

La custodia compartida como alternativa legal (*)

por

SILVIA TAMAYO HAYA
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Cantabria

SUMARIO

JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA: EL PRINCIPIO DEL *FAVOR FILII* Y DE CORRESPONSABILIDAD.

EL FORTALECIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEY 15/2005.

ESPECIALES CAUTELAS.

LA DECISIÓN JUDICIAL SIN ACUERDO DE LAS PARTES.

SU ARTICULACIÓN.

Una de las piedras angulares de la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial y que mayores debates ha generado en la opinión pública es, indudablemente, el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados. En relación a este tema el legislador ha aprovechado para dar nueva redacción al artículo 92 (1) del Código Civil más ajustada a la realidad social del momento y que, con carácter general, podríamos tildar de oportuna.

(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Mediación en conflictos sociales y solución alternativa de controversias civiles» (SEJ 2006-14474) del Plan Nacional I+D del Ministerio de Educación y Ciencia.

(1) Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la LEC en materia de separación y divorcio, publicada en el *BOE* número 163 del día 9 de julio y que entró en vigor el día siguiente de su publicación (Disposición Final 4.ª). Frente a la parquedad normativa anterior, el nuevo texto dedica a la cuestión 6 apartados —del 4 al 9, ambos inclusive— del artículo 92 del Código Civil.

JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA: EL PRINCIPIO DEL *FAVOR FILII* Y DE CORRESPONSABILIDAD

El fin pretendido no es otro que procurar la mejor realización del beneficio e interés del menor que va a prevalecer frente al de los padres cuando exista alguna colisión entre dichos intereses, con la intención de que sufran lo menos posible la ruptura de sus progenitores y conserven lo más posible a ambos.

Se configura así como un derecho que tienen hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno-filial y materno-filial igualitaria, al que no se puede ni debe renunciar. Un derecho que nace de la familia y no del matrimonio; lo que supone que los derechos y responsabilidades de cada uno tras la crisis conyugal deben ser iguales a los que se tenían con anterioridad. Se prima así el aspecto obligacional de las relaciones paterno-filiales. Ambos progenitores han de ser conscientes de que las crisis familiares no les eximen de sus obligaciones con los hijos (2) —incluso podría decirse que aumentan—; su responsabilidad continúa, con mayor diligencia si cabe, después de la ruptura matrimonial, tal y como pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos y recuerda el artículo 92.1 del Código Civil (*«La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos»*) (3).

De este modo se fomentan las relaciones de familia en libertad en el sentido de que se otorga a los progenitores la posibilidad de decidir su propio modelo de convivencia en plenas condiciones de igualdad; se busca que compartan de manera efectiva y responsable un rol sin que se dé una superioridad jerárquica de uno sobre el otro. Y al mismo tiempo se apuesta por la igualdad de derechos y oportunidades de la mujer que paulatinamente deja de ser la única responsable del cuidado de los hijos a medida que se va incorporando al mercado laboral. El grado de corresponsabilidad se ha ido incrementando en los últimos años en condiciones de paridad de cara a la atención y

(2) Este principio había quedado ensombrecido por la redacción del párrafo primero del artículo 90, «determinar al cuidado de cuál de los progenitores quedaban los hijos tras la ruptura», por la discriminación hacia el cónyuge «apartado de los hijos» del artículo 103.1 y por el primer inciso del último párrafo del artículo 156, que dispone que «si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva», que indirectamente potenciaban la desvinculación de uno de los progenitores.

(3) Como consecuencia de la no exención de sus obligaciones, los padres deberán contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos, a cuyo fin el juez determinará la proporción en que deberá hacerlo cada uno de ellos, así como las medidas para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Si se tratara de hijos mayores de edad o emancipados, que convivieran en el domicilio conyugal, y carecieran de ingresos propios, el juez fijará los alimentos que les sean debidos de acuerdo con los artículos 142 y sigs. del Código Civil, según establece el artículo 93 del Código Civil.

cuidado de los hijos. Es una realidad innegable y el ordenamiento debe contener una previsión legal que lo contemple coadyuvando a la consecución de una sociedad más igualitaria.

Es importante en este tema hacer hincapié en el principio del *favor filii*, al cual se han referido ya numerosísimas sentencias (4). El beneficio de los hijos es una finalidad común para el conjunto de relaciones paterno-filiales y tiene su reflejo, como no podía ser de otra forma, en las crisis conyugales. Estamos ante un principio acorde con la tradición de la familia española, que ha tenido incluso reconocimiento internacional (5).

(4) SSAP de Huesca, de 31 de marzo de 1995 (AC 561); AP de Castellón, de 7 de octubre de 1998 (AC 7583); AP de Granada, de 20 de enero de 1998 (AC 3185); AP de Zaragoza, de 9 de febrero de 1998 (AC 3232); 17 de marzo de 1999 (AC 549); AP de Palencia, de 10 de febrero de 1999 (AC 681); AP de Valencia, de 22 de abril de 1999 (AC 4941); AP de Guipúzcoa, de 14 de abril de 1999 (AC 468)... Recientemente la SAP de Baleares, de 29 de junio de 2005 (*JUR* 190190), concede la custodia compartida en base al *favor filii* al que considera como un criterio teleológico de interpretación reconocido en los artículos 92, párrafo segundo, 96 y 103 del Código Civil.

(5) Ante la confrontación de dos derechos fundamentales: el del hijo a preservar su relación con sus dos progenitores y el derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus vástagos recogido en la Constitución, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos, según el Código Civil: ¿cuál ha de primarse?

La Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, nos daba la respuesta: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Por tanto, este principio será el criterio informador de toda medida judicial o administrativa a tomar (art. 3), y la preocupación esencial en el ejercicio de la patria potestad (arts. 9 y 18).

Apareció por primera vez esta expresión en la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, en la que aunque no se daba una definición de lo que se había de entender por tal, subrayó en su artículo 10, que el niño «debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes». De igual modo, la Resolución de 29 de mayo de 1987, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, subrayó que: «en todos los casos, el interés de los hijos debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos...». También el Consejo de Europa, en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Guarda de Niños y el Restablecimiento de la Guarda de Niños de 1980, basa su contenido en que la institución de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de decisiones concernientes a la guarda de un niño tendrá por efecto asegurar una mejor protección del interés del mismo. En el mismo sentido la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, etc.

Además, este principio básico de protección del menor aparece recogido no sólo en los convenios internacionales sino también en la propia normativa interna española: artículo 39 CE; en numerosos preceptos recogidos a lo largo del articulado del Código Civil (arts. 103 y 156); en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor —especialmente arts. 2 y 11.2— que configuran el interés superior del menor como princi-

Pues bien, se va a convertir éste en el principio rector de esta materia; constituye el límite y punto de referencia último de la institución y de su propia operatividad y eficacia. De hecho, como tendremos oportunidad de analizar, el legislador se refiere a él en diversas ocasiones (apartados 4, 6, 8 y 9 del art. 92 del Código Civil). Se configura como la finalidad a perseguir a la hora de adoptar cualquier decisión o medida; esto es, como un criterio teleológico de interpretación normativa que debe presidir la aplicación de la ley en este ámbito.

Su fundamento no es otro que hacer efectivo el libre desarrollo de la personalidad del menor, de tal manera que pueda ir labrándose su futuro opinando sobre lo que le conviene. En este sentido, el interés del niño no tiene porqué coincidir con el de los padres, ya que lo importante no son los derechos de éstos sino los de aquél.

No obstante, no se han hecho mayores precisiones respecto a qué entienden nuestros tribunales por dicho interés; es un concepto fácil de pensar en él, pero complicado de aplicar. Y es que no es sencillo delimitarlo, ya que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que debe ir perfilándose en cada caso concreto en atención a las circunstancias personales y familiares. Ello implica la realización de una labor hermenéutica por parte del juez de forma discrecional —que no arbitraria—. Lo cual es de aplaudir ya que, fuera de concepciones rígidas, la ambigüedad del concepto va a permitirle acercarse a la verdadera situación del niño para decidir aquello que le es más favorable. Es un concepto flexible, pues, que permite su concreción en cada caso y para cada menor (6).

Estamos, por consiguiente, ante una cláusula abierta que tiene como destinatario no tanto a los padres sino al juez. Qué queremos decir con ello: Es cierto que en un primer momento serán los padres quienes, en ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, decidan cuál es el interés del

pio general de cualquier medida a adoptar que concierna a éste. Se establece que primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y se conecta además con su personalidad que debe respetarse para conseguir su desarrollo integral. Todo lo cual lleva al legislador de 1981 a introducir la novedad de que los hijos que tengan suficiente juicio han de ser siempre escuchados antes de adoptar decisiones que les afecten; criterio que se mantendrá en las posteriores reformas.

Incluso en la Constitución Europea se había incluido un artículo, el II-84, dedicado específicamente a los derechos del niño, donde se ponía de relieve el interés superior del menor.

En definitiva, se configura el interés del menor como fundamento último de toda normativa, tanto interna como internacional, relativa a su protección.

(6) En este sentido, la STS de 31 de diciembre de 1982 (*RJ* 7988) ponía de manifiesto el carácter subjetivo del beneficio del menor: «En atención a lo cambiante de las circunstancias económicas, conducta de los padres, singularmente la del encargado de la custodia del hijo, evolución somática y psíquica del menor que se traduce en convenientes variaciones de su entorno, etc.».

menor. No obstante, estamos ante una presunción *iuris tantum* que puede quebrar en aquellos casos en que los propios hijos o el juez determinen un interés distinto. He aquí el papel de la intervención pública, no para suprimir los derechos individuales, sino para realizarlos, permitiendo la existencia de un mecanismo de correcta protección de los intereses del menor, cuando éstos no sean contemplados por quienes ejercen las funciones tuitivas. Y para ello, la autoridad judicial va a tener, en todo caso, la última palabra, por encima e, incluso, en contra, del propio acuerdo de los padres.

Todas estas consideraciones tienen su reflejo en la Exposición de Motivos (7) que justifica la reforma con base en los principios relativos al *favor filii* y en el fomento de la corresponsabilidad en el ejercicio de dichas funciones por parte de los progenitores, a los que exige un mayor grado de diligencia y atención, si bien se trata de criterios de actuación que ya existían en nuestra legislación.

EL FORTALECIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Queda también patente el principio de fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Se refuerza el acuerdo y decisión de éstos en cuanto les corresponde decidir sobre el ejercicio de la patria potestad, así como sobre la guarda y custodia de los hijos menores, siendo la propuesta de convenio regulador el mecanismo oportuno para esta determinación; si bien, pretendiendo potenciar la custodia compartida en el seno de los procesos consensuales, no se fija la necesidad de que el convenio fije detalladamente las condiciones de este régimen.

El derecho español distingue con claridad entre la titularidad y ejercicio de la patria potestad y el ejercicio de la guarda y custodia.

Lo normal es que la titularidad de la patria potestad sea conjunta. Por ello el progenitor que no conviva (8) tendrá que ser consultado por el conviviente

(7) «...Esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores e incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de un beneficio e interés y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad».

(8) Se modifica levemente la redacción del artículo 103.1 del Código Civil para suprimir la referencia al «cónyuge apartado de los hijos» y ser sustituida por aquella otra del «cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos», tratando de evitar las connotaciones negativas que ofrecía dicha expresión.

Del mismo modo, el párrafo A) del artículo 90 disponía que en el convenio regulador se habría de determinar la persona a cuyo cuidado quedaban los hijos. Con la reforma se habla de regular «el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad».

en la adopción de las decisiones más trascendentales y sólo podrá ser privado de ella cuando se aprecie en el proceso causa que lo justifique (art. 92.3 del Código Civil) (9). Es decir, el no tener asignada la guarda y custodia de los hijos no significa que se esté privado de la patria potestad, sin perjuicio de que, si después se revela causa para su privación en el proceso, así se decrete por el Juez en la correspondiente sentencia, pudiéndose recuperar cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación (art. 170 del Código Civil).

Lo que ocurre es que, aunque del proceso no se derive ninguna razón para privar a los padres de su autoridad sobre los hijos, de suerte que, de acuerdo con el artículo 154 del Código Civil, ésta corresponderá conjuntamente al padre y a la madre, es lógico que, desaparecido el hogar familiar común, se divida el ejercicio de la patria potestad.

Por su parte, la guarda y custodia viene a configurarse como el derecho de los progenitores a estar en compañía del menor, elemento integrante de la patria potestad. Si bien no contamos con una definición concreta de la misma, supone encomendar el cuidado directo del niño, la convivencia y contacto continuado con él, a uno de los progenitores, dado que la falta de convivencia entre los padres impide que tal tarea sea desempeñada por los dos. Se identifica con la atención diaria, que se ejerce a través de la convivencia habitual, la cual se diferencia del resto de derechos y deberes que componen el ejercicio de la patria potestad y que competen a ambos progenitores, tenga quien tenga la custodia. Aún cuando la custodia legalmente venga atribuida de forma exclusiva a uno de los progenitores, el otro progenitor la tiene en el ejercicio de los derechos de visita que le vienen reconocidos en el convenio o en la sentencia.

En la práctica, guarda y ejercicio de la patria potestad tienden a identificarse, dado que suele otorgarse el ejercicio de forma exclusiva al guardador. No obstante, hay que deslindar ambos conceptos. La guarda y custodia comprende el cuidado directo del menor, lo cual exige la convivencia; son situaciones que se derivan de la convivencia diaria. Por el contrario, las cuestiones que no tienen relación con el cuidado y la convivencia exceden del ámbito

En cualquier caso se echa de menos un tratamiento sistemático de la nueva visión del ejercicio de la patria potestad cuando los padres viven separados, en sede de la regulación específica de ésta, es decir, en el Título VII del Libro I del Código Civil, relativo a las relaciones paterno-filiales. Da la impresión de que las nuevas orientaciones no afectan a las crisis de parejas no matrimoniales, ni a los hijos habidos fuera del matrimonio, cuando la Ley no hace distinción.

(9) Esta causa será, según el artículo 170 del Código Civil, previo incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

En este sentido, indica la Exposición de Motivos, que cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés.

de la guarda y pertenecen al ámbito del ejercicio. Son decisiones de mayor importancia o trascendencia para la vida del menor, o cuestiones que no requieren la cercanía o inmediación de la convivencia.

