable una reforma legal que reconociera la posibilidad de la guarda y custodia compartida⁷⁶. Y a este respecto, antes del anteproyecto, destaca su discusión en asociaciones de abogados de familia⁷⁷. Dicho debate se centraba en la realidad de que mayoritariamente se atribuía la guarda y custodia a las madres sobre todo los de corta edad, de forma que los padres difícilmente luchaban por su atribución⁷⁸. Es más, se indica que la realidad es que en el 90% de los casos, los padres no discutían en los procedimientos consensuales que a la madre debería atribuírsele la guarda y custodia⁷⁹. En los procedimientos contenciosos —como hemos visto— dicha conclusión no deja de ser inexacta, por cuanto la mayoría de las decisiones de los Tribunales plantean la atribución de la guarda y custodia no con formulas apriorísticas sino conforme a la realidad de vida contemplada en el caso concreto y, a partir de la misma, la búsqueda de cuál es la opción más beneficiosa. De ahí que se recurra especial-

⁷² Así en el caso de la Sentencia de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 25 de Octubre de 2002 (JUR 2003/29800), en la de AP de Granada (Sección 4ª) de 3 de octubre de 2000 (JUR 2001/20249), de la AP de Valencia (Sección 6ª) de 2 de febrero de 2000 (JUR 2000/96686).

⁷³ Así en el Auto de la AP de Granada (Sección 4ª) de 3 de Octubre de 2000 (JUR 2001/20249).

⁷⁴ Sentencia de la AP de Castellón (Sección 3ª) de 10 de abril de 2003 (Aranz. Civ. 2003/846).

⁷⁵ Así se ve en el caso de la Sentencia de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 17 de junio de 2004 (JUR 2004/315777).

⁷⁶ Así eran de la opinión, Montero Aroca, J. (2001): 58.

⁷⁷ Así utilizo el libro de la Asociación Española de Derechos de Familia: AAVV, *Diez años de abogados de familia*, Madrid 2003.

⁷⁸ Así en Tamborero y del Río, R. (2003): 515 y ss.

⁷⁹ Deben Alfonso, M.: *Hacia una custodia impuesta y dividida*, en <http://www.hera2001.com/custodiaresponsable/noticiasD.asp? Id=89>.

mente a los informes psicosociales entre otras pruebas. Otra cosa es que todavía nuestra sociedad responda a los esquemas favorables a la atención materna de los hijos y que, a priori, los abogados planteen ya convencional o contenciosamente la atribución, en la idea, errónea o no, de que los Tribunales les favorecerán⁸⁰. Pero, como se ve en la amplia casuística planteada, ante una realidad de vida en donde el padre sea el progenitor más adecuado, los Jueces difícilmente convendrán lo contrario.

No obstante lo expuesto, el modelo de guarda compartida es vista como una medida de política legislativa que contribuiría a modificar esta tendencia. Es más, como en el caso de otras reformas en el ámbito de Derecho de Familia, los diferentes operadores sociales han luchado para que, a través de la institucionalización de sus pretensiones, se logre el cambio social. Sin embargo, estimamos que, teniendo en cuenta la profesionalización e independencia de nuestros jueces, somos profundamente escépticos a que se logren sus propósitos.

Así es curioso como el Anteproyecto, nacido en el Ministerio de Justicia y aprobado por el Consejo de Ministros el 17 de septiembre de 2004, planteaba muy escueta y abiertamente el problema. Decía, en un quinto párrafo del art. 92 que «Los padres podrán acordar o, en su caso, el juez decidir, a instancia de parte y siempre en beneficio del menor, que la guarda de los hijos sea ejercida por uno solo de ellos o conjuntamente, procurando no separar a los hermanos». Como indicaba el Informe del Ministerio de Justicia sobre el Anteproyecto de Ley, se preveía la figura «por acuerdo entre ambos cónyuges», como medio de superación de la fractura familiar, de modo que pudieran compartirse las funciones. Y, en la Exposición de Motivos del mismo, se indicaba que el objeto de la reforma era procurar «la mejor realización de su beneficio o interés [del menor], y hacer que ambos cónyuges perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, aún mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad», de este modo se refuerzan los mecanismos de libertad de decisión y, entre ellos, la posibilidad de que en el convenio venga atribuida el ejercicio compartido de la patria potestad.

