

# La Guarda y Custodia Compartida

---

**AUTOR:** Marina Llambias Savaglio

**TUTOR:** Pedro Grimalt Servera

Trabajo Final Grado

Universitat de les Illes Balears

2012/2013

# Indice

1.Introducción y concepto.....	2
2. Análisis de la institución de la guarda y custodia compartida.....	4
2.1 Las ventajas de una guarda y custodia compartida. ....	4
2.2 Los inconvenientes.....	5
2.3 Diversidad de opiniones para su aplicación. ....	7
2.3.1 El carácter excepcional.....	7
2.3.2 De la regla del carácter excepcional al criterio preferente en varias Comunidades Autónomas. ....	10
2.4 Los criterios para la aplicación de la guarda y custodia compartida. ....	12
3. El eje central de la guarda y custodia compartida: el interés del menor. ....	16
3.1 Concepto. ....	16
3.2 Regulación.....	16
3.3 Asimilación del concepto interés del menor. ....	18
4. Conclusión.....	21
5. Bibliografía .....	23

## **1. Introducción y concepto.**

La guarda y custodia es un sistema que regula con qué progenitor vivirá el niño en cada momento, puede ser atribuida en exclusiva a uno de los progenitores o de forma compartida entre ambos, ya sea en alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres.

Tradicionalmente y a lo largo de los años en España, la tendencia por parte de los jueces de familia ha sido otorgar la guarda y custodia de los hijos en exclusiva a uno de los progenitores, y con mayor frecuencia se ha otorgado a la madre.

Desde hace varios años, se viene produciendo un cambio de actitud a la hora de establecer la custodia compartida, siempre y cuando se cumplan con los requisitos para su atribución. Además, cada día hay más padres que se manifiestan en favor de sus derechos para poder compartir la custodia junto con sus ex esposas a través de varias plataformas.

No debe olvidarse que, cuando se produce la ruptura de la relación matrimonial o de pareja, con existencia de hijos, supone un tema de gran importancia a la hora de determinar cuáles y cómo serán las relaciones futuras de los hijos con cada uno de sus progenitores.

Con la reforma de 2005 supone el gran cambio en cuanto a regulación puesto que, se introduce la institución de la guarda y custodia compartida. En dicha fecha pasa a incluirse en el artículo 92 Cc la institución de la guarda y custodia compartida, concretamente en su apartado quinto en el que se dispone 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 cuando la acuerde deberá fundamentar su resolución, procediendo luego a adoptar las cautelas pertinentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

La instauración de la guarda y custodia compartida responde a la continua evolución de la sociedad, en la que los hijos siguen conviviendo aunque sea por separado con sus padres, manteniendo así las relaciones que venían desarrollando antes de la ruptura matrimonial, evitando en parte que se pierda el contacto con alguno de

ellos por no poder seguir manteniendo las relaciones afectivas dada la nueva situación. Por otra parte, también supone verse en “igualdad” respecto de los otros niños que sí que tienen a ambos progenitores dentro de su ámbito familiar, por ello considero que una guarda y custodia resulta beneficioso para los hijos ya que no se sienten desplazados respecto de todos aquellos que le rodean en su vida diaria.

Por ello, nos centraremos en la protección que debe darse a los menores, dado la problemática que presenta para ellos ésta nueva situación en sus vidas y que no resulta casi nunca nada fácil. No debe olvidarse que lo importante en este caso es el bienestar del menor y que una custodia compartida debe atribuirse siempre en beneficio de ellos.

El objeto de este trabajo será por tanto la guarda y custodia compartida, esto es, aquella que se ejerce conjuntamente por ambos padres, ya sea de forma periódica o de rotación del cuidado, atención y educación de los hijos. Se distribuye así a los padres para que realicen las funciones y responsabilidades parentales que siguen manteniéndose aunque se haya producido la separación o el divorcio de los mismos. En este concepto han coincidido varias sentencias como son, la Sentencia del Juzgado de 1º instancia, nº3 de Granollers, de 8 de octubre de 2009, y la Sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona 612/2012 de 28 septiembre de 2012 (JUR\2012\332252).

La STS 94/2010, de 11 de marzo (RJ 2010\2340) establece a raíz de que la recurrente alegara una confusión en cuanto a la institución de la guarda y custodia compartida con lo que es el ejercicio práctico de la misma, es decir, de cómo se van a relacionar los progenitores con los hijos. Estableciéndose que debe existir una *"coparentalidad" de modo que ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura; dicha coparentalidad es un derecho de los hijos, independientemente de que sus padres convivan o no. Custodia conjunta no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores. Deben tenerse en cuenta una serie de criterios y las ventajas que va a tener en el contacto con los hijos del progenitor no custodio, que es aconsejable en familias con un bajo nivel de conflictividad y que mejora el efecto negativo que el divorcio causa en los hijos.*

En la STS de 19 de octubre de 1983 (RJ 1983\5333), se asimiló el concepto de guarda y custodia compartida al que se venía estableciendo para la patria potestad,

disponiendo así que comprende también *“entre otros deberes y facultades, en relación con los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía”*.

Por tanto, se busca así que los hijos conserven la relación con ambos padres con el mayor grado posible y consecuentemente sufra la ruptura de sus padres en el menor grado posible. Pero por encima de todo está el interés del menor y no siempre se está pensado exclusivamente en el bienestar y derechos del menor.

