

La custodia compartida impuesta por el juez a solicitud de uno de los padres: una realidad excepcional en las crisis matrimoniales: el párrafo octavo del Art. 92 del Cc

Genero y Trabajo Social (JR 1681)

Joaquín María Rivera Álvarez

Prof. Asociado Tipo 3º

Doctor en Derecho

Sección Departamental de Derecho Civil

quino@trs.ucm.es

Escuela Universitaria de Trabajo Social

Universidad Complutense de Madrid

Palabras Claves: custodia compartida

Key words: joint custody

La Ley 15/2005, de 8 de Julio ha reformado el Código Civil, introduciendo la custodia compartida en nuestra legislación. Este modelo de guarda ha sido excepcionalmente permitido por nuestros tribunales si los padres acuerdan este en situaciones especiales que prueben que la custodia compartida es la mejor elección para beneficiar a los hijos. La nueva legislación no cambiará esta concepción, pero si quizás introduzca cambios en la visión de los abogados y sus clientes que contemplarán esta posibilidad en sus negociaciones. Por eso es conveniente conocer cuales podrán ser las situaciones posibles y ver los planteamientos dados por asociaciones de padres y madres divorciados y a partir de las presiones de los grupos de abogadas.

The Law 15/2005, on July 8th have reformed the Spanish Civil Code to introduce the joint custody in our legislation . The model of guardianship has been exceptionally passed by the Courts if is o her parents agreed with it in such a special situations that prove that the joint custody is the best election to benefit it the children. The new legislation would not change this approach, perhaps it introduces changes in the vision of the lawyers an his customs that contemplate this possibility in their negotiations. For this reasons, it ´s necessary to know which possible situations to introduce the joint custody and study the approaches given by different social groups: male and female divorced associations and female lawyer ´s groups.

Propósito: La intervención que deseo realizar en el IV Congreso de escuelas de trabajo social en Zaragoza pudiera considerarse reiterativa ya que el autor ha publicado recientemente un artículo con el título “La custodia compartida: génesis del nuevo artículo 92 del Código Civil” en la *Revista Cuadernos de Trabajo Social*, Volumen 18 (2005). Sin embargo, a raíz de las opiniones de la doctrina y de los juristas prácticos que se van produciendo a lo largo de estos meses conviene reforzar algunos de los argumentos y replantearse otros con relación a la posibilidad de que la custodia compartida sea considerada por el Juez a partir sólo de la petición de uno de los cónyuges (Art. 92.8º párrafo del Código Civil). Por otra parte, es interesante tener presente la perspectiva de genero a la que se me invita al estar comprendida esta comunicación en el eje temático: Perspectivas de Genero y Trabajo Social”.

Conviene tener presente el texto a comentar. Este nos dice:” 8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

1.- Como saben Uds. la introducción de este párrafo se hizo en el Proyecto de Ley remitido por el Congreso al Senado¹ a raíz de la intervención crítica de la enmienda num. 48 del Grupo parlamentario socialista que fue aprobada.

En el Anteproyecto, texto anterior, el Gobierno se planteó la posibilidad de la guarda y custodia compartida convenida por los dos progenitores en un plano de igualdad con la que los jueces pudieran imponer a petición de uno de los cónyuges, por lo tanto no se hablaba del término “excepcional” y no se obligaba al juez a entender ésta como la única opción para que se proteja el interés superior del menor. Tal vez porque su redacción era muy simple (“los padres podrán acordar o, en su caso, el juez podrá decidir que la guarda de los hijos sea ejercida por uno sólo de ellos o conjuntamente”). Esta regla fue modificada, extendiendo la redacción del artículo para proponer diferentes garantías que limitarán los casos posibles de custodia compartida – en la línea de la opinión generalizada de nuestra doctrina y jurisprudencia- (“En la propuesta de convenio regulador o a instancia de uno de los padres, podrá solicitarse que el juez, previo informe del Ministerio Fiscal, decida en interés exclusivo de los hijos, valorando la relación que los padres mantengan entre sí, tras oír a los mayores de 12 años y, si lo considera preciso, a los menores que tengan suficiente juicio, que la guarda de estos sea ejercida por uno de ellos o conjuntamente²”).

La propuesta gubernamental tuvo una serie de críticas en el trámite parlamentario del Congreso y Senado. La diputada Fernández Dávila (Grupo parlamentario Mixto), en la Enmienda Num. 32, entendía que sólo era posible la custodia compartida si había acuerdo entre ambos cónyuges, basado en que difícilmente habría consenso en la educación y formación cuando ni siquiera la

¹ Ver *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, VIII Legislatura, Serie II Proyectos de Ley, de 5 de mayo del 2005.