De ahí que la Exposición de Motivos resalte que «cuando la adopción de determinadas decisiones relativas al ejercicio de sus potestades presente dificultad, habrán de tener en consideración que pueden optar, antes que por el recurso a la autoridad judicial, por solucionar sus diferencias acudiendo a procedimientos extrajudiciales más adecuados para la resolución de estos conflictos, entre los que cabe señalar a la mediación». Es decir, cerrando el círculo, el propósito es ofrecer mayor libertad de decisión a los cónyuges hasta el punto que llegue, si se desea, a la custodia compartida, y así posibilitar también el ámbito de la atribución de la guarda custodia, la solución consensual que se identifica como aquella que mantiene la corresponsabilidad de los cónyuges en el momento de crisis matrimonial.

⁸⁰ Expresamente niega discriminación alguna la Sentencia de la AP (Sección 3ª) de 27 de junio del 2003 (JUR 2004/11638) ante la petición del padre de custodia compartida.

A partir de dicha redacción se planteó un amplio debate social y político, destacándose varias posturas que, sin duda han tenido influencia en la redacción final:

- a) La Asociación de Padres de Familias Separados planteaba la guarda o custodia compartida como norma general que permite a los padres compartir el cuidado de los hijos⁸¹.
- b) Frente a la norma del Anteproyecto se alzó rápidamente la Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas: «“El niño no es un objeto, es un sujeto, y debe estar en manos del progenitor más idóneo para ostentarla, siempre que no haya violencia”. Para la federación, la guardia y custodia compartida tal y como recoge la ley supondría **“dar un instrumento a los violentos**, porque son prácticamente los únicos que la reclaman, ya que en el 80% de los casos la deciden los progenitores sin necesidad de intervención judicial”»⁸².
- c) Frente a los grupos de presión social, los responsables públicos y juristas empezaron a moderar el debate, llevándolo a sus justos términos. Así, por ejemplo, las intervenciones del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Pedro Núñez Morgades (quien considera que «la custodia compartida no es adecuada para los menores, y se ha decantado por la responsabilidad compartida, pero que los hijos vivan habitualmente con el padre o con la madre⁸³») o de la Asociación de Mujeres Juristas «Themis» que consideraban la custodia compartida como perjudicial y provocadora de trastornos a los hijos al quitarle el punto de referencia de una vivienda donde establecerse («el menor tendría dos habitaciones o ir trasladando las cosas de un punto a otro y creemos que no es bueno para un menor, y le va a dar una sensación de inseguridad»), sin perjuicio de considerar que «no debería» concederse nunca cuando media un conflicto entre ambos cónyuges⁸⁴.

⁸¹ Declaraciones de J.L. Rubio Azcue a Minuto Digital, el 21 de abril de 2005 (<http://www.minutodigital.com/noticias/rubio.htm>). Es interesante la conclusión a la que llega respecto a la redacción final de la ley: «el PSOE ha manipulado a la opinión pública dando a conocer que la nueva legislación para separaciones establecería como norma general el principio de la custodia compartida, y finalmente ha terminado limitándola a los casos en que haya mutuo acuerdo y además sea ratificada por un juez» (<http://www.minutodigital.com/noticias/enga.htm>).

⁸² Véase las declaraciones de su presidenta, Ana María Pérez del Campo, al diario «El Mundo» el 17 de septiembre de 2004 (<http://www.elmundo.es/elmundo/2004/09/16/sociedad/1095351910.html>.) También en el artículo de Pleguezuelos, E.: Custodia compartida como instrumento de presión en la negociación, en <http://www.hera2001.com/custodiareponsable/noticiasD.asp?id=82>, plantea la situación de desigualdad no sólo estructural sino natural de las mujeres que se pueden ver condicionadas: «la renuncia de pensiones o al uso de la vivienda familiar en aras a garantizarse tener consigo a sus hijos va a favorecer al padre y perjudicar al resto de la familia en especial a los más desfavorecidos. Los descendientes van a constatar 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 vez de lograr un entorno equilibrado y armónico tan deseado para los menores se va a conseguir un empobrecimiento y carencia de sus necesidades vitales. Por lo que la custodia compartida va a suponer un claro perjuicio para ellos».

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem.

A partir de este debate, se originó en el Partido Socialista la necesidad de modificar la anterior redacción, dando una nueva que, actualmente, está siendo defendida en el Senado, si bien el Presidente del Gobierno desea de nuevo modificarla con respecto a la posibilidad de que el juez establezca la custodia compartida cuando no haya acuerdo entre los padres⁸⁵.

5. CRÍTICA A LA NORMA

Muchos son los aspectos que han de ser considerados de la nueva redacción producto de la enmienda núm. 47 del Grupo socialista del Congreso⁸⁶.