## **2. Análisis de la institución de la guarda y custodia compartida.**

### ***2.1 Las ventajas de una guarda y custodia compartida.***

Desde mi punto de vista son enormes las ventajas que presentan la aplicación de la institución de una guarda y custodia compartida.

Supone garantizar a los hijos el poder disfrutar de la presencia de ambos progenitores aunque se haya producido la ruptura de la relación de pareja. Una guarda y custodia compartida debe ser vista como el modelo de continuidad de los vínculos que tienen los hijos con sus padres y que se siguen manteniendo aun producida la ruptura. Evitando ese sentimiento de “nada volverá a ser igual” que pueden pensar los hijos cuando solo convivan con uno de los padres, el miedo al abandono, o el sentir que traicionan a ambas partes...etc. Por otro lado, también supone fomentar una actitud consciente y objetiva sobre la separación o divorcio de los progenitores permitiéndoles que acepten esa nueva situación ya que ven, que siguen compartiendo las mismas relaciones con ambos aunque sea de manera separada con uno y otro.

Otra ventaja a tener en cuenta, es que la guarda y custodia compartida, a pesar de ello, se aplica cuando hay un consenso entre los padres de que ésta es la mejor opción, ya que dejan de lado sus rencillas y guerras en beneficio del interés de los menores que son sus hijos. Evitando así, que los propios hijos se sientan o sean manipulados conscientemente por una de los padres o inconscientemente cuando uno de los padres utiliza a sus propios hijos como medio de ataque al otro progenitor.

Cuando se parte de una base de consenso, y de que lo importante en esos momentos son los hijos por parte de los padres, supone para los hijos la aplicación de una guarda y custodia compartida que les favorecerá a mantener esas relaciones que se

venían desarrollando de manera normal antes de la ruptura del esquema familiar, porque verán que aunque no se realice de la manera esquemática que hay dentro de sus mentes, por venir siendo ésta la realidad asimilada por sus mentes, pueden seguir manteniendo esas mismas condiciones.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 102/2207 de 20 febrero (JUR\2007\101427), dispuso en sus fundamentos de derecho cuáles son las ventajas cuando se aplica una guarda y custodia compartida; “ 1) Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos padres; 2) Se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, se fomente una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de sus padres; 3) Se garantiza a los padres a seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones respecto de los hijos; 4) Hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se pretende evitar de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; 5) No se cuestiona su idoneidad de ninguno de los progenitores y los padres cooperan necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo e un modelo educativo de conducta para el menor”.<sup>1</sup>

## ***2.2 Los inconvenientes.***

Los tribunales a la hora de decidir sobre la aplicación o no de la guarda y custodia compartida, encuentran numerosos inconvenientes lo que ha hecho que la guarda y custodia compartida tenga ese carácter excepcional.

En numerosas sentencias se ha venido estableciendo cuáles son aquellos inconvenientes que producen la no aplicación de una guarda y custodia compartida.

No resulta adecuada en los supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, cuando no llegan a los mínimos acuerdos en la forma de tomar las decisiones respecto de los hijos, la diversidad de opiniones entre los progenitores en

---

<sup>1</sup> Documento: EDC 2000/98047 Compartida. Base de datos: El Derecho.

cuanto a los estilos educativos, la falta de comunicación y flexibilidad a la hora de acordar los detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica como son los hábitos o horarios, produciendo una continua exposición de los menores ante los enfrentamientos. En cuyo caso, la ponderación de los intereses de los menores en juego deben ser extremadamente cuidadosos y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de la personalidad de los menores afectados. En estos supuestos resulta comprensible su no aplicación puesto que, en ningún momento beneficia al menor las situaciones que pudieran acontecerse dada esta situación y en la manera en que afectaría a su desarrollo emocional y personal. Esto ocurre, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 331/2006, de 16 mayo (JUR\2006\260234) y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 20 enero 2008, en el que el tribunal consideró que lo mejor para los menores era su no aplicación. Puesto que, los padres no se ponían de acuerdo en la toma de decisiones respecto del hijo común ya que la comunicación entre ambos padres era inexistente.

Otro criterio en que se ha desestimado una guarda y custodia compartida es en los supuestos en que el menor sea de corta edad, es decir, en los supuestos donde el niño todavía no es autónomo y depende de la madre. Se opta para estos casos atribuir la guarda y custodia en exclusiva a la madre.

Los criterios más generalizados para no aplicarla y de las que se ha podido deducir de varias sentencias, son los que atienden a la posible inestabilidad que puedan sufrir los menores con el continuo cambio de domicilio ya que un cambio de domicilio reiterado de un lado a otro sin ninguna causa justificativa puede alterar perjudicialmente la normalidad de su vida, sometiéndolos a un cambio incesante de domicilio, hábitos de vida... etc. También se tienen en cuenta los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores. Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza 565/2005 de 24 octubre 2005 (JUR\2005\241145), Audiencia Provincial Barcelona 112/2007 13 febrero 2007 (JUR\2007\204890), Audiencia Provincial Albacete 6 marzo 2007 (JUR\2007\265006)

## ***2.3 Diversidad de opiniones para su aplicación.***

### **2.3.1 El carácter excepcional.**

Lo primero que debemos preguntarse al tratar éste epígrafe es lo siguiente, *¿cuándo procede atribuir la guarda y custodia compartida?*

Como hemos visto en los apartados anteriores, la guarda y custodia compartida es una institución relativamente reciente que se incluye en el año 2005 con la Ley 15/2005 y tanto jurisprudencial como doctrinalmente existen divergencias.