² Ver *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, de 1 de diciembre del 2004.

pedían ambos. De la misma manera, el Grupo parlamentario vasco (EAJ-PNV), en su enmienda 40, entendía que sólo era posible la guarda compartida si se convenía por ambos cónyuges y no por imposición del Juez. Por último, también esta era la posición del Grupo parlamentario Popular, en la enmienda Num. 81 en el Congreso- Num. 26 en el Senado-, introduciendo la necesidad de un Plan de Responsabilidad Parental que “incluya acuerdos sobre la residencia del menor, la vivienda, la pensión alimenticia, etc., y que éste compruebe que ésta es la situación que más favorece la protección y bienestar del menor”.

La redacción de la norma que estudiamos quedó fijada en el texto remitido al Senado. Las Asociaciones de Feministas remitieron una carta al Presidente del Gobierno, que había prometido reconsiderar la postura, cuando vieron que el Grupo socialista del Senado no había considerado ninguna reforma en dicho párrafo, pasando el texto a su aprobación – con la oposición del Grupo Popular-.

Hasta este momento hemos desarrollado el problema legislativamente, sin embargo, la discusión se generalizó interviniendo no sólo los partidos políticos sino también las asociaciones de padres y madres separados o divorciados, colectivos feministas y de juristas. Ya, desde el inicio, se criticó extensamente el Anteproyecto, produciéndose una cierta confrontación entre asociaciones de padres de familia separados y las de mujeres. Unos apoyaban la posibilidad de establecer en los términos más extensos la guarda compartida, como medio de cambiar la tendencia, entendida como general, de los Tribunales y Jueces de concentrar la guarda en uno sólo de los progenitores, esencialmente, la madre – tendencia que también es producto de que, en la mayoría de los procedimientos, los padres no discuten que la mujer tenga que quedarse con los hijos³; por lo que al final se sintieron defraudados por el texto final⁴. Las

³ Deben Alfonso, M.: *Hacia una custodia impuesta y dividida*, en <http://www.hera2001.com/custodiareponsable/noticiasD.asp?id=89> estima que el 90 % de los casos de procedimientos consensuados. También ver Rogel Vide, C.(2005), Pág.87, en donde recoge opiniones que refieren que en las rupturas sin acuerdo, sólo el 22% de los padres pedían la custodia y sólo el 1% la deseaban compartida.

mujeres y las asociaciones de juristas, sin embargo, no eran partidarias en general de la custodia compartida al inicio, variando su postura hasta la actual que pretende que no sea posible la custodia compartida cuando no hay acuerdo entre los cónyuges⁵.

Con todo el respeto para las opiniones anteriormente indicadas, la formación legal de un régimen de guarda y custodia basada en las posiciones sociales o sus construcciones derivadas, eso sí, de la realidad, tiene el gran inconveniente de que “en el Derecho de Familia no hay dos casos iguales y las medidas que en una situación se presentan como beneficiosas para el menor, en otras pueden constituirse en generadoras de resultados gravemente perjudiciales” (Campuzano Tome (2005) 16). Pero además las situación de cambio social en donde se produce poco a poco una estado de corresponsabilidad o incluso de concentración en el progenitor masculino de la responsabilidad parental, mediante las medidas correctoras de conciliación de vida familiar y las que se están tomando para la igualdad de la mujer, hace ver que la pugna social y política de las asociaciones pueda resultar en el futuro contraproducente. La limitación o exclusión de la posibilidad de guarda compartida supone hacer una norma que refuerce el papel de uno de los progenitores en la custodia de los hijos en situación de crisis matrimonial. Y dicho refuerzo determina, en este momento, que se siga concentrando en la mujer la responsabilidad parental. Así éste argumento sirvió para gestar una reforma legal en Francia en el año 2001-2002 que modificó el Código Civil – realizada por la ministra de familia, Segolene Royal- que previera la custodia alterna, tal como nos ha ocurrido a nosotros – si bien con la obligación de los padres de presentar un Plan de corresponsabilidad (“coparentalidad”) que los órganos judiciales pueden aprobar o rechazar-. Por otra parte, curiosamente se dan ya en los Tribunales situaciones en donde quien pide la guarda compartida es una mujer que

⁴ Declaraciones de J.L. Rubio Azcue a Minuto Digital, el 21 de abril de 2005 (<http://www.minutodigital.com/noticias/rubio.htm>). Es interesante la conclusión a la que llega respecto a la redacción final de la ley: “el PSOE ha manipulado a la opinión pública dando a conocer que la nueva legislación para separaciones establecería como norma general el principio de la custodia compartida, y finalmente ha terminado limitándola a los casos en que haya mutuo acuerdo y además sea ratificada por un juez” (<http://www.minutodigital.com/noticias/enga.htm>).