Pues bien, analizadas estas ideas previas, en la nueva Ley por lo que al ejercicio se refiere, se ha mantenido prácticamente el sistema anterior, reforzándose la libertad de decisión de los padres (así lo manifiesta la propia Exposición de Motivos). Se les confiere, siempre en atención al beneficio del menor, la facultad de pactar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos o bien a ambos de forma compartida (art. 92.4, siguiendo el criterio del artículo 156 del Código Civil: «*Las partes podrán acordar en el convenio regulador, o el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges*»). A falta de acuerdo, y bajo el mismo criterio —el interés de los hijos—, en los procesos incoados a instancia de uno sólo de los cónyuges y en atención a lo solicitado por una de las partes, puede el juez adoptar una decisión con ese mismo contenido. Ciertamente podemos pensar que la modificación es más aparente que real ya que *si puede acordarse*, la interpretación lógica es que también puede no acordarse y consecuentemente, permitir que el cuidado de los hijos siga correspondiendo conjuntamente a ambos progenitores. Ahora bien, esta mención parece transmitir a ambos progenitores que su responsabilidad para con los hijos continúa tanto en el ejercicio de su patria potestad como en la custodia de sus hijos (10), al tiempo que refuerza de alguna manera la autonomía o libertad de decisión de los cónyuges, pues en cierto modo influyen en la decisión judicial, la cual deberá fundamentar una decisión contraria a lo acordado por éstos ante la existencia de algún grave perjuicio al interés del menor que pueda derivarse de ese acuerdo. En cualquier caso se trata de una autonomía limitada, al ser una materia indisponible o de disponibilidad restringida, regida por el principio de prevalencia del interés de los hijos, lo que permitirá al juez denegar la aprobación del convenio si lo estima lesivo al interés de éstos, sin necesidad siquiera de que el perjuicio que pueda derivarse sea grave. Sigue siendo, por tanto, una materia en la que se confiere al juez un gran margen de discrecionalidad.

(10) Establecía gráficamente la STSJ de Navarra, de 11 de junio de 1995 (*RJ* 5188), que «la patria potestad es una función al servicio del hijo y no un derecho a ejercer la autoridad paterna». Se concibe, pues, la patria potestad como una función al servicio de los hijos que entraña, básicamente, deberes para los padres, dirigidos a prestarles asistencia de todo tipo. Se constituye no como algo meramente facultativo para su titular, sino como algo obligatorio para quien la ostenta (irrenunciable, imprescriptible e indisponible).

Y lo mismo podemos decir respecto a la guarda y custodia: SAP de Valencia, de 12 de julio de 2005 (*La Ley* 2043183). El derecho de visitas del progenitor no custodio constituye no sólo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores.

Ergo, la patria potestad va a resultar un concepto vacío si no está asociado a la custodia de los hijos. Ésta, como decíamos, conlleva la determinación del progenitor que va a convivir con el menor y que va a hacerse cargo de las tareas cotidianas relativas a su educación y control. Aunque la legislación establece que cualquiera de los cónyuges pueda optar por igual a ella, de facto, en la mayoría de los casos se adjudica a la madre por la idea de que los menores están mejor en su compañía y cuando son menores de siete años, la asignación es prácticamente automática (11), salvo que el juez por motivos especiales proveyere de otro modo.

Esta materia se reguló originariamente bajo criterios culpabilísticos, concediéndose a modo de premio la custodia de los hijos al cónyuge inocente al tiempo que tal circunstancia se instituía en castigo para el cónyuge al que se reputaba culpable del fracaso matrimonial. La culpabilidad del cónyuge venía así a justificar que éste quedase alejado de la prole. La Ley del divorcio rompe con dicho esquema abandonando el criterio culpabilístico en la guarda y custodia de los hijos menores (lo mismo que la buena o mala fe en la nulidad matrimonial) y establece una norma de derecho cogente o imperativo cual es el *favor filii* como el criterio a seguir en materia de atribución de custodia (12). Ahora bien, el concepto de interés del menor es un concepto relativo al que se dota de contenido según las circunstancias de cada momento. Consecuentemente, el marco de discrecionalidad judicial es amplio y además, en cierta forma, se sentía condicionado por la propia regulación legal existente que, aunque no descartaba soluciones compartidas de custodia, no las citaba expresamente. Todo ello trajo como consecuencia el desarrollo en

(11) Con anterioridad a la Ley del Divorcio de 1981, tanto el criterio del sexo como el de la edad fueron criterios determinantes para la atribución de las funciones de custodia. Fue el antiguo artículo 92.2 del Código Civil quien eliminó el límite de edad de los hijos en cuanto a la atribución de la guarda y custodia. Sobre el tema, la SAP de Las Palmas, de 23 de julio de 1998 (AC 6869): Los criterios legales y jurisprudenciales para conferir la guarda y custodia a uno de los progenitores han cambiado a la luz de la igualdad de derechos y deberes que proclama la CE, siendo también reflejo de una realidad social en la que cada vez más se intercambian con más frecuencia entre ambos progenitores las diversas funciones de la vida familiar, y fruto de lo cual ha sido la desaparición del precepto legal que obligaba a otorgar a la madre la custodia de los hijos menores de siete años.

(12) Así lo puso de manifiesto la SAP de Castellón, de 7 de octubre de 1998 (AC 7583): «Nadie duda de que la Ley 30/1981, de 7 de julio, alteró sustancialmente el criterio determinador de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en casos de crisis matrimonial, de tal manera que de concebirse como un premio o castigo a los esposos en atención a la relación matrimonial en sentido estricto, pasó a considerarse exclusivamente en interés de los hijos y en el mantenimiento de la unidad familiar dentro de lo posible. Dicho cambio, del que es muestra el artículo 92.2 del Código Civil, en cuanto establece que las medidas judiciales sobre el cuidado y atención de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, se reforzó aún más tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, en la que se expone que primará el interés de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

la práctica de un modelo que ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. Mientras tanto, al otro cónyuge se le reconoce un régimen de visitas; uno se queda con los hijos y otro puede verlos; uno los gana y otro los pierde, podríamos decir; uno tiene la custodia y otro las visitas, ¿qué padre visita a su hijo nos podríamos preguntar? (13).

El fundamento de esta atribución exclusiva radica en que no es posible que el hijo pueda seguir manteniendo un contacto habitual con ambos padres. No obstante, esta situación puede no resultar idónea a la vista de las circunstancias concurrentes. Además de su concesión se hacen depender otras medidas generadoras de un alto grado de conflictividad (atribución de la vivienda, designación del deudor de alimentos), pues, como sabemos, el hecho de que la custodia de un hijo comporte la concatenación de una serie de efectos económicos, hace que la batalla por los hijos sea la pantalla donde se ocultan otros intereses. Por todo ello no se presenta como la situación más acorde.

Esta forma de proceder produce un enorme temor en ambos progenitores de perder a los hijos (14) y les aboca a una lucha por el derecho a convivir con ellos que degenera en muchos casos en una guerra y crea el caldo de cultivo para gran parte de la violencia doméstica. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse. Es absurdo suponer que siempre tiene que ser la madre o el padre el que tenga la custodia. Esto, posiblemente fue válido para una época en que la mujer tenía el mayor tiempo para los hijos, sin embargo hoy, cuando ambos deben repartirse entre sus obligaciones personales y familiares, el criterio debe revisarse. Además, nadie duda de la importancia de ambos progenitores para la educación de sus hijos. En efecto, si bien con anterioridad se buscaba al progenitor más adecuado para ejercer la custodia con independencia, salvo causas excepcionales, de los motivos de la separación, en la actualidad, sin embargo, fruto de un cambio sociológico, esta idea se ha ido superando de tal modo que nadie duda hoy de la necesaria presencia de ambos progenitores en la vida del menor. De ahí que la Ley ofrezca otras posibilidades que permitan a los padres de común acuerdo, o en su caso al juez a instancia de uno de ellos, acordar modalidades de custodia dirigidas a promover un reparto de períodos de convivencia y de responsabilidades entre

(13) En este sentido, el artículo 90 del Código Civil que antes se refería a la determinación en el convenio regulador del «régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos», ahora elimina la expresión régimen de visitas y dice: «el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos».

(14) La manipulación del menor para ponerlo en contra de uno de los cónyuges llega en algunos casos al límite de provocar rechazo en lo que se denomina «síndrome de alienación parental». Una custodia compartida, sin embargo, podrá evitar que los niños puedan ser manipulados o utilizados como arma arrojadiza por ninguna de las partes.

ambos progenitores para que ni los hijos vean fracturada su relación con los progenitores ni los progenitores se vean excluidos del ejercicio de sus derechos y deberes.

Es en este punto donde la legislación, a pesar de no dar el paso definitivo de reformar de una vez por todas el polémico régimen de visitas claramente limitativo del derecho del progenitor no conviviente, se muestra más innovadora. Y así, sobre la base del artículo 159 del Código Civil, se recoge como novedad legislativa la posibilidad de optar por lo que se denomina «guarda y custodia compartida» (15), máximo exponente del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad que debe existir entre los esposos, que refleja un reconocimiento equitativo de la idéntica capacidad de ambos padres. Los cónyuges podrán decidir a quién se atribuye la guarda y custodia de los hijos comunes estableciendo la modalidad que estimen más conveniente, incluso en el transcurso del procedimiento: si se ejercerá sólo por uno de

(15) Es la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 la que, por primera vez, introduce en un texto legal el término guarda y custodia. Sin embargo, lo que no decían expresamente los textos legales antes del año 2000, sí que era recogido de forma continua por la jurisprudencia.

No existe unanimidad en cuanto a la terminología a utilizar. En este sentido se estima incorrecto referirse a guarda conjunta en cuanto la compañía no se puede ejercitar conjuntamente salvo que los padres emprendan una convivencia de hecho después de la resolución judicial (SAP de Las Palmas, de 17 de mayo de 2004 (*JUR* 205252); SAP de Las Palmas, de 15 de julio de 2004 (*JUR* 270132)). De ahí que parezca más adecuado el término custodia compartida en alternancia (SAP de Córdoba, de 1 de marzo de 2004 (*JUR* 125769)). Por su parte, una parte de la doctrina, a semejanza de lo que ocurre en Francia, aboga por la expresión custodia alternativa o residencia alternativa, ya que sólo podría compartirse la custodia cuando los cónyuges vivieran juntos. Y en esta línea se dirigieron también en su momento alguna de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley (La modalidad de guarda conjunta es una entelequia que sólo puede tener lugar cuando los padres convivan. Sólo puede suponer que la potestad sobre la responsabilidad de los hijos se comparta, sin hacerse referencia a la simultaneidad de éstos en el cuidado. Es por lo que se estima más oportuno el concepto de guarda alternada, que sí responde a la solicitud de que ambos puedan hacerse cargo del cuidado conforme a las concretas coordenadas espacio-temporales. Así estaríamos ante una guarda sucesiva, consistente en que el hijo conviva con cada progenitor por períodos alternos o sucesivos de tal forma que el guardador será el padre o la madre, dependiendo del período en que se trate). Otros prefieren hablar de responsabilidad o tiempo compartido, de tal modo que el menor viva con uno de los cónyuges y que el otro participe al máximo en la vida del niño, que tenga tanto contacto y relación como sea posible.

La confusión terminológica se traslada al terreno legal: El preámbulo habla de «ejercicio de forma compartida», «guarda conjunta» y «guarda y custodia compartida». En ningún caso se facilitan definiciones o se hace referencia a posibles contenidos. En cualquier caso, el legislador utiliza todos estos términos como términos intercambiables. Ciertamente, se estima, que la Ley debería haber sido más cuidadosa con el vocablo empleado atendiendo fundamentalmente al principio que se trata de implantar, cual es, la corresponsabilidad en el ejercicio de las funciones parentales. Es por lo que parece quizá hubiera sido más idóneo el término «responsabilidad parental» en la línea con el Derecho europeo, acorde con el Reglamento (CE) 2201/2003, en pleno vigor desde marzo de 2005.

ellos o bien por ambos de forma compartida repartiéndose las funciones que lleva implícita.

Se trata ésta de una de las cuestiones más delicadas y difíciles de resolver en las crisis conyugales que tantas opiniones encontradas ha suscitado. Con todo, hoy por hoy, ningún obstáculo legal impide la custodia compartida; su rechazo devendrá, como veremos, de la utilización de criterios extrajurídicos.

Dispone al respecto el artículo 92.5 del Código Civil que: *«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»*.

En este sentido, caso de tratarse de una separación o de un divorcio de mutuo acuerdo (arts. 81.1 y 86 del Código Civil), «se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando así lo soliciten los progenitores en la propuesta de convenio regulador (apdos. 4 y 5). La misma decisión podrán alcanzar «durante el transcurso del procedimiento»; en cuyo caso podemos pensar en la transformación de un procedimiento contencioso (arts. 81.2 y 86 del Código Civil) en uno de mutuo acuerdo, o bien en la continuación del contencioso, pero habiéndose alcanzado acuerdo en este punto, donde puede tener una gran incidencia la mediación familiar (16). En definitiva, adopción de este sistema cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo a lo largo del procedimiento.

No obstante, esta aparente capacidad de disposición no nos ha de llevar a engaño. Es cierto que de la literalidad del apartado 5 del artículo 92 del Código Civil parece desprenderse que solicitado por los padres este régimen, el juez deberá acordarlo —dice «se acordará»—. Sin embargo, el análisis del apartado 6 nos lleva a una solución distinta, pues el juez la puede denegar apreciando los informes y el resultado de la audiencia al menor; y lo mismo se desprende del apartado 9 en el que se faculta al juez para que recabe, de oficio, el informe de especialistas debidamente cualificados relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia. Por consiguiente, es el juez quien en último caso tenga que sopesar discrecionalmente la oportunidad de esta medida con base en el principio esencial que rige en esta materia, cual es el interés del menor.

Señalar además que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 103.1 en su párrafo 2.º del Código Civil, en redacción dada por la Ley 42/2003, de 21

(16) Este pacto podrá venir bien porque se haya suspendido el procedimiento para acudir a un sistema de mediación familiar, o porque el juez, en la labor que le encomienda el artículo 770 y 771 LEC en el proceso contencioso, pueda conseguir ese acuerdo de los progenitores sobre la custodia.

de noviembre, de modificación del Código Civil y de la LEC en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se contempla la posibilidad de que *«excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos (17), parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez»*. En cualquier caso, se trata siempre de una decisión excepcional y extraordinaria marcada por la incapacidad de ambos progenitores y lleva consigo, normalmente, una posterior resolución administrativa de desamparo. En estos casos conviene que el ejercicio de la patria potestad se establezca también a favor del tercero que asume la guarda y custodia.

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEY 15/2005

Se da así un tímido paso de introducir por primera vez el concepto de custodia compartida, sin desarrollo ni contenido práctico alguno. No se trata de una modalidad desconocida en el Derecho Comparado (18) ni tampoco en

(17) En concordancia con esta medida el artículo 90, a propósito del convenio regulador, en su letra B, contempla expresamente la posibilidad de que, si se considera necesario, se pueda establecer un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, teniendo siempre en cuenta el interés de aquellos. Asimismo, el artículo 94.2 prevé que el juez pueda determinarlo.