La guarda y custodia compartida siempre ha sido de aplicación excepcional, debido a que deben concurrir una serie de requisitos o situaciones dentro del ámbito familiar que sean favorables para proceder a su aplicación. Por otra parte, el interés de los menores juega un papel importante ya que será el protagonista y es el que se tendrá en cuenta para acordar o no la guarda y custodia compartida.

Cuando se produce la separación o divorcio de los padres, los hijos indirectamente se ven afectados cuando la ruptura matrimonial se produce de manera no amistosa. La continua guerra entre los padres para decidir cuál de ellos protegerá mejor los intereses de sus hijos produce en ellos situaciones de manipulación, en la mayoría de las ocasiones, cosa que les hace estar en medio de una guerra que nada tiene que ver con ellos. Los intereses de los propios hijos se ven perjudicados, debiendo primero asimilar esta nueva situación de ruptura de la base familiar y sin tener tiempo para asimilarlo, deben también padecer el conflicto que tienen sus propios padres para decidir sobre sus intereses.

Por tanto, el orgullo y ataque que mutuamente se realicen los padres afectan a la continuidad de las relaciones parentales y si de verdad piensan en el interés de sus hijos deberán dejarlo de lado, si de verdad quieren lo mejor para ellos. Es indudable que la mayoría de los casos de separación o divorcio nunca se produce de manera amistosa, al menos en gran parte de ellos. Por ello, no encuentro que el problema radique en la decisión de los Jueces de no acordar la guarda y custodia compartida, sino que a la vista de los hechos que personalmente crean los padres, los jueces se ven temerarios en su aplicación puesto que, como se sabe, los intereses del menor prevalecen ante estas situaciones. Produciéndose así, que por el bien de ellos se acuerde solo la guarda y



custodia a uno de los padres, en el cual uno de ellos sale victorioso, generalmente la madre, mientras que el padre ve de alguna manera truncada la relación con sus hijos al darle solo un derecho de visitas.

En estos casos, los jueces se ven recelosos de aplicar una guarda y custodia compartida puesto que es indudable que los hijos no encontrarán un equilibrio en su desarrollo personal. No es viable una guarda y custodia en estas condiciones, por ello, los padres deberían hacer un esfuerzo y dejar al lado las posibles rencillas que guarden solo por el mero hecho de beneficiar a los intereses de sus hijos.

Además del supuesto anterior, existen otros tipos de criterios que consideran los jueces para no aplicar una guarda y custodia compartida;

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 13 julio 2004 (JUR\2004\243901), dispuso que no se podía acordar la guarda y custodia compartida puesto que la vida familiar no puede, en caso de ruptura de la pareja, organizarse de otro forma diferente que con la atribución exclusiva de la guarda de los hijos a uno de ellos, ya que suponía que los hijos iban a ser considerados como una veleta, conviviendo de un lado para otro dependiendo de la semana, suponiendo esto un gran desequilibrio en cuanto a la concentración y estabilidad de los hijos. Totalmente de acuerdo con esta sentencia, aunque me surge la crítica de que por el bien de los hijos, seguro que se habría encontrado alguna solución para poder aplicarla si los padres se hubieran sentado en una mesa para encontrar la mejor solución por el bien e interés de sus hijos.

En otras sentencias como pueden ser, la Audiencia provincial de Baleares 29 diciembre 2006 (JUR\2007\89096), Sentencia Audiencia provincial de Barcelona 25 julio 2007 (JUR\2007\284117), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva 52/2007 de 30 marzo 2007 (JUR\2007\202414) y en muchas otras, deniegan la aplicación de la guarda y custodia por el hecho de que en el caso de que se acuerde la práctica ha venido demostrando que suele generar importantes tensiones en la relación de los progenitores por la dificultad de tomar acuerdos en común. El único problema apreciable es la imposibilidad de los padres de mantenerse de común acuerdo en cuestiones relativas a sus hijos que nada tienen que ver con ellos, cuando antes de

producirse la separación o divorcio sí que eran plenamente capaces de tomar decisiones de mutuo acuerdo sobre sus hijos y sin crear ningún tipo de conflicto.

También en ocasiones son los propios tribunales los que consideran que deben tenerse reservas en su aplicación y solo la consideran aplicable cuando concurren las circunstancias idóneas para su aplicación. De tal manera que, sigue considerándose con carácter excepcional su aplicación. En este sentido es que no se ha procedido ninguna regulación en el Código civil o en nuestro Ordenamiento Jurídico de cuáles son esas condiciones para aplicarse, cosa que se deja a la situación del supuesto de hecho concreto en que se pida.

El artículo 92.3 CC establece sobre la decisión que toma el juez acerca de cuál de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores, sin que esto impida el ejercicio de la patria potestad sea compartida por ambos para tomar las decisiones de trascendencia que afecta a los hijos, se pueda tomar de común acuerdo, sin que por ello se prive al progenitor, que no convive con los hijos, del conocimiento de las mismas, debiéndose tener en cuenta sus opiniones en igual de condiciones del de aquél que los tenga en su compañía. Ello se ha podido observar en otras sentencias como son las de Audiencia Provincial de Valencia 232/2006 de 5 abril 2006 (JUR\2006\2544405) y 03 noviembre 2004 y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid; S. 31.10.1995.