⁵ Ver la pagina (<http://www.hera2001/custodiareponsable>)

padece, previamente durante la separación legal o de hecho anterior, la concentración de la custodia de sus hijos en el otro progenitor varón⁶. Es cierto que dicha situación es todavía puntual y poco ejemplificativa, pero determinante para hacerse esta reflexión.

Concluyendo, recogemos unas palabras de Ibáñez Valverde (2004 b) 5: "...permítasenos considerar que muy probablemente ayude [la reforma legal] a cambiar a medio, y quizás a corto plazo, muchas ideas obsoletas respecto del papel de los hijos, de sus progenitores y de las relaciones entre ellos. Solo falta desear que la puesta en práctica se haga con criterios racionales, trabajando para fomentar la coparentabilidad, la responsabilidad y el mutuo acuerdo".

2.- La situación en la que es posible la petición de custodia compartida debe ser valorada por el Juez, a partir de una serie de circunstancias concretas, no conviniendo una determinación de la misma estricta por el legislador. Razonablemente, nos dice Campuzano Tome (2005), 20 que "de lo que se trata es de conseguir que la ley arbitre un marco lo suficientemente amplio y flexible como para dar cabida en él a todas las posibles opciones de custodia a cada caso concreto".

Desde una posición limitativa del arbitrio judicial, se pudiera entender que es bueno indicar al Juez con carácter previo cuales son las circunstancias que deben ser estudiadas. Así parece deducirse de la postura de la diputada Fernández Dávila (Grupo parlamentario Mixto), que en la enmienda Num. 32, pedía la introducción del siguiente párrafo: "Para el otorgamiento de la guardia y custodia compartida, el Juez valorará la edad de los hijos, el lugar de residencia de los progenitores, la disponibilidad de un domicilio adecuado por

⁶ Así en la Sentencia de la AP de Navarra de 11 de noviembre de 1992 (Aranz. Civ.- 1992/1565), la de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1º), de 8 de Octubre de 1997 (Aranzadi Civil 1997/2014) que rechaza una petición de custodia compartida de la madre, agente de policía local, que desempeñaba su cargo de 10 de la noche a 6 de la mañana. También se mantiene la guarda y custodia del padre con amplio régimen de visitas, como paso en el supuesto anterior, en el caso de la Sentencia de La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12º) de 12 de marzo de 2004 (JUR 2004/120441) si bien en este supuesto el hecho impeditivo era los malos tratos de la nueva pareja de la madre.

ambos progenitores para el cuidado de los hijos e hijas, el horario laboral de los progenitores, así como otras circunstancias relevantes que posibiliten la custodia compartida sin graves quebrantos en la vida cotidiana de los hijos e hijas”⁷. Con ello se pretendía no sólo una valoración amplia por los jueces sino que esta se condicionara a una reflexión sobre dichos aspectos de la vida del menor, en la búsqueda del beneficio del menor.

Entendemos que no es necesaria tal indicación, por cuanto, la propia jurisprudencia menor trabaja sobre estas circunstancias y de otras que, en cada uno de los casos, se plantean. Lo cual altera cualquier consideración previa que se pueda tener respecto a aspectos concretos: por ejemplo, se puede dar una perfecta coordinación entre horario de padres con cercanía de domicilios adecuados en ambos casos, pero puede faltar otros elementos – parecida percepción de responsabilidades y medidas de educación y formación, por ejemplo-. Así la jurisprudencia considera múltiples factores con el propósito de que la decisión adoptada satisfaga el interés del menor de forma más adecuada que otras posibilidades.

En general se ha de partir de que ambos progenitores sean individualmente adecuados para el ejercicio de la guarda y custodia. Junto a ello se contempla en las situaciones siguientes: viviendas de los padres en el mismo edificio que evitan la modificación de su entorno⁸ que pueden evitar el peregrinaje del menor; permitirle su situación económico-material⁹; adecuarse a su situación

⁷ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, de 15 de marzo del 2005.

⁸ Destacamos la Sentencia de la AP de Valencia (Sección 6ª) de 2 de febrero de 2000 (JUR 2000/96686) que impone, sin atender a las pretensiones contradictorias, la guarda “compartida”. También las Sentencias de la Audiencia Provincial de Gerona (Sección 2ª) de 25 de febrero de 2001 (Aranz.Civ.-2001/1827) y de Castellon (Sección 2ª) de 14 de Octubre de 2003 (JUR 2003, 26477), cuyo fundamentación se une a que ambos progenitores ajustaron su horario para estar con su hija. Dice la última decisión: “La situación de la menor en relación con su madre y su padre se muestra tan similar, que en realidad tanto uno como otro merecerán ostentar la guarda y custodia, sin encontrar razón para desequilibrar tal merecimiento sin tener la sensación el Tribunal de afectar al derecho de igualdad del que resultare, en su eventual albur, perjudicando con las simples visitas con su hija”.