No obstante, en los dos años de vigencia de la Ley, hay que reconocer que la incidencia práctica puede considerarse escasísima.

(18) Si la nueva Ley potencia la custodia compartida no hace sino seguir la línea de lo que viene ocurriendo en otros países del entorno europeo y del Reglamento de la Unión Europea 2201-03.

Poco a poco se han ido abriendo las puertas a su admisión, si bien es vista con recelo por la mayoría de los ordenamientos, incluso por los más progresistas o avanzados. Surge en el Derecho anglosajón, en especial en EE.UU. (California), en la década de los sesenta, siendo posteriormente adoptado por más de treinta Estados miembros de la Unión. En Francia (Ley sobre Autoridad Parental —2002—), lo normal es que se atribuya a uno sólo de los padres, salvo que la custodia compartida sea acordada conjuntamente por ambos y el juez no estime ese acuerdo contrario al interés del menor. Sin embargo en este país, a diferencia de España y pese a ponerle como modelo, la reforma se lleva a cabo en el seno de una Ley sobre los nuevos derechos de la familia. En concreto el artículo 373.2.9 del Code establece que «la residencia de los niños puede ser fijada en régimen de alternancia en el domicilio de cada uno de sus padres o en el domicilio de uno de los progenitores». Para su decisión, el juez puede o bien homologar el acuerdo de los padres, o en su caso, a petición de uno de los progenitores, en el caso de que esta solicitud no vaya seguida del acuerdo del juez —valorando el interés superior del menor—, puede acordar el régimen de residencia en alternancia a título provisional por una duración que debe ser determinada en la decisión jurisdiccional. La Ley no fija la duración máxima de este período de prueba que puede corresponder a un año escolar, a título de ejemplo. En cualquier caso, al término de este período de prueba, el juez decide definitivamente sobre la residencia en régimen de alternancia de los niños. En Italia, por su parte, resulta fundamental la Ley n.

nuestro ordenamiento pues, si bien no aparecía como tal prevista en el Código, ya en la práctica se iba abriendo camino por los tribunales.

¿Cuál podríamos decir ha sido la tendencia jurisprudencial hasta el momento en relación a este tema?:

1. Partiendo de que toda decisión tiene como eje central preservar el interés superior del menor, nos encontramos por una parte con una línea jurisprudencial que aboga por la atribución de la custodia a uno de ellos, otorgando al otro un amplio derecho de visitas. Dada la reticencia de los tribunales a la custodia compartida y con el fin de no salirse de lo dispuesto por el ordenamiento, ha supuesto ésta una opción intermedia para aquellos casos en los que las condiciones de la pareja eran óptimas. En estos supuestos el mayor problema que se plantea será reforzar las cautelas para que el progenitor no conviviente no ponga trabas al ejercicio de este derecho por el otro progenitor, pues no hay que olvidar que constitucionalmente (art. 27.3 CE) los progenitores tienen un poder de intervención prioritario en el cuidado y asistencia de los hijos.

En esta línea, ejemplificativamente, la SAP de Valencia, de 19 de diciembre de 2002, en la que se opta por un régimen amplio de visitas, dados los problemas que la custodia compartida ha acarreado.

SAP de Valencia, de 21 de julio de 2005 (*La Ley* 2043192): Se desestima la guarda y custodia compartida pedida en una modificación de medidas, atribuyéndosela a la madre en exclusiva, dado el Informe negativo del Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia. Se opta por ello por una ampliación del régimen de visitas del padre por el deseo de la menor de mantener un contacto más equitativo con sus dos progenitores.

SAP de Valencia, de 12 de julio de 2005 (*La Ley* 2043183): El derecho de visitas del progenitor no custodio constituye no sólo un derecho sino también

54 de 2006, de 8 de febrero (en vigor el 16-3-2006) que introduce la custodia compartida como regla general. En su artículo 1 el legislador ha rediseñado toda la materia relativa a las relaciones entre los hijos y los padres en la separación y divorcio; en particular sustituyendo el artículo 155 anterior e insertando los artículos 155-bis a 155-sexies. En Suecia también se admite la posibilidad de guarda compartida en cuanto que se entiende que ninguno de los padres es más idóneo por razón del sexo (si bien admite prueba en contrario); no obstante, la jurisprudencia, en la práctica tiende a atribuir la custodia de los hijos de corta edad a la madre. En Canadá se cuenta con un informe del Comité conjunto sobre custodia compartida y próximamente se promulgará una nueva ley del divorcio que la consagra de modo expreso. En Puerto Rico también existe una ley de custodia compartida, entendida como principio favorable al menor recayendo la carga de probar su inconveniencia en quien se opone a la medida. En Dinamarca, la atribución se hace a uno de los progenitores, pero sin tener en cuenta las causas de separación o divorcio. En Bélgica, por Ley de 18 de julio de 2006, se ha introducido y privilegiado la custodia paritaria: basada en la doble residencia, inspirada en los mismos conceptos de la ley francesa sobre la residencia alternada pero más avanzada que ésta, porque prevé, además, que los tiempos de permanencia con las dos partes sean equilibrados.

un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida amplia y habitual con ambos progenitores. ...Las medidas de inflexibilidad, de limitación o de restricción tanto en el tiempo como en la forma de llevar a cabo la relación paterno-filial, sólo debe adoptarse cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen, que resulten debidamente acreditadas, y de las cuales pueda desprenderse un temor razonable de que la comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, pudiera constituir un riesgo o perjuicio para la adecuada formación, educación o salud física y mental del hijo.

Abundan en esta idea las SSAP de Barcelona, de 26 de abril de 2004 (*JUR* 150769); AP de Barcelona, de 1 de junio de 2004 (*JUR* 209241); AP de Las Palmas, de 17 de mayo de 2004 (*JUR* 205252); AP de Álava, de 8 de octubre de 1997 (*AC* 2014)...

Con este sistema, si bien se ha conseguido un logro loable, cual es el reparto de los tiempos de convivencia, sin embargo, no se ha dado el paso definitivo de repartir también las responsabilidades; y ello con una consecuencia fundamental: se consigue la presencia física del padre visitante, pero sigue siendo el padre custodio el encargado de forma exclusiva del control y educación, sigue siendo el deudor de alimentos y el que tiene que abandonar el domicilio familiar (19). Por el contrario, una custodia compartida supone una corresponsabilidad parental, el reparto de la convivencia, resolviendo en cada caso las condiciones económicas, pero dejando al margen cualquier posibilidad de beneficio económico atribuido automáticamente a uno de los padres.

Como podemos comprobar, la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores tiene importantes connotaciones patrimoniales. El hecho de optar por una custodia compartida condiciona el resto de medidas a adoptar, fundamentalmente por lo que se refiere a la pensión de alimentos y al uso de la vivienda: Ya el Informe del CGPJ al Anteproyecto con relación a la vivienda familiar puso de manifiesto que sería oportuno dar una nueva redacción a los artículos 96 y 103.2 del Código Civil para ponerlos en concordancia con la nueva regulación de la custodia compartida.

Respecto al primer punto, ciertamente la regulación de la vivienda familiar en el artículo 96 del Código Civil ha favorecido el sistema de custodia unilateral. En este sentido, la reforma se ha quedado corta ligando el uso de la vivienda a la custodia de los hijos «sin excepciones», cuando en realidad

(19) En este sentido se piensa que los niños vienen con un pan bajo el brazo. De ahí que muchas veces se solicite la custodia para quedarse con la vivienda. Se puede llegar a pensar que estas posiciones están más relacionadas con la posibilidad de poder ahorrarse gastos de vivienda habitual, disminuir la cuantía de las pensiones de alimentos y poder beneficiarse de las deducciones fiscales relacionadas con las responsabilidades familiares que con el bienestar de los menores. Es por lo que parece más adecuado al respecto lo dispuesto por el Código Civil catalán al hablar de uso «preferente» de la vivienda para quien tiene la custodia.

ya no existe una razón objetiva para atribuir a uno de ellos la vivienda por razón de la necesidad familiar. En estos casos, salvo que la vivienda sea propiedad privativa de uno de ellos o provenga de algún título de ocupación anterior al matrimonio, se ha de alcanzar un acuerdo para su liquidación. De existir este acuerdo entre los progenitores no habrá mayores problemas ya que el propio artículo 96 establece la prioridad del pacto. El problema devendrá en aquellos casos en que con posterioridad se planteen problemas para el efectivo ejercicio compartido de la custodia y se tenga que proceder a distribuir las funciones o asignarlas a uno solo de los progenitores, en cuyo caso, la vivienda familiar ya no existirá. De ahí que haya de tenerse precaución para que esta institución no se utilice fraudulentamente con estos fines.

Mayores problemas se presentan cuando no se llegue a ningún acuerdo respecto al derecho de uso. En estos casos sería razonable que pudiera flexibilizarse la interpretación imperativa del artículo 96.1 y en cada caso el tribunal acordara con respecto a la medida la solución que considerara más adecuada. Habrá que tener en cuenta los períodos que los hijos van a pasar con cada uno de los progenitores y la duración de los mismos, la situación económica de los mismos... para así resolver en cada caso lo que resulte mejor.

En definitiva, parece procedente evitar el automatismo en la aplicación del artículo 96 y aplicar analógicamente a la custodia compartida lo dispuesto en el artículo 96.2 cuando existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro. Debe atenderse, en primer lugar, al interés más necesitado de protección, lo que no implica que no se puedan imponer límites temporales a la atribución del derecho de uso. Y asimismo, si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los progenitores o pertenece a un tercero, se debería prever la posibilidad de soluciones alternativas a la atribución del derecho de uso, siempre que se garantice el derecho de habitación del menor.

En segundo lugar, exige la adopción de medidas tendentes a repartir las responsabilidades, fundamentalmente en el orden económico, pues la custodia compartida no supone una exoneración de las cargas ni su distribución anárquica. Elimina la pensión alimenticia y exige arbitrar medidas para distribuir los gastos originados por el compartimento. Esta situación si bien genera inseguridad también presenta ventajas en cuanto eliminaría los graves problemas originados por el impago de pensiones alimenticias (20).

(20) Para paliar este asunto, el Gobierno, a través de la creación de un fondo de garantía de pensiones, garantizará el impago de alimentos reconocidos a favor de los hijos menores (no la pensión compensatoria) a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos. Sorprende, no obstante, que una reforma de este calado no contemple alguna medida que impida el incumplimiento del progenitor custodio. Ciertamente es que la LEC ha incluido medidas coercitivas en fase de ejecución, lo que ocurre es que se han mostrado en la práctica escasas.

Podrán darse distintas modalidades: establecer una cuenta en la que ambos progenitores abonen una cuantía, que cada progenitor contribuya a abonar los gastos durante los períodos en que tuviera al hijo bajo su custodia, incluso el establecimiento de una pensión a favor de un progenitor cuando uno de ellos tenga una condición económica más desahogada...

Si los dos cónyuges trabajan y cuentan con salario propio, ambos pueden resolver asumir los gastos generados por el menor durante el tiempo que esté a su cuidado (en este sentido, la SAP de Valencia, de 22 de julio de 2005 —*JUR* 198875—, dada la igualdad de recursos económicos de ambas partes declara la obligación de la manutención de los menores en los períodos que estén con cada parte. A su vez, la SAP de Baleares, de 29 de junio de 2005 —*JUR* 190190—, en cuanto que no existe proporcionalidad, impone al padre contribuir a la alimentación de sus hijos entregando una cantidad a la esposa. Tendrá, por tanto, que aportar más el que más tiene.

Por lo que respecta a los gastos extraordinarios, serán sufragados al 50 por 100. No se ofrecen sin embargo garantías de cara a éstos (para este caso es buena idea la instauración de un fondo común nutrido por las aportaciones de ambos en proporción a la capacidad económica de cada uno, con una administración conjunta como estableció la SAP de Barcelona, de 22 de julio de 2004 —*JUR* 7560—).

En cuanto a la determinación concreta de su cuantía, en los supuestos de mutuo acuerdo, la intervención del juez vendría limitada a aquellos conceptos que entienda que puedan ser dañosos o perjudiciales para el menor. Por su parte, en los procedimientos contenciosos parece factible atender a los criterios establecidos en los artículos 145 y 146. De tal modo que, el hecho de que se fije una custodia conjunta no va a eximir de la aplicación del criterio de proporcionalidad que establece el artículo 146 entre los medios del alimentante y las necesidades del alimentista a la hora de fijar la pensión.

Pese a todo lo dicho, la nueva Ley no modifica los artículos 94 y 96 del Código Civil, consciente quizá de que una supuesta generalización de la custodia compartida condicionaría dichas medidas.

2. Un segundo grupo de sentencias ha acogido la modalidad de custodia compartida, dado que el artículo 92 del Código Civil no la preveía expresamente, pero tampoco la impedía, siendo ésta la tendencia de los últimos años. No obstante, es cierto que todavía hoy son pocos los padres que la demandan; imaginamos que a partir de ahora estas demandas aumenten de número. Como principales razones que motivan tanto la falta de decisiones como la escasez de peticiones, se alude a la dificultad de su articulación y a la falta de alternativas legales, lo que ha hecho que su otorgamiento haya tenido carácter excepcional. Lo cierto es que el trasfondo que se presentaba era poco propicio para que fructificara la custodia compartida (continuaba la concepción culpabilista de la crisis conyugal, una práctica forense del derecho de familia

excesivamente centrada en la vía contenciosa...) y sólo el paso del tiempo lleva a una visión más normalizada de la crisis de pareja —se ve a la separación como remedio para una situación de crisis—, aumentan los procedimientos de mutuo acuerdo, se avanza en las técnicas de negociación...