Este carácter excepcional de la aplicación de ésta institución es escasa en nuestra Comunidad Autónoma, es decir, los jueces y tribunales de las Islas Baleares no tienen como criterio principal la aplicación de la guarda y custodia compartida. Ello es notable dado del estudio de diferentes sentencias dictadas por la Audiencias Provincial, donde han preferido aplicar una guarda y custodia en exclusiva a uno de los progenitores. Esto es debido, a como veremos seguidamente, tampoco se ha legislado en esta materia como sí han hecho en otros territorios forales que han decido recientemente optar por que sea un criterio preferente, cosa que no ocurre en nuestra comunidad autónoma ni el propio Código civil.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> La custodia de los hijos: la guarda compartida como opción preferente. Gregorio Delgado del Río. Thomson Reuters. Civitas. Página 120 y ss.

### **2.3.2 De la regla del carácter excepcional al criterio preferente en varias Comunidades Autónomas.**

Como hemos dicho anteriormente siempre se ha tratado a la guarda y custodia compartida con un carácter excepcional en su aplicación, pero en algunas comunidades forales y dado que tiene su propia regulación en algunas materias, han hecho una evolución importante en cuanto a la guarda y custodia compartida puesto que, la institución de la guarda y custodia compartida se convierte en el criterio preferente de aplicación.

Esto ocurre en las comunidades de Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia, siendo la pionera Aragón, donde en sus propias leyes de divorcio han establecido unas coordenadas más claras para algunos asuntos e incardinando la balanza con más o menos determinación hacia la custodia compartida. A continuación, analizaremos como se instaura este criterio preferente de la guarda y custodia en todas ellas. Se han fijado los criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de atribuir la custodia compartida, cosa que no hace el Código civil. Se tiene en cuenta la edad de los hijos y su opinión, la dedicación que ofrecerá cada progenitor, su disponibilidad y sus posibilidades de conciliar la vida laboral y familiar, así como el arraigo social y familiar que tenga, y cualquier otra circunstancia relevante.

En **Aragón** la custodia compartida es la norma, es decir, se considera que es la opción más beneficiosa para los hijos menores y la que debe elegir preferentemente el juez, a falta de acuerdo de los padres, incluso aunque uno de ellos se oponga.

El Código Foral de Aragón regula en los artículos 75 a 84 los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, estableciendo que la custodia compartida se sitúa frente a la custodia individual como norma preferente en los supuestos de la ruptura de la convivencia entre los padres y aun cuando no haya pacto de las relaciones familiares. Por tanto, con este cambio se pretende favorecer el interés de los menores y favorecer así, una igualdad entre los padres.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 30/2012 de 28 de septiembre de 2012 (JUR\2012\10948) ha establecido los criterios de interpretación del artículo 80 del Código Foral de Aragón. En dicha sentencia se establece lo siguiente, *“que la custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente*

*y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin*". El sistema que se instaura no es rígido y salvo que el Juez en su mandato y de acuerdo con el superior interés del menor podrá establecerse la custodia individual cuando se conveniente para el interés del menor, donde deberá evaluar los criterios establecidos en el artículo 80.2. Estos criterios también se recogen en la Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza 464/2012 18 septiembre de 2012 (JUR\2012\319652).

La regulación efectuada por **Cataluña** aunque no se la regule expresamente la custodia compartida como opción preferente, pero se deduce que la guarda y custodia compartida ha de ejercerse conjuntamente en la medida de lo posible, siendo la custodia individual la que se aplique excepcionalmente, debiendo obedecer al principio del interés de los menores.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro II del Código civil de Cataluña relativo a la persona y familia, establece que los padres deberán realizar un plan de parentalidad de cómo deberán ejercerse las responsabilidades una vez producida la ruptura matrimonial y especialmente en la guarda y custodia de los menores. Éstas serán fijadas por la autoridad judicial tras ponderar los criterios relacionados en el artículo 233.11 en conjunto con el plan de parentalidad que se presente. Estos criterios versan sobre la vinculación de los hijos con sus padres y la dedicación que ellos le dieron antes de la ruptura. Por tanto, nos encontramos ante una norma que pretenden promocionar las fórmulas de coparentalidad y la práctica de la mediación.

Los Tribunales superiores de Cataluña establecen que únicamente en casos de grave conflictividad es desaconsejado el sistema de custodia compartida, véase la STSJ Cataluña 27/2011 de 16 de junio 2011 (JUR\2011\6106) y STSJ Cataluña 29/2008 de 31 julio 2011 (JUR\2009\643).

En **Navarra** la ley dice que si no hay acuerdo entre los padres se debe intentar conciliar el interés de los hijos con la igualdad de los padres en sus relaciones con ellos, lo que incluía tímidamente como opción preferente la custodia compartida. La Ley

3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, tiene por objeto la regulación de la custodia de los hijos cuando se produce la ruptura del matrimonio de los padres.

Con dicha ley y así queda manifestado en su preámbulo es hacer de la guarda y custodia compartida el criterio preferente y no el excepcional, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores cuando no exista acuerdo entre los padres se tenga en cuenta el interés del menor y a la igualdad entre los progenitores respecto de las relaciones con sus hijos. La Ley apuesta por la mediación como método para alcanzar el acuerdo, se señalan los criterios y factores que el juez debe considerar para fijar, individual o compartida, la guarda y custodia.