Así, aunque es cierto que los padres podrán acordar lo que consideren oportuno sobre el ejercicio de la patria potestad que tienen conferida por ministerio de la Ley, específicamente, atribuyendo sobre uno de ellos o compartiendo o alternando la guarda y custodia —a partir del art. 91 del CC—, lo cierto es que dichas disposiciones, en cuanto deseen ser eficaces, deben ser aprobadas por el Juez, ya en el proceso matrimonial o en cualesquiera otro que afecte a estas consideraciones. Y éste podrá decidir sin atender a lo dispuesto por los cónyuges si considera que es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges obligándoles por lo tanto a tener que realizar un acuerdo nuevo. En esta materia no rige el principio dispositivo ni el de rogación, ya que el juez puede determinar lo que considere más adecuado al interés del menor —arts. 92.2º párrafo, 103.1º, 156.4º párrafo y 159 del CC—⁸⁷.

Lo dicho no es contradictorio con procurar el acuerdo de los cónyuges⁸⁸ por cuanto la intervención judicial se produce siempre a partir del fracaso de los verdaderos protagonistas de las relaciones familiares.

Si no se llega a un acuerdo por los padres el Juez tendrá que atribuir la guarda y custodia conforme al interés del menor. Es cierto que para la apreciación

⁸⁵ Así en las noticias de la página: <http://www.hera2001.com/custodiaresponsable/noticiasD.asp?id=91>.

⁸⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, de 15 de marzo de 2005, Serie A, Núm. 16-8, sin perjuicio de otras enmiendas como las 33 del Grupo Mixto, 38 del Grupo Parlamentario Vasco y 42 de Izquierda Unida.

⁸⁷ Bermúdez Ballesteros, M.S.(2001): 1865, o Sainz Torres, M (2002): 215. Llega el principio tuitivo a ser tan extremo que permite la decisión del tribunal de peticiones relativas a la guarda y custodia de menores modificadas en segunda instancia —no aplicando el principio de litispendencia—, tal como se ve en la Sentencia de la AP de Málaga (Sección 6ª) de 20 de julio (Aranz. Civ. 2000/1726) o de alejarse de las posiciones de las partes, imponiendo la guarda y custodia de los tres hijos al padre y no de dos de ellos — Sentencia de la AP de Cuenca de 31 de marzo de 2001 (JUR 2001/156119), de la AP de Murcia (Sección 1ª) de 27 de marzo de 2001 (JUR 2001/170910) actuando de oficio al ser la sentencia incongruente con la situación de hecho de la convivencia del padre con el hijo a pesar de la atribución a la madre. No admitiendo la guarda compartida en la Sentencia de la AP de Cádiz (Sección 8ª) de 18 de enero de 2001 (JUR 2001/114629) o determinando la guarda y custodia del menor a favor del padre por ser ésta su voluntad en la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12ª) de 2 de junio de 1998 (Aranz. 1998/1249).

⁸⁸ Montero Aroca, J. (2001): 26. Claramente, en cuanto a la guarda compartida, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de mayo de 1999 (DER 1999/24119).

ajustada de tal criterio se debe atender objetivamente a la situación de hecho en concreto⁸⁹. Para tomar una decisión adecuada, el Juez puede valerse de los equipos socio-psicológicos, oyendo al menor en cuanto tuviera suficiente juicio —en todo caso, a partir de los doce años—. Aquí claramente se debe sopesar que, a partir del hecho negativo de la ruptura matrimonial, los padres deben dar a sus hijos un espacio físico y relacional estable y adecuado para ir desarrollando una personalidad sana y propia. Esta necesidad de bienestar del menor y en su equilibrio emocional se materializa en la realidad en una elección en donde se procura una alternativa menos mala⁹⁰. En nuestro caso, esta elección se ofrece entre los diferentes domicilios y momentos donde convivir con sus padres. Por otra parte, la vida relacional del menor se ofrece no sólo en los tiempos en donde está residiendo en un domicilio sino también en lugares de su propio entorno: propios de su edad —guarderías, escuelas u otros lugares de formación, o parques, jardines u otros lugares de ocio—, comunes a sus padres —vecinales o familiares—. En ellos se encuentran los referentes locativos de su desarrollo, en donde compartiendo el momento o no con sus padres, se encuentra con sus allegados y parientes. Por último, la guarda se ofrece como medio para el acceso a la formación y educación de los padres. Por lo que, atendiendo a los tiempos, vemos las mayores o menores influencias que tiene cada uno de ellos en el desarrollo de la personalidad. Es cierto que aquí solemos preponderar el criterio de la calidad sobre la cantidad, pero no debemos engañarnos de la importancia que tiene en la vida del menor la repetición o cotidianeidad de esquemas educativos.