Es por ello que poco a poco se ha ido abriendo camino en nuestros tribunales como una alternativa en los casos de rupturas matrimoniales, reflejo de nuestra sociedad actual. Fundamentalmente en los procesos consensuados salvo que la concurrencia de determinadas circunstancias llevaran a descartar esta opción y teniendo siempre como mira que represente para los menores ventajas superiores a los posibles inconvenientes y no ya como una fórmula que trate de dar satisfacción a los progenitores (así se adoptó la custodia compartida con base en el previo acuerdo de los cónyuges en SAP de Girona, de 20 de octubre de 2004, acorde con lo establecido en el convenio regulador; SAP de Barcelona, de 2 de diciembre de 2003, dadas las perfectas relaciones de cordialidad entre los padres; SAP de Zaragoza, de 15 de octubre de 2003, dada la ausencia de conflictividad entre los padres; SAP de Madrid, de 8 de marzo de 2002, en la que se admite la custodia compartida de un niño que padecía parálisis cerebral profunda, atribuyéndose la convivencia y guarda a cada uno de los progenitores, que habrían de ocuparse de sus especiales cuidados, seis meses al año a cada uno; SAP de Madrid, de 25 de octubre de 2002...). Por contra, el recurso a la misma era excepcional en los casos de procedimientos contenciosos (a título de ejemplo, SAP de Barcelona, de 22 de junio de 2005 —*JUR* 175915—: En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico no contempla la guarda y custodia compartida, por lo que la misma habrá de considerarse como una medida extralegal o alegal..., sin que ello sea óbice a que los progenitores de mutuo acuerdo y en convenio regulador puedan acordar un régimen de guarda y custodia distinto al legalmente establecido..., pero no en los supuestos de nulidad, separación o divorcio contenciosos, es decir, sin que exista acuerdo entre los cónyuges, en cuyo caso lo que la Ley prevé es la atribución de la guarda y custodia de los hijos sujetos a la patria potestad de uno de los cónyuges y el establecimiento de un régimen de comunicación o visita a favor del progenitor con quien no convivan, sin que se contemple la atribución de la misma de manera compartida, razón por la que se ha dicho que en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico debe considerarse alegal por su ausencia de regulación o extralegal por hallarse fuera del sistema que prevén las normas, sin que, por otra parte, ni en uno ni en otro caso pueda considerarse ilegal ya que si se entiende que no perjudica o daña a los hijos lo convenido por los padres respecto al régimen de estancia con los mismos no parece que deba denegarse por el juez).

El continuo peregrinaje que la medida va a suponer a los menores es el principal argumento que se arguye en su contra. Nos encontramos aquí con el dilema de tener que primar la estabilidad afectiva aun cuando ello le su-

ponga ver sacrificada su estabilidad física o bien la estabilidad física a costa de perder contacto con el otro progenitor. Ninguna de estas soluciones va a resultar plenamente satisfactoria (en este sentido se niega la custodia compartida alegando que no resulta beneficioso para la estabilidad de los menores en SSAP de Cuenca, de 30 de septiembre de 1996 —AC 2457—: ...privaría al niño de un punto de referencia fijo sobre cuál es su auténtico entorno, sin contar con la situación de inestabilidad que para el pequeño comportaría el hacer cada cierto tiempo la maleta para trasladarse a su otro hogar. AP de Albacete, de 1 de diciembre de 2003 —JUR 51020—: comportaría para los hijos un evidente trastorno vivencial por las dificultades de adaptación que el continuo cambio de hogar llevaría consigo con la consiguiente quiebra del principio del *favor filii*. AP de Baleares, de 13 de abril de 2004 —JUR 171523—: rechazó la custodia compartida por desestabilizar la vida de los menores. AP de Valladolid, de 13 de julio de 2004: «No nos imaginamos a la menor pasando una con el padre y otra con la madre o un mes con cada uno de ellos; desde el punto de vista psicológico estamos seguros que no sería bueno, porque nunca llegaría a centrarse, por lo que esta solución la rechazamos de plano». AP de Palencia, de 10 de febrero de 1999 —AC 681—; AP de Cuenca, de 30 de septiembre de 1996 —AC 2457—; AP de Jaén, de 20 de febrero de 1998 —AC 4077—; AP de Girona, de 9 de diciembre de 2000 —AC 184—; AP de Segovia, de 28 de febrero de 1998 —AC 4101—; AP de Almería, de 11 de febrero de 1998 —AC 3359—, etc.).

Ahora bien, no podemos descartar que en determinados supuestos resulte más aconsejable dar preferencia a la estabilidad emocional, constituyendo las condiciones materiales de los progenitores un factor relevante para valorar la idoneidad (en este sentido se consideró como un sistema acorde al interés del menor en SAP de Barcelona, de 21 de diciembre de 2001, por revelarse como una situación beneficiosa para el niño; SAP de Valencia, de 22 de julio de 2005 —JUR 198875—: padres que residen en localidades diferentes pero cercanas entre sí; se otorga por meses alternativos. Informe del equipo psicossocial adscrito al juzgado, informando de que a pesar de reconocer posibles dificultades en el período de adaptación de las menores, no se advierte a medio o largo plazo consecuencias negativas de la custodia compartida. SAP de Asturias, de 31 de marzo de 2005 —La Ley 1959502—: Mantenimiento del régimen compartido, que permite una relación constante del hijo con ambos progenitores y evita el conflicto de lealtades, sin existir dificultades de orden práctico. SAP de Las Palmas, de 15 de abril de 2004; SAP de Baleares, de 29 de junio de 2005 —JUR 190190—. ...En otros casos, sin embargo, este interés del menor no lo aconseja: SAP de Valencia, de 16 de septiembre de 2004, por la falta de adaptación a las estancias mensuales. SAP de Valencia, de 31 de marzo de 2004, con el fin de evitar una constante intervención judicial. SAP de Burgos, de 31 de marzo de 2004, sin atender a la previa

separación de hecho por la necesidad de llevar en estos momentos la convivencia en domicilios separados. SAP de Valencia, de 4 de diciembre de 2003, dada la crisis convivencial entre los cónyuges. SAP de Málaga, de 16 de julio de 2003, por la escasa edad de la menor. Juzgado de 1.ª Instancia de Sevilla, de 3 de octubre de 2002, por la conflictiva relación de los progenitores y el riesgo psíquico que comporta para los niños. Juzgado de 1.ª Instancia de Palma de Mallorca, de 7 de mayo de 2002, con base en la corta edad del niño, las desavenencias entre los padres y el concepto de educación tan distinto que tienen. Se deniega con base exclusivamente en el interés del menor en SAP de Navarra, de 13 de abril de 2005...).

En cualquier caso, claro está, ante la eventualidad de cambios en las circunstancias tanto del niño como de los padres, siempre quedará abierta una posible modificación en el modelo de custodia y, consiguientemente, en las medidas que de él se derivan (así la SAP de Burgos, de 15 de diciembre de 2003, en la que la mala relación entre los progenitores y sus familias aconseja el cese compartido de la custodia, o la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 1 de octubre de 2001, en la que se extingue dada la inestabilidad emocional que estaba provocando en el menor).

Con todo, estamos ante un desarrollo lento en su implantación (SSAP de Castellón, de 14 octubre de 2003 —*JUR* 26477—; AP de Valencia, de 22 de abril de 1999 —*AC* 4941—; AP de Baleares, de 19 de abril de 1999 —*AC* 4858—; AP de Madrid, de 23 de septiembre de 1997; AP de Madrid, de 25 octubre de 2002...) y reducido en comparación con el total de custodias que se deciden. Necesitamos que poco a poco se vaya creando una cultura social de custodia compartida.

3. Finalmente, un tercer grupo mayoritario anquilosado en concepciones pretéritas, rechaza la custodia compartida y se decanta por el sistema tradicional de atribución exclusiva a uno de los cónyuges y derecho de visitas al otro (a título ejemplificativo: SAP de Castellón, de 13 de julio de 2005 —*JUR* 202806—: se deniega por desequilibrios psicológicos en ambos padres. SAP de Valencia, de 21 de julio de 2005 —*La Ley* 2043192—: se desestima, atribuyéndosela a la madre en exclusiva. Informe negativo del Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia. Ampliación del régimen de visitas del padre por el deseo de la menor de mantener un contacto más equitativo con sus dos progenitores. SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 25 de julio de 2005 —*JUR* 220590—: la deniega por no haberlo pedido ninguno: No basta el presunto interés de los hijos, sino que debe venir acompañado de, al menos, la voluntad en tal sentido de uno de los progenitores. SAP de Málaga, de 14 de julio de 2005 —*La Ley* 2043738—: atribución de la hija común al padre por los cambios sucesivos de domicilio de la madre sin justificación aparente, unido al deficiente rendimiento académico de la hija. SAP Alicante, de 7 de julio de 1997 —*AC* 1591—; SAP de Valladolid, de 13

de julio de 2004 —*JUR* 243901—, SAP de Córdoba, de 16 diciembre de 2003 —*JUR* 20303—)... Es el resultado habitualmente de situaciones de enfrentamientos, de no colaboración entre los cónyuges, que exige unas normas muy claras, rígidas y que vienen a desembocar en modificaciones de las medidas, incumplimientos...

Del análisis jurisprudencial realizado podemos constatar el diferente criterio que en circunstancias similares han venido acogiendo los tribunales, lo que produce una cierta inseguridad jurídica en cuanto que «el derecho va a depender del juez que te toque», con el riesgo de arbitrariedades por parte de la autoridad judicial. Lejos de constituir la tónica general, sí que podemos afirmar que la línea jurisprudencial más reciente presenta una tímida tendencia favorable a la atribución de la custodia compartida o al señalamiento de amplios períodos de convivencia. Se observa en general una tendencia a fomentar las relaciones afectivas de los hijos con ambos padres, así como a promover un reparto de los derechos y responsabilidades.

En cualquier caso, vista la forma de actuar hasta el momento por nuestros tribunales, no nos queda sino afirmar que la modificación legislativa en este punto es más aparente que real o al menos no supone un cambio sustancial. Los artículos 90 y 92 del Código Civil no contemplaban en concreto esta posibilidad pero tampoco la prohibían. Con lo cual, el cambio no es tan trascendental. No se impone ningún tipo de modelo de custodia concreto a seguir, simplemente se recuerdan innecesariamente criterios generales de actuación previos a la toma de decisiones sobre este particular que ya se manejaban antes (favor filial, audiencia de los menores, no separar a los hermanos y facultad de acudir a especialistas) y que vienen a potenciar la discrecionalidad judicial con base en el concepto legal indeterminado del interés supremo de los menores que sirve de guía decisoria general. Será el juez quien, previa audiencia del Ministerio Fiscal, tenga la última palabra. Por consiguiente, tanto antes como ahora se puede solicitar la guarda y custodia compartida, lo que ocurre es que sólo cuando el interés del menor lo aconseje será concedida, decisión que corresponderá en última instancia al juez.

Lo que sí hace el legislador es ampliar el abanico de posibilidades, abrir las puertas a la custodia compartida, a través de un reconocimiento por primera vez de carácter expreso en nuestra legislación —al establecer la posibilidad legal de acordarla por las partes en su convenio regulador y de solicitarla por uno solo de los padres y que se adopte por el juez—, lo que evitará al menos que en lo sucesivo sea considerado como un régimen excepcional. Y ello tiene importancia por una parte porque quizá ahora las peticiones sean más frecuentes; por otra, porque implícitamente se está reconociendo que esa debe ser la tendencia. Además, adquiere relevancia desde el momento en que numerosas decisiones jurisprudenciales negaron este modelo con base en que el Código Civil únicamente contemplaba como opción

expresa su otorgamiento a uno u otro progenitor (21). Ahora bien, no se trata de una imposición sino simplemente de una nueva forma de repartir el tiempo de permanencia con los hijos que puede resultar ventajosa en determinados supuestos. Sólo se acordará cuando el interés del menor así lo aconseje, con lo cual es posible que gran número de solicitudes de custodia compartida sean rechazadas por no suponer la alternativa más favorable para el menor. Ni tan siquiera se sugiere como la opción deseable en defecto de acuerdo. De ahí la cuestión de sino hubiera sido más conveniente dar un paso más erigiendo la custodia compartida como el sistema más acorde con los intereses de los hijos dejando el peso de la carga probatoria que en sentido contrario a dicha presunción pudiera aparecer a los progenitores que no quieran admitirla. En definitiva lo que se está proponiendo es una presunción (*iuris tantum*) de custodia conjunta, quedando libres las partes para proponer otro sistema sino resulta oportuno en el caso concreto. Sin embargo, es este un paso que la nueva ley no ha llegado a dar, pues no se ha decantado en ningún sentido dejando como criterio rector el interés del menor. Es más, el resto de medidas que se establecen tras el proceso de ruptura parten de una hipótesis de exclusividad en la atribución de tales funciones, cuando la propia Exposición de Motivos adjetiva este sistema de fracaso. En relación, por tanto, con las medidas relativas al régimen de visitas, pensión de alimentos y del uso de la vivienda familiar, al no haberse dado una nueva redacción a los artículos que lo contemplan, tendrá que ser el juez quien las concrete en cada resolución judicial. De ahí la relevancia del arbitrio judicial, no sólo en la adopción de esta medida sino también en la práctica de todas estas otras medidas íntimamente ligadas con ella.

Es muy pronto aún para atisbar cómo va a aplicarse la Ley en este punto y su repercusión. Por el momento lo único que se ha observado ha sido un mayor interés a la hora de pedir información sobre las posibilidades de pedir la modificación de la guarda y custodia exclusiva en compartida. Sólo el paso del tiempo podrá demostrarnos el verdadero alcance y trascendencia de la reforma. Lo que parece indudable es que el reconocimiento expreso de esta medida va a tener un efecto positivo en nuestros tribunales, ya que va a permitir dar un paso adelante en algo que estábamos estancados. Hará factible que, al menos en mayor número, los padres se planteen un sistema dis-

(21) A título de ejemplo: SAP de Barcelona, de 4 de noviembre de 2004, donde se argumentaba para rechazar la custodia compartida lo siguiente: En el actual estado de la legislación la regla es la atribución de la custodia al padre o a la madre. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 15 de Uniones Estables de Pareja y en el artículo 76.1.a) del Código de Familia y en el ámbito del Código Civil, en los artículos 90.a) y 92. Es verdad que la ley no prohíbe la custodia compartida y que, por tanto, puede acordarse. Pero no puede discutirse que las leyes hablan de atribuir la custodia a uno o a otro y que, por tanto, sientan una especie de regla.

tinto en los casos de ruptura y, aunque finalmente se concrete en que los períodos de estancia con uno y otro progenitor sean más equitativos, ya se habrá avanzado.

Finalmente apuntar que por el momento en los pronunciamientos dictados tras la entrada en vigor de la Ley, la jurisprudencia sigue mostrándose dispar: Ha habido pronunciamientos que la han admitido (SAP de Valencia, de 22 de julio de 2005 —*JUR* 198875—: Se estima en virtud del *favor filii* —padres que residen en localidades diferentes pero cercanas entre sí; se otorga por meses alternativos. Informe del equipo psicosocial adscrito al juzgado, informando de que a pesar de reconocer posibles dificultades en el período de adaptación de las menores, no se advierte a medio o largo plazo consecuencias negativas de la custodia compartida—. SAP de Zaragoza, de 22 de septiembre de 2005 —*JUR* 223803—: Acuerdo de los progenitores; la mera conflictividad no podrá ser un obstáculo definitivo para la custodia compartida, dado que le bastaría a una parte el provocarla para así evitar ese régimen que se apunta tan conveniente para los menores). Mientras que otros la han denegado (SAP de Castellón, de 13 de julio de 2005 —*JUR* 202806—: Se deniega por desequilibrios psicológicos en ambos padres. SAP de Valencia, de 21 de julio de 2005 —*La Ley* 2043192—: Modificación de medidas; se desestima, atribuyéndosela a la madre en exclusiva. Informe negativo del Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia. Ampliación del régimen de visitas del padre por el deseo de la menor de mantener un contacto más equitativo con sus dos progenitores. SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 25 de julio de 2005 —*JUR* 220590—: la deniega por no haberlo pedido ninguno: No basta el presunto interés de los hijos, sino que debe venir acompañado de, al menos, la voluntad en tal sentido de uno de los progenitores, etc.).