En cuanto a **Valencia**, también es una Comunidad Autónoma que considera a la custodia compartida como la regla general, la Ley 5/2011 de 1 de abril de las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, donde se regula las relaciones familiares articuladas por medio de un pacto acordado entre los progenitores y en ausencia del mismo, un régimen establecido por la autoridad judicial de custodia compartida por ambos progenitores con los hijos como criterio prevalente, sin que se tenga en cuenta la oposición de los padres o las malas relaciones que puedan tener aquello. Pero ello no obsta, a que el juez pueda excepcionalmente atribuir la custodia individual al padre o a la madre para garantizar el interés del menor siempre que así lo aconsejen los informes sociales, médicos y psicológicos que procedan para determinarla. Además, se incluye una novedad legal, pudiendo establecerse que se supervise como se desenvuelve la familiar y cambiar el régimen de custodia a la luz de los informes.<sup>3</sup>

#### ***2.4 Los criterios para la aplicación de la guarda y custodia compartida.***

La guarda y custodia compartida viene motivada por el principio de “favor filii”, para que sea otorgada.

Tal como consta en el artículo 92 del Código civil en sus apartados segundo, quinto y octavo y de acuerdo con lo que establecen varias Sentencias, STS 229/2012 19

---

<sup>3</sup> Documento: EDC 2000/98047 Compartida. Base de datos: El Derecho. Custodia compartida en Aragón, Cataluña, Comunidad Valenciana y Navarra.

abril (RJ\2012\5909), STS 961/2011 10 enero (RJ\2012\3642), STS 1 octubre 2010, STS 623/2009 8 octubre (RJ\2009\4606) la guarda y custodia compartida podrá otorgarse en dos supuestos;

1. Cuando sea solicitada por ambos progenitores (artículo 92.5 Cc).
2. Excepcionalmente, y aun cuando no se den los requisitos del apartado quinto se permite acordar este tipo de guarda a instancia de una de las partes y con los demás requisitos exigidos. En este caso, cuando se pida por uno de los padres y el Juez, a la vista de los informes exigidos en el apartado octavo, podrá aplicarla siempre que resulte conveniente para proteger el interés de los menores de forma más eficaz.

El apartado octavo en su regulación anterior exigía el informe favorable del Ministerio Fiscal para que el Juez pueda otorgar la guarda y custodia compartida. Ésta era hasta hace escasos meses la regla exigida, pero el Tribunal Constitucional ha considerado este apartado inconstitucional en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 octubre 2012 (RTC\2012\185). Dicha sentencia entiende que, el preceptivo informe a cuya existencia se supeditaba la decisión jurisdiccional de acordar la guarda y custodia compartida como un “prius” o un requisito de procedibilidad, sin que el cual Juez o Tribunal no pueden juzgar, vulnera los artículos 117.3, 24, 14 y 39 de la Constitución Española de 1978. Por ello, declara inconstitucional y nulo el inciso “favorable” contenido en el artículo 92.8 Cc, según la redacción dada por la Ley 15/2005 de 8 julio. Se permite así, al juez fundamentar su decisión en el solo concepto del superior interés del menor y con la concurrencia de circunstancias y factores que permitan a los padres organizar materialmente la guarda y no hacer depender de la decisión del informe favorable y vinculante del Ministerio Fiscal, lo cual suponía limitar la facultad de decisión de los jueces.

Además de todo lo anterior, se ha dicho que el juez también deberá oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como de tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a la idoneidad del modo de ejercicio del régimen de custodia. Deberá valorar también las alegaciones manifestadas por las partes en la comparecencia y la prueba que se practique, y la relación que los progenitores mantengan entre ellos y

con sus hijos para determinar si lo más idóneo es el régimen de guarda y custodia compartida.

Como podemos observar no existen regulados en un texto normativo cuáles son aquellos criterios o pautas que deben tenerse en cuenta a la hora de decidir aplicar una guarda y custodia compartida. Se deja dicha decisión a la subjetividad del juzgador a la vista de la situación del caso concreto que es objeto de conocimiento. Ello supuso que algunas sentencias fueran recurridas por entender las partes que no se producía una motivación de la decisión adoptada. La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 octubre 2009 (RJ\2009\4606) después de aludir a las normas de derecho comparado señaló lo siguiente; "*el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven*". Estos argumentos también fueron utilizados en la Sentencia de 10 septiembre 2009 como obiter dicta.

A falta de una regulación normativa que estableciera los diferentes criterios que deben atenderse, se acuden a unos criterios que se ponderan en el caso concreto y fuera de regulación normativa. Puesto que, el artículo 92 Cc solo establece los requisitos legales para pedirla, pero a la hora en que deba otorgarse no hay ninguna regulación y se acuden a criterios que se ponderan dentro del proceso atendiendo a las circunstancias familiares que imperen en cada caso.

Por tanto, en un primer lugar, se atiende a que debe adoptarse siempre en beneficio del interés supremo del menor, que ha de ser preferentemente tutelado ya que éste es criterio principal al que se acude para adoptarla. También se tendrá en cuenta cuál era la situación familiar antes de producirse la ruptura, porque así se determina las relaciones paterno-filiales que rigen entre ellos, así determinó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 enero 2006 que disponía que “*para resolver lo que el interés de los hijos menores requiere, deben tenerse en cuenta otras circunstancias, como la relación de los progenitores con los menores antes de la ruptura de pareja*”.

Otro de los criterios que se tienen en cuenta es que se siga la organización familiar que había antes de la ruptura, para preservar así la continuidad de las rutinas y hábitos de las relaciones paterno-filiales. Esto aparece cuando el sistema de la guarda y custodia compartida se ha desarrollado de forma consensuada, de forma expresa o tácitamente consentida y se ha comprobado que su aplicación ha favorecido a los hijos. Sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona 21.12.2001, Audiencia Provincial Girona 324/32004 20 octubre 2004 (JUR\2004\309987), Audiencia Provincial Jaén 106/2005 de 9 mayo 2005 (JUR\2005\159766), Audiencia Provincial Las Palmas 329/2007 de 26 julio 2007 (JUR\2007\346951).