Es decir, la guarda y custodia no pueden ser justificadas para alimentar la necesidad relacional de los padres con sus hijos que se realiza en el régimen de comunicaciones y visitas —tal como, por desgracia, solicitan las asociaciones de los padres— sino como mecanismo de cooperación de ambos progenitores o adoptantes en el mantenimiento de un mundo relacional afectivo del menor y/o incapacitado, así como de atención de otras necesidades, desde las alimenticias hasta las formativas. De modo que la guarda alterna opera como régimen adecuado si se procura tal cooperación en las situaciones descritas favorablemente por la jurisprudencia menor⁹¹. De ahí su carácter excepcional⁹²; ya desde el punto de vista de su apreciación presente como futura por los tribunales, ya desde la pers-

⁸⁹ El futuro es el referente, tanto el más inmediato como el más lejano, como nos propone Rivero Hernández, F. (2000): 919, si bien conviene comprender los criterios que deben ser atendidos en las Págs. 921 y 926. También Bermúdez Ballesteros, M.S. (001): 1866.

⁹⁰ *Ibidem*, Pág. 920.

⁹¹ Dice correctamente Tamborero y del Río, R. (2003): 517: «deberán los padres ser capaces de consultar y tratar mutuamente la evolución del menor en un entorno que le será más duro y complejo de lo que en muchas ocasiones puede preverse». Es más, cuando los padres provocan la situación de inestabilidad emocional del menor, se impone la separación del progenitor o progenitores: así, del padre en la Sentencia de la AP de Murcia (Sección 1ª) de 14 de marzo del 2001 (JUR 2001/170246).

⁹² Visto por Rivero Hernández, F. (2000): 929. Así es calificada por la jurisprudencia menor: entre otras, la Sentencia de la A.P. de Madrid (Sección 22ª) de 17 de febrero de 1998 (Aranz. Civ. 1998/4985).

pectiva de las circunstancias que lo posibilitan. Debe nacer sólo del acuerdo previo de los cónyuges⁹³.

En segundo término, el proyectado art. 92, apartado 6, impone que: «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los mayores de doce años y, si lo considera preciso, a los menores que tengan suficiente juicio, 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 para determinar su idoneidad con el régimen de guarda».

Es curioso el criterio de idoneidad impuesto que determina, a mi parecer, la necesidad de una cierta uniformidad de criterio en cuanto a la vida, convivencia, alimentación, educación y formación que obliga a una relación más o menos fluida y cordial de los padres. Por último, sería aconsejable una cierta proximidad de residencias para evitar problemas en cuanto a los hábitos, necesidades escolares y relaciones del menor. También resulta importante resaltar como se determina la audiencia a los menores en el proceso, tanto consensual como contradictorio, en donde se establezca la guarda y custodia compartida. Lo es por cuanto, este autor, no entiende la razón por la cual no deba llamarse en todo proceso al menor, siempre que tenga 12 años o suficiente juicio, para que indique cual es su voluntad sobre la atribución de la guarda y custodia a cualesquiera progenitores⁹⁴.

Por otra parte, el Juez no sólo debe controlar «*ab initio*» la adopción de la medida sino que, en el apartado séptimo, «adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido», lo que supone la posibilidad de pedir un seguimiento e informe a los servicios psicosociales del Juzgado de Familia o de la Administración de los Servicios Sociales para ver cómo se desarrolla la vida del menor en esta situación y el nivel de cumplimiento de los padres de sus deberes⁹⁵.

Por último, indica el párrafo octavo que, excepcionalmente —se entiende en situaciones de divorcio o separación contencioso en donde no hay acuerdo sobre

⁹³ Y así destaca lo que indica la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12ª) de 9 de enero de 2001 que niega la atribución alterna ya que considera que»: La pretensión de que se implante judicialmente la guarda compartida implica una contradicción en sí misma, de la que se deriva la improcedencia de tal medida, pues para ello se precisa una predisposición para el acuerdo de ambos litigantes y un compromiso de colaboración permanente, que es ajeno al sistema de imposición de autoridad propia de la regulación de las medidas de la separación por los cauces del pleito contencioso».