⁹ La anterior sentencia vista de la AP de Castellon que destaca “corresponde a cada litigante un vivienda en Benicarló, cada una perfectamente acomodada a las necesidades escolares de la niña (su habitación, su ordenador, etc...) , y los padres han sabido ajustar su horario laboral a su contacto con Pilar....”.

socio-laboral¹⁰; o por las necesidades afectivas o formativas que requiere el menor¹¹. Todo ello se debe unir a una cierta uniformidad o semejanza de criterios respecto a la forma de vida que ha de tener el menor –desde la perspectiva personal y social-, su educación y formación, junto con una actuación coordinada de los progenitores o adoptantes. En estas condiciones se muestra como la solución más beneficiosa para alguna doctrina¹².

Por otra parte, el deseo de los menores de que se atribuya la custodia “compartida” a ambos progenitores ha sido considerada en algunas decisiones. No obstante lo cual, la escasa argumentación de estas decisiones nos lleva a considerar dicha posibilidad en tanto en cuanto se vea como remedio para mantener la estabilidad emocional del menor ante el hecho de la separación o el divorcio de sus progenitores¹³. Otra veces en algunos informes psicológicos se plantea la atribución compartida, como una forma de resolver problemas relacionales de un progenitor con su hijo – siendo éste considerado el más adecuado para la custodia-¹⁴. O también se señalan las dificultades para

¹⁰ Además, en el Auto de la AP de Baleares (Sección 5ª) de 27 de febrero de 2001 (JUR 2001/138971), junto al deseo de los menores.

¹¹ Paradigmático el caso de la Sentencia de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 17 de septiembre de 2003 (JUR 2003/27985): “... la orientación psicológica se enmarcaría en una guarda y custodia legal compartida por ambos padres al igual que la patria potestad por su capacidad y porque la situación real de hecho es así. El citado dictamen también pone de manifiesto la convivencia continuada de hecho en la vivienda del padre porque por las circunstancias escolares y la organización de las actividades del menor aparece la más favorable, al tiempo que significa una necesidad importante del menor consistente en saber si la figura paterna va a cumplir las expectativas que él se creó y que resultan claras en un proceso de preadolescencia y la amplia comunicación con la figura materna que es la figura más querida por Fernando, el progenitor con el que ha creado los vínculos más importantes y de la que "aclama" ("rechaza") más afecto, destacando finalmente el imprescindible apoyo profesional de Fernando no sólo de apoyo psicopedagógico en las tareas y hábitos de trabajo y estudio sino también de terapia individual por especialistas clínicos que ayuden al control y canalización de sus emociones, a su madurez personal y social, a apoyar su autoestima, a la interiorización de normas y a la ansiedad de la triada (con las figuras parentales y en este sentido la puesta en común de los padres), para la elección del profesional es imprescindible para que los resultados sean positivos, concluyendo por ello que en este aspecto la experiencia de la madre que cotidianamente ha vivido con su hijo desde su nacimiento y lo ha llevado a diferentes centros y especialistas resulta de gran valor para considerar”.

¹² Sainz Torres, M (2002): 238.

¹³ Así en la Sentencia de la AP (Sección 6ª) de Valencia de 9 de marzo de 2000 (JUR 2000/126442). Por el contrario no la estima la Sentencia de la AP de Madrid (Sección 22ª) de 8 de junio del 2004 (JUR 2004/315883).

¹⁴ A pesar de ello, el Tribunal no estimó el deseo, manteniendo a la madre con su hijo, a pesar de querer estar con su padre: Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18ª) de 20 de noviembre de 2003 (JUR 2004/5877). También, en la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18ª) de 22 de Julio de 2004 (JUR 2004, 217508), al considerar que, a pesar de la buena relación con el padre custodio, la realidad era que

convivir con la nueva pareja del progenitor que inicialmente debería ser el custodio¹⁵.