Además se tienen en cuenta para preservar mejor la estabilidad de los menores, la proximidad del domicilio paterno y materno ya que si éstos se encuentran a larga distancia supondría una perturbación de la rutina diaria de los menores (SAP Sevilla 12 febrero 2007, SAP Alicante 66/2007 de 22 febrero 2007 (JUR\265422), SAP Barcelona 17 abril 2007). Los horarios laborales que tengan cada uno de ellos que permitan el cuidado de los menores. También la cohesión de los criterios educativos (SAP Valencia 2007 de 16 octubre 2007 (AC\2007\2324)) y de estilos de vida de los progenitores, ya que en caso de existencia de conflicto o enfrentamiento puede perturbar el buen funcionamiento de una custodia compartida, pero sin olvidar que ello también puede aparecer aunque se haya otorgado una custodia en exclusiva y afectar de igual modo a los menores.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Criterios de atribución custodia compartida. Cristina Guiliarte Martín-Calero. Indret. Julio 2010.



### **3. El eje central de la guarda y custodia compartida: el interés del menor.**

A lo largo de lo expuesto anteriormente, se ha girado entorno un único concepto cuando se ha expuesto el tema objeto del trabajo, esto es, el interés del menor.

Como hemos visto el interés del menor es aquel concepto a través del cual se articula la guarda y custodia compartida para que sea aplicada o no. A raíz de ello, y dado que la finalidad de éste trabajo ha girado en torno a la protección jurídica del menor en la guarda y custodia compartida, considero relevante exponer este concepto tan subjetivo, general y abstracto como es el interés del menor.

#### ***3.1 Concepto.***

Es difícil encontrar una definición concreta sobre lo que debemos entender por interés del menor. Ello es debido a que es un concepto general y abstracto que de manera general no puede definirse, solo podremos definirlo cuando nos encontremos ante el supuesto o regulación concreta en el que interviene.

Puede decirse que el interés del menor es aquella acepción jurídica que pretende proteger el bienestar del niño en todo lo que aquello comprende, el desarrollo personal, un entorno familiar adecuado, una idónea educación ...etc.

Por tanto, como aproximación a dicho concepto, supone salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, es decir, los derechos de su propia personalidad. Asegurar la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los Derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y por otra parte, el deber de los poderes públicos de remover todos los obstáculos que se opongan al completo y armónico desarrollo de su personalidad (STS 320\ 2011 de 12 de mayo).

#### ***3.2 Regulación.***

El valor superior del interés del niño fue recogido por primera vez en el artículo 3.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del niño 1989, de 20 de noviembre, ratificada por España en 1990. Dicho artículo establece que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas, u órganos legislativos, tienen una consideración primordial a que deben atender al interés superior del niño.

La Convención sobre los derechos del niño en materia guarda y custodia compartida ha establecido que una situación así no debe implicar necesariamente la existencia de una mono parentalidad a partir del momento en que se produce el divorcio, debiendo tenderse y formarse la responsabilidad parental común, sin que haya de decidir necesariamente a cuál de los dos padres se ha de “elegir” y a cuál se ha de relegar a la condición de “mero visitante”. El artículo 7 de la Convención reconoce el derecho de los niños a ser cuidado por ambos padres tanto como sea posible, suponiendo ello, una implicación por parte de ambos haya o no separación entre los padres por encima de los conceptos legales recogidos en el Código civil. Además, dispone la Convención que las leyes de los Estados parte deben reconocer el principio de que ambos padres tienen una responsabilidad común en relación con sus hijos, lo que equivale a que los gobierno de los Estados Miembros deben adoptarse, y tender a promover la viabilidad de compartir la custodia.<sup>5</sup>

Este principio general ha sido introducido como clausula general en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta ley, establece como principio general que cuando deba aplicarse deberá hacerse en interés superior de los menores antes que sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2005 supone la entrada al mismo tiempo del principio del interés del menor ya que, sobre todo en materia de separación familiar, requiere que éstas se fundamenten siempre en el interés del menor.

Este principio supone que prevalecerá, sobre todo a la hora de establecer la guarda y custodia, sobre cualquier otro tipo de intereses, como pueden ser los intereses de los padres, produciéndose así que, el interés del menor queda por encima de los intereses familiares cuando se deba concretarse el tipo de guarda y custodia de los mismos.

Son varios los preceptos y normas que aluden a este concepto abstracto de “interés del menor”, así lo encontramos en la Constitución Española en su artículo 39,

---

<sup>5</sup> Custodia compartida y protección de menores. Consejo General del poder judicial, 2009. Página 249 y 250.

en la LOPJM en su artículo 2 y en el Código civil en varios de sus preceptos como son los artículos 103.1, 137, 149, 156,161, 172.4, 173.3 y 4, 216 y 224.

Por tanto, el interés del menor se configura como el principio rector de la actuación de los poderes públicos, estamos ante un concepto jurídico indeterminado que habrá de integrarse en cada supuesto concreto lo que dificulta enormemente su aplicación.

### ***3.3 Asimilación del concepto interés del menor.***

El interés del menor hace referencia a aquellos bienes y valores radicados en la esfera personal de una personal, en este caso hace referencia a los menores de edad, que comprende tanto sus deseos, necesidades, intereses susceptibles de múltiples variantes y numerosas manifestaciones vitales, materiales y espirituales.