ESPECIALES CAUTELAS

Con todo, la propuesta requerirá de aprobación judicial, aprobación que no procederá en el supuesto de que las medidas se estimen contrarias al interés de los hijos. De ahí las especiales cautelas de las que se rodea esta institución. Es en el momento de la judicialización de la crisis conyugal cuando se centran todas las precauciones del legislador. Reforzamiento del control judicial que parece entrar en contradicción con el paralelo reforzamiento de la libertad de decisión de los progenitores. Si bien ello es más aparente que real si tenemos en cuenta que el poder del juez no es omnívodo sino que únicamente se limitará a comprobar la adecuación del modelo pactado que se le presenta. Sus razonamientos no podrán tener como base criterios subjetivos sino los principios rectores del interés del menor que abocará necesariamente al análisis del caso concreto.

Se contemplan, en concreto, una serie de circunstancias tasadas que impedirán al juez el acogimiento de esta medida. Así no se admitirá cuando en la tramitación del procedimiento se advierta que alguno de los padres está incurso en un procedimiento penal por un delito grave contra las personas, enumerando los siguientes: 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 (22) (art. 92.7 del Código Civil). Resaltar que basta estar incurso en una causa; ni siquiera imputado, procesado o condenado; basta que el proceso esté simplemente iniciado. No obstante en este punto no existe opinión unánime por parte de la doctrina: para otros es necesaria una imputación formal, o bien que el juez, una vez haya tomado declaración en calidad de imputado al denunciado, ordene la práctica de nuevas diligencias de investigación, de modo que el proceso penal siga adelante. En cualquier caso, sea de una u otra forma, de lo que no cabe duda es de la posible interpretación del párrafo primero del artículo 92.7 del Código Civil con el párrafo segundo en el sentido de que ninguna norma impide que aunque no haya proceso penal por meros indicios, se pueda no otorgar la guarda y custodia compartida. Por otra parte, se trata de un criterio imperativo que no existe para otorgar la guarda exclusiva al progenitor incurso en tal causa. De todas formas parece que se ha de hacer extensiva la prohibición del artículo 92.7 del Código Civil para no atribuir la guarda y custodia compartida en exclusiva.

Tampoco procederá cuando el juez advierta de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica (23). La «existencia de indicios fundados de violencia doméstica», es un sutil concepto que puede admitir una amplia gama de apreciaciones, pero que ciertamente es muy diverso del mucho más objetivo y constatable supuesto de que exista un proceso penal. La valoración de los indicios de violencia, partiendo de las pruebas practicadas y no únicamente de las alegaciones de las partes, puede ser suficiente garantía, si tenemos en cuenta que todos los autores coinciden en que la custodia compartida no cabe en las parejas en cuya relación existe violencia. Por tanto, cualquier circunstancia que haga peligrar la integridad física (malos tratos proferidos al menor por uno de los progenitores o por personas relacionadas con su entorno), psíquica o moral del menor ha de considerarse como denegatoria de la custodia compartida (el peligro que puede correrse en estos casos es el de un incremento de denuncias por parte de uno de los progenitores si esa es la forma de lograr la custodia completa). A mayor abundamiento podemos decir que los malos tratos a los menores debe constituir factor determinante no sólo

(22) En este punto se planteó por qué condicionarlo a la existencia de convivencia con la pareja.

(23) En este caso nos encontraríamos dentro del ámbito de aplicación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

para denegar la custodia compartida sino para restringir al máximo el derecho de visitas.

La cuestión que se puede plantear en este punto es precisamente si en los procesos consensuales ha de ser objeto de investigación este extremo por parte del juez. Técnicamente es un elemento constitutivo de la pretensión dirigida al Juzgado. Pero, al mismo tiempo, es innegable el reforzamiento de la autonomía de la voluntad de las partes. Con lo cual, lo más prudente se entiende que sea aquí aplicar el mismo criterio que con los demás acuerdos: una actuación vigilante para que se cumplan los requisitos legales y para cerciorarse en lo posible de la libertad de los acuerdos, pero en ningún caso una actitud inquisitorial. Para ello será fundamental atender a las manifestaciones de los interesados en el momento de su ratificación y a los informes que puedan aportarse o recabarse.

Por otra parte, pese a no concurrir ninguna de las circunstancias anteriores, se explicitan una serie de cautelas adicionales que el juez tendrá que tener en cuenta antes de adoptar la decisión:

Así, la propuesta ha de ser objeto de informe por el Ministerio Fiscal (art. 749.2 LEC), si bien, no es excluyente de otros. Éste velará por el interés del menor y escuchará las alegaciones de las partes en la comparecencia y en el juicio, poniéndose así de relieve la trascendencia de la intermediación judicial y de la presencia física de las partes en el proceso de familia. No obstante, este Informe, a diferencia de lo que ocurre en los casos en que no haya acuerdo entre los progenitores, como después veremos, no resulta impeditivo de la adopción de la medida, aunque no fuere favorable a la custodia compartida propuesta por las partes en el convenio regulador.

Además, si decimos que el punto clave en la decisión es el interés del menor, el juez tendrá que analizar la situación que rodea a éste. Ciertamente, la necesidad de valorar la relación que los padres mantengan entre sí aparece adecuada, por ser un tema importante a la hora de determinar la viabilidad de la guarda conjunta. Para ello recabará todas aquellas pruebas que considere oportunas, entre ellas la audiencia al menor, estando supeditada esta última a que se estime necesaria para la correcta adopción de la decisión, con lo que se trata de evitar someter a menores a una experiencia que puede ser dura para ellos por no haber alcanzado aún una plena madurez psíquica para afrontar sin traumas la crisis matrimonial.

Respecto a esta materia realizar dos matizaciones: En primer lugar, no podemos sino mostrar nuestra disconformidad con el hecho de que la audiencia sea siempre necesaria para los mayores de doce años y para los menores con suficiente juicio (24). Y ello por el coste emocional y los efectos nega-

(24) En este sentido en el párrafo 2 del Anteproyecto en su segunda redacción se substituyó la mención necesaria de la audiencia a menores con el establecimiento de la

tivos que les puede ocasionar. Es cierto que en determinados supuestos puede ser conveniente (si existe desacuerdo entre los padres, si se pretenden medidas dañosas para los hijos...), pero cuando las medidas a adoptar sean razonables y los padres estén de acuerdo en evitar ese trance a los menores no vemos el porqué de su obligatoriedad; parece más oportuno evitarles un daño innecesario. De hecho, en la propia Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la audiencia de los menores se configura como un derecho de los hijos a ser oídos, si así lo desean, pero no como un deber. Ello me llevó a abogar por la conveniencia cuando el juez, dadas las circunstancias, lo estime necesario para formar criterio, pero con un carácter potestativo y no como una imposición o como una práctica judicial sistemática.

En el texto definitivo de la Ley se introducen varios preceptos en el sentido indicado que sí vienen a suponer una modificación sustancial en esta materia. Y ello a pesar de que la Exposición de Motivos no le dedica ninguna atención, seguramente por la consideración tradicional de ésta como una cuestión de escasa relevancia.

Se contempla en el apartado 6 del artículo 92 del Código Civil que *«en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí para determinar su idoneidad con el régimen de guarda»*. De lo cual se deduce que la adopción de esta medida exigirá siempre una valoración judicial del convenio regulador en los supuestos de mutuo acuerdo y de las peticiones y pruebas practicadas en los procesos contenciosos.

El artículo 777.5 LEC establece una norma semejante para el caso de convenio regulador. Es curioso como este artículo relativo al proceso que se ha de seguir en las demandas presentadas de mutuo acuerdo, antes de la reforma admitía expresamente (núm. 5) que el juez «oiría siempre a los mayores de doce años». En la actualidad se ha suprimido (*«oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor»*). En definitiva, en los procedimientos consensuales, la au-

obligación para el juez de velar por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. De este modo parecía que se estaba dando un paso adelante en la línea que comentamos. Sin embargo, el párrafo 5.º, a la hora de determinar sobre la guarda de los hijos, estableció que el juez debía conocer el informe del Fiscal tras oír a los mayores de doce años y, si lo consideraba preciso, a los menores que tuvieran suficiente juicio. Y, finalmente, así quedó plasmado en el párrafo 6. Con lo cual no quedaba claro en estos dos párrafos cuál era la postura por la que había optado el legislador.

diencia de los hijos menores tendrá carácter excepcional, lo cual contrasta con el régimen anterior en el que se imponía con carácter preceptivo a partir de los doce años (absurdo y contraproducente precepto que era frecuentemente incumplido en la práctica forense). Por contra, llama la atención que se mantenga la obligatoriedad en el artículo 770.4 LEC, que regula el proceso en los casos contenciosos promovidos por uno de los cónyuges contra el otro y de nulidad matrimonial (*«Cuando hubiere hijos menores o incapacitados se les oirá si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años»*). No parece lógico que en uno sí y en el otro no. Es cierto que en los procesos consensuales no se da tanta conflictividad como en los contenciosos, pero ello no siempre le resta complejidad. Es por lo que estimo que lo dispuesto en el artículo 770.4 no se debe sino a un olvido del legislador.

Retomando la redacción del precepto —art. 92.6 del Código Civil— vemos cómo se valorarán por parte del juez para sopesar la necesidad de audiencia dos variables (25): 1) la madurez del menor, y 2) la necesidad de la audiencia:

1) Por lo que al primer punto se refiere decir que, como hemos visto, la audiencia de los hijos ha dejado de ser preceptiva, incluso tratándose de mayores de doce años. Queda de este modo descartada la automaticidad anterior para el supuesto de menores mayores de doce años. No se va a hacer posible sentar una regla general en cuanto a la edad a partir de la cual deberá ser oído, pues ello dependerá de su madurez psicológica y desarrollo intelectual y emocional. Es por lo que soy partidaria de no vincularlo a ninguna edad concreta y considerarlo en función a la posibilidad de que el menor se forme un criterio independiente. Ahora el juez, cuando vaya a tomar la decisión, podrá tener en cuenta las circunstancias concretas que concurren en el caso. La suficiencia de juicio es el criterio elegido por el legislador para diferenciar aquellos casos en los que el menor pueda o no formarse una opinión razonable acorde con la madurez psicológica que ostente. Si bien estamos nuevamente ante un concepto jurídico indeterminado, lo podemos

(25) No se contemplaba el texto en estos términos en el Proyecto de Ley, que mantenía el criterio cronológico, sino que tuvo su origen en una enmienda del Grupo Parlamentario Mixto. Así lo justificaban: La presencia y correspondiente exploración judicial de forma sistemática de los menores en un Juzgado, salvo cuando sea imprescindible para formar criterio sobre la custodia o el régimen de visitas, produce unos efectos negativos en el propio menor, como argumentan perfectamente los especialistas en psicología infantil y los propios prácticos del Derecho de Familia. Por tanto, esta exploración debe reservarse para los casos en que exista una necesidad real de conocer su testimonio por existir un acuerdo entre los cónyuges que claramente se aprecia que puede perjudicar al menor, resulte extravagante o se disponga de información que justifique tal intervención. En el resto de los casos, no aporta nada a la causa y genera efectos negativos sobre el menor. Por tanto, la previsión legal ha de establecer esa citación con carácter potestativo en función de las circunstancias, pero no de forma innecesariamente universal.

entender como capacidad de entender y querer de forma razonada. De este criterio subjetivo, y no de una edad determinada (objetivo), depende el otorgar o no la audiencia al menor.

La exploración parece lógica cuando sea imprescindible para formar criterio, pero en los demás supuestos (por ejemplo, cuando hay mutuo acuerdo de los cónyuges) parece que lo más oportuno sea evitarlo, dados los efectos negativos que produce en el menor; tendría, por tanto, un carácter excepcional. Únicamente podría tener sentido cuando los pactos a los que han llegado los padres se estime que sean contrarios al interés del hijo o resulten extravagantes o se disponga de información que justifique la audiencia (26).

2) En cuanto al segundo punto, será el juez quien, pese a la solicitud por parte de las personas legitimadas, tenga poder de decisión sobre si existe o no necesidad valorando lo invocado por éstas. De ahí la importancia de los motivos concretos que se arguyen por las partes interesadas para poder valorar por el juez su necesidad o conveniencia. Uno de los criterios a tener en cuenta será la existencia de mutuo acuerdo entre los padres, pues en este ámbito, como antes decíamos, parece que lo más oportuno sea excluir este trámite como regla general. No obstante, corresponderá siempre al tribunal valorar la procedencia de su práctica.

Pese a que dicha audiencia no haya sido solicitada por alguien, ello no impedirá que el Juez decida oír a los hijos si lo considera necesario. Cuestión más dudosa es si ha de considerarse preceptiva cuando sí medie petición, bien del Fiscal, de las partes, del Equipo Técnico o del propio menor. En este sentido podemos distinguir: —si es el propio menor quien pide ser escuchado, en cuyo caso, no cabe denegar tal petición. En cambio, si el peticionario no es el propio menor, tal vez el juez podría entender que no queda vinculado por tal petición, supeditada a «que se estime necesario». Con todo, en la práctica deberán concurrir motivos muy especiales para que tal audiencia se deniegue.

Por otra parte, el artículo 770.4 LEC introduce un nuevo párrafo novedoso en cuanto a la forma de llevar a cabo las exploraciones de menores: «*En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el juez (sorprende la utilización del término juez ya que dicho término ha sido sustituido en la LEC 2000 por tribunal) que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario*». No se contemplaba este texto en el Proyecto de Ley sino que fue incorporado en el trámite del Senado por una enmienda presentada por Convergencia y Unió. Se da así respuesta a la demanda de la necesaria inclusión de mecanismos para que los menores que declaran ante

(26) Así se justificaba en la Enmienda de Convergencia y Unió.

un juez puedan hacerlo en un ambiente distendido, evitando lo que se ha venido a llamar «maltrato institucional o doble victimización». No obstante, no representa una modificación sustancial si tenemos en cuenta que se trata de una mera declaración general de que la exploración se realice en condiciones idóneas, lo cual ya se encontraba recogido en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996 (27); de hecho, ya venía siendo la práctica habitual de los juzgados de familia en esta materia.