A partir de esta jurisprudencia Campuzano Tome (2005) 29 distingue dos fundamentos en la atribución de la custodia, uno material que busca la estabilidad física del menor y otro afectivo que busca la estabilidad emocional del menor. El primero no se considera en las situaciones de custodia compartida como determinante ya que, de ser así, no cabría en ningún caso dicho supuesto al tener éste de hecho dos residencias y necesidad de trasladarse periódicamente a ambas, a lo que debe unirse la diferencia en los hábitos diarios – por mucho que los padres tengan similares criterios de educación y formación-. No obstante lo cual, la estabilidad del menor no debe verse sin atender también al lado afectivo y, también debe considerarse que, por dicha razón, es exigencia de la Ley el fomento de la corresponsabilidad en los padres o/y madres que deben hallar la forma de tener un compromiso respecto a la custodia de su hijo que vaya más lejos de la simple separación de uno de los progenitores de sus hijos por razón de la crisis matrimonial. No obstante, en general, este compromiso no existe y las más de las veces, cuando hay enfrentamiento hay conflicto, pues siempre hay uno de los progenitores al menos que se siente que puede ofrecer ambos aspectos de la estabilidad al menor en detrimento de otro. Ahora bien, debemos considerar las opiniones profesionales que, como Ibáñez Valverde (2004) 41, señalan que “no parecen haberse encontrado argumentos que sustenten, en ningún sentido, la idea de que puede ser perjudicial para los niños, sino, en todo caso, beneficiosa; por lo que nadie intente desalentar a aquellos progenitores que la prefieran”. Todas estas consideraciones deben llevar a entender que la guarda compartida acordada por ambos progenitores es el medio más adecuado para

éste desconocía su marcha en los estudios, mientras que la madre ejercía un control adecuado, por lo que establece el régimen de guarda y custodia por considerarlo el más beneficioso.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) de 19 de abril de 1999 (Aranz.Civ.-1999/4858) en un caso en donde los hijos vivieron inicialmente con el padre en el domicilio familiar al pasar la madre a vivir con su nueva pareja. No es sustancial el cambio, por su carácter provisional, en el caso de la Sentencia de la AP de las Palmas (Sección 4ª) de 11 de noviembre del 2002 (JUR 2002/91343) en donde el niño tuvo inicialmente un conflicto con una de las parejas que tenía el padre.

procurar el beneficio del menor, siempre que sea la situación factible y realmente vivida.

Es posible que la guarda compartida se pueda imponer por el Juez sin compromiso inicial de las partes, a partir de la solicitud de una de ellas. Esta postura considerada la realidad procesal de las crisis matrimoniales. En estas los padres y madres ven la custodia compartida como una más de las “mercancías” a convenir – hay que tener presente la relación interna que tiene el problema de la guarda y custodia, con el uso de la vivienda familiar y la pensión de alimentos-. De este modo, si bien se resalta las dificultades que de inicio se han señalado más arriba, puede imponerse en las situaciones en donde realmente no exista respecto a la guarda y custodia un conflicto real entre esposos, sino que éste se hubiera originado a partir de las disposiciones de fuerza que se dan en todo proceso contencioso. Es correcto afirmar, como nos dice CAMPUZANO TOME (2005) 16, que “en la práctica, cuando se debate acerca de la custodia de los hijos, lo que de ésta planteando es el tema de la residencia: con quién se queda a vivir el hijo y quien de los progenitores es el que va a ejercer la tarea cotidiana de educación y control del menor”. De ahí que, el juez pueda, cuando considere “ en interés del menor” que uno de los padres se niega injustificadamente a la custodia compartida, cuando o de hecho ya viene siendo la tónica de vida del menor – a consecuencia del perfecto reparto de los tiempos de vida del menor, proximidad de domicilios, reparto de tareas educativas y otros índices señalados anteriormente¹⁶- o sea la opción más adecuada de futuro, por las respectivas ocupaciones e incumbencias de los padres, incluso en caso de que haya habido con anterioridad graves desavenencias entre estos¹⁷.

¹⁶ Caso visto en la decisión de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2º) de 14 de Octubre de 2003 (JUR 2003/2647).

¹⁷ Como es el caso de la Sentencia de la AP de Baleares (Sección 5º) de 17 de Septiembre de 2004 (JUR 2004/287192), en donde el informe de los Servicios sociales destacaron que “ una vez que se iniciaron los diálogos con los progenitores ambos priorizaron las necesidades de su hija, se concienciaron de la difícil situación emocional en la que se encontraba la misma y se dispusieron a buscar la solución de mutuo acuerdo, por lo que se favoreció un encuentro de ambos en nuestro servicio que tuvo como objetivo proponer un régimen de visitas consensuado, lo que dio como resultado el régimen propuesto en dicho informe, con base en el acuerdo de ambos padres, régimen que fue recogido en la sentencia de primera