En la guarda y custodia compartida, cuando se introduce el concepto de interés del menor se decide sobre algo que afecta de manera directa a la situación personal, bienes o derechos de la personalidad, derechos subjetivos, precisamente para poder proporcionar aquello que más conviene y evitar que se le perjudique. Es decir, tratan de decidir con quién va a vivir tras la separación o divorcio de sus padres, si habrá lugar a las relaciones personales con su padre, donde va estudiar el niño, decisiones cuando esté enfermo... etc.

Según *Fracisco Rivero Hernandez*, todas estas decisiones van referidas al menor como un sujeto de derecho, es decir, el menor tiene una serie de derechos, y se decide, por tanto, en un interés suyo protegido por el ordenamiento jurídico. Son derechos que simplemente como persona tiene y deben ser protegidos, la particularidad de esa protección reside solo en la circunstancias de la minoría de edad, no de la persona.

Además, entiende que Cuando nos encontramos ante un pleito, donde se decide sobre la custodia de los hijos menores de edad, entra en juego ese interés por sí solo y no depende de una reclamación previa como si del objeto de una pretensión se tratara. Por tanto, no se evalúa el interés del menor, sino que se discute sobre los derechos en que el interés de esa persona menor está implicado, estos derechos son numerosos y van desde los derechos de la salud, educación, convicciones religiosas o la de vivir con un

progenitor u otro, y es sobre esos concretos derechos ejercitados por los padres, es sobre los que se decidirá de acuerdo en beneficio del interés del menor.<sup>6</sup>

En interés del menor aparecerá a veces sin entran en conflicto con otros derechos, y deberá decidirse por una opción determinada entre varias posibles en el ejercicio de un derecho del menor, la que se estime más conveniente en el caso concreto. Antes de decidir habrá de analizarse cuales son las alternativas posibles y luego, valorar donde recae concretamente ese interés del menor, es decir, el mejor beneficio, menor perjuicio o riesgo en la situación planteada. Decidiendo siempre desde su perspectiva, como persona individual que vive su problema en un lugar y momento concreto, diferente de la de sus padres que dirigen su vida con sus perjuicios y convicciones personales.

Así dice la Sentencia del Tribunal Supremo 579/2011 de 22 julio (RJ\2011\5676) (fundamento 4º), “en este tipo de pleitos lo que verdaderamente importa es garantizar y proteger con el procedimiento el interés del menor, cuando se ponderen sus derechos a la integridad física, psíquica, libertad, educación o intimidad. Por tanto, la única interpretación valida cuando nos encontremos ante este tipo de procedimiento es hacerlo en beneficio del interés del menor, de ahí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar una guarda y custodia compartida. Solo son relevantes cuando afecten, perjudicando así, el interés del menor”.

En otras ocasiones se enfrentará contra otros derechos produciéndose un conflicto de intereses. Deberá valorarse cada uno de ellos en su respectivo contexto y deberá decidirse a favor del derecho y del interés del menor. Estos intereses es un componente del derecho afectado del menor, y a su vez, un componente del conflicto lo que supone que uno deberá verse sacrificado uno de ellos. A la hora de resolverse, dependerá ese tipo de interés y de la normativa aplicable que regule el conflicto y especifique la prevalencia del interés del menor. En el caso de la guarda y custodia, es principio de interés del menor aparece de una manera taxativa e imperativa para acordarse de un tipo de guarda y custodia, ya sea individual o compartida.

---

<sup>6</sup> El interés del menor desde un punto de vista general. Francisco Rivero Hernández. VLEX.

El criterio del interés del menor opera en caso de separación y divorcio en torno a tres derechos que entran en juego en estos casos:

1. El derecho de los menores a expresar su opinión libremente en los asuntos que le afecten, conforme a su edad y madurez (artículo 12 Convención de los Derechos del Niño, en adelante CDN). Se refiere al que el niño deberá ser oído antes de adoptar cualquier decisión que afecte a su persona, desde que tenga suficiente juicio para emitir su voluntad, y en todo caso si es mayor de 12 años, así se dispone en la Ley de Protección Jurídica del menor de 15 enero 1996 y en la Lec en su artículo 777.5. La Sentencia 85/2003 de 27 de mayo, de la Audiencia Provincial Segovia (JUR\2003\189310) dispone que “la audiencia a los hijos, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Y si bien este interés puede, en algún supuesto, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, no cabe desconocer la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, en cuanto representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el desarrollo integral de la personalidad del menor afectado”. La Sentencia 644/2006 4 octubre, Audiencia Provincial Barcelona (JUR\2007\114074) ha entendido que esta audiencia supone también una oportunidad de dar traslado a las partes en la necesaria protección del menor, que viene dado en una mayor exposición de la realidad cuando es sabedor que no tendrá nadie conocimiento de lo que dice, en evitar miedo a represalias. Es el deseo ordinario de hablar con el menor, lo que a veces es difícil cuando los padres se hallan en situación de conflicto, consideramos que tampoco procedería la nulidad de actuaciones por dicho motivo, pues no saldría beneficiado nadie, sino crispando en mayor medida la situación existente con mayor distanciamiento en la relación filial.