⁹⁴ Así en Sainz Torres, M. (2002): 217. En contra la Enmienda del Grupo Mixto Num.1 y 64 del Grupo Parlamentario catalán (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura de 15 de marzo de 2005, Seria A: Proyectos de Ley, Un. 16-8) que señala que la exploración judicial produce efectos negativos, por lo que debe reservarse a las situaciones que sean necesarias. Sin embargo, estas disposiciones convencionales a veces están fuera de lo que realmente ocurre.

⁹⁵ Con anterioridad a este precepto, ya había decisiones de la Audiencia que imponían el seguimiento: Así la Sentencia de la AP de Valencia (Sección 10ª) de 19 de mayo de 2004 (JUR 2005/2461) — en una situación de falta de capacidad educativa de la madre—, en la de la AP de Murcia (Sección 1ª) de 6 de noviembre (JUR 2002/40513), para un caso en donde el Tribunal examina las carencias que cada progenitor tenía en la formación de su hijo e imponía la necesidad de tratamiento y seguimiento. O en la Sentencia de la AP de Murcia (Sección 5ª) de 25 de junio de 2001 (JUR 2001/267070) para una situación de violencia doméstica en ambos hogares, tanto del padre como de la madre.

guarda y custodia— el juez puede atribuir conjuntamente la guarda y custodia a ambos progenitores, obligándoles a que sea alterna. Se indica que dicha posibilidad debe ser informada favorablemente por el Ministerio Fiscal. Es difícil que dicha medida pudiera ser considerada por el Juez, salvo en las situaciones en donde realmente no exista respecto a la guarda y custodia un conflicto real entre esposos, sino que éste se haya originado a partir de las posiciones de fuerza que se dan en todo proceso contencioso. Pero, sería necesario, primero, que hubiera uno al menos de ellos que lo solicitara⁹⁶ y, segundo, contar con un cierto criterio conciliador previo que atempere la solución dada, por cuanto de no ser así cualesquiera de los padres podrían desear romper el equilibrio planteado⁹⁷.

Para el criterio del autor, es innecesaria o contraproducente algunas de las consideraciones que hace el texto del Proyecto sobre situaciones de violencia doméstica. Así, cuando dice, en el apartado séptimo: «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». Dicho texto nacido a raíz de las discusiones de las asociaciones de mujeres separadas y «Themis»⁹⁸ es innecesario por cuanto, en ningún caso se podría atribuir al padre o madre la guarda y custodia del menor cuando estuviéramos en las situaciones delictuales descritas en la norma⁹⁹; es más, con buen criterio el Art. 65 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, el juez podrá suspender «el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera». Todo ello, sin perjuicio de que, condenado, se le pudiera imponer como pena la inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento —véanse los arts. 153, 171.4, 172.2 y 173.2 del Código Penal—. Es contraproducente por cuanto, al incluirlo en el supuesto de regulación de la guarda «compartida», parecería que está invitando al progenitor que no la desee a realizar denuncias falsas respecto a estos hechos, con la finalidad de cortar de raíz la pretensión procesal.

⁹⁶ Creo acertada la posición de la Sentencia de la AP de Guadalajara de 15 de julio de 1996 (Aranz. Civ. 1996/1314) que rechaza la misma por ser un argumento del Ministerio Fiscal y no de los padres. Sería absurdo que no partiera de ellos, por cuanto son los más adecuados para conocer los límites y necesidades que se impondrían de ser atribuida compartidamente la custodia.

⁹⁷ Estamos de acuerdo con Godoy Moreno, A. (2003): 339 cuando entiende que «. supondría introducir una fuente de conflictos adicional a las que de por sí se dan ya con los sistemas tradicionales de atribución de guarda y régimen de visitas». O De la Fuente, C: *La custodia compartida, ¿En beneficio de quien?* En <http://www.hera2001.com/custodiareponsable/noticiasD.asp?id=77>, También en la Enmienda Núm. 30 del Grupo Mixto y 40 del Grupo Parlamentario Vasco (BOCG, Congreso de Diputados, de 15 de marzo del 2005.

⁹⁸ Véase la noticia sobre la mesa redonda celebrada el 7/04/05 por la asociación de mujeres juristas Themis recogida en <http://www.hera2001.com/custodiareponsable/noticiasD.asp?id=83>, donde se recoge la intervención de Nicolás García Rivas catedrático de derecho penal que consideró que esta nueva medida puede favorecer la violencia contra las mujeres, ...la custodia compartida sin el acuerdo de los padres «puede favorecer un posible chantaje hacia la mujer para mantener la custodia».

⁹⁹ Así en la Sentencia de la AP de Álava (Sección 1ª) de 12 de marzo de 2002 (Aranz. Civ. 2001/786).