Respecto a cuáles son estas condiciones idóneas, el legislador menciona que se realice sin interferencias de otras personas, esto es, sin la presencia de las partes a excepción del Ministerio Fiscal como defensor legal del menor —aunque nada se dice sobre él—, ni de los progenitores, salvo supuestos excepcionales. En cualquier caso, cuantas menos veces se explore al menor mucho mejor. Además, termina diciendo que el auxilio de especialistas tendrá carácter excepcional. Parecería más adecuado en este punto la colaboración de un experto, más concretamente especialistas adscritos a los juzgados con la suficiente preparación y experiencia dejando la entrevista judicial para casos excepcionales en los que la madurez y comprensión del menor así lo aconsejen.

Finalmente, por lo que se refiere a la audiencia del menor, el artículo 92.6 del Código Civil es complementado a su vez por el artículo 92.2 del Código Civil, que establece de forma novedosa que el propio menor pueda pedir ser oído (28) (*«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 oído»*).

En definitiva, se configura: 1) la audiencia como un derecho del menor y, por otro lado, 2) la función del juez como garante de este derecho, optando por un criterio de mayor flexibilidad.

En cuanto a la primera cuestión no estamos ante una novedad si tenemos en cuenta que en este sentido se había pronunciado ya la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (29). Es más, la plasmación

(27) Dice este precepto que *«las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad»*.

(28) STC de 6 de junio de 2005: Entiende el TC que la Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, entendiendo que al no haberlo hecho se vulnera el artículo 24.1 CE.

(29) En su artículo 9 establece: *1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente cuando tenga*

de la audiencia del menor en esta Ley no supuso un reconocimiento *ex novo* de este derecho, sino más bien el reconocimiento de algo ya preexistente tanto en convenios internacionales como en diferentes leyes especiales.

No obstante sí es destacable su mención en cuanto deja de considerarse como un simple trámite procedimental para convertirse en un auténtico derecho del que son titulares los hijos menores y cuyo fundamento radica en que el menor va a verse afectado por la decisión que se va a adoptar. Estamos nuevamente ante una manifestación del principio supremo del interés del menor; más concretamente constituye una expresión de respeto a su personalidad. Es un deber, y ahora un derecho del menor, oír su opinión, para determinar su interés en la toma de decisiones que le afecten; implica, por tanto, una obligación de hacer algo por un tercero: oír al menor cuando éste exprese su opinión. Y ello no sólo en la esfera judicial —donde es imperativo conceder audiencia a todo sujeto implicado—, sino también en un ámbito privado de relaciones en las que, a pesar de todo, suele predominar una estructura jerarquizada.

En segundo lugar, en cuanto a la encomienda al juez de velar por el derecho de los hijos menores de ser oídos, se huye del criterio anterior de preceptividad y automaticidad en aras de un criterio mucho más flexible. Ya se recogió con esta redacción en el Proyecto de Ley presentado al Congreso y con posterioridad se mantuvo de la misma guisa durante toda la tramitación parlamentaria.

En este punto, una de las dudas que se han planteado hace referencia al valor a otorgar por el juez a la opinión de los hijos (30). Bajo mi punto de vista, si bien ésta constituye un dato relevante con el fin de comprobar el grado de afectividad que les une con sus progenitores, no en todos los casos constituye factor determinante. Frente a aquellos que reivindican un mayor

suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente. 3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.

(30) Así lo planteaba la SAP de Cuenca, de 31 de marzo de 1999 (AC 4408): «Graves problemas plantea el dar o no valor jurídicamente relevante a la voluntad del hijo, a su clara preferencia o a su rotunda negativa para permanecer con uno u otro de los padres, y si bien es cierto que el resultado de la audiencia del hijo no es vinculante para el juzgador, en orden a la custodia del mismo, es evidente que puede y debe tenerse en cuenta la voluntad del niño, pero no tanto en cuanto expresión de un mero capricho, sino en cuanto a la voluntad razonada que corresponde a unas causas que deben ser valoradas y en su caso atendidas, y ello en base a que si lo prevalente es el interés del hijo, no puede ignorarse que su voluntad razonada y razonable puede ser expresión de unos sentimientos e intereses más valiosos que la propia voluntad *per se*».

valor y protagonismo a la voluntad del menor —eludiendo el prejuicio de considerar que el menor puede estar sometido a presiones disponiendo que el juez podrá de oficio o a instancia de parte recabar dictamen de un facultativo—, estimo que en determinados casos, frente a la libertad de elección del hijo, hay que primar una valoración objetiva de circunstancias para un mejor desarrollo de la personalidad de un adolescente que en la mayoría de los casos no tiene todavía formado el criterio de discernimiento o se deja llevar por móviles egoístas de mayor libertad, permisibilidad y carácter económico e incluso en muchas ocasiones su voluntad es fruto de influencias o presiones. Es por lo que hay veces en que su opinión no va a ser tenida en cuenta como criterio definitivo con base en que la solución adoptada, aunque contraria a su parecer, debe venir presidida primordialmente por cuál sea su beneficio e interés. El parecer del hijo, por tanto, no va a resultar vinculante para el juez, sino carente de contenido jurídico. Será un dato más a tener en cuenta en el momento de la formación de la decisión.

No obstante, tampoco la jurisprudencia mantiene una postura uniforme en este punto: En ocasiones fundamentan su decisión en la voluntad del menor (SSAP de Málaga, de 14 de julio de 2005 —*La Ley* 2043738—: «si bien es cierto que el deseo del menor no necesariamente es coincidente con su beneficio, no puede ser ignorado y su decisión cobra relevancia en función de su mayor edad»; AP de Guadalajara, de 13 de enero de 1995 —AC 168—; AP de Burgos, de 8 de junio de 1995 —AC 1268—; AP de Barcelona, de 2 de junio de 1998 —AC 1249—; AP de Tarragona, de 14 de abril de 1994; AP de Madrid, de 29 de enero de 1998 —AC 4958—). Frente a éstas, otras estiman que el beneficio del menor ha de interpretarse objetivamente y no puede dejarse caer por la voluntad del menor, por lo que imponen su criterio contra el parecer de éstos (SSAP de Barcelona, de 3 de mayo de 1999 —AC 982—; AP de Zaragoza, de 27 de noviembre de 1995 —AC 2224—; AP de Toledo, de 11 de noviembre de 1999 —AC 2407—. La edad de los menores y las circunstancias familiares que les rodean han hecho aconsejables soluciones contrarias: así ocurrió en la SAP de Barcelona, de 9 de junio de 2004 —*JUR* 208661—. Recientemente la SAP de Baleares, de 29 de junio de 2005 —*JUR* 190190—: Los Tribunales, dice, deben tratar de indagar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso no sólo a corto plazo, sino lo que es aún más importante, en el futuro y en esta búsqueda de los beneficios para el menor debe tomarse en consideración que aquello que el niño quiere no es, necesariamente, aquello que le conviene, ni tiene porqué coincidir lo adecuado con su opinión).

Como una cautela más, el juez tendrá también la posibilidad, si lo estima oportuno, de recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados con carácter complementario. Se pretende, de este modo, aportar al juez los datos necesarios que faciliten la toma de decisiones (art. 92.9 del Código Civil:

«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» (31). Se modificó así la redacción del Proyecto, que se refería a un facultativo, siguiendo la propuesta que al respecto contenía el Informe del Consejo General del Poder Judicial. Lo podemos catalogar de más idóneo, ya que la amplitud del término especialista lo puede hacer extensivo a otros profesionales (psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales, educadores...). Igualmente se modificó la posible intervención de varios, pues en la práctica, fundamentalmente en casos de especial conflictividad, puede hacerse necesario o conveniente poder confrontar diversas opiniones (pluralidad que puede ser también solicitada por los padres correspondiendo al juez aceptarlo o denegarlo —caso de que pueda resultar perjudicial para el menor—). Se suprimieron además las circunstancias exigidas en el Proyecto de Ley, relativas a su obligatoriedad de recabarlo de perito psicológico, y de que fuera favorable (32). No es más que una prueba pericial carente de carácter vinculante que el juez valorará conforme a las reglas de la sana crítica y teniendo en cuenta el resto de las pruebas practicadas. Por lo tanto, no resulta ni preceptivo —dice el precepto «podrá», por lo que constituye una opción del juez—, ni vinculante, sin perjuicio de la influencia que dichos informes tienen en la práctica. Y así, resultará difícil concebir que algún Juzgado pueda adoptar dicha medida sin contar con un informe técnico de especiales garantías que persuada ampliamente de que concurren las condiciones exigidas por la Ley. En último término, no obstante, será el juez quien valore su peso. El dictamen de los especialistas y las manifestaciones del menor serán fundamentalmente las dos pruebas que el juez sopesará a la hora de tomar su decisión.

Terminar diciendo sobre esta cuestión que el encargo en exclusiva de los informes pertinentes a los profesionales de la propia Administración de Justicia que forman parte de los denominados equipos psico-asistenciales, quizá

(31) La enmienda en el Senado introducida por el Grupo Socialista y los restantes grupos parlamentarios, con excepción del Partido Popular, quedaba redactada como sigue: 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 del equipo psicoasistencial adscrito a la Administración de Justicia o de especialistas debidamente cualificados, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores. En todo caso, el dictamen será preceptivo cuando se trate de otorgar el régimen de custodia compartida ejercida de forma alterna contemplado en el apartado 8.

(32) En SAP de Barcelona, de 4 de noviembre de 2004, se argumenta con base en el desacuerdo de la pericial para negar la custodia compartida. Y asimismo la SAP de Valencia, de 21 de julio de 2005 (*La Ley* 2043192), deniega la guarda y custodia compartida con base en el Informe negativo del Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia.

hubiera sido la fórmula más adecuada para favorecer el acierto de las decisiones de los Tribunales. Su exclusividad a la hora de emitir dictámenes dotaría de objetividad al proceso y evitaría el trasiego continuo de los menores por diversas pruebas periciales privadas que normalmente se articulan por las partes procesales con la única finalidad de alcanzar una opinión pericial que les sea favorable a sus propias luchas sobre la atribución exclusiva de la custodia o establecer limitaciones al régimen de visitas; al tiempo se conseguiría una mayor objetividad en el proceso matrimonial.

Finalmente, como criterio complementario y exhortativo, se procurará no separar a los hermanos (se eliminó así en el texto definitivo la referencia que hacía el Proyecto a la posibilidad de separar a los hermanos y a que cada uno conviviera con uno de sus padres). Es curioso como este principio ha sido trasladado del régimen general de determinación del modelo de custodia, al específico de la custodia compartida en un evidente déficit de técnica legislativa. Se trata, no obstante, aunque pueda resultar desorientador que ahora sólo se mencione en sede de custodia compartida, de un criterio a observar con carácter general y no como algo peculiar de este tipo de custodia.

LA DECISIÓN JUDICIAL SIN ACUERDO DE LAS PARTES

Partiendo de la bondad del sistema (33), el tema más debatido de la reforma se centró en la viabilidad de una custodia compartida impuesta por el juez en caso de que ambos cónyuges no estuvieran de acuerdo en pactarla,

(33) La elección entre mantener la relación habitual con sus dos progenitores aun cuando ello suponga un peregrinaje o atribuir los cuidados a uno sólo aun cuando suponga la pérdida de fluidez en su relación con el otro, no es fácil. La custodia compartida es una figura que no hay que demonizar ni beatificar. Tiene sus ventajas y sus inconvenientes: Entre las primeras, se permitirá una mayor posibilidad en los pactos; se centrará la discusión exclusivamente en el reparto entre los progenitores del tiempo que han de permanecer los hijos con cada uno. El quitar el poder a una persona y hacérselo compartir con el otro progenitor puede ser beneficioso, porque les obligará a entenderse y a reducir la conflictividad, sin necesidad de sacar a relucir cuestiones que convertirán el procedimiento en una batalla. (Es precisamente en la discusión de las medidas donde se reproducirán los conflictos en cuanto que el cónyuge que aspire a ostentar unilateralmente la custodia pretenderá demostrar que el otro no es persona adecuada para ello.) Asimismo se otorga a los hijos la posibilidad de una convivencia normalizada con ambos progenitores que les permite una mejor adaptación a la ruptura. Y desde el punto de vista de los padres, se les garantiza de este modo la igualdad en el desarrollo de sus hijos (en este sentido dice la SAP de Zaragoza, de 22 de septiembre de 2005, que «en la medida en que el principio jurídico de igualdad tenga reflejo en la realidad social, la custodia compartida sólo encontrará como freno la consideración de que, en el caso concreto, aquel régimen sea contrario al interés del menor, que ha de ser y es la idea troncal al resolver las crisis matrimoniales»). La guarda y custodia exclusiva condiciona su futuro desarrollo, tanto personal como profesional, y dificulta su nuevo emparejamiento. Por todo ello es justo que ambos compartan lo bueno y lo menos bueno de la vivencia con los hijos.

puesto que la posibilidad de que la misma sea acordada por ambos padres de común acuerdo no planteó especiales recelos (de hecho, la petición conjunta se contempla también en los ordenamientos jurídicos que la posibilitan en nuestro entorno europeo).

El interrogante se plantearía de la siguiente manera: ¿será la conflictividad una causa motivadora de un rechazo automático de la custodia compartida o se tratará más bien de una circunstancia susceptible de valoración en el momento de elegir el modelo más acorde?