Pero, por último, como señale en el artículo antes mentado, sería necesario: primero, que hubiera uno que, al menos, lo solicitara o estuviera conforme con el mismo¹⁸. No tiene sentido forzar a los padres al régimen compartido de custodia cuando ninguno de ellos lo tiene en mente ni presente. Es cierto que pudiera darse el caso de que ninguno de ellos, en la práctica, quisiera asumir la responsabilidad parental y que el juez, atendiendo al interés del menor, se planteará el “castigo” de la guarda compartida como remedio asistencial pero, entendemos que dicha situación, en la realidad, se da sólo en situaciones que debemos calificar próximas al desamparo o, en todo caso de riesgo, tal como fija la LO 1/96 y el Art. 172 y ss del Cc. Segundo, es necesario intentar llegar a un acuerdo, previo, simultáneo o posterior, que concilie previamente a los esposos sobre los aspectos más relevantes de la educación y control de los menores - en la misma línea que el Plan de Responsabilidad Parental del que trata el Grupo Popular, para señalar puntos que no rompan el equilibrio planteado – en materia de régimen de vida, alimentos, educación, formación extraescolar...etc-. Para lo cual sería conveniente no sólo ayudarse del dictamen de especialistas sino que estos intervinieran y controlaran el proceso – en la línea permitida por el Art. 92.5 del Cc, cuando nos habla de que el Juez podrá adoptar “medidas cautelares” para asegurar el cumplimiento del régimen. Esta necesidad determina, unida a las limitaciones de personal de los

instancia precisamente porque había sido propuesto por peritos públicos imparciales y porque se había basado en el acuerdo entre litigantes”.

¹⁸ A partir de la posibilidad de que se imponga por el Juez o Tribunal a partir de la petición de la custodia por cada uno de los padres y/o madres; facultad que tiene la jurisdicción a partir del principio “iura novit curia” y las exigencias de ius cogens de defensa del interés del menor – expresados por la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/2001, de 15 de enero, si bien en el caso, se dijo por el Tribunal: “Bastaría lo expuesto para justificar la desestimación de esta pretensión de amparo, pues el órgano de apelación, al modificar en interés del menor el régimen de guarda y custodia decidido en la instancia no hizo sino actuar las potestades que legalmente tiene atribuidas. Pero además, desde un punto de vista puramente fáctico, hay datos en las actuaciones que permiten afirmar que la decisión judicial cuestionada no supuso tampoco un desajuste o completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal precedente (STC 15/1984, de 6 de febrero). En efecto, no sólo es que, con carácter general, la acción de separación, como la de divorcio, supone implícitamente, cualesquiera que sean sus términos, solicitar del Juez un pronunciamiento sobre todas las consecuencias legales que su estimación conlleva (ATC 100/1987, de 28 de enero, FJ 3), sino que en el caso concreto, ya en la solicitud de medidas provisionales que acompañaron a su demanda de separación, el cónyuge de la recurrente solicitó expresamente que se le atribuyera la guarda y custodia compartida con la madre, aunque a ello no accediera el Juez de Primera Instancia. Por tanto, por este último motivo, a tenor del debate precedente no puede tampoco afirmarse que haya habido un pronunciamiento ajeno al debate procesal y totalmente desviado de sus pretensiones y peticiones”.

servicios sociales y de los profesionales que asisten a los Juzgados, que, en el futuro, no vayan a ser muchas las situaciones en donde el Juez se decida por la guarda compartida, cuando haya una oposición frontal de una de las partes. No se nos esconde que, ante cualquier duda, el Juez ampliará el régimen de visitas establecidas al no conviviente, concentrando la guarda y custodia sobre el padre- la madre que considere más adecuado/a¹⁹.

3.- A la hora de tomar dicha medida, previa la oportuna comparecencia de las partes, ministerio fiscal, equipos y facultativos y el menor, si procede – conforme al Art. 92.6 del Cc-, el juez tiene presente no sólo la solicitud del progenitor– en donde este debe justificar, a partir de las situaciones anteriormente descritas, la petición formulada- , sino también:

A) La Opinión de los menores, “cuando tuvieren suficiente juicio” y se solicite la misma, de oficio, por el Ministerio Fiscal, partes o Equipo Técnico Judicial o el propio menor. La audiencia a los menores no supone que el Juez tenga que estar sometido a sus opiniones o intereses; si bien, cuanto más años van adquiriendo, sus criterios deben ser más tenidos en cuenta²⁰. Debemos entender, como hace el Art. 9.2 de la LO 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que dicha medida se realizará en todo caso por el propio menor o por representante que designe si tuviera suficiente juicio. Antes, conforme a las opiniones que existen en el mundo de la antropología y psicología, el Art. 92.2º párrafo, decía “tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años”. La nueva redacción que ya no precisa la edad no tiene supone una reducción de garantías ya que, las ciencias sociales, siguen considerando como mínimo dicha edad como de tránsito a la madurez para estas incumbencias, si bien es conveniente utilizar una cláusula general

¹⁹ Así la decisión de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), de 26 de abril de 2004 (JUR 2004/159769) en donde el padre solicita la custodia compartida por entender que tenía una relación afectiva intensa con su hijo: “En la actualidad no parece que la relación de la pareja sea lo suficientemente pacífica para permitir el contacto diario sin incidentes. De hecho, sí ha quedado probado que la madre solicitó reducción de jornada con la finalidad de disponer de más tiempo para cuidar del menor...”. En la misma línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 1 de junio de 2004 (JUR 2004/209241) y de las Palmas (Sección 4º) de 17 de mayo de 2004 (JUR 205252).