2. Derecho a recibir apoyo y asistencia de ambos progenitores (artículo 9.1 CDN).

3. Y el papel de los miembros de la familiar y de la comunidad en la educación del niño (artículo 5.1 CDN), reconocido como el derecho a mantener las relaciones personales. Por el derecho a mantener las relaciones debemos entender, tal como

disponen algunas sentencias, como el correspondiente derecho a tener relación con parientes y allegados, debiéndose tener en cuenta que el niño no puede ver recortada la relación y comunicación con personas que le son próximas humana y afectivamente, por causa de las diferencias entre dichas personas. Por ello, el interés del menor obliga a los tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos exista o no lazos biológicos. STS 31 julio 2009 (RJ 2009\4581), STS 11 febrero 2011 (RJ 2011\2311), STS 320/2011 12 de mayo (RJ 2011\3280).

#### **4. Conclusión.**

Como conclusión después de la realización del trabajo debe tenerse en cuenta, que es una institución relativamente reciente y que aún hoy en día, su aplicación es bastante escasa debido a la poca confianza de los jueces en cuanto a la misma. No es tanto una desconfianza en cuanto a la figura de la guarda y custodia compartida, sino de la gran dificultad para aplicarla, puesto que no atiende a unos criterios tasados, sino que deben atender a cada caso concreto y la realidad, es que cada caso concreto de los que conocen, es diferente. Por tanto, es imposible establecer unos parámetros legales que sean aplicables a la generalidad de casos.

La aplicación, según lo dispuesto en el Código civil, deben guiarse exclusivamente por el interés superior del menor, y la guarda y custodia compartida es la que mejor se amolda con éste, porque salvaguarda el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores.

La regulación actual establece que puede, por un lado, cuando ambos progenitores la soliciten de común acuerdo, y por otra parte, también acordarse a petición de uno solo de los progenitores siempre que en su resolución se fundamente que solo estableciendo aquella se protege adecuadamente el interés superior de los menores. El único requisito que establece la ley es que el juez pida informe al fiscal, informe que, desde que el pasado octubre, con la sentencia del Tribunal Constitucional, no requiere de la necesidad de que sea “favorable”. Es decir, que la decisión última corresponde únicamente al juez que ya no está sujeto al criterio del ministerio fiscal. Ese mismo precepto, sin embargo, asegura que la decisión se tomará “excepcionalmente”

Por ello, las ventajas y desventajas analizadas, y de las cuales se sirven los jueces, solo operan desde la perspectiva del beneficio del interés de los menores, puesto que éste principio es en el cual se basa la guarda y custodia compartida. Por tanto, nos movemos ante criterios subjetivos cuando debe decidirse sobre la aplicación o no de la guarda y custodia compartida. Estos criterios subjetivos a los que debe atender el Juez son los siguientes: la relación entre los propios progenitores, de los progenitores con los hijos, la educación, la distancia entre los domicilios, los horarios de trabajo de los padres... y un largo etc, son a los que se atenderán para decir si es lo más conveniente o no para los hijos. Por tanto, nos encontramos ante dos criterios o requisitos que van de la mano, estas razones subjetivas o personales de convivencia y que deben ser adoptadas en beneficio e interés de los menores.

Desde mi punto de vista, la institución de la guarda y custodia compartida es la mejor opción aunque también se de las dificultades para aplicarla. La sociedad, o más bien los padres, deberían aceptar desde el primer momento que una custodia de los hijos no se trata de un juego sobre a quién le corresponde quedarse con ellos o no, debiendo enfocar su visión a la consecución de mantener la situación de normalidad, por el bien de los hijos, aun habiéndose producido el fin de la relación conyugal. Ello es una tarea de concienciación de todos, tanto de los padres, como de los tribunales y hasta del legislador, como hemos visto que han hecho algunas Comunidades Autónomas con su derecho foral propio, priorizando su aplicación y subsidiariamente, atendiendo solo a si las condiciones no son favorables en el interés de los menores, aplicar una guarda y custodia en exclusiva a uno de ellos.

Como análisis comparativo final, he de decir que los territorios con derecho civil foral, salvo las Islas Baleares, al haber instaurado como preferencia la guarda y custodia compartida suponen una modernización y actualización de la que carece el Código civil aplicable al resto de territorios. Por tanto, dado los beneficios de esta institución en los menores debería realizarse una reforma del Código civil en este aspecto, priorizando que la primera medida a aplicar sea la guarda y custodia compartida y en el caso de ser gravemente perjudicial para los menores, establecerse otro tipo de guarda y custodia. Recordemos que lo protegido en este caso es solo el beneficio o interés de los menores y dado que, la guarda y custodia compartida lo que pretende es seguir con la situación

de vida normal, en la medida de lo posible, de los hijos se debería inclinar por dicha preferencia.

## **5. Bibliografía**

1. Custodia compartida y protección de menores. Consejo General del poder judicial, 2009.
2. La custodia de los hijos, La guarda compartida: opción preferente. Gregorio Delgado del Río- Thomson Reuters, Civitas. 2010.
3. Criterios Atribución de la custodia compartida. Cristina Guiliarte Martín-Calero. INDRET. Julio 2010.
4. Custodia Compartida: Una nueva alternativa exigida por la nueva realidad social. José Manuel De Torres Perea. INDRET.
5. El interés del menor desde un punto de vista general. Francisco Rivero Hernández. VLEX.
6. Bases de datos utilizadas para la jurisprudencia: VLex, Westlaw, El Derecho, CENDOJ.
7. EDC 2000/98047 Compartida. Base de datos El Derecho.
8. El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea. Irene Ortega Guerrero. Psicopatología Clínica, Legal y Forense. Vol 2, nº3, 2002. Páginas 87 a 108.