En este sentido se critica la posibilidad de admitirla cuando es solicitada unilateralmente por uno de los progenitores con la oposición del otro. Se trata de un régimen excepcional al que sólo podrá accederse en caso de que ambos padres estén de acuerdo. Su viabilidad sólo será posible ante un buen entendimiento, siendo imposible de aplicar en caso de desacuerdo grave. No parece, pues, que pueda adoptarse cuando la situación esté muy deteriorada. Con lo cual, a la necesidad de circunstancias objetivas idóneas que así lo aconsejen se uniría el acuerdo, reflejo de un grado de colaboración y cooperación entre ellos. De no existir, podría derivar en una fuente permanente de litigios con repercusiones negativas para los menores (34). Ante el hecho

No obstante, los inconvenientes también se hacen patentes; fundamentalmente podrá generar inestabilidad emocional y numerosos trastornos en la vida de los menores, que se verán obligados a cambiar constantemente de domicilio y tendrán que adaptarse a familias desconectadas entre sí. Se trata de criterios extrajurídicos de tipo psicosocial, pero que deben ser tenidos en cuenta en la aplicación de las normas. No obstante, pese a este inconveniente, puede resultar aconsejable en situaciones en las que ambos desarrollen una actitud proclive a que el hijo siga manteniendo una relación afectiva con ambos. De este modo, los hijos pueden disfrutar de los dos padres. Ningún padre priva al otro de los hijos. A ningún padre la carga exclusiva de los hijos merma su futuro. Pero, naturalmente, sólo cuando se dan unas condiciones básicas, que deberían presentarse con más frecuencia. Con todo, no debe pensarse en un modelo único de custodia. Se configura como una modalidad amplia que va a permitir a los progenitores, de común acuerdo, o en su caso al juez, a instancia de uno de ellos, arbitrar diversas medidas ajustadas al caso concreto. Tal régimen se revela como figura idónea en algunas situaciones y rechazable en otras. Así, habrá casos como, por ejemplo, malos tratos de uno de los progenitores, alto grado de conflictividad entre ellos, residencias en localidades diferentes... en los que claramente deberá ser rechazada, mientras que en otros, obviando los inconvenientes físicos que al menor le puedan suponer, resultaría aconsejable su acogimiento, siempre que en los progenitores se observara una actitud proclive a su buen funcionamiento. Será el juez quien discrecionalmente decida sopesando todos los elementos probatorios y fundamentando su resolución en la mejor protección del interés del menor. Además deberá adoptar las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de la guarda, si bien no deja claro cuáles son éstas.

(34) En diversas ocasiones la jurisprudencia la ha rechazado con base en la falta de entendimiento: SAP de Barcelona, de 26 de abril de 2004 (*JUR* 150769); SAP de Barcelona, de 3 de marzo de 2004 (*JUR* 119161). La SAP de Girona, de 9 de febrero de 2000 (*AC* 184) aduce que «existen muestras de un rotundo fracaso ante la situación de intransigencia y enfrentamiento de los padres de los menores, lo que constituye un ejemplo paradigmático del fracaso de la guarda compartida cuando ésta no es propuesta y concier-

de que se les obligue a comunicarse, existe el riesgo de utilizar a éstos como un arma arrojadiza. En consecuencia, se entiende, lo razonable es que haya custodia compartida si, como mínimo, hay acuerdo entre los padres y siempre teniendo en cuenta el interés del menor. Incluso llegando más allá, hay quien lo condiciona a la existencia de un acuerdo «realmente libre» en cuanto que muchas mujeres firman los acuerdos bajo presión. En efecto, en muchos casos el precio del divorcio o de la separación por mutuo acuerdo va a ser la renuncia a la guarda de los hijos, limitaciones en el ejercicio de la patria potestad o un régimen restrictivo de visitas, etc. Indudablemente la custodia compartida se configura como un instrumento de presión en la negociación, de tal modo que, de contemplarse legalmente en caso de desacuerdo, sería posible que las mujeres, a fin de continuar con sus hijos, renunciaran a derechos que generalmente van a ser económicos o patrimoniales, como la renuncia a las pensiones alimenticias o compensatorias o al uso de la vivienda familiar. A mayor abundamiento, si se dice que requiere por parte de ambos progenitores mayor nivel de renuncia personal en atención al interés del menor, y su propia esencia está apoyada en el entendimiento, ¿no será ello incompatible con la imposición que supone una resolución judicial en vía contenciosa? ¿podrá el juez con su resolución forzar a los progenitores a la vía del consenso? Pretender una solución impuesta judicialmente en el momento de máximo conflicto de la pareja no parece la medida más razonable ni la más eficaz. La imposición judicial sólo contribuirá a elevar el nivel de conflicto y a poner en riesgo la estabilidad de los menores. A favor de la custodia compartida sin la conformidad de los progenitores se aduce el beneficio del menor, pero ¿el que sea un interés prioritario supone que ha de ser exclusivo? (35).

Por contra, la admisibilidad excepcional de la guarda compartida a falta de acuerdo, les parece a otros un tratamiento del tema excesivamente restrictivo; realmente si la guarda y custodia compartida sólo se admite, caso de existir acuerdo entre los progenitores «para este viaje no hacían falta alforjas». Además, ¿no concedería a las madres el privilegio de vetar a su antojo la custodia? De dejar la guarda y custodia al arbitrio de uno de los cónyuges significaría anular el derecho como tal.

Antes de entrar en su regulación, sobre el tema podemos hacer la siguiente reflexión: Ciertamente es posible que no resulte aconsejable si la relación

tada de mutuo acuerdo que mantienen entre ellos una postura razonable y equilibrada ante la crisis matrimonial». Y en la misma línea la SAP de Guipúzcoa, de 14 de mayo de 1999 (AC 898) la deniega con base en la ausencia de una relación fluida entre la pareja que al no existir constituiría una fuente permanente de conflictos.

(35) El Anteproyecto señalaba que la custodia compartida se determinaría «en beneficio exclusivo de los menores». El Proyecto introdujo la expresión «en interés exclusivo de los hijos» y el Informe de la Ponencia se refirió al «interés superior del menor».

entre los progenitores no es pacífica y no muestran visos de colaboración. No obstante, la conflictividad no tiene porqué suponer, por sí misma, un rechazo total, ya que si bien puede no ser el sistema ideal, tampoco lo es para conseguir una relación pacífica el de atribución exclusiva a uno de los progenitores; este sistema no garantiza una mejora en sus relaciones y, por ende, una mayor estabilidad del menor sino que, por el contrario, en muchas ocasiones dificulta aún más la relación dada la desigualdad que genera tanto afectiva como económica. Con lo cual, en definitiva, parece más correcto estimar que la conflictividad existente entre los progenitores sea valorada junto con otras circunstancias para determinar si es el régimen más idóneo.

Esta misma discusión se trasladó en el momento de elaboración de la Ley al terreno político donde fueron significativas las diferencias de criterio de los distintos grupos que conformaban el arco parlamentario (36). Deficiencias técnicas aparte (37), en el Congreso, el tema quedó configurado de la siguiente manera: El artículo 92.5 del Código Civil establecía como norma general el mutuo acuerdo para dictar custodia compartida. No obstante, en su punto 8 recogía que, excepcionalmente, no concurriendo los requisitos del párrafo quinto (mutuo acuerdo), podría el juez, con informe favorable del fiscal y motivando que sólo de esa forma se protegía el interés del menor, imponer la custodia compartida. Se trataba de un pequeño resquicio abierto a la excepción del principio general para evitar la existencia de un derecho de veto que pudiera utilizarse para impedir el interés superior del menor. Es destacable la capacidad de decisión del juez sin quedar vinculado por las peticiones de los padres en el convenio y ello con base en la libertad que posee para interpretar cuál es el interés del menor. En virtud de esta circunstancia, pese a la existencia de acuerdo, podría denegarlo y devolvérselo a las partes con el fin de que presentaran otro mejorado. Si sólo uno lo solicitara, podría acordarlo pero recabando el informe favorable del Ministerio Fiscal, de tal modo que se trasladaba a éste toda la responsabilidad de decidir sobre la custodia compartida (aspecto que suscitó algunas voces en contra). Y finalmente, si ninguno lo solicitara, podría dictarla con base en el artículo 92.8 del Código Civil.

(36) ERC: A petición de ambos progenitores o por decisión judicial; BNG: A petición de progenitores o de juez; PNV: A petición de los progenitores, nunca imposición; PSOE: Progenitores y excepcionalmente el juez; PP: Progenitores: plan de responsabilidad parental; IU: A petición de los progenitores o juez; para éstos la autoridad judicial siempre deberá tener la última palabra.

(37) Para mayor polémica, un error en la votación de las enmiendas en el Congreso provocó que se aprobara un dictamen al Proyecto de Ley con un artículo contradictorio. Por un lado, se permitía que, en casos excepcionales, el juez acordara la custodia compartida cuando no hubiera acuerdo entre los padres (Informe de la Ponencia); y, por otro, hacía posible otorgar custodia compartida cuando existiera acuerdo previo entre las partes (enmienda del PNV). Posteriormente el pleno del Congreso del día 21 de abril aprobó un voto particular del PSOE e Izquierda Verde para rectificar esta redacción contradictoria.

No obstante el tema no se consideró cerrado sino que se dejó pendiente de una posible modificación en el Senado, donde transitó por los derroteros de la ultra excepcionalidad de la custodia compartida a imposibilitarla si no había acuerdo entre los padres, según los distintos partidos políticos (38). El Gobierno mantenía la posibilidad de que el juez otorgara la custodia compartida sin acuerdo de los padres aunque a través de la presentación de dos enmiendas se buscaba introducir garantías adicionales: establecían en concreto que sólo podría concederse a petición de una de las partes cuando la otra hubiera reclamado la custodia para sí en exclusiva, con informe favorable del Ministerio Fiscal y cuando se asegurara que la ubicación de los domicilios de los padres garantizaría la estabilidad del desarrollo personal del menor.

Cómo ha quedado configurada finalmente la cuestión en la Ley 15/2005. Como excepción y aún cuando no se den los supuestos del número 5, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (núm. 8).

Necesitamos, pues, la concurrencia cumulativa de tres circunstancias: 1) petición de al menos una de las partes; 2) informe favorable del Ministerio Fiscal; 3) convicción de que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. Y todo ello junto con el resto de requisitos generales.

Cabe, por tanto, incluso aunque no estén de acuerdo las partes, pero siempre que sea ésta la única forma de proteger adecuadamente el interés del menor (en este sentido, dice la SAP de Navarra, de 13 de abril de 2005 —*La Ley* 2033684—: La custodia compartida, a falta de acuerdo, sólo puede establecerse en función de la valoración absolutamente positiva acerca de

(38) Los grupos parlamentarios reflejaron hasta cuatro posturas distintas sobre la custodia compartida durante la celebración de la ponencia del Senado: Los populares defendieron que la custodia compartida de los hijos sólo podía otorgarse cuando existiera acuerdo entre los padres. Mientras, desde PSOE, CIU, PNV e IU, defendieron que este régimen se otorgara con carácter general cuando hubiera un acuerdo entre las partes y de forma excepcional si no existiera acuerdo. Por su parte, del Código Civil y ECP pidieron que se suprimiera la excepcionalidad de este régimen cuando no existiera acuerdo entre los padres para que primara la decisión judicial en interés superior del menor. Finalmente, también ECP, junto con ERC, plantearon cambiar el nombre del régimen para pasar a denominarlo guarda y custodia conjunta de forma alterna.

La enmienda en el Senado introducida por el Grupo Socialista y los restantes grupos parlamentarios, con excepción del Partido Popular, quedaba redactada como sigue: Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida ejercida de forma alterna, fundamentándola en la preservación del supremo interés del menor, conforme a los siguientes criterios: que se solicite a instancia de una de las partes, siempre que la otra haya reclamado la custodia para sí en exclusiva; que se emita informe preceptivo del Ministerio Fiscal; que en todo caso se asegure que, por la ubicación de los domicilios de los padres, el menor gozará de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de su personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones personales.

que el superior interés del niño justifica la medida. SAP de Zaragoza, de 22 de septiembre de 2005 —*JUR* 223803—: Acuerdo de los progenitores; la mera conflictividad no podrá ser un obstáculo definitivo para la custodia compartida, dado que le bastaría a una parte el provocarla para así evitar ese régimen que se apunta tan conveniente para los menores. Auto del Juez de 1.^a Instancia de Madrid, de 17 de marzo de 2005, donde se impuso la custodia compartida sin acuerdo de las partes) (39).

Será lógico que en estos casos las cautelas que han de estar siempre presentes en la decisión judicial se extremen aún más cuando exista discrepancia entre los progenitores. Hasta el momento los juzgados no han considerado que el interés del menor quede protegido de este modo. No obstante, a partir de ahora se elevará el número de peticiones y de veces en las que podrá decretarse sin acuerdo de las partes, lo cual parece que pugna contra los principios más elementales del sistema. La valoración de la excepcionalidad para poder decretarla en estos casos quedará al criterio de cada juzgado, con informe favorable del Ministerio Fiscal; si bien hemos de reconocer que no va a ser muy frecuente que se dé en la práctica. Ciertamente, si ya cuando el acuerdo de las partes se inserta en un procedimiento contencioso, solo excepcionalmente y con dificultad cabría aprobar tal acuerdo, cuando no exista acuerdo sobre este punto puede representar gravísimos perjuicios para los hijos.

Por lo demás, la posibilidad de esta medida sin acuerdo de las partes no es lo normal en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno; ni siquiera en Francia, que suele ponerse como modelo a seguir, donde opera como norma general el acuerdo de los cónyuges.

Lo que no se ha contemplado ha sido la posibilidad de que esta medida pueda ser acordada directamente por el juez [así, a modo de ejemplo, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 25 de julio de 2005 —*JUR* 220590—, la deniega por no haberlo pedido ninguno: «No basta el presunto interés de los hijos, sino que debe venir acompañado de, al menos, la voluntad en tal sentido de uno de los progenitores» (40)]. La custodia compartida coercitiva o

(39) En sentido contrario, la SAP de Madrid, de 5 de julio de 2005 (*JUR* 229561), deniega la custodia compartida porque no concurre una situación en beneficio de los menores que aconseje cambiar el sistema, máxime cuando el padre no muestra la conformidad a tal figura. SAP de Barcelona, de 22 de junio de 2005 (*JUR* 175915): la deniega al no haber acuerdo entre los progenitores, lo cual no puede considerarse que resulte beneficioso para los hijos. SAP de Valencia, de 7 de junio de 2005 (*JUR* 199827), la deniega por oposición de la progenitora. Tampoco se acepta por falta de acuerdo entre los cónyuges en la SAP de Vizcaya, de 5 de mayo de 2005 (*JUR* 196044).

(40) En otros pronunciamientos, por contra, se otorga, pese a no haber sido solicitada (SAP de Madrid, de 15 de febrero de 2005, en la que se impuso la guarda y custodia por períodos de seis meses, pese a que no había sido solicitada por ninguno de los progenitores o, asimismo, en la STC 4-2001, de 15 de enero de 2001). También en la SAP de Valencia, de 22 de abril de 1999, decidió el Tribunal de oficio instaurar este régimen.

forzada, querida por el juez pero no por los padres, está avocada directamente a su incumplimiento práctico. Resultaría sumamente artificioso imponérsela a ambos.

Incluso en los procesos contenciosos será necesario que:

- lo solicite una de las partes (requisito de la instancia rogada que parece lógico cuando de compartir tareas se trata, si bien, como hemos dicho, el juez nunca estará vinculado por la petición. Bastará articular la pretensión con carácter alternativo o incluso subsidiario, es decir, sólo para el caso de que no se estime la deducida con carácter principal consistente en reclamar que la custodia sea ejercida por uno de los cónyuges);
- y el informe favorable del Ministerio Fiscal (informe que será siempre necesario, si bien en los procesos contenciosos se exige expresamente que sea favorable. Se trata de un requisito imprescindible pero no suficiente por sí sólo ni tampoco determinante de la resolución: ha de concurrir cumulativamente con los otros dos requisitos).