²⁰ Así la Sentencia de la AP de Córdoba (Sección 3º) de 1 de marzo de 2004 (JUR 2004/125769).

que sea interpretada flexiblemente por el Juez. A pesar de la redacción legal, dicha audiencia no tiene por que ser a presencia del magistrado en todo caso; tal como señala el Art. 9 de la Ley Orgánica 1/96, pueden realizarse las comparecencias de forma adecuada a “situación y desarrollo evolutivo”. Es cierto que, dicha audiencia debe considerarse dentro del esquema formal del proceso matrimonial, respecto a la decisión sobre la guarda y custodia, no cómo algo que sólo se deba hacer a partir de dicha petición en concreto de custodia compartida, sino en todo caso cuando dicho menor tuviera suficiente juicio. En este punto, consideramos poco garantista el deseo de la enmienda num.1 de la diputada Lasagabaster Olazagal (Grupo parlamentario Mixto) que entendía que debería restringirse dicha posibilidad: “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 intervención²¹”. Más correcta es la posición del Grupo parlamentario Catalán (CiU), en la enmienda Num. 64: “La intervención de unos niños en un proceso judicial, con todo lo que ello significa, máxime cuando se trata de un enfrentamiento entre sus padres, supone para ellos una importante agresión. Naturalmente puede ser necesaria esta audiencia cuando hay un desacuerdo entre los padres respecto del ejercicio de la patria potestad sobre ellos o sobre su cuidado o guarda. También en los supuestos en que los padres puedan presentar al juez un convenio en que sobre esta materia se adopten pactos extravagantes o en principio perjudiciales para los menores, puede ser conveniente la audiencia de los mismos. Pero en todos aquellos casos en que los padres convengan medidas razonables o en los que exista un informe del equipo psico-social del juzgado, no debe exigirse la audiencia de los hijos. Precisamente en muchos casos se llega a un acuerdo para que los menores no se vean implicados y es paradójico que, en todos los casos sin excepción, la ley prevea la audiencia imperativa de los mayores de 12 años²²”.

²¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, de 15 de marzo del 2005.*

²² *Ibidem.*

B) El Informe Favorable del Ministerio Fiscal. Como se puede uno imaginar, el sentido de la norma nos invitaría a considerar que éste organismo tiene en su mano la adopción judicial de la medida, en tanto que, de no obtener su consideración, deberá rechazarse de plano que pueda imponerse la guarda compartida. Sin embargo, esta consideración que pudiera tenerse si estuviéramos en un procedimiento administrativo, choca con tres consideraciones: primera, que nuestro Ordenamiento privado no tiene muchos ejemplos a los que recurrir en donde se exija el previo informe favorable del organismo fiscal para proceder a la medida; segundo, que, en todo caso, manteniendo la solicitud la parte, el juez tiene el derecho y obligación de resolver sobre el contenido de la cuestión, en virtud del principio procesal de libertad e independencia judicial (Art.117.3 de la C.E.) ; tercero, que en una legislación invadida por el principio de “interés superior del menor”, no cabe que el juez simplemente por razones formales – la negativa a la medida del ministerio fiscal- no adoptara una medida entendida como la más beneficiosa para el menor. Y así se ha entendido que tal circunstancia “no impedirá que el juez, a pesar del informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida, cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez²³”. No llegando a la inconstitucionalidad, si se ha indicado también que la norma pudiera contradecir, de aplicarse estrictamente, el Art. 2 de la LO 1/96 y la Resolución de 29 de abril de 1987 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Abril Campoy- Artigas Porta (2006) 2). De ahí que se predique la interpretación sistemática de la norma, en el sentido de reconducirla limitativamente a entender exigible un informe del Ministerio Fiscal que auxiliará, sin lugar a dudas, a la decisión judicial – a partir de la posición encontrada de las partes-. Y, en caso de que sea desfavorable, exigirá del juez reforzar sus argumentaciones para entender la medida como la más adecuada e idónea para el beneficio del menor.

²³ En “Conclusiones sobre “Las reformas del Derecho de Familia”.II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia”, *Sepin, Derecho de Familia*, Num. 50, Enero 2006, Pags. 26 y ss.

C) La necesidad de fundamentar la medida en que “solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor”. De acuerdo con la interpretación gramatical de la norma, no sólo se debe buscar el beneficio del menor, sino justificar que dicha medida es la única adecuada para salvar dicho interés. Lo cual no quiere decir que la guarda concentrada en uno sólo de los progenitores, con un régimen de visitas del no conviviente, más o menos amplio – en función de las necesidades relacionales del menor- deba rechazarse en el caso concreto; no, se trata de que la guarda compartida sea la menos perjudicial para la situación del menor que, en todo caso, en situación de crisis matrimonial, sufre la carencia de un progenitor en su vida cotidiana (Montero Aroca (2001), 34 y ss).

D) De oficio o a instancia de parte, el juez puede recabar, antes de su decisión, 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”. El artículo está construido de forma potestativa, por lo que el juez valorará en cada caso cuando corresponde solicitar el informe técnico de especialistas²⁴.

Como hemos indicado anteriormente, una vez realizada la anterior comparecencia, la medida será adoptada y fijado el régimen de guarda compartida. En este punto, consideramos que el régimen deberá tener presente una serie de incidencias comunes – días de celebración, fechas vacacionales – en la vida del menor, así como, en función de las posibles desavenencias en puntos concretos, la determinación de cual de los progenitores deberá decidir - en la línea marcada por el Art. 156 del Cc-. También, por razón de la oposición de uno de los cónyuges a la medida inicialmente, deberá considerarse la necesidad de adoptar medidas cautelares de vigilancia y control del régimen impuesto a cuyo requerimiento actuarán los servicios sociales o los profesionales psico-sociales que auxilian a los

²⁴ En “Conclusiones...”, Num.3.6.

Juzgados y Tribunales. Entendiendo que estos podrán poner de manifiesto al Ministerio Fiscal, para que solicite al Juez, la necesidad de modificar el régimen en atención al seguimiento, al igual que lo pueden hacer las partes en el proceso matrimonial, tal como permite el Art. 772.2 y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. Conclusión:

A) La pretensión de construir una regulación legal sobre la base general de la realidad social creada por las resoluciones judiciales e interés de las partes en el proceso desde una perspectiva de un conflicto de género (hombre-mujer), puede plantear situaciones en donde no se favorezca el proceso de igualdad y conduzca a situaciones contraproducentes, al encontrarse con que la que desea solicitar la guarda compartida sea la propia mujer.

B) No obstante lo dicho, debe considerarse excepcional el supuesto en donde se pueda entenderse adecuado el régimen de custodia compartida, ya sea consensuada ya impuesta por el Juez – a requerimiento de uno de los cónyuges- por que no es normal que se den circunstancias más adecuadas para que dicha solución sea la que más favorezca los intereses del menor.

C) La reforma legal no supone un cambio sustancial en el sistema anterior, sirviendo exclusivamente a los efectos de que las partes tengan presente la aceptación legal de la custodia compartida, siempre que los condicionamientos que ha tenido presente, en todo momento, la jurisprudencia menor.

D) La corresponsabilidad parental, en situaciones de crisis matrimonial, no se impondrá mediante este régimen de custodia por su carácter excepcional. Sería más interesante trabajar legislativa y socialmente sobre las situaciones más comunes de guarda de uno de los progenitores; haciendo ver a los no convivientes que ésta situación no determina la ausencia de ejercicio de facultades y obligaciones.

Bibliografía:

Abril Campoy, J.M.-Artigas Porta, R. (2006): “La guarda i custodia compartida: reflexions i aspectes crítics “(I-II), [Inf@ncia](#), Num.1 y 2, enero y febrero 2006.

Campuzano Tomé, H.(2005): “La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, *Aranzadi Civil*, Num.5, Abril 2005, Pags. 15-48.

Ibáñez Valverde, V.I. (2004): “El laberinto de la custodia compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados (I y II)”, *Boletín de Derecho de Familia*, Año 4, Núms. 40 y 41, Noviembre y Diciembre 2004.

Montero Aroca, J. (2001): *Guarda y custodia de los hijos (La aplicación práctica del artículo 92 del Código civil)*, Valencia.

Rivera Álvarez, J.M. (2005): “La custodia compartida. Génesis del nuevo Art. 92 del Código Civil”, *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol.18, Págs. 137-162.

Rogel Vide, C. (2005): “En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados. Del anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código civil en materia de separación o divorcio”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Enero-Marzo del 2005, Pagas. 73 –93.

Sainz Torres, M.(2000): “El menor en las situaciones de crisis familiar”, en Lázaro Gonzalez, I.: *Los menores en el Derecho Español*, Madrid Pág. 230 y ss.