Con todo, habrá que esperar a la aplicación práctica del precepto; si bien es posible aventurar que solicitudes de este tipo aparezcan como petición sistemáticamente articulada en demasiados procesos contenciosos, aunque se sepa que son improsperables.

SU ARTICULACIÓN

He aquí el principal caballo de batalla de la figura: la forma de materializarlo es sumamente complicado. Admite diversas modalidades, puesto que es fruto de los pactos que cada familia establece en función de múltiples circunstancias, si bien en el momento de su plasmación surgen las primeras dudas: ¿con qué periodicidad se deben repartir los períodos de convivencia? ¿dónde residirán los hijos? ¿serán los padres los que cambien de domicilio?... En cualquier caso, no es función del legislador detallar estas cuestiones pues cada situación será distinta. Más acorde resulta fijar un marco amplio y flexible dentro del cual pueda tener acogida la diversidad de situaciones que puedan plantearse en el caso concreto. Por tanto, podrá alcanzarse todo tipo de acuerdo —que tenga en cuenta las necesidades de los hijos y las de cada

Hay que tener en cuenta, como recuerda la SAP de Girona, de 27 de junio de 2005 (AC 1204) que, la medida de guarda y custodia de un hijo no es una cuestión sometida al principio dispositivo, ya que es por completo ajena al principio de autonomía de la voluntad de las partes. Es decir, al estar en juego los intereses de un menor de edad, los tribunales han de adoptar en cada caso las medidas de protección que estimen más adecuadas para él, sin estar a lo que en concreto pida uno de los progenitores litigantes.

uno de los progenitores— sobre el tiempo de convivencia con uno u otro cónyuge, la colaboración económica, la educación de los hijos, disponibilidad horaria... Cuando se plasma a través de un convenio regulador, no deja de ser un acuerdo privado que los cónyuges adoptan sobre este extremo y en función de sus circunstancias personales o, incluso, profesionales.

Nada obliga a repartir la convivencia en períodos iguales (puede centrarse el reparto en los períodos —lectivos, festivos o vacacionales (41)—, o en los horarios, los días de la semana, las semanas del mes o los meses del año). (Así, por ejemplo, en la SAP de Córdoba, de 1 de marzo de 2004, se estima la negativa influencia que supondría para las menores los continuos cambios por lo que se opta por establecer una situación de alternancia de seis meses con cada progenitor; SAP de Sevilla, de 22 de enero de 2004, en la que no se estima oportuno que pase la mitad de la semana con su madre y la otra mitad con el padre lo que no responde sino a un interés de los progenitores; Juzgado de 1.ª Instancia de Cerdányola del Vallés, de 4 de febrero de 2003, en la que se establece una alternancia semanal...). La casuística es amplísima. Se trataría de establecer ciertos límites razonables a una custodia compartida indiscriminada; esto es, adoptarse siempre con suma cautela (42).

Únicamente matizar en este punto que si bien las condiciones materiales son un factor importante, no obstante, no son determinantes, ya que en ciertos supuestos pueden ceder dando prioridad a otros, como puede ser el hecho de que el interés del menor exija pese a las incomodidades físicas y aún contra su voluntad de una labor de control y educación diaria dirigida por ambos progenitores (43).

Puede materializarse en la práctica, bien alternando los hijos su permanencia en los hogares cercanos de ambos progenitores, bien siendo éstos los que vayan rotando en el domicilio del hijo. Incluso, cuando la buena relación lo permita, sería posible sin delimitar los períodos de convivencia con base

(41) En este punto se suele aconsejar, como forma de preservar la paridad, el señalamiento en cada uno de esos períodos de dos turnos que se irán posteriormente alternando entre uno y otro de forma sucesiva de un año para otro, o de la forma más adecuada a las circunstancias del caso.

(42) La SAP de Castellón, de 14 de octubre de 2003 (*JUR* 26477), valoró como circunstancias determinantes el hecho de que cada uno de los progenitores dispusiera en la misma localidad de una vivienda acomodada a las necesidades de la menor, así como el que ambos hubieran sabido ajustar su horario laboral a su contacto con la menor.

(43) Así la SAP de Barcelona, de 22 de julio de 2004 (*JUR* 217508): A diferencia de otros casos en los que para la valoración del desarrollo integral del menor los juzgadores han tomado en consideración condiciones de habitabilidad idóneas, proximidad de domicilios entre los progenitores, compatibilidad de horarios, mantenimiento del entorno social, etc., en éste tales circunstancias se consideran accesorias en la medida en que, dada la edad del menor y las circunstancias familiares y sociales en las que se desenvuelve su vida, su desarrollo integral, aun cuando a él no le guste, exige la garantía de un cierto control por parte de sus progenitores.

en la libre relación de los menores con el progenitor que no convivan. En cualquier caso, el nuevo texto omite toda referencia a modalidades concretas.

Pese a todo, es fácilmente visible la dificultad que en la práctica conlleva la articulación de este régimen. Tan sólo la concurrencia en los progenitores de determinadas circunstancias laborales, económicas, de domicilio, de buena relación entre ambos, de buena sintonía con los hijos y de los hijos entre sí... hará factible la operatividad de esta opción. Se evidencia de este modo la absoluta necesidad de un elevado nivel de comunicación fluida y una mayor flexibilidad en las relaciones y cohabitación de padres e hijos.

Así se hace eco de este hecho recientemente la SAP de Castellón, de 13 de julio de 2005 (*JUR* 202806), en donde se dice que si bien teóricamente es posible de aplicar, el juez debe luego ajustar su conveniencia a la realidad mucho más difícil y apreciablemente más dura que lo que cualquier teórico puede argumentar a favor de aquel régimen compartido (44).

Es precisamente la figura de la mediación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, la que puede ayudar para que ambas partes reflexionen conjuntamente y lleguen a un acuerdo mutuo sobre el reparto de ese tiempo. De ahí la importancia de su fomento (45). Es más, las partes

(44) «Si bien la jurisprudencia menor ha tenido ciertas reservas para contemplar y arbitrar supuestos de custodia compartida, en base a que el artículo 90 y 92 del Código Civil, al regular la opción de custodia de los hijos, no preveía la posibilidad de que pueda ser concedida de forma conjunta, dado que tampoco lo prohíbe, su previsión suele tener un carácter excepcional ante la problemática (señala la sentencia de la AP de Palencia de 10 de octubre de 1999) que suscitaría en una situación de crisis matrimonial y por lo tanto de las relaciones entre los progenitores que estos se hubieran de poner de acuerdo hasta para las cuestiones más mínimas en relación con el cuidado y atención de los hijos, razón por la cual (decía tal sentencia) siendo una solución ideal sólo puede adoptarse en aquellas circunstancias que no sólo lo permitan si no que lo aconsejen. En igual sentido, la sentencia de la AP de Alicante, de 7 de julio de 1997, y quede aquí citada nuestra aludida sentencia de 14 de octubre de 2003 en un supuesto en el que se accedió, se razonó «que ha de ser excepcional el compartimiento de tal tarea —la de la custodia— generalmente y por lo que la experiencia enseña tan excepcional como la buena relación entre los cónyuges, que es lo que permite la observancia del régimen, entre quienes son capaces de postergar su desencuentro personal por el beneficio del hijo común». Pues bien, en el presente caso, y aún partiendo de todas las consideraciones de calado estrictamente teórico que realiza el perito en el que se apoya el apelante, es evidente que la relación entre los progenitores es nefasta.

(45) En la Exposición de Motivos se hace referencia a la mediación como procedimiento adecuado para resolver las diferencias entre los padres en cuanto al ejercicio de sus potestades. Sin embargo, no se prevé en el articulado una regulación de la misma. De ahí que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto propuso que se incluyera un texto similar al artículo 79 del Código de Familia de Cataluña, con la correspondiente reforma del artículo 19 LEC en cuanto a la suspensión del curso de los autos. Finalmente se ha aprobado una enmienda que obliga al Gobierno a remitir a las Cortes un Proyecto de ley sobre mediación y que establece ese mecanismo como un recurso voluntario y alternativo de solución de conflictos familiares por la vía del mutuo acuerdo, con la intervención de un mediador imparcial y neutral. Y, asimismo, viene siendo sugerido

podrán decidir someterse a ella solicitando la suspensión del proceso con el fin de alcanzar una solución consensuada (art. 770.7: «*Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación*»). Y todo ello bajo el prisma legal de considerar el recurso a la autoridad judicial como la última ratio que han de utilizar las partes para solventar sus conflictos.

Finalmente será el juez quien adopte las modalidades de guarda compartida, en especial la temporalidad y el modo de distribuirse su ejercicio, dependiendo del caso concreto, dadas las circunstancias concurrentes, las peticiones de las partes y el mayor beneficio del menor. En cualquier caso, siempre quedará abierta a los padres la posibilidad de interponer demanda de modificación de efectos en caso de que el régimen de custodia adoptado haya fracasado. Desgraciadamente la experiencia judicial pone de manifiesto que una gran parte de estos acuerdos se transforman en verdaderos litigios contenciosos.

Lo que el paso del tiempo nos dirá es si realmente estas disposiciones van a quedar o no en una mera declaración utópica, esto es, en una mera declaración de buenas intenciones que no vincula a nadie, en cuanto el consenso en esta materia es difícil, más cuando el modelo sigue asentado implícitamente en un modelo de custodia exclusiva. Confiaremos en el hecho de que la modernización de nuestro derecho es un fenómeno que no sólo se plasma en las leyes, también se deriva de un modo necesario de la actuación judicial.

RESUMEN

CUSTODIA HIJOS

Es la custodia compartida una de las piedras angulares de la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial (Ley 15/2005) y que mayores debates ha ge-

ABSTRACT

CHILD CUSTODY

Shared custody is one of the cornerstones of the reform of civil law in matters of marriage enacted through Act 15/2005, and it is also one of the issues that

su uso desde la Unión Europea como alternativa a la judicialización. Finalmente en la Disposición Final tercera de la Ley se ha recogido que: «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas». No se concreta ningún plazo, quizá conscientes de que casi nunca suelen ser cumplidos.

Con todo, en la actualidad, no existe en España ni se prevé la realización, previa al acuerdo, de ningún tipo de mediación, terapia o cualquier otra técnica que reduzca los niveles de conflicto y que ayude a los padres a asumir como propia esa forma de custodia y, fundamentalmente, la idea de la responsabilidad compartida, sea cual fuere la forma de custodia, a fin de que el acuerdo esté apoyado por la voluntad firme de ambos progenitores de llevarlo a efecto, ya que si no existe esa verdadera voluntad, estaremos abocados a un inminente proceso de modificación de medidas.

nerado en la opinión pública. En relación a este tema, el legislador ha aprovechado para dar nueva redacción al artículo 92 del Código Civil más ajustada a la realidad social del momento y que, con carácter general, podríamos tildar de oportuna.

Se configura el interés del menor como el principio rector de esta materia y se refuerza la autonomía de la voluntad de los cónyuges a quienes se les reconoce como novedad legislativa la posibilidad de optar por este régimen bien en la propuesta de convenio regulador, bien cuando ambos lleguen a este acuerdo a lo largo del procedimiento. Con anterioridad no se contemplaba expresamente pero tampoco se prohibía. De hecho, la línea jurisprudencial más reciente presenta una tímida tendencia favorable a la atribución de la custodia compartida o al señalamiento de amplios períodos de convivencia. En la actualidad, ningún obstáculo legal lo impide; su rechazo devendrá de la utilización de criterios extrajurídicos.

Será el juez quien en última instancia sopesa su oportunidad con base en el interés supremo del menor que sirve de guía decisoria general. En este sentido, la institución se rodea de especiales cautelas a través de una serie de circunstancias tasadas que le impedirán el acogimiento de la medida. Junto a ello, y pese a no concurrir ninguna de estas circunstancias, se explicitan también una serie de cautelas adicionales a tener en cuenta por el juez antes de adoptar la decisión. Es destacable en este punto la nueva configuración de la audiencia del menor.

Uno de los temas que más debates suscitó fue la posibilidad de admitirla cuando es solicitada unilateralmente por uno de los progenitores con la oposición del otro. Finalmente, y de forma excepcional, se ha admitido que el juez, a instancia de una de las partes, con informe

has roused the greatest debate in public opinion. Legislators seized the opportunity for what we might term a generally advisable rewording of article 92 of the Civil Code to attune legislation more closely to today's real society.

The child's interest is envisaged as the guiding principle in these matters, and the autonomy of spouses' wishes is reinforced. The spouses, in a new legislative feature, are acknowledged as being able to choose to share custody, either when they propose the agreement regulating their divorce or when they reach such an agreement in the course of the proceedings. Prior to this, shared custody was not expressly envisaged, but it was not prohibited, either. In fact, the most recent trend in case law shows itself to be timidly in favour of awarding shared custody or scheduling lengthy periods of shared living. At present there are no legal obstacles to shared custody; any rejection of shared custody will stem from the use of extra-legal criteria.

It will be the judge who ultimately weighs the advisability of shared custody on the basis of the higher interest of the child, which will serve as the general guide in decision making. The judge may be prevented from agreeing to the measure by a series of weighted circumstances, part of the special precautions that surround shared custody. Also, even when none of the weighted circumstances are attendant, there is a series of explicitly defined additional precautions to be factored in by the judge before a decision is reached. The newly configured hearing of the child is one important precaution of this type.

One of the issues that sparked the most debate was the possibility of allowing shared custody at the unilateral request of one of the parents against the opposition of the other. In the end, in exceptional cases, the judge, at the request of one of the parties and with a

favorable del Ministerio Fiscal, pueda acordarla fundamentándolo en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

En cualquier caso, el consenso en esta materia es difícil, más cuando el modelo sigue asentado implícitamente en un modelo de custodia exclusiva, pues no son objeto de reforma el resto de medidas a adoptar íntimamente relacionadas con ésta (pensión de alimentos, vivienda). Será precisamente la figura de la mediación, como mecanismo alternativo de la resolución de los conflictos, la que pueda facilitar la consecución de estos acuerdos.

favourable report from the public prosecutor, may rule that custody is to be shared on the grounds that only through shared custody can the greater interest of the child be adequately protected.

In any case, consensus is hard to reach on this issue, especially as the model is still implicitly based on an exclusive-custody model, since the other measures intimately related with custody (child support, housing) have not been reformed. The alternative conflict-resolution mechanism of mediation will be what can facilitate the reaching of shared-custody agreements.

(Trabajo recibido el 24-5-06 y aceptado para su publicación el 8-2